

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo 35

Settore Concorsuale: 12/F1 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

GIURISDIZIONE ORDINARIA CIVILE E AUTORITÀ AMMINISTRATIVE
INDIPENDENTI NEL SISTEMA INTEGRATO DI TUTELA DEI DIRITTI

Presentata da: Mario Golia

Coordinatore Dottorato

Renzo Orlandi

Supervisore

Elena Zucconi Galli Fonseca

Esame finale anno 2023

«... bisogna naturalmente essere d'accordo su quello che è il diritto. Non si tratta di una più o meno ridicola definizione: si tratta solo di riconoscere che il diritto è essenzialmente pensiero, la più alta forma di pensiero che si possa dare, perché è il pensiero delle cose umane nella loro assoluta concretezza, nel loro essere indistruttibile e indissociabile, che esso riconosce e ad un tempo analizza per acquistarne conoscenza»

(S. SATTA, *Considerazioni sullo stato presente della scienza e della scuola giuridica in Italia*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, (Cedam, Padova, 1968) riedizione Ilisso, Nuoro, 2004, p. 276)

SOMMARIO

INTRODUZIONE	6
---------------------------	----------

CAPITOLO I

AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E GIURISDIZIONE ORDINARIA CIVILE TRA DEFERENZA E INTERFERENZE.....	12
--	-----------

PARTE I

<i>1. Emersione e assetto attuale delle Autorità amministrative indipendenti in Italia.</i>	<i>12</i>
<i>2. Frammentarietà del percorso genetico-evolutivo ed eterogeneità dei modelli.</i>	<i>21</i>
<i>3. Quadro dei rapporti tra giurisdizione e Autorità indipendenti.</i>	<i>27</i>
<i>4. Il ruolo delle Authorities nella risoluzione dei conflitti tra soggetti terzi: amministrazione di arbitrati, conciliazioni e funzioni giustiziali. Cenni.</i>	<i>30</i>
<i>4.1. Primo modello: l'Authority come ente amministratore di arbitrati...31</i>	
<i>4.2. Secondo modello: l'Authority come supporto tecnico a procedure decisorie non giurisdizionali. ABF, ACF e Arbitro IVASS.</i>	<i>32</i>
<i>4.3. Terzo modello: l'Authority come conciliatore.</i>	<i>39</i>
<i>4.4. Quarto modello: l'Authority come organo decisore di una procedura amministrativa giustiziale.</i>	<i>47</i>
<i>4.5. Quadro riepilogativo e considerazioni di sistema.</i>	<i>49</i>

PARTE II

<i>5. Le autorità indipendenti nell'attuazione del diritto quale espressione della funzione di vigilanza e sanzionatoria.</i>	<i>57</i>
<i>5.1. Il potere sanzionatorio delle Authorities nel dialogo tra le Corti tra CEDU e Corti nazionali nel prisma dei criteri Engel.</i>	<i>58</i>
<i>5.2. Il controllo sui provvedimenti delle Autorità indipendenti nel sistema di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo. L'assetto fondamentale.</i>	<i>62</i>
<i>5.3. Il nodo problematico della giurisdizione sugli atti amministrativi presupposti e regolamentari di Consob e Banca d'Italia.</i>	<i>67</i>
<i>6. I provvedimenti sanzionatori nei giudizi di risarcimento del danno. Transizione.</i>	<i>71</i>

CAPITOLO II

L'EFFICACIA DEI PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI NEI CONNESSI GIUDIZI CIVILI RISARCITORI: L'ESPERIENZA DELLA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA 76

PARTE I

1. *Il caso del «cartello delle assicurazioni». Prime applicazioni del diritto della concorrenza ai consumatori e problematiche connesse di rilevanza processuale.* 76
2. *La «vicenda delle c.d. fideiussioni ABI».* 82
3. *Il valore dei provvedimenti AGCM nei giudizi civili di risarcimento del danno nella giurisprudenza di legittimità: la categoria della «prova privilegiata».* 85
4. *Il modello europeo di coordinamento del doppio binario public e private enforcement: il valore dei provvedimenti della Commissione europea secondo il Regolamento CE n. 1/2003.* 92
5. *Verso un nuovo modello armonizzato di tutela: la direttiva Ue 2014/104/UE e il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.* 99
6. *L'ambito oggettivo di operatività dell'efficacia vincolante ex art. 7, d.lgs. 3 del 2017: la peculiare ipotesi delle decisioni con impegni ex art. 14 ter, l. n. 287 del 1990.* 103

PARTE II

7. *La questione dell'inquadramento teorico del vincolo ex art. 7, d.lgs. n. 3 del 2017: ipotesi ricostruttive.* 108
8. *Il «vincolo» del provvedimento AGCM: una nuova forma di giudicato?* 109
9. *(Segue) Il modello del giudicato penale di condanna nei giudizi civili ex art. 651 c.p.p.* 116
10. *(Segue) La (forzata) prospettiva teorica del giudicato sulla fattispecie e l'impossibilità di una piena riconduzione del vincolo al giudicato.* 119
11. *Il provvedimento dell'AGCM come elemento costitutivo della fattispecie sostanziale.* 121
12. *(Segue) Il potenziale correttivo nella prospettiva del concorso di azioni e i relativi limiti.* 126
13. *Il provvedimento AGCM come prova.* 130

14. <i>Inopportunità di riconduzione del fenomeno alle categorie tradizionali e autonomia dogmatica della categoria.</i>	132
--	-----

CAPITOLO III

L'ACCERTAMENTO AMMINISTRATIVO DELLE AUTHORITIES E LA SUA EFFICACIA CONFORMATIVA ESTERNA.	
CONSIDERAZIONI DI TEORIA GENERALE.....	136
1. <i>Premessa.</i>	136
2. <i>La natura amministrativa delle Autorità indipendenti nel dialogo tra le Corti.</i>	137
3. <i>I provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti: considerazioni ontologiche tra ordinarietà e specialità.</i>	141
4. <i>L'accertamento giuridico come categoria unitaria: dal "monopolio" dell'accertamento giurisdizionale all'affermazione dell'accertamento negoziale e di quello amministrativo.</i>	144
4.1. (Segue) <i>L'accertamento convenzionale.</i>	146
4.2. (Segue) <i>Tertium genus: la categoria dell'accertamento amministrativo e le sue peculiarità.</i>	151
5. <i>Il vincolo come elemento imprescindibile dell'accertamento (contenuto) e non dell'atto specifico (contenente). Fondamenti di teoria generale dell'accertamento giuridico.</i>	159
6. (Segue) <i>Declinazioni della impostazione teorica generale alle singole tipologie di accertamento giuridico.</i>	163
7. <i>Accertamento amministrativo e cosa giudicata. Teorie del Rechtskraft e irrilevanza della categoria del giudicato nella creazione del vincolo amministrativo.</i>	167
8. <i>Riepilogo e transizione.</i>	173

CAPITOLO IV

TRA GARANZIE DI "GIUSTO PROCEDIMENTO" E CONTROLLO GIURISDIZIONALE "PIENO". PRESUPPOSTI DELL'ACCERTAMENTO AMMINISTRATIVO VINCOLANTE.....	177
1. <i>La rinnovata visione dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Presupposti per un nuovo paradigma e problematiche emergenti.</i>	177

<i>2. Procedimento e processo come forme alternative di «estrinsecazione della funzione» nella dottrina italiana del secondo Novecento.</i>	180
<i>3. Il sindacato giurisdizionale “pieno” sulle decisioni amministrative quale garanzia all’affidamento di funzioni giudicanti alle Authorities: la “barriera” della discrezionalità tecnica.</i>	183
<i>4. (Segue) Verso il superamento del limite della discrezionalità tecnica: il controllo delle decisioni delle Authorities nella giurisprudenza amministrativa, tra sindacato forte e debole.</i>	190
<i>5. La portata del sindacato del giudice ordinario sulle decisioni Consob, Banca d’Italia e Anac.</i>	199
<i>6. Il sindacato sui provvedimenti dell’AGCM nel dato normativo: l’«infelice» formulazione dell’art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017. Un ritorno al passato?</i>	201
<i>7. La compatibilità con i diktat della Corte EDU del sindacato intrinseco debole e le proposte del Consiglio di Stato verso un «sindacato di maggiore attendibilità».</i>	204
<i>8. Le garanzie di un giusto procedimento come elemento imprescindibile per l’ammissibilità delle decisioni amministrative vincolanti.</i>	204
<i>9. Accertamento amministrativo «vincolante» e potere di disapplicazione del giudice ordinario.</i>	211
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	215
INDICE BIBLIOGRAFICO DEGLI AUTORI CITATI	225

INTRODUZIONE

Il presente lavoro di ricerca si propone di analizzare i rapporti intercorrenti, nell'ordinamento domestico, tra il giudice ordinario civile e le Autorità amministrative indipendenti, nel tentativo di delineare un quadro sistematico delle relazioni emergenti dall'analisi del dato empirico.

Una simile indagine appare quanto mai utile anche per vagliare la compatibilità, specie con il quadro costituzionale, di alcune (più o meno recenti) scelte normative, inclini, da un lato, ad attribuire alle *Authorities* funzioni assimilabili a quelle tipicamente svolte da organi giurisdizionali e, dall'altro, a riconoscere nei processi civili un peculiare valore, finanche vincolante, all'accertamento contenuto nelle decisioni amministrative assunte dalle Autorità di settore nell'esercizio delle attività di vigilanza cui sono ordinariamente preposte. Si tratta di connessioni e interferenze che hanno sovente lasciato emergere non pochi punti di frizione rispetto al dettato costituzionale e che, pertanto, necessitano di un inquadramento sistematico (e dogmatico), quale punto di partenza per vagliare l'attuale ammissibilità dei modelli relazionali o, comunque, individuare i correttivi affinché lo siano *de iure condendo*.

Trovatasi al cospetto di un fenomeno oggettivamente inedito e complesso, la letteratura non sembra essersi, fino a tempi recenti, sufficientemente soffermata ad analizzare l'eterogeneità del quadro relazionale tra le *Authorities* e la giurisdizione ordinaria, sovente celando la complessità della casistica sotto l'ambigua formula della «para-giurisdizionalità» delle Autorità indipendenti. A tale locuzione, in vero piuttosto evanescente e di dubbio fondamento teorico, vengono spesso ricondotte funzioni diverse affidate alle *Authorities* e assimilabili a differenti profili della funzione giurisdizionale: dalla composizione delle liti tra soggetti terzi (persone fisiche, utenti, operatori economici) alla più complessa applicazione della legge nel caso concreto, allorquando vengono chiamate, nell'ambito dell'attività di vigilanza, ad accertare violazioni di norme di settore.

Muovendo dall'osservazione dell'esperienza empirica e sullo sfondo del più ampio dibattito circa la crisi ⁽¹⁾, o più ottimisticamente, la metamorfosi del tradizionale modello di giurisdizione ⁽²⁾, si cercherà innanzitutto di individuare e isolare i principali punti di contatto tra l'attività delle *Authorities* e quella del giudice civile, classificandoli in uno determinato quadro di riferimento.

Nel contesto del primo capitolo, dopo aver ricostruito un breve quadro del frammentato ed eterogeneo sviluppo evolutivo delle Autorità indipendenti attualmente operanti nel panorama nazionale, si isoleranno dalla casistica alcune ipotesi frequenti di contatto. A tal fine, si opererà convenzionalmente seguendo la *summa divisio* delle funzioni esercitate, indistintamente definite da taluni come «para-giurisdizionali», distinguendo tra l'attività di «composizione dei conflitti» inter-privati e l'attività maggiormente assimilabile a quella di applicazione della legge al caso concreto nel contesto della funzione di vigilanza/sanzionatoria.

Con riguardo alla prima, ci si soffermerà, seppur in maniera compendiata, sui diversi strumenti di composizione dei conflitti conati in seno alle Autorità indipendenti, cercando di sviluppare una classificazione per categorie omogenee e vagliando la compatibilità con l'assetto costituzionale alla luce della loro incidenza sulla morfologia della tradizionale giustizia statale.

Per quanto concerne la seconda tipologia di attività, ossia l'attuazione della legge al caso concreto come attività svolta dall'Autorità nell'esercizio della funzione di vigilanza/sanzionatoria, si analizzeranno alcune problematiche derivanti dalle interferenze con la funzione giurisdizionale esercitata dai giudici ordinari, tra cui la questione del riparto giurisdizionale in materia di impugnazione dei provvedimenti delle *Authorities*.

⁽¹⁾ N. PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2011, II, p. 43 ss.; ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁽²⁾ F. CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, III, p. 811 ss. Sul tema v. anche gli spunti di P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Giuffrè, Milano, 1997, *passim*, e, più di recente, di L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 41 ss., che parla di relatività della nozione di "giurisdizione" poiché, nonostante «la si possa ancora concepire come una funzione dello Stato, sono profondamente mutate non soltanto le sfumature e i contorni, ma anche la sostanza del concetto».

Se il riconoscimento di una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti (seppur rimesso talora alla giurisdizione ordinaria talaltra a quella amministrativa) conferma la sussistenza di un rapporto di naturale soggezione delle *Authorities* al potere del giudice (come avviene per tutti gli atti delle p.a.), un vero e proprio capovolgimento di tale assetto inizia a profilarsi a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. Tale disposizione normativa ha plasmato un vero e proprio «vincolo» per il giudice ordinario nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) che abbia accertato una condotta anticoncorrenziale. Per quanto l'ambito operativo della disposizione sia soggettivamente circoscritto ai provvedimenti dell'AGCM, in realtà essa risulta espressione di una più generale tendenza, affermata già da tempo in sede giurisprudenziale, a riconoscere una peculiare efficacia persuasiva (talora addirittura vincolante) nei giudizi civili all'accertamento contenuto nei provvedimenti anche di altre Autorità indipendenti (come, ad esempio, il Garante della Privacy), nonostante il vuoto normativo sul punto.

Proprio su quest'ultimo profilo si concentrerà, quindi, il proseguo dell'indagine (specialmente i capitoli 2-3-4). Più segnatamente, il secondo capitolo sarà dedicato all'esperienza AGCM e alle ragioni che hanno portato dall'elaborazione pretoria della categoria della «prova privilegiata» al conio di un vero e proprio vincolo normativo, a cui si è cercato, in letteratura, di offrire vari inquadramenti nel contesto delle tradizionali categorie dogmatiche del processo civile (giudicato, prova legale, fattispecie sostanziale).

Alla luce di tale esperienza, più che limitarsi ad esprimere una preferenza tra le diverse soluzioni già vagliate dalla letteratura circa la natura di questo particolare «vincolo», si cercherà, nel contesto del terzo capitolo, di gettare le basi per un'interpretazione sistematica autonoma del fenomeno, sulla base della teoria generale del diritto, che possa, eventualmente, fungere da base dogmatica per un'estensione del modello ad altre Autorità. A tal fine, mettendo in comunicazione gli studi di diritto pubblico e quelli di teoria generale del diritto, si vogliono saggiare le potenzialità di una rilettura della categoria dell'accertamento amministrativo (all'interno della quale inquadrare le peculiarità ontologiche di alcuni dei provvedimenti delle Autorità indipendenti)

per poi sussumerla nel più ampio *genus* dell'accertamento giuridico (già comprensivo dell'accertamento giurisdizionale e di quello negoziale), di cui, poi, dovrebbe assorbire caratteristiche ed effetti.

Saranno quindi individuate, nel corso del quarto capitolo, le condizioni affinché tale ipotetico modello unitario possa ritenersi realmente compatibile con il dettato costituzionale, tenendo conto del bilanciamento di valori che entrano in gioco nella configurazione di un vincolo del giudice ordinario a un accertamento amministrativo.

Nelle considerazioni finali, sono, infine, delineati i punti d'approdo dell'indagine attraverso la ricostruzione sistematica dei rapporti tra Autorità indipendenti e giudice ordinario, anche al fine di individuare, alla luce dell'effettiva natura delle funzioni esercitate e delle interrelazioni emerse con il potere giurisdizionale, una determinata allocazione sistematica di tali organismi nell'ordinamento che possa definirsi costituzionalmente ammissibile.

Dal punto di vista metodologico, anche alla luce della vocazione interdisciplinare del tema, si cercherà di mettere costantemente a confronto le voci dottrinali delle diverse branche del diritto, secondo una visione organica degli studi giuridici e seguendo il modello carneluttiano del metodo comparativo interno ⁽³⁾. Inevitabilmente, un simile approccio conduce, seppur con grande cautela, a rivedere e a ripensare categorie consolidate o a ipotizzarne di nuove, in grado di «portare alla consapevolezza del giurista problemi di insieme abbandonati altrimenti all'empiria» ⁽⁴⁾. Sembra, questa, una sfida necessitata dall'evoluzione dei tempi o, più probabilmente, l'ontologica millenaria essenza della ricerca giuridica; un onere rispetto al quale il giurista teorico-pratico non può sottrarsi, se non a rischio di ridursi a un bizzarro Don Ferrante di manzoniana memoria, aduso «a classificare gli accadimenti della vita entro lo schema delle caselle categoriali previamente individuate, restandone a tal punto condizionato

⁽³⁾ F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, XIII, I, p. 13; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Cedam, Padova, 1938, p. 394. Ci si riferisce, come specifica il giurista udinese, a quell'attività ermeneutica finalizzata a «favorire l'impiego di concetti giuridici per la elaborazione di zone diverse da quella in cui hanno avuto il loro punto di emersione».

⁽⁴⁾ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2005, p. 1.

dal negare la stessa esistenza di fatti che a quelle previe categorie non risultassero riconducibili»⁽⁵⁾).

Imprescindibile, anche per questo, è lo sguardo al diritto vivente e, in particolare, al dialogo tra le Corti nazionali e sovranazionali che assume, nella (ri-)costruzione dell'ordinamento, un ruolo sempre più rilevante.

⁽⁵⁾ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 17. La dottrina civilistica ha, da tempo, posto attenzione al problema dell'evoluzione delle categorie del diritto (cfr., *inter alia*, N. LIPARI, *Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 515 ss.; ID., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1 ss.; ID., *Le categorie del diritto civile*, cit.; N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 625 ss.).

In particolare, nell'insegnamento di Lipari, emerge il ruolo cruciale che va riconosciuto, nello studio del diritto, alla categoria ordinante, intesa come «criterio di classificazione dell'esperienza volto in qualche modo ad agevolare il risultato interpretativo [...] funzionale a un effetto applicativo» (N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 21). Si evidenzia, però, allo stesso tempo, la necessità di evitare un «approccio statico» ossia aprioristicamente restio a «recepire e classificare il nuovo che non si riconduca a consolidati parametri (vale a dire a sperimentate “categorie”)» (p. 16).

Sul ruolo della categoria, seppur in un contesto più specifico come quello della determinazione dei concetti di attività amministrativa vincolata e di discrezionalità, v. anche L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 1996, p. 7, il quale osserva che «rinunciando alle categorie il giurista viene meno al suo compito, e al fondo viene meno lo stesso diritto. Insomma, non sembra che la scienza giuridica possa arrestarsi di fronte “alla difficoltà di segnare in modo netto le caratteristiche peculiari” di una o di una altra “ipotesi”, consistendo proprio la sua precipuità nel tracciare distinzioni e operare raggruppamenti, al limite elaborando categorie intermedie a fronte delle zone grigie e dei casi incerti o di confine».

CAPITOLO I

AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E GIURISDIZIONE ORDINARIA CIVILE TRA DEFERENZA E INTERFERENZE

SOMMARIO: PARTE I. 1. Emersione e assetto attuale delle Autorità amministrative indipendenti in Italia. – 2. Frammentarietà del percorso genetico-evolutivo ed eterogeneità dei modelli. – 3. Quadro dei rapporti tra giurisdizione ordinaria civile e Autorità indipendenti. – 4. Il ruolo delle *Authorities* nella risoluzione dei conflitti tra soggetti terzi: amministrazione di arbitrati, conciliazioni e funzioni giustiziali. – 4.1. Primo modello: l'*Authority* come ente amministratore di arbitrati. – 4.2. Secondo modello: l'*Authority* come supporto tecnico a procedure pseudo-arbitrali. – 4.3. Terzo modello: l'*Authority* come conciliatore. – 4.4. Quarto modello: l'*Authority* come organo decisore di una procedura amministrativa giustiziale. – 4.5. Quadro riepilogativo e considerazioni di sistema.

PARTE II. 5. Autorità indipendenti e attuazione dell'ordinamento: la funzione di vigilanza e sanzionatoria. – 5.1. Il potere sanzionatorio delle *Authorities* nel dialogo tra le Corti tra CEDU e Corti nazionali nel prisma dei criteri Engel. – 5.2. Il controllo sui provvedimenti delle Autorità indipendenti nel sistema di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo. L'assetto fondamentale. – 5.3. Il nodo problematico della giurisdizione sugli atti amministrativi presupposti e regolamentari di Consob e Banca d'Italia. – 6. I provvedimenti sanzionatori nei connessi giudizi civili risarcitori. Transizione.

1. Emersione e assetto attuale delle Autorità amministrative indipendenti in Italia.

L'attribuzione di interi settori dell'economia alla regolazione e alla vigilanza di autorità amministrative caratterizzate da un marcato tasso di neutralità e indipendenza rispetto ai tradizionali poteri dello Stato e da un elevato livello di competenze tecnico-specialistiche è fenomeno consolidatosi, nel nostro ordinamento, soprattutto nell'arco dell'ultimo trentennio. Tuttavia, la configurabilità, sotto il profilo teorico-costituzionale, di un soggetto a cui delegare funzioni di regolazione che risulti «neutro» rispetto all'indirizzo politico governativo viene fatta risalire già al pensiero di Carl Schmitt⁽⁶⁾, mentre il modello ispiratore, sotto il profilo funzionale, è individuato, tradizionalmente,

⁽⁶⁾ V. M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. diritto*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 143 ss., spec. p. 144. Cfr., sul punto, anche F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 45-46. Più diffusamente sulle fondamenta ideologiche del fenomeno nel pensiero di economisti e politologi: M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 58 ss.

nelle *Independent regulatory commissions* o *Independent agencies* statunitensi e inglesi ⁽⁷⁾.

La trasmigrazione del modello nel nostro ordinamento non si è risolta in una mera operazione di emulazione, ma, al contrario, ha segnato una tappa essenziale nella configurazione dell'attuale assetto del diritto amministrativo con conseguenze sistemiche importanti: infatti, tale «imprevista» ⁽⁸⁾ innovazione, da

⁽⁷⁾ V. ancora M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, cit., p. 144. Sull'ispirazione al modello angloamericano, anche G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, III, p. 645 ss., spec. pp. 648-649, il quale sembra cogliere in questo profilo storico comparatistico anche un argomento sistematico per sostenere la natura amministrativa delle autorità, seppur nel contesto di una rinnovata visione dello stesso diritto amministrativo. L'A. osserva, infatti, che «del resto, nei limiti in cui c'è, e di sicuro c'è, l'analogia frequentemente ricordata con i modelli angloamericani, sarebbe per la verità curioso che l'ingresso da noi di istituzioni simili a quelle grazie alle quali ebbe i suoi natali il diritto amministrativo nel Regno Unito e negli Stati Uniti, segni invece per noi l'uscita dal medesimo. È ben possibile che il nostro diritto amministrativo, quello dell'Europa continentale, abbia avuto storicamente connotati diversi. E di questo ora dovremmo anzi discutere. Ma una conclusione tanto drastica, qual è l'estraneità all'amministrazione di tutte le nuove autorità, impone a dir poco l'onere della prova a chi la sostiene». Le differenze tra l'esperienza italiana e il modello statunitense sono messe in luce da S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, il Mulino, Bologna, 1996, p. 217 ss., spec. p. 219.

La sussistenza di punti di contatto tra l'esperienza italiana e quella delle *Autorités administratives indépendantes* francesi viene, invece, affermata da G. COSTANTINO, *Note su Authorities e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, I, p. 26.

Cfr., altresì, D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, spec. p. 16, il quale precisa che le giustificazioni che hanno portato all'emergere del fenomeno nel nostro ordinamento sono «ben diverse da quelle che hanno caratterizzato l'affermazione del modello statunitense delle *Independent regulatory agencies* [...] e sono, in realtà, molto più simili a quelle da cui sono scaturite in Francia le *Autorités administratives indépendantes* (da cui le nostre Autorità derivano il *nomen*) e in Inghilterra i *Quangos* (*Quasi-autonomous non governmental organizations*)». Quest'ultimo Autore ritiene che sussistano due ragioni essenziali che hanno portato all'istituzione di Autorità di settore in Italia: *i.* «l'esigenza di neutralizzazione ed emancipazione dalle inefficienze della pubblica amministrazione e dalla sua incapacità di assicurare la tutela di situazioni soggettive deboli in materia di libertà di rilevanza costituzionale e sovranazionale»; *ii.* l'esigenza, nel contesto del processo di privatizzazione e di liberalizzazione dell'economia, «di regolare e vigilare ambiti c.d. sensibili (*domaines sensibles*) dei rapporti tra Stato e cittadini [...] in maniera non dirigistica, ma pluralistica» (*Ivi*, p. 15).

Meno convinto di un'assimilazione del fenomeno nazionale a esperienze similari di altri Paesi appare F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, cit., p. 19, ad avviso del quale l'esperienza italiana rispetto ai modelli stranieri (anche quelli ispiratori statunitense e francese) presenta più «elementi di incompatibilità, che elementi di effettiva somiglianza».

⁽⁸⁾ Cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 57, secondo cui «l'erompere in Italia, negli anni Novanta del secolo scorso» del «fenomeno

un lato, ha segnato il «riavvicinato» tra i sistemi di *common law* e quelli continentali ⁽⁹⁾, e, dall'altro, è apparsa come espressione di un nuovo paradigma dei rapporti tra Stato e Società ⁽¹⁰⁾.

delle autorità amministrative indipendenti» colse «impreparati» anche «molti osservatori», sicché «non deve pertanto stupire che gli studiosi abbiano fatto fatica a inserire nel loro quadro di riferimento teorico concetti quali indipendenza dal potere politico, funzioni neutrali, primato della tecnica e della specializzazione».

Di «impetuosa e improvvisa crescita» del fenomeno anche quale conseguenza del consolidarsi, alla fine del secolo, del c.d. stato osmotico parla A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli editori, Firenze, 1997, p. 7. L'A. evidenzia altresì che l'erompere delle Autorità amministrative indipendenti, nel nostro sistema (ma ciò vale anche per altri paesi europei come la Francia), è, inoltre, «l'effetto di una crisi di rappresentanza, acuito dalla crisi del sistema di partiti italiano, che porta alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società, che è la stessa che accresce la forza dei giudici rendendoli, come le autorità amministrative indipendenti, contropoteri del governo e dei circuiti rappresentativi, tanto di quello elettorale quanto di quello degli interessi» (*ivi*, p. 40).

Sullo sviluppo del fenomeno quale espressione della crisi dell'amministrazione tradizionale fondata sul principio della responsabilità ministeriale e, al contempo, passaggio obbligato per lo Stato moderno v. anche G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, I, p. 1 ss., spec. p. 3-4. Quest'ultimo A. evidenzia anche la forte connotazione «politica» delle *Authorities* (le quali sarebbero titolari di «un potere politico effettivo»), rilevando che la loro istituzione è altresì il riconoscimento da parte del Parlamento della propria incapacità a disciplinare la materia; per cui esse surrogano, di fatto, in relazione ad alcune funzioni gli organi costituzionalmente competenti.

⁽⁹⁾ In tal senso pare orientata la lettura del fenomeno offerta da G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit., p. 649, secondo cui nell'espansione del fenomeno delle autorità indipendenti nell'Europa continentale può ravvisarsi «una inversione di tendenza rispetto alla plurisecolare divergenza che si era aperta tra il diritto continentale e la *common law*, dopo le istituzioni giuridiche, variegata ma largamente comuni, del tardo Medio Evo».

⁽¹⁰⁾ In tal senso V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, I, 2, p. 341 ss., spec. p. 368, secondo cui, mentre nello schema tradizionale dei rapporti tra Stato e Società «la composizione degli interessi avveniva mediante il metodo della «canonizzazione» dell'interesse collettivo, generale o settoriale, nell'interesse pubblico, avente la potenzialità di sacrificare tutti gli altri che risultassero in conflitto con esso, la nuova tendenza si è manifestata anche con la istituzione delle autorità regolatorie, che, svolgendo un ruolo di arbitraggio, devono tendere alla composizione di tutti gli interessi in gioco considerati non più in posizione gerarchica tra di loro ma paritaria. In questa prospettiva è la stessa nozione di interesse pubblico che viene messa in discussione». V., sul punto del nuovo paradigma dei rapporti Stato-società, anche le approfondite considerazioni di R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 115 ss.

A ciò si aggiunga che l'affermazione del modello delle Autorità indipendenti nel nostro ordinamento ha anche segnato il passaggio, specie nei settori dell'economia e della concorrenza, dallo «Stato interventista» allo «Stato regolatore», dove l'apparato pubblico, anziché gestire in via diretta molte attività economiche, «si limita a porre le regole del gioco necessarie per far funzionare in modo corretto il mercato e per garantirne il rispetto». In sostanza, per riprendere un'efficace immagine icastica, lo Stato ha dismesso «i panni del pianificatore e del proprietario gestore» per indossare quelli di arbitro «con un profilo più tecnico rispetto alle strutture

Nonostante tale incidenza strutturale, il fenomeno si è, però, sviluppato lasciando trasparire significative carenze sotto il profilo dell'organicità. Infatti, a una ricognizione tipologica complessiva, emerge tuttora una galassia eterogenea e complessa di enti, caratterizzata da una marcata frammentarietà normativa che rende difficoltosa qualsiasi ricostruzione unitaria del fenomeno, sia sotto il profilo storico sia sotto quello strutturale-operativo. Detta frammentarietà è innanzitutto il precipitato di percorsi evolutivi isolati e asimmetrici (per molti aspetti ancora in essere) che hanno investito le singole Autorità, in assenza di una disciplina organica e sistemica di fondo.

Lo stesso dato normativo ha adottato molto timidamente la locuzione «Autorità amministrativa indipendente» e con un significativo ritardo rispetto alla «tipizzazione sociale» del modello. Occorrerà attendere la l. 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. Legge Bassanini I) e la successiva riforma del processo amministrativo (operata dalla l. 21 luglio 2000, n. 205) per riscontrare un riferimento espresso e unitario alle *Authorities* ⁽¹⁾. Nelle more, le magmatiche legislazioni di settore hanno plasmato *de facto* variegati modelli di agenzie, caratterizzate da elevate competenze settoriali e da una marcata autonomia rispetto al potere esecutivo; indipendenza originaria, in alcuni casi, progressivamente acquisita, in altri.

A tale riguardo, emblematica e antesignana risulta l'esperienza della Banca d'Italia, istituita nel 1893 (l. 10 agosto 1893, n. 443) con la funzione precipua di soggetto deputato all'emissione della moneta, a cui però, già a partire

ministeriali tradizionali e con un'indipendenza maggiore sia dal potere politico sia dalle imprese controllate» (così M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 17-18). Per spunti sul passaggio da una politica economica nazionale dirigistica e interventista (fondata sull'art. 41 cost.) al paradigma europeo della libera concorrenza e del libero mercato quale contesto di sviluppo del fenomeno v. anche F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, cit., p. 13 ss.

⁽¹⁾ L'art. 1, comma 1, l. 24 dicembre 1993, n. 537 (interventi correttivi di finanza pubblica) si limitava ad affidare delega al Governo «a emanare [...] uno o più decreti legislativi diretti a: b) istituire organismi indipendenti per la regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico e prevedere la possibilità di attribuire funzioni omogenee a nuove persone giuridiche»; in particolare, attenendosi al seguente principio e criterio direttivo: «m) attribuzione agli organismi indipendenti di funzioni di regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico, anche mediante il trasferimento agli stessi di funzioni attualmente esercitate da Ministeri o altri enti, nonché di risoluzione dei conflitti tra soggetto erogatore del servizio e utente, fatto salvo il ricorso all'autorità giudiziaria». Sulla scelta lessicale del legislatore, v. le considerazioni di R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 124-127.

dal secondo dopoguerra, è stata affiancata, per espressa previsione normativa, un' incisiva funzione di vigilanza del mercato del credito ⁽¹²⁾. In verità, storicamente discussa è la qualificazione in termini di Autorità indipendente della Banca d'Italia ⁽¹³⁾, considerato lo stretto rapporto che tradizionalmente ha avvinto questa al Ministero del Tesoro nonostante il processo di progressiva acquisizione di autonomia rispetto al potere politico ⁽¹⁴⁾. Proprio facendo leva sui significativi margini di indipendenza dall'esecutivo nello svolgimento dell'attività di controllo e vigilanza del settore del credito e del risparmio, la

⁽¹²⁾ Cfr. F. CAPRIGLIONE, voce *Banca d'Italia*, in *Enc. diritto*, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 243 ss.

Anche il tradizionale assetto delle due funzioni (monetaria e di vigilanza) ha subito, più di recente, una revisione a causa dell'incidenza del diritto europeo. In particolare, la funzione monetaria, con l'avvento della moneta unica, è stata trasferita alla Banca centrale europea (BCE), mentre la funzione di vigilanza è ripartita tra la BCE per i c.d. enti significativi e le banche centrali nazionali per gli istituti di dimensioni minori (cfr., sul punto, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2021, p. 220).

⁽¹³⁾ Il dibattito sulla natura pubblicistica o meno della Banca d'Italia anticipa quello sulla sua qualificazione in termini di Autorità indipendente. Discussa, già dalla prima metà del Novecento, era in particolare la natura di ente pubblico della Banca d'Italia, qualificata da una parte della letteratura come società commerciale (v., in tal senso, F. MESSINEO, *Istituto di credito e banche di diritto pubblico*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1937, I, p. 21, il quale parlava di «società anonima anomala» soggetta alla comune disciplina delle società commerciali, salvo alcuni specifici aspetti regolati da leggi speciali. Cfr. anche ID., *Operazioni di banca e di borsa*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1954). Per la natura pubblica dell'ente, nonostante l'«analogia di struttura e di posizione giuridica con la società per azioni», si esprime invece G. FERRI, voce *Banca d'Italia*, in *Enc. diritto*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 6.

⁽¹⁴⁾ Dell'idea che non possa qualificarsi la posizione della Banca d'Italia alla stregua di un'amministrazione indipendente *tout court*, nonostante i livelli crescenti di autonomia rispetto al Ministero del Tesoro, è F. CAPRIGLIONE, voce *Banca d'Italia*, cit., p. 246. Nello stesso senso anche V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, cit., spec. pp. 354-361, il quale, dopo un'attenta analisi dei rapporti tra potere politico e Banca centrale, conclude che «sotto molti aspetti la posizione della Banca d'Italia è certamente comune a quella propria delle autorità indipendenti, mentre sotto altri profili le sue funzioni, in quanto non sempre separabili da valutazioni politiche (anche se con la tecnica può farsi politica), non possono essere considerati "neutrali" rispetto agli interessi in gioco, e ciò dovrebbe portare ad escludere che la Banca d'Italia possa essere intesa come paradigma tipico delle autorità indipendenti» (p. 361).

V., però, A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 46, secondo cui «la banca centrale è indipendente (o almeno lo è per talune materie, soprattutto per il tasso di sconto), ma è in continuo colloquio con il ministero del Tesoro, talvolta con coabitazione alla francese». Cfr., sulla tesi per cui la Banca d'Italia è sì un'Autorità amministrativa indipendente ma «non indipendente in tutte le sue funzioni», F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, cit., p. 45 ss.

giurisprudenza amministrativa ne ha, più di recente, affermato la riconduzione nel novero delle Autorità indipendenti ⁽¹⁵⁾.

Altrettanto discussa e problematica è stata in origine la qualificazione giuridica della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB), istituita con la l. 7 giugno 1974, n. 216 e preposta alla regolamentazione e alla vigilanza sul mercato dei valori mobiliari. A un primo debole tentativo di riconduzione organica della CONSOB al Ministero del Tesoro anche per giustificare la compatibilità della sua istituzione con la Carta costituzionale ⁽¹⁶⁾, si è contrapposta l'affermazione, pressoché ormai pacifica, della sua assimilazione al novero delle Autorità amministrative indipendenti ⁽¹⁷⁾. Una crescente e progressiva acquisizione di autonomia ha caratterizzato anche il percorso evolutivo dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (nota con l'acronimo ISVAP), operativa già dal 1981, ma che ha acquisito solo alla fine degli anni Novanta un profilo più netto di autorità indipendente. Nel 2012, le funzioni dell'ISVAP sono state assorbite dall'IVASS

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4521, in *Giur. it.*, 2006, I, p. 178 ss.

⁽¹⁶⁾ Danno atto di un simile tentativo, in sede di conversione del decreto istitutivo dell'ente, F. PIGA – A.M. SEGNI, voce *Società e Borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. diritto*, XLII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 1130 ss., spec. pp. 1132-1133, secondo i quali «va comunque riconosciuto che sin dall'inizio della propria attività la CONSOB si trovò ad operare in piena autonomia, senza alcuna ingerenza, neppure sotto forma di indirizzo, da parte dell'esecutivo».

Si veda anche V. CAIANIELLO, *Profili pubblicistici della Commissione nazionale per la società e la borsa*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1974, p. 105 ss., il quale, originariamente, pur riconoscendo significativi caratteri di specialità alla Consob (tali da consentire di classificarla tra gli «organi ad autonomia particolare»), riteneva che la stessa fosse comunque sottoposta alla potestà di indirizzo politico amministrativo del governo e quindi priva di quella indipendenza propria degli organi di rilevanza costituzionale, come Corte dei conti e Consiglio di Stato (definiti come «amministrazioni indipendenti di prima generazione»). L'A. ritorna, successivamente, sull'argomento e riconosce che i caratteri di peculiare indipendenza acquisiti nel tempo dalla Consob consentono di allinearsi alla dottrina che riconosce all'ente la dignità di «capostipite, nel nostro ordinamento, della serie delle autorità indipendenti» (V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, cit., p. 341 ss., spec. pp. 343-344; ID., *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Cedam, Padova, 1985).

Per un quadro sintetico degli interventi normativi che sono intervenuti a modificare le funzioni della Consob dopo la sua istituzione, si v. W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 10-13.

⁽¹⁷⁾ V., in tal senso, F. CAPRIGLIONE – G. MONTEDORO, voce *Società e Borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. diritto*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002 p. 1022 ss., spec. pp. 1033-1034.

(Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni), che rappresenta l'ente tuttora preposto alla regolazione e alla vigilanza del mercato delle assicurazioni anche a tutela dei consumatori.

Meno controversa è risultata, invece, sin dall'origine, l'indagine sulla natura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM o anche nota come Autorità antitrust), istituita con l'entrata in vigore della prima disciplina organica sulla concorrenza (art. 10, l. 10 ottobre 1990, n. 287). L'AGCM nasce come ente preposto a garantire la libera concorrenza e la regolarità del mercato attraverso la repressione delle condotte anticoncorrenziali attuate dalle imprese (intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante, operazioni di concentrazione) per poi acquisire, con il Codice del consumo, competenze anche in materia di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori.

Sempre nel 1990, è stata istituita la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, con il compito precipuo «di valutare l'idoneità delle misure volte ad assicurare il contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati», in particolare il diritto «alla vita, alla salute, alla libertà e alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione» (artt. 1 e 12, l. 12 giugno 1990, n. 146).

Di poco successiva, è stata l'istituzione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) avvenuta con l. 11 febbraio 1994, n. 109, a cui furono, fin da subito, affidati rilevanti poteri ispettivi e sanzionatori nell'ambito della regolamentazione del settore dei lavori pubblici. L'AVCP è stata, poi, sostituita, nel 2012, dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) a cui sono stati attribuiti più ampi compiti di vigilanza anche in materia di trasparenza e contrasto alla corruzione nelle pubbliche amministrazioni.

La sempre più significativa attenzione per i c.d. nuovi diritti (tra cui il diritto alla riservatezza, alla *privacy* e al corretto trattamento dei dati identificanti) e per i settori sensibili dell'ordinamento (collegati a primari valori costituzionali) ha indotto il legislatore a istituire apposite Autorità di settore. A tale riguardo, centrale è l'esperienza dell'Autorità garante per la protezione dei

dati personali, istituita con la l. 31 dicembre 1996, n. 675 (poi sostituita, modificata e integrata dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e, in ultimo, dal GDPR n. 679 del 2016 e dal decreto attuativo 10 agosto 2018, n. 101). Nella stessa prospettiva, al fine di dare effettività alla tutela degli interessi dei minori anche in ossequio a diverse convenzioni internazionali (tra cui la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996), è stata istituita, nel 2011, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, a cui la legge riconosce espressamente «poteri autonomi di organizzazione, con indipendenza amministrativa e senza vincoli di subordinazione gerarchica» (art. 1, l. 12 luglio 2011, n. 112).

Anche nell'ambito dei servizi pubblici si sono affermati, nell'ultimo ventennio, diversi enti di vigilanza e regolazione, caratterizzati da una marcata autonomia e indipendenza. Chiave di volta è la l. 14 novembre 1995, n. 481, che ha disposto, in via generale, l'istituzione di «Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, competenti, rispettivamente, per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico e per le telecomunicazioni». In forza di tale previsione quadro, sono poi state istituite: a) l'attuale Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA), preposta alla regolazione e alla vigilanza dei mercati dell'elettricità, del gas naturale, dell'acqua potabile, del teleriscaldamento/teleraffrescamento e dello smaltimento dei rifiuti ⁽¹⁸⁾; b)

⁽¹⁸⁾ L'assetto attuale dell'ARERA è il frutto di un percorso evolutivo piuttosto complesso, che ha registrato il progressivo accentramento in capo all'Autorità di funzioni e competenze inizialmente ripartite tra diversi enti. A séguito dell'entrata in vigore della l. n. 481 del 1995, fu primariamente istituita l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG), che, divenuta operativa a decorrere dal 1997, svolgeva un generale compito di regolazione e controllo nei settori di competenza a tutela dei consumatori. I poteri dell'Autorità vennero incrementati con l'entrata in vigore del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214, attraverso l'attribuzione ad essa di funzioni in materia di qualità e tariffe dei servizi idrici integrati, inizialmente assegnate alla soppressa Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua. L'AEEG diventa così AEEGSI. Presto, con l'entrata in vigore del d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, le competenze dell'Autorità furono estese anche alla regolazione, al controllo e alla vigilanza nei settori del teleriscaldamento e teleraffrescamento, in attuazione delle Direttiva europea 2012/27/UE in materia di efficienza energetica. In ultimo, con la l. 27 dicembre 2017, n. 205 (c.d. legge di stabilità per l'anno 2018), sono stati ad essa conferiti anche compiti di regolazione e controllo nel settore dei rifiuti, urbani e assimilati, facendo inoltre assumere all'ente l'attuale denominazione (ARERA).

l’Autorità per la garanzia nelle comunicazioni (AGCOM), che, a partire dalla l. 31 luglio 1997, n. 249, ha sostituito il Garante per l’editoria ⁽¹⁹⁾; c) l’Autorità di regolazione dei trasporti (ART) – istituita inizialmente dall’art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214 e poi più volte modificata nel suo assetto ⁽²⁰⁾ – preposta alla vigilanza e alla regolazione del settore dei trasporti e dell’accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori.

Vi sono, poi, una serie di Agenzie e di Autorità a livello sia nazionale sia locale, che però non sembrano presentare, ad avviso della dottrina ⁽²¹⁾, quel giusto grado di indipendenza e autonomia dal potere politico da poter essere inquadrate nel *genus* delle Autorità amministrative indipendenti. È il caso, a titolo esemplificativo, dell’Autorità di sistema portuale, dell’Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA), dell’Agenzia italiana del farmaco (AIF), le quali, pur godendo di un certo grado di autonomia e di

Per un attento quadro storico dell’evoluzione che dalla legge del 1995 ha portata a una regolamentazione unitaria dei settori di gas, energia elettrica e settore idrico e al progressivo riconoscimento dei diversi poteri in capo all’Autorità, si rinvia a G. NAPOLITANO, *L’evoluzione della disciplina procedurale della regolazione energetica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, VI, p. 707 ss. Per un quadro sulle ragioni che hanno indotto ad attribuire all’ARERA anche la recente funzione di vigilanza e regolazione del settore dei rifiuti: A. VENANZONI, *Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA)*, in *Il diritto dell’economia*, 2018, III, p. 597 ss.

⁽¹⁹⁾ Sulla evoluzione normativa che ha portato all’istituzione dell’AGCOM, v. *ex multis*: M. LIBERTINI, *I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, XII, p. 1287 ss.; G. TESAURO – M. TODINO, voce *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. diritto*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 112 ss. Per spunti anche di diritto sostanziale alla luce del Codice delle comunicazioni elettroniche del 2003: M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, II, p. 195 ss.

⁽²⁰⁾ Sulla «faticosa e controversa gestazione» che ha portato alla nascita dell’Autorità di regolazione dei trasporti v. il contributo di A. TONETTI, *L’autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, VI, p. 589 ss. L’istituzione dell’Autorità ha creato dei momenti di frizione anche tra Stato e Regioni, considerato che queste ultime hanno lamentato che la legge istitutiva dell’Autorità avrebbe affidato ad essa una serie di compiti in contrasto con il riparto delle potestà legislative e amministrative delineato dall’art. 117 Cost. Su questo punto è intervenuta Corte cost., 15 marzo 2013, n. 41, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, VIII-IX, p. 835 ss., con commento di C. DI SERI, *L’Autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali*.

⁽²¹⁾ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 19-20.

competenze tecniche specifiche, sono comunque soggette alla stretta vigilanza dei ministeri competenti per materia.

2. Frammentarietà del percorso genetico-evolutivo ed eterogeneità dei modelli.

Corollario della descritta frammentarietà del percorso genetico-evolutivo delle *Authorities* è l'impossibilità di una compiuta e analitica ricostruzione unitaria del fenomeno. Il tentativo di una simile indagine incontrerebbe l'insuperabile limite delle segnalate diversità strutturali e operative tra le diverse Autorità che hanno indotto, sin da subito, la dottrina pubblicistica a rifuggire dagli eccessi derivanti da «semplificazioni unificanti»⁽²²⁾.

La letteratura ha tentato, comunque, nel corso degli anni, di isolare, seppur per grandi linee, i tratti e le funzionalità comuni delle Autorità⁽²³⁾. Sono

⁽²²⁾ Così G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit., p. 645. L'Autore, in particolare, vuole evidenziare che se tra quelle che vengono indistintamente definite Autorità indipendenti «vi sono degli indubitabili profili comuni», si registrano anche diversi profili di diversità in ordine all'indipendenza dal potere esecutivo e alle mansioni effettivamente svolte. In relazione allo scenario *illo tempore* esistente, l'A. isolava tre modelli di Autorità: quello incarnato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato «che ha compiti esclusivamente di aggiudicazione e non di regolazione dei settori di cui si occupa» e che nei confronti «il Governo è completamente estraneo alla nomina (alla quale provvedono d'intesa i presidenti delle due Camere) e sprovvisto di poteri di indirizzo» (p. 647); quello a cui afferrisce l'Autorità della elettricità e del gas (oggi diventata Autorità di regolazione per Energia, Reti e Ambiente – c.d. ARERA) «la quale ha invece competenze schiettamente amministrative» e che «non è indipendente dal Governo né per la nomina [...] né nella sua stessa attività»; un terzo tipo rappresentato dalla Autorità delle telecomunicazioni e della televisione «indipendente dal Governo», ma che tuttavia «ha anche compiti amministrativi». Sarà superfluo evidenziare che dal 1997 ad oggi, anche queste tre autorità hanno subito, sotto entrambi i profili evidenziati, diverse modificazioni.

V. anche: G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 1, secondo cui «i tentativi di ricostruire una categoria assumono consistenza soltanto quando propongono definizioni in negativo: affermando, cioè, che le autorità amministrative indipendenti non sono organi di amministrazione, non sono strutture del Parlamento, non sono giudici e così via»; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, cit., p. 10, il quale rileva, con un'immagine icastica, che il fenomeno delle *Authorities* «è un po' come la gomma da masticare: la si può tirare da tutte le parti senza avere mai in mano qualcosa di consistente. Quel che sembra andar bene per un'autorità non va bene per un'altra».

Considera ancora «ardua la sicura individuazione di un "modello" di autorità indipendente valido per tutte le ipotesi», potendosi, al più, rintracciare «alcuni tratti comuni generali» E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 221.

⁽²³⁾ Cfr., in relazione alla natura giuridica delle Autorità, R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 121 ss., il quale ritiene che esse, nonostante la loro

state messe in evidenza, innanzitutto, le peculiarità ontologiche rispetto al tradizionale prototipo di pubblica amministrazione.

In primo luogo, è stato rilevato che tratto caratteristico essenziale delle Autorità amministrative indipendenti rispetto alle tradizionali pubbliche amministrazioni è la sussistenza di un marcato grado di «neutralità» e indipendenza, predicati tradizionalmente propri e pressoché esclusivi della giurisdizione ⁽²⁴⁾.

eterogeneità e gli accentuati profili di atipicità, siano qualificabili come «persone giuridiche pubbliche» sulla base di alcuni elementi ricorrenti (sebbene non sempre presenti): a) la costituzione *ex lege*; b) la nomina dei componenti per atto pubblico; c) la selezione del personale per pubblico concorso. Con riferimento agli elementi comuni sotto il profilo delle attività, v. *Ivi*, p. 122 ss.

⁽²⁴⁾ In tal senso, con riferimento particolare alla neutralità, v. V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, cit., pp. 353-354. L'A. muove, innanzitutto, dalla necessità di tenere ben distinti i concetti, spesso usati promiscuamente, di «imparzialità», intesa come «esigenza di comportarsi nei confronti di tutti i soggetti destinatari dell'azione amministrativa senza discriminazioni arbitrarie», e di «neutralità», intesa come «indifferenza rispetto agli interessi in gioco». Tracciata la distinzione, è evidenziato che «mentre neutralità ed imparzialità sono predicati della giurisdizione, solo l'imparzialità è predicato della amministrazione»; anzi, la neutralità sarebbe un «connotato incompatibile con l'idea di amministrazione in senso tradizionale, perché questa, per sua natura, lungi dall'essere neutrale rispetto agli interessi intersecati dalla sua attività, è impegnata istituzionalmente alla realizzazione degli interessi pubblici affidati alla sua cura, e quindi è parte interessata rispetto ad essi». La ragione che giustifica l'istituzione, eccezionalmente, di una amministrazione dotata di «neutralità» è da rinvenirsi nella circostanza che alle Autorità sono attribuite «funzioni "neutrali", essenzialmente regolatorie di tutti gli interessi sui quali interferiscono e quindi anche di quelli compresi nell'orbita pubblica, senza alcun condizionamento politico che potrebbe portare a preferire, nel libero gioco tra essi, gli uni o gli altri». V. altresì D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 18, il quale ritiene che la neutralità appartenga «geneticamente» alle *Authorities* e integri un «aspetto significativo della loro indipendenza». Per la relatività della differenza tra imparzialità e neutralità a seconda della concezione (tradizionale o meno) di amministrazione sembrerebbe orientato G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, IV, p. 739 ss., spec. pp. 777-778.

Con specifico riferimento all'indipendenza v. G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle Autorità garanti*, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 2 ss., che individua due tradizionali differenze fondamentali tra potere esecutivo e giudiziario: a) la tipologia delle funzioni esercitate; e b) l'indipendenza degli organi, quale caratteristica esclusiva della giurisdizione e non anche dell'amministrazione tradizionale. Il fenomeno delle Autorità indipendenti sembra infrangere e superare tali differenze sotto entrambi i profili.

In tema, v. anche A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 46, il quale rileva che «l'indipendenza non esclude collegamenti né contiguità» con altri poteri, specie quello esecutivo, «ma, al momento decisivo, chi è indipendente resta tale». L'A. traccia poi un'importante *summa divisio* tra autorità che operano come garanti di diritti costituzionalmente tutelati e autorità regolatrici di processi economici, distinguendo ancora, in

I caratteri di neutralità e indipendenza delle Autorità ⁽²⁵⁾ trovano riscontro, sotto il profilo operativo, innanzitutto nelle modalità di designazione dei loro componenti, spesso individuati, mediante un procedimento non rimesso completamente alla discrezionalità del potere politico, tra soggetti dotati di specifiche e comprovate competenze nella materia del settore di riferimento e in grado di offrire garanzie di moralità e indipendenza ⁽²⁶⁾. Altro tratto comune sintomatico dell'indipendenza delle *Authorities* è la circostanza per cui esse tendenzialmente rendono conto del proprio operato direttamente al Parlamento

seno a queste ultime, tra autorità che hanno poteri di indirizzo e autorità che ne sono prive. La sussistenza o meno di un potere di indirizzo rileverebbe ai fini del riconoscimento o meno in capo all'Autorità del carattere della neutralità. Infatti, sarebbero neutrali solo quelle autorità prive di potere di indirizzo (*ivi*, p. 48).

Sulla indipendenza declinata sotto il profilo organico e funzionale, v. puntualmente R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 139 ss.

⁽²⁵⁾ Per un'attenta analisi, anche in un'ottica comparata, del concetto di indipendenza applicata all'amministrazione si rinvia a S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, III, p. 947 ss.

⁽²⁶⁾ Alla luce dell'analisi del dato empirico e in assenza di una ricostruzione sistematica, è possibile sussumere le diverse modalità di designazione dei componenti delle varie Autorità in quattro modelli di riferimento, delineabili in base al diverso grado di incidenza che nella nomina assume il Governo.

In un primo modello, il ruolo diretto del Governo è fortemente limitato. Afferiscono a questa categoria i casi in cui la designazione è affidata a figure istituzionali come i Presidenti di Camera e Senato (è quanto previsto per i membri della Commissione Garanzia Sciopero, del Presidente e dei componenti del Collegio dell'AGCM) o, comunque, rimessa all'elezione diretta del Parlamento (come avviene per i quattro membri del Collegio del Garante per la protezione dei dati personali). In altri casi (secondo modello), il potere di designazione è fondamentalmente affidato al Governo, seppur la discrezionalità di questo nella nomina è in parte attenuata dall'obbligo di acquisire il parere delle competenti Commissioni parlamentari. In queste ipotesi, generalmente, le nomine avvengono con d.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta o comunque d'intesa tra il Presidente del Consiglio dei ministri e/o i ministri competenti *ratione materiae*, acquisito il parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti. Seguono questo modello la nomina dei componenti dell'ANAC, del Presidente e dei quattro componenti di ARERA, dei commissari dell'AGCOM, dei membri del Consiglio dell'Autorità di regolazione dei trasporti. In un terzo modello, la nomina governativa è subordinata all'acquisizione del parere di un soggetto interno all'Autorità stessa o comunque afferente a un organo ad essa collegato. È il caso dei Consiglieri dell'IVASS (due più il Presidente) che sono nominati con d.P.R., previa delibera del Consiglio dei Ministri assunta d'iniziativa del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Governatore della Banca d'Italia e di concerto con il Ministro dello sviluppo economico. Anche la nomina del Governatore della Banca d'Italia è disposta con d.P.R., su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio Superiore della Banca d'Italia. Pressoché priva di vincoli appare, al contrario, la discrezionalità del Governo nella designazione del Presidente e dei quattro commissari della CONSOB (quarto modello): essi sono, infatti, nominati con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri.

e godono di sostanziale autonomia organizzativa, funzionale, amministrativa e contabile.

La complessità del quadro è ulteriormente aggravata dall'attribuzione alle Autorità di compiti e funzioni eterogenee, sovente ben lontane da quelle funzioni di amministrazione attiva proprie delle p.a. tradizionali. Ciò ha indotto a intravedere una vera e propria deroga al principio di separazione dei poteri ⁽²⁷⁾, con conseguenti problemi sul piano della sistematica costituzionale. Volendo tentare un'elencazione di massima delle competenze delle Autorità ⁽²⁸⁾, potremmo individuare: a) una funzione regolamentare; b) una funzione sanzionatoria ⁽²⁹⁾; c) una funzione giustiziale ⁽³⁰⁾; d) una funzione conciliativa; e) una funzione consultiva; g) una funzione di controllo; e) una funzione (para) normativa ⁽³¹⁾.

Più di recente, ad alcune Autorità indipendenti è stato riconosciuto anche un ruolo, definito dalla dottrina, di «“sentinella” chiamata a verificare la legittimità degli atti nell'ordinamento» ⁽³²⁾. Ci si riferisce, in particolare, alla tendenza ad attribuire alle *Authorities* una legittimazione *ex lege* a impugnare alcuni atti amministrativi. È quanto previsto dall'art. 21 *bis* della l. 10 ottobre

⁽²⁷⁾ In tal senso E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 222. Sul tema v. anche F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo “quasi” giallo*, cit., p. 27-29.

⁽²⁸⁾ Tale classificazione si risolve inevitabilmente in una scelta interpretativa soggettiva. Va infatti evidenziato che in letteratura sono state proposte classificazioni variegata anche in relazione a ogni singola autorità. A titolo esemplificativo, si v. W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, cit., p. 13 ss., il quale, in relazione alla CONSOB, dopo aver dato atto delle diverse classificazioni, ne individua sei (potere di regolazione, potere di autorizzazione, potere di controllo, potere di vigilanza, potere sanzionatorio, potere di accertamento).

⁽²⁹⁾ Per un compiuto studio sul potere sanzionatorio di ciascuna Autorità indipendente, si v. AA. VV., *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Cedam, Padova, 2011.

⁽³⁰⁾ Di «funzione giustiziale» parla E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 221-222, con tale intendendo la potestà delle Autorità di «risolvere con decisioni autoritative dispute» e «decidere reclami che non richiedono il previo accordo delle due parti (anche se spesso vi sono tentativi di conciliazione all'interno dei procedimenti)». V. altresì M. GIOVANNINI, *I poteri giustiziali delle autorità indipendenti*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, a cura di G. Falcone e B. Marchetti, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 133 ss.

⁽³¹⁾ V. N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, il Mulino, Bologna, 1996, p. 87 ss.

⁽³²⁾ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 221.

1990, n. 287⁽³³⁾, che riconosce la legittimazione dell'AGCM ad agire in giudizio avverso gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato⁽³⁴⁾. Analogamente, i commi 1 *bis*, 1 *ter* e 1 *quater* dell'art. 211 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016), riconoscono la legittimazione *ex lege* di ANAC ad impugnare bandi, atti generali e, più in generale, i provvedimenti di tutte le Amministrazioni pubbliche che violino le norme in materia di contratti pubblici⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Disposizione introdotta dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modifiche, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214. La norma prevede che l'Autorità debba prima emettere un parere motivato recante gli specifici profili delle violazioni riscontrate e, solo nell'ipotesi in cui l'Amministrazione non si conformi al parere nei sessanta giorni successivi alla sua comunicazione, potrà proporre ricorso giurisdizionale.

Nel suo complesso, la disposizione è stata anche oggetto di dubbi di legittimità costituzionale. La Consulta ha dichiarato, però, inammissibili le questioni proposte nel 2013 (v. Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20, in *Dir. proc. amm.*, 2013, II, p. 465 ss., con commento di F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*; in *Giur. cost.*, 2013, I, p. 329 ss., con note di R. CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato* (p. 337 ss.) e di M. MIDIRI, *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità della Concorrenza* (p. 342 ss.)).

⁽³⁴⁾ Sull'istituto, diffusamente: N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, III, p. 807 ss. Si segnalano altresì i contributi di: M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, in *Federalismi.it*, 2012, XII; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e potere della concorrenza. Il potere della legittimazione a ricorrere dell'AGCM*, in *Giustamm.it*, 2012; R. CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 337 ss.; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giustamm.it*, 2013; B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 2016, p. 291 ss.

⁽³⁵⁾ L'istituto è stato introdotto nel codice dei contratti pubblici dall'art. 52 *ter*, comma 1, d. l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 giugno 2017, n. 96. I due nuovi commi dell'art. 211 contemplano, in realtà, due distinte ipotesi in cui l'ANAC ha il potere di esercizio dell'azione: l'art. 211, comma 1 *bis*, prevede che: «l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»; l'art. 211, comma 1 *ter*, dispone che: «l'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice

amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

La legittimazione dell'ANAC ha posto il problema, in seno alla giurisprudenza amministrativa, della natura della legittimazione ad agire dell'Autorità e della individuazione dei presupposti sottesi all'azione. Sul punto si sono espressi in maniera conforme, di recente: Tar Lombardia, Milano, sez. II, 3 febbraio 2020, n. 240 in *Foro Amm.*, 2020, V, p. 990; Tar Campania, Salerno, sez. I, 2 gennaio 2021, n. 1, in *DeJure* e Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6787, *ivi*, secondo cui, sostanzialmente, la legittimazione ad agire dell'ANAC non avrebbe una natura «straordinaria» o «eccezionale» e sarebbe, *in re ipsa*, espressiva di un «collegamento soggettivo tra l'interesse a ricorrere e 'la titolarità di un interesse tutelato dall'ordinamento sul piano sostanziale'. Tale collegamento sussiste perché l'interesse a ricorrere è collegato alle funzioni pubbliche che la legge affida alle cure dell'Anac». Sotto il profilo operativo, il massimo Consesso della giurisprudenza amministrativa ritiene che, in entrambe le ipotesi disciplinate dall'art. 211 del Codice dei contratti pubblici (ai commi 1 *bis* e 1 *ter*), l'Autorità deve rispettare soltanto le condizioni esplicitate nella norma di legge, non sussistendo alcuna condizione implicita ulteriore. Pertanto, l'ANAC non è, a questi fini, tenuta a motivare sulla sussistenza di ragioni di interesse pubblico, specifico e concreto, all'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato, trattandosi di un potere il cui esercizio richiede presupposti diversi rispetto a quelli previsti per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti di cui all'art. 21 *nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241.

La pronuncia è in linea con la natura «ordinaria» già riconosciuta alla legittimazione ad agire dell'AGCM da Tar Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720, in *Foro Amm. Tar*, 2013, V, p. 1587 ss. Carattere «straordinario» alla legittimazione processuale di ANAC è riconosciuto, al contrario, da Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *Urb. app.*, 2018, VI, p. 785 ss., con commento di A. MEALE, *La legittimazione all'impugnazione della lex specialis*. La pronuncia, in un *obiter*, evidenzia che: «si tratta, invero, del conferimento all'ANAC di una legittimazione processuale straordinaria, al pari di quanto disposto da altre previsioni normative (si rammentano, in proposito, gli artt. 14 comma 7, 62, 110 comma 1, 121 comma 6 e 157 comma 2 del d.lgs. n. 58 del 1998 con cui la Banca d'Italia e la Consob sono state legittimate ad impugnare le deliberazioni delle società vigilate adottate in violazione di alcune disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria; l'art. 52, comma 4 del d.lgs. n. 446 del 1997 che ha riconosciuto al Ministero delle Finanze il potere di impugnare per qualsiasi vizio di legittimità i regolamenti comunali in materia di entrate tributarie; l'art. 6, comma 10, della l. n. 168 del 1989, che ha attribuito al Ministro dell'Università e della Ricerca il potere di diretta impugnazione degli Statuti dei singoli Atenei che non si adeguino ai rilievi di legittimità dallo stesso formulati; l'art. 21 *bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287 in tema di poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza, l'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 in tema di poteri attribuiti all'Autorità di regolazione dei trasporti e l'art. 70 del decreto legislativo del 18 agosto 2000 n. 267 che attribuisce al Prefetto la legittimazione a far valere, in via giurisdizionale, la decadenza dalla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale)».

La previsione di forme di legittimazione apparentemente scisse da un interesse diretto e concreto hanno indotto la letteratura a interrogarsi, in una prospettiva più ampia, sulla effettiva natura del giudizio amministrativo azionato dalle Autorità indipendenti e su una sua potenziale «oggettivizzazione». Si v., sul punto, M.C. POLLICINO, *La legittimazione ad agire dell'ANAC*, commento a Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6787, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, IV, p. 509 ss., la quale ritiene che se, prendendo spunto dal punto di approdo degli studi processual-civilistici, ci si sofferma non solo sull'interesse sostanziale sotteso all'azione ma anche «sulla

L'art. 37, comma 2, lett. m) e n), del d. l. 6 dicembre 2011, n. 201 ⁽³⁶⁾, riconosce, infine, all'Autorità di regolazione dei trasporti la facoltà di ricorrere al Tar Lazio avverso gli atti adottati dagli enti locali relativi al servizio taxi.

3. *Quadro dei rapporti tra giurisdizione e Autorità indipendenti.*

L'attribuzione di funzioni così eterogenee alle Autorità indipendenti, sovente anche in deroga al fondamentale principio di separazione dei poteri, ha posto una serie di dubbi circa la corretta allocazione sistematica di questi enti nel tradizionale assetto costituzionale.

Diversi punti di contatto sono emersi rispetto al potere giurisdizionale a tutela dei diritti soggettivi, esercitato, principalmente, dal giudice ordinario, la cui reciproca relazione con le *Authorities* oscilla, da sempre, tra «deferenza e interferenza» ⁽³⁷⁾. Si tratta di un rapporto che appare caratterizzato, si è anche detto, da un «elemento di tensione quasi insolubile» ⁽³⁸⁾.

Prima ancora che sotto il profilo funzionale, detto elemento di tensione emerge sotto il profilo ontologico, considerata la sussistenza di caratteristiche in capo alle Autorità indipendenti che le avvicinano più alla giurisdizione che non alla pubblica amministrazione come tradizionalmente nota. Si è già rilevato che le Autorità amministrative indipendenti presentano un marcato carattere di indipendenza, peculiarità tradizionalmente quasi esclusiva dei giudici che trova un addentellato costituzionale anche nel disposto dell'art. 104 Cost. ⁽³⁹⁾.

struttura del processo introdotto dalle Autorità indipendenti non pare che lo stesso sia strutturalmente assimilabile ad un processo di giurisdizione oggettiva, essendo comunque retto, in ogni sua fase, dal principio dispositivo» (p. 512). Spunti sul dibattito sono sviluppati anche da E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018*, n. 1119, in *Dir. proc. amm.*, 2019, I, p. 261 ss.

⁽³⁶⁾ Come risultante dalla modifica apportata dall'art. 36, comma 1, lett. a), d. l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

⁽³⁷⁾ L'espressione è di M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 46.

⁽³⁸⁾ Così ancora M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 47.

⁽³⁹⁾ Sotto questo profilo, cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 46-47, il quale rileva che è «naturale che l'istituzione di apparati separati dal potere esecutivo, che conservano una natura formalmente amministrativa ma che svolgono un ruolo di tipo paragiurisdizionale, quali sono appunto le autorità indipendenti, possa alterare il

I diversi punti di contiguità hanno indotto parte della dottrina a parlare, talora, di funzione «giustiziale» o «paragiurisdizionale» delle *Authorities*. Si tratta di espressioni dai tratti evanescenti, che sembrano assommare in sé funzioni, in vero, piuttosto eterogenee, capaci di spaziare dalla composizione delle liti all'applicazione della legge al caso concreto.

Pertanto, nell'attività delle Autorità indipendenti è possibile scorgere punti di contatto con la «destinazione» tipica della giurisdizione, con prevalenza talora dello scopo proprio della composizione della lite, talaltra della funzione di attuazione del diritto ⁽⁴⁰⁾. La funzione di attuazione del diritto (o di

normale rapporto tra pubblica amministrazione e potere giudiziario, rapporto nel quale il potere giudiziario esercita la funzione di garante ultimo della legalità dell'azione amministrativa».

⁽⁴⁰⁾ Come noto, l'individuazione della destinazione, ossia dello scopo, del processo civile è stata oggetto di tradizionale dibattito nella più risalente dottrina processual-civilistica.

Una prima tradizionale tesi individua lo scopo del processo civile – sia con riguardo alla fase di cognizione che a quella esecutiva – in quella «funzione pubblica» che si sostanzia nell'«attuazione della legge, cioè del diritto in senso obbiettivo» (così G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, 3° ed., Jovene, Napoli, 1923, p. 65). L'autorevole Studioso premosellese contesta in particolare l'idea che lo scopo del processo sia la difesa dei diritti soggettivi, sia perché «non sempre vi sarebbe nel processo il diritto soggettivo da difendere» come, ad esempio, quando la sentenza rigetta la domanda, sia perché – osserva – «se il diritto soggettivo non è che l'aspettazione d'un bene garantita dalla volontà dello Stato, non chiede una cosa ch'egli afferma d'aver già, cioè la *garanzia* della sua aspettazione, ma l'*attuazione* di questa sua garanzia che è la legge» (p. 66). Da tali premesse, si ricava la nozione di processo civile come «il complesso degli atti coordinati allo scopo dell'attuazione della legge (rispetto a un bene che si pretende da questa garantito nel caso concreto), per parte degli organi della giurisdizione ordinaria» (p. 68). Cfr. altresì E. REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, Società editrice libraria, Milano, 1911, p. 33 ss., spec. note 20 e 24, il quale, dichiarando di accedere alla posizione di Chiovenda, ritiene più esatto parlare di «attuazione del diritto» anziché della legge, ritenendo altresì irrilevante la distinzione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo.

Finisce per aderire alla tesi dell'attuazione del diritto obiettivo anche A. ROCCO, *La sentenza civile*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1906, p. 24 ss., il quale tuttavia precisa, innanzitutto, che più che parlare di scopo del processo si dovrebbe parlare di «scopi dei *subietti processuali*» (ossia dello Stato, rappresentato dall'organo giurisdizionale, e delle parti); ciò premesso, «la concezione obbiettiva, non ha riguardo che allo scopo dello Stato», e perciò assegna come scopo al processo «l'attuazione del diritto obiettivo», ossia della legge, che è appunto la volontà dello Stato; la concezione subiettiva ha riguardo invece soltanto allo scopo di una delle parti, e precisamente dell'attore, e considera perciò come scopo del processo la «tutela dei diritti subiettivi» (pp. 27-28). In ogni caso, poiché «l'attività giurisdizionale è, essenzialmente, attività dello Stato, e l'intervento delle parti nel processo non è che condizione o presupposto e delimitazione dei confini di quell'attività, deve considerarsi come preponderante e assorbente nel processo lo scopo dello Stato» (p. 28).

Un secondo indirizzo dottrinale individua lo scopo del processo nella formazione di un comando per la giusta composizione della lite (in tal senso: F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto*

applicazione della legge al caso concreto) ⁽⁴¹⁾ emerge particolarmente in quelle ipotesi in cui le Autorità indipendenti, in una prospettiva di *public enforcement*, svolgono attività di vigilanza in relazione ad alcuni settori di riferimento e vengono anche chiamati ad accertare eventuali illeciti ⁽⁴²⁾. Da tempo, la

processuale civile, II, La Litotipo editrice universitaria, Padova, 1926, p. 3 ss. Nello stesso senso C. DI SEREGO, *Il processo senza lite*, Cedam, Padova, 1930, pp. 48-49). Fa espresso richiamo alla posizione carneluttiana, ritenendola come quella che meglio si adatta anche al processo del lavoro: N. JAEGER, *Le controversie individuali del lavoro*, 4° ed., Cedam, Padova, 1936, p. 29 ss., spec. p. 31.

La posizione di Carnelutti è stata oggetto di un acceso dibattito anche sulle pagine della Rivista di diritto processuale civile del 1928. In tale sede, critico nei confronti della posizione di Carnelutti si è professato P. CALAMANDREI, *Il concetto di «lite» nel pensiero di F. Carnelutti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 3 ss. e p. 89 ss. Cfr. anche le relative risposte alla critica ricevuta di F. CARNELUTTI, *Lite e funzione processuale (postilla)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 23 ss. e F. CARNELUTTI, *Lite e processo*, *ivi*, p. 99 ss.). Osservazioni critiche al pensiero di Carnelutti si rinvennero anche in G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1935, pp. 41-42.

Va rilevato che alla diversa concezione della destinazione del processo come “attuazione del diritto” o come mezzo per conseguire la “giusta composizione della lite” corrisponde anche, una diversa concezione circa la natura processuale o sostanziale della cosa giudicata, come rileva E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milano, 1935, pp. 15-16. Quest’ultimo Autore non nasconde, peraltro, come entrambe le funzioni in verità coesisterebbero nel processo, tant’è che «i più ragionevoli propugnatori di ciascuna delle due teorie si rendono conto del fondo di vero che è insito nell’altra» (*Ivi*, p. 16). Tuttavia, Egli stesso avverte la necessità di individuare quale dei due scopi risulta preponderante e così arriva a una soluzione intermedia secondo cui i due scopi attengono alle diverse fasi del processo: la composizione della lite sarebbe propria dell’accertamento mentre l’esecuzione mirerebbe all’attuazione del diritto (p. 19). Ciò però con la precisazione che si può comunque parlare di forma di attuazione del diritto, con riferimento all’accertamento, se si fa riferimento al diritto oggettivo – la legge – e non al diritto soggettivo.

⁽⁴¹⁾ Di «affinità contenutistiche tra l’attività di *jus dicere* del giudice e l’attuazione obiettiva della legge senza margini di discrezionalità che connota [...] la parte più significativa dell’attività del Garante della concorrenza e del mercato» senza, però, giustificare «l’attrazione di quest’ultima nell’area della giurisdizione» parla M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Giappichelli, Torino, 2006, p. 12.

Si v., però, D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., pp. 23-25, il quale precisa che, «sebbene anche le Autorità, come i giudici, possano trovarsi ad esercitare un potere di applicazione di precetti normativi a casi concreti», emergerebbero significative diversità. Il provvedimento adottato all’esito del procedimento amministrativo, essendo suscettibile di sindacato giurisdizionale, non costituisce in ogni caso “attuazione ultima della legge”, a differenza dei provvedimenti giurisdizionali che presentano, inoltre, l’ulteriore caratteristica dell’«insuscettibilità di sindacato da parte di un diverso potere dello Stato».

⁽⁴²⁾ Interessante notare come, in queste ipotesi, alle Autorità venga talora contestualmente affidato dal legislatore il compito non solo di attuare la legge ma anche di specificarne il contenuto al cospetto di concetti giuridici indeterminati. È il caso, ad esempio, della determinazione, da parte dell’AGCM, del concetto di “mercato rilevante” nell’ambito *antitrust*. Sotto questo profilo lo scopo dell’attività dell’Autorità sembra esse non solo quello di

letteratura ha messo in evidenza tale aspetto, rilevando che, sovente, le Autorità indipendenti, alla stessa stregua dei giudici e diversamente dalle altre amministrazioni pubbliche, «non effettuano una vera e propria comparazione di interessi ma si limitano ad applicare la legge al caso concreto, sia pure attraverso indagini tecniche e scientifiche complesse, e come i giudici operano seguendo procedure improntate al pieno rispetto del principio del contraddittorio»⁽⁴³⁾.

Pare quindi opportuno muovere proprio da un primo tentativo di ricostruzione sistematica dei rapporti operativi, *latu senso* intesi, intercorrenti tra giurisdizione ordinaria civile e Autorità amministrative indipendenti, prendendo spunto dalla casistica e dal dato esperienziale.

4. *Il ruolo delle Authorities nella risoluzione dei conflitti tra soggetti terzi: amministrazione di arbitrati, conciliazioni e funzioni giustiziali. Cenni.*

Come rilevato, talora la legge attribuisce alle Autorità amministrative indipendenti il ruolo di dirimere, direttamente o mediamente (cioè attraverso organi ausiliari), le controversie insorgenti tra soggetti terzi e vertenti su diritti soggettivi disponibili. Si tratta di una funzione latamente assimilabile a quella giurisdizionale, intesa come attività di «risoluzione dei conflitti» e che si inserisce nel contesto dello sviluppo di forme alternative di risoluzione delle controversie (complessivamente indicate con l'acronimo anglo-americano *ADR*, *alternative dispute resolution*)⁽⁴⁴⁾. Caratteristiche di tale attività è che l'Autorità

attuazione della legge ma anche di determinazione della stessa, secondo una prospettiva non completamente ignota alla teoria generale del processo civile (cfr., per cenni critici alle teorie della destinazione del processo civile come «determinazione del diritto» G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, 3° ed., cit., p. 69 ss. Cfr. anche A. ROCCO, *La sentenza civile*, cit., p. 133 ss., n. 50-51).

⁽⁴³⁾ M. CLARICH – L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 1, p. 358 ss.

⁽⁴⁴⁾ Ritengono non inquadrabile l'ABF tra le vere e proprie ADR: C. CONSOLO-M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.*, 2011, XII, p. 1652 ss., spec. p. 1655, secondo cui «gli scarni indici normativi (di tenore talora promiscuo) a disposizione dell'interprete, dalla deliberazione Cicr del 2008 alle disposizioni applicative della Banca d'Italia, dell'anno successivo, fanno in realtà pensare a qualcosa di assai diverso e di molto lontano, anche se *in nuce* ne ricalca le forme, da un procedimento contenzioso. Ad un procedimento *sui generis* la cui finalità precipua, lungi dall'esser quella di risolvere autoritativamente una controversia in essere tra le parti, sembra a noi piuttosto quella di prevenirne l'insorgenza (stroncando sul nascere il possibile suo approdo giudiziario), facendo

non procede d'ufficio, ma viene generalmente adita da soggetti terzi, utenti o operatori del settore di riferimento, e che la decisione viene assunta all'esito di un procedimento improntato al contraddittorio orizzontale, ovvero tra le parti e non con l'Autorità.

In assenza di una legge organica, anche l'esercizio di un simile potere ha registrato lo sviluppo di diversi modelli, completamente diversi tra loro quanto a struttura e a effetti delle decisioni assunte. Anche il ruolo delle Autorità, che si pongono in ogni caso in una posizione di terzietà rispetto alla lite da dirimere, varia sensibilmente, con l'emergere, in alcune ipotesi, di significativi punti di contatto tra la funzione di risoluzione delle controversie e quella di vigilanza.

È possibile, alla luce del dato empirico, individuare quattro modelli.

4.1. *Primo modello: l'Authority come ente amministratore di arbitrati.*

Secondo un primo modello, l'Autorità indipendente annovera al suo interno un organo ausiliario (la Camera arbitrale) che ha il compito non di conoscere direttamente la controversia, ma di amministrare procedure all'esito delle quali un Collegio, nominato all'uopo, emana lodi arbitrali. È il caso dell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale istituita presso l'ANAC⁽⁴⁵⁾.

In tale contesto, l'Autorità, per mezzo del suo organo ausiliario, svolge le mansioni tipiche degli enti amministratori d'arbitrato, senza particolari profili di novità, se non la circostanza che nella materia dei contratti pubblici l'arbitrato deve necessariamente essere amministrato dalla Camera arbitrale ANAC (essendo preclusa la possibilità di ricorrere all'arbitrato libero o *ad hoc* o ad altri enti amministratori). Neppure il dato per cui il compito di amministrare l'arbitrato viene affidato a un soggetto pubblico può considerarsi un *novum* nel

vedere subito alle parti quale sarebbe l'esito verosimile della lite una volta che un (vero) giudice fosse investito della domanda giudiziale».

⁽⁴⁵⁾ V. I. LOMBARDINI, *Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?*, in *Riv. arb.*, 2016, IV, p. 715 ss.; ID., *L'arbitrato nel nuovo «codice dei contratti pubblici» (d.lgs. n. 50 del 2016) (Parte I)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, I, p. 283 ss.; ID., *L'arbitrato nel nuovo «codice dei contratti pubblici» (d.lgs. n. 50 del 2016) (Parte II)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, II, p. 713 ss.; E. ODORISIO, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 209 e 210 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, VI, p. 1607 ss.

V. altresì, *si vis*, M. GOLIA, *L'arbitrato amministrato ANAC. Assetto e prospettive di un modello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

nostro ordinamento, essendo ormai da tempo consolidata l'esperienza delle camere arbitrali in seno alle Camere di commercio ⁽⁴⁶⁾.

Si tratta, quindi, di vere e proprie procedure arbitrali, all'esito delle quali il Collegio adotta dei lodi con effetti pienamente fungibili a quelli delle sentenze dei giudici ordinari, ai sensi dell'art. 824 *bis* c.p.c.

4.2. *Secondo modello: l'Authority come supporto tecnico a procedure decisorie non giurisdizionali. ABF, ACF e Arbitro IVASS.*

Un'altra casistica vede l'istituzione presso l'Autorità di settore di organismi che, in una posizione di terzietà ed equidistanza ⁽⁴⁷⁾, conoscono direttamente la lite intercorrente tra soggetti terzi operanti nell'ambito di riferimento. Sovente le decisioni assunte da questi organi, seppur rese all'esito di procedimenti sostanzialmente improntati al contraddittorio, non sono "fungibili" rispetto a quelle del giudice ordinario e fanno leva semplicemente su fattori reputazionali e di *moral suasion* (ad es. la pubblicazione dell'inadempimento dell'intermediario sul sito dell'Arbitro).

Antesignana, al riguardo, è l'esperienza dell'Arbitro bancario finanziario (ABF) ⁽⁴⁸⁾, istituito in seno alla Banca d'Italia nel 2005 e diventato effettivamente

⁽⁴⁶⁾ V., in relazione a tale esperienza, R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in *Riv. arb.*, 2000, IV, p. 663 ss.

⁽⁴⁷⁾ Sulla terzietà ed equidistanza dell'ABF v. F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Società*, 2011, I, p. 83 ss., spec. p. 85.

⁽⁴⁸⁾ Sui vari profili dell'istituto, *ex multis*: AA. VV., *Arbitro bancario e finanziario*, diretto da G. Conte e a cura di L. Balestra, R. Di Raimo, D. Maffei, M. Maggiolo, M. Marinaro, R. Natoli, S. Pagliantini, G. Recinto, Giuffrè, Milano, 2021; N. SOLDATI, *La terza riforma dell'Arbitro bancario finanziario*, in *Contr. e impr.*, 2020, IV, p. 1541 ss.; G.L. CARRIERO, *L'Arbitro Bancario Finanziario presso la Banca d'Italia: genesi, struttura e funzioni*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 1 ss.; P. BARTOLOMUCCI, *L'Arbitro Bancario Finanziario: il procedimento*, *ivi*, p. 55 ss.; N. SOLDATI, *L'Arbitro Bancario Finanziario: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, *ivi*, p. 141 ss.; A. FEDERICO, *L'Arbitro Bancario Finanziario: gli orientamenti e i dialoghi con la giurisprudenza*, *ivi*, p. 184 ss.; D. DALFINO, *L'Abf e i principi del processo civile: contestazione, "contumacia", onere della prova*, in *Il Processo*, 2019, I, p. 27 ss.; G.L. CARRIERO, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contr. e impr.*, 2018, I, p. 35 ss.; M. STELLA, *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari in Italia e in Europa*, Cedam, Padova, 2016; G. MARZIALE, *L'arbitro bancario finanziario: luci e ombre*, in *Contratti*, 2016, I, p. 50 ss.; E. MINERVINI, *L'arbitro bancario finanziario. Una nuova "forma" di ADR*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014; A. PIERUCCI, *L'Arbitro Bancario e Finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2014, IV, p. 811 ss.; A. BERLINGUER, *ABF tra giudizio e media-conciliazione*, in *Riv. arb.*, 2013, I, p. 19 ss.; C. CONSOLO e M. STELLA, *L'arbitro bancario*

operativo solo a decorrere dal 2009 ⁽⁴⁹⁾. L'ABF è strumento alternativo di risoluzione delle controversie insorgenti tra la clientela e le banche e gli intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari di cui all'art.

finanziario” e la sua “giurisprudenza precognitrice”, in *Le Società*, 2013, II, p. 185 ss.; G. FINOCCHIARO, *L'Arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2012; ID., *Arbitrato bancario finanziario*, in *Enc. Treccani-Diritto online*; A. SCOTTI, voce *Abf e rapporti bancari*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg., Utet, Torino, 2012, p. 1 ss.; E. CAPOBIANCO, voce *Arbitro bancario finanziario*, *ivi*, p. 35 ss.; V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Società*, 2012, VIII-IX, p. 953 ss.; C. CONSOLO e M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, I, p. 121 ss.; G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le Società*, 2011, X, p. 1218 ss.; B. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Ed. Banca d'Italia, n. 70, giugno 2011, p. 7 ss.; M.S. DESARIO, *Profili di impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, IV, p. 492 ss.; A.V. GUCCIONE e C.A. RUSSO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, III, p. 475 ss.; E. QUADRI, *L'«Arbitro Bancario Finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, VI, 2, p. 305 ss.; G. COSTANTINO, *La istituzione dell'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in AA.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, Napoli, 2010, p. 297 ss.

⁽⁴⁹⁾ L'istituzione dell'organismo risale alla l. 28 dicembre 2005, n. 262, che ha introdotto nel Testo unico bancario l'art. 128 *bis* rubricato «Risoluzione delle controversie», il quale, a seguito delle successive modifiche (operate dall'art. 4, comma 3, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 e, in ultimo, dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 15 marzo 2017, n. 37), presenta l'attuale seguente formulazione: «1. I soggetti di cui all'articolo 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela. 2. Con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela. 3. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento. 3-*bis*. La Banca d'Italia, quando riceve un esposto da parte della clientela dei soggetti di cui al comma 1, indica all'esponente la possibilità di adire i sistemi previsti dal presente articolo».

In attuazione della previsione normativa, il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) ha adottato la Delibera 29 luglio 2008, n. 275 (modificata, in ultimo, con decreto d'urgenza del Ministro dell'economia e delle finanze - Presidente del CICR, n. 127 del 10 luglio 2020), con cui ha fissato i criteri per lo svolgimento delle procedure, affidando il compito di gestirne l'organizzazione alla Banca d'Italia. Quest'ultima ha, quindi, dettato la disciplina di dettaglio sul funzionamento del sistema ABF e sulla procedura di ricorso con provvedimento del 18 giugno 2009, recante «Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari», più volte modificate e, in ultimo, aggiornate con provvedimento del Governatore della Banca d'Italia del 12 agosto 2020.

Dal punto di vista strutturale, l'ABF si articola sul territorio nazionale in sette Collegi: Bari, Bologna, Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino.

115 T.u.b., i quali sono tenuti *ex lege* ad aderirvi (v. art. 128 *bis*, comma 1). L'ABF ha, nella maggior parte delle materie, sostituito i previgenti strumenti alternativi di risoluzione delle controversie operanti nel settore (come, ad esempio, l'*Ombudsman*-Giurì Bancario).

A dispetto del nome, l'Arbitro bancario finanziario, di cui è peraltro stata esclusa espressamente dalla Consulta la natura giurisdizionale e quindi la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale⁽⁵⁰⁾, non gestisce vere e proprie procedure arbitrali⁽⁵¹⁾, neppure irrituali⁽⁵²⁾, né pare potersi richiamare, al riguardo, l'istituto dell'arbitraggio⁽⁵³⁾. L'ABF assume decisioni

⁽⁵⁰⁾ Corte cost., (ord.) 21 luglio 2011, n. 218, in *Corr. giur.*, 2011, XII, p. 1652 ss., con nota sostanzialmente adesiva di C. CONSOLO-M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*. Questi autori, ancor prima dell'intervento della Consulta, si erano già espressi in senso negativo circa la possibilità per l'ABF di sollevare questione di legittimità costituzionale: v. C. CONSOLO-M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, cit., pp. 131-134.

⁽⁵¹⁾ Lo ricorda, in dottrina: R. CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Riv. arb.*, 2017, I, p. 21 ss., spec. p. 27. Nello stesso senso già A. BERLINGUER, *ABF tra giudizio e media-conciliazione*, cit., p. 27; C. CONSOLO-M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, cit., pp. 1654-1655; ID., *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, cit., p. 123. Più di recente: N. SOLDATI, *L'Arbitro Bancario Finanziario: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, cit., p. 176; D. DALFINO, *L'Abf e i principi del processo civile: contestazione, "contumacia", onere della prova*, cit., p. 28.

⁽⁵²⁾ Cfr. F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., p. 87; C. CONSOLO-M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, cit., p. 123.

⁽⁵³⁾ Cfr. A. BERLINGUER, *ABF tra giudizio e media-conciliazione*, cit., pp. 27-28, secondo cui «non si tratta di arbitraggio, almeno secondo l'opinione prevalente, giacché sia il cliente che l'intermediario demandano all'ABF non di colmare una lacuna di carattere eminentemente tecnico, ma di assumere un parere *pro veritate* di natura giuridica, non vincolante per le parti, all'inosservanza del quale fa seguito al massimo, e per il solo intermediario bancario, la predetta sanzione reputazionale». Nello stesso senso: C. CONSOLO-M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, cit., p. 1654, secondo cui «Palesemente [...] l'Abf non è un arbitratore ai sensi dell'art. 1349 c.c. Non determina, né integra alcun elemento del contratto fra cliente e intermediario con l'*arbitrium boni viri* (men che meno col mero arbitrio), bensì applica norme di diritto positivo ad una fattispecie in iure controversa (non già indeterminata nei suoi elementi costitutivi)»; ID., *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, cit., p. 123.

Contra parrebbe M.S. DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, cit., spec. p. 495.

(⁵⁴), prive di natura giurisdizionale e di valore esecutivo, che «non sono direttamente vincolanti nemmeno per le banche, che tuttavia tendono “spontaneamente” a rispettarle» (⁵⁵). Neppure è possibile ricondurre le decisioni dell’ABF nel novero delle mediazioni o delle conciliazioni, in quanto l’ABF, è «strumento di ADR, di tipo “dichiarativo”, che non ricerca la soluzione consensuale di un conflitto tra le parti ma che muove verso la sua aggiudicazione» (⁵⁶). Esso ha, pertanto, un contenuto sostanzialmente decisorio e non conciliativo, pur risolvendosi in una «proposta di soluzione ad una controversia, che le parti rimangono libere di adempiere o no [...], una mera prognosi del futuro esito di una possibile controversia giudiziaria» (⁵⁷). Infatti, a differenza delle sentenze dei giudici statuali o dei lodi arbitrali, che pure hanno contenuto decisorio, le decisioni dell’ABF non possono costituire titolo

(⁵⁴) Sull’uso della locuzione «decisione» con riferimento all’ABF e sulla opportunità di ricorrere, in sua vece, al lemma «risponso»: G. FINOCCHIARO, *L’Arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, cit., p. 245 ss.

(⁵⁵) Così R. CARLEO, *L’arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, cit., p. 27. Nel senso che «l’atto conclusivo del procedimento innanzi all’ABF non produrrebbe alcun effetto giuridico tra le parti, a cominciare dagli effetti previsti dall’art. 1372 c.c.» F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., p. 87.

Osserva D. DALFINO, *L’Abf e i principi del processo civile: contestazione, “contumacia”, onere della prova*, cit., p. 29, che «l’Arbitro, come non decide, così non accerta in senso giurisdizionale, poiché le sue “decisioni” non posseggono nessuno dei c.d. “ammennicoli” della pronuncia idonea al giudicato».

(⁵⁶) Così A. BERLINGUER, *ABF tra giudizio e media-conciliazione*, cit., pp. 25-26, il quale conclude, quindi, che l’ABF è «assimilabile, perciò, a quei sistemi di composizione dei conflitti di tipo decisorio i cui esiti assumono un’efficacia variabile ed il cui mancato adempimento può dar luogo ad una sanzione interna al gruppo ovvero a conseguenze più incisive ed esterne, con un *decisum* che acquisisce forza di legge tra le parti e può essere dotato della forza esecutiva».

Escludono l’accostabilità alla conciliazione e alla mediazione anche C. CONSOLO-M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell’arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, cit., p. 1654, i quali evidenziano che «non si è qui di fronte ad un terzo imparziale che si interponga tra interessi in conflitto allo scopo di formulare una proposta non vincolante, ma suscettibile di divenirlo se accettata dai litiganti, e che porti con sé in tal caso l’efficacia di titolo esecutivo»; ID., *Il funzionamento dell’ABF nel sistema delle ADR*, cit., p. 123; N. SOLDATI, *L’Arbitro Bancario Finanziario: la decisione, gli effetti e l’esecuzione*, cit., p. 176.

(⁵⁷) Così F. MOLLO, *Gli orientamenti dell’Arbitro bancario finanziario tra complementarietà e alternatività di tutela*, in *Contr. e impr.*, 2019, IV, p. 1328 ss., spec. p. 1333, a cui si rinvia anche per l’attenta ricostruzione del dialogo tra Arbitro e giurisdizione ordinaria sui principali temi affrontati da entrambi. Cfr. altresì D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 124.

esecutivo e l'eventuale inadempimento del soggetto soccombente comporta esclusivamente delle sanzioni di tipo reputazionale ⁽⁵⁸⁾. Si tratterebbe, quindi, di una mera «valutazione di tipo prognostico sull'esito finale di una lite (ancora potenziale) tra cliente ed intermediario», secondo il modello, già noto ai sistemi di *common law*, dell'*Early Neutral Evaluation* (“ENE”) ⁽⁵⁹⁾. Nel contesto del successivo (eventuale) processo civile, la decisione dell'ABF si risolve, invece, in una mera «allegazione difensiva liberamente valutabile dal giudice di cui la parte interessata può chiedere l'acquisizione nel corso del processo ovvero avvalersene come “prova scritta” ai sensi dell'art. 634 c.p.c.» ⁽⁶⁰⁾.

Sul modello dell'ABF ⁽⁶¹⁾, è stato istituito, nel 2015, l'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF), quale organismo preposto a comporre le controversie tra investitori c.d. di dettaglio (*retail*) e gli intermediari per la violazione, da parte di questi ultimi, degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza in relazione ai servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio ⁽⁶²⁾. Nell'ambito delle controversie tra investitori e

⁽⁵⁸⁾ Parte della dottrina ritiene che elemento distintivo delle decisioni dell'ABF rispetto alle sentenze e ai lodi arbitrali sarebbe, invece, la carenza di «decisorietà» e di «definitività» (cfr. F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., p. 87).

⁽⁵⁹⁾ Così C. CONSOLO-M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, cit., pp. 1655-1656; ID., *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, cit., pp. 125-127.

⁽⁶⁰⁾ Così F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., p. 84.

⁽⁶¹⁾ Per un quadro d'insieme dei due modelli: P. SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, IX, p. 1370 ss.

⁽⁶²⁾ L'ACF è stato istituito con l'entrata in vigore dell'art. 1-bis del d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, il quale ha introdotto il comma 5-bis all'art. 2 del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179. La previsione legislativa ha, inoltre, imposto l'adesione (obbligatoria) agli intermediari vigilati e ha attribuito alla CONSOB la potestà regolamentare per l'istituzione del nuovo organismo. In attuazione della norma, la CONSOB ha, quindi, adottato la delibera n. 19602 del 4 maggio 2016, con cui ha provveduto alla effettiva istituzione dell'ACF e all'adozione del regolamento di attuazione dell'art. 2, commi 5-bis e 5-ter, d.lgs. n. 179 del 2007.

Sull'istituto, recentemente, in relazione ai diversi profili: N. SOLDATI, *L'arbitro per le controversie finanziarie (ACF) tra ruolo di regolazione del mercato finanziario e di conformazione degli intermediari*, in *Contr. e impr.*, 2022, II, p. 449 ss.; R. LENER, *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie presso la Consob: genesi struttura e funzione. Differenze rispetto al modello dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 281 ss.; G. FINOCCHIARO, *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie: il procedimento*, *ivi*, p. 318 ss.; M.A. LUPOLI, *L'Arbitro per le controversie finanziarie: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, *ivi*, p. 393 ss.; R. DI RAIMO, *L'Arbitro per le controversie finanziarie; i primi orientamenti*, *ivi*, p. 407 ss.; S.

intermediari finanziari si è passati dal primo al secondo modello: il d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, aveva istituito una Camera di conciliazione ed arbitrato⁽⁶³⁾, poi abrogata dall'art. 1, comma 47, della l. n. 208 del 2015 (c.d. legge di stabilità 2016), che ha istituito l'ACF funzionalmente analogo all'ABF. Anche l'ACF è, infatti, uno strumento dichiarativo⁽⁶⁴⁾, all'esito del quale viene assunta una decisione non avente carattere né conciliativo né assimilabile alla sentenza, a un lodo arbitrale rituale o a un atto amministrativo in senso stretto⁽⁶⁵⁾. Anche in questo caso, la decisione assunta dall'ACF «non ha efficacia esecutiva e non vincola le parti, le quali restano libere di rivolgersi all'Autorità giudiziaria, senza alcun limite o preclusione»⁽⁶⁶⁾. Si tratta – è stato detto in letteratura – di una «sorta di “parere” autorevole o *pro veritate*, privo però di autorità di accertamento vincolante, la cui attuazione è rimessa allo spontaneo adempimento da parte dell'intermediario»⁽⁶⁷⁾.

ALUNNI, *Arbitrato per le controversie finanziarie: replica felice di un ADR di natura controversa*, in *Il giusto processo civile*, 2019, III, p. 903 ss.; A. CASSATELLA, *Las A.D.R. y la protección de los inversores en Italia: el caso del Árbitro de las controversias financieras de la Consob*, in *Vías Extrajudiciales de Protección del Inversor e Instrumentos en la Financiación de Empresas*, a cura di B. Belando Garín e C. Boldó Roda, Thomson Reuters, 2018, p. 163 ss.; V. MIRRA, *I sistemi di “Alternative Dispute Resolution” trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo “Arbitro per le Controversie Finanziarie”*, in *Riv. arb.*, 2016, IV, p. 693 ss.; ID., *Il nuovo sistema ADR in ambito Consob: l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, tra alte aspettative e primi riscontri operativi*, in *Riv. arb.*, 2018, IV, p. 615 ss.; M. DE MARI, *Prime riflessioni intorno alla competenza dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 275 ss.; N. SOLDATI, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, in *Contratti*, 2016, XI, p. 1056 ss.

⁽⁶³⁾ Sulla Camera di conciliazione Consob, v.: N. SOLDATI, *La Camera arbitrale presso la CONSOB per le controversie tra investitori e intermediari*, in *Contratti*, 2009, IV, p. 423 ss.; A. COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi d'investimento*, in *Società*, 2007, I, p. 8 ss.; M. RESCIGNO, *La conciliazione e l'arbitrato in materia finanziaria amministrati dalla Consob fra regole procedurali e diritto sostanziale*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, I, p. 85 ss.

L'assetto e i limiti dei (precedenti) meccanismi di ADR in materia finanziaria predisposti dal d.l. n. 179 del 2007 e il contesto in cui si è sviluppato l'attuale paradigma sono messi in luce anche da A. CASSATELLA, *Las A.D.R. y la protección de los inversores en Italia: el caso del Árbitro de las controversias financieras de la Consob*, in *Vías Extrajudiciales de Protección del Inversor e Instrumentos en la Financiación de Empresas*, cit., spec. pp. 168-175.

⁽⁶⁴⁾ Di «carácter decisorio» parla, tra gli altri, A. CASSATELLA, *Las A.D.R. y la protección de los inversores en Italia: el caso del Árbitro de las controversias financieras de la Consob*, cit., p. 176.

⁽⁶⁵⁾ *Ivi*, p. 179.

⁽⁶⁶⁾ M.A. LUPOI, *L'Arbitro per le controversie finanziarie: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, cit., p. 402.

⁽⁶⁷⁾ *Ivi*.

Più di recente, sulla base dei modelli dell'ABF e dell'ACF, si sta lavorando all'istituzione di un Arbitro per le controversie in materia assicurativa in seno all'IVASS, in attuazione del disposto dell'art. 187 *ter* del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private) ⁽⁶⁸⁾.

La previsione di simili strumenti non ha posto particolari dubbi di compatibilità con il sistema costituzionale (in particolare con l'art. 24 Cost.), giacché esse non precludono in astratto l'accesso alla tutela garantita dal giudice ordinario (quale giudice naturale precostituito per legge) ⁽⁶⁹⁾, potendo configurare al più ipotesi di giurisdizione condizionata. Infatti, il ricorso all'ABF nell'ambito delle controversie bancarie, pur rappresentando – in alternativa alla mediazione di cui al d.lgs. n. 28 del 2010 ⁽⁷⁰⁾ – una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, non preclude, in ogni caso, l'accesso alla giurisdizione

Per A. CASSATELLA, *Las A.D.R. y la protección de los inversores en Italia: el caso del Árbitro de las controversias financieras de la Consob*, in *Vías Extrajudiciales de Protección del Inversor e Instrumentos en la Financiación de Empresas*, cit., p. 179, la decisione, nonostante le oggettive difficoltà di inquadramento teorico, «puede asimilarse – en base a su proveniencia por parte de un organismo creado e la propia administración independiente – a un mero acto de comprobación por parte de la administración, formalizado a colación de un procedimiento declarativo ordinario, articulado mediante un método contencioso: se trata, en otros términos, de actos destinados a garantizar “seguridad y certeza jurídica” a los hechos litigiosos, es decir, a alcanzar un cierto grado de concienciación “de la realidad crítica e histórica [de un determinado] hecho”».

⁽⁶⁸⁾ La disposizione è stata inserita nel Codice delle assicurazioni private, in attuazione dei principi contenuti nella l. delega 25 ottobre 2017, n. 163, dall'art. 1, comma 34, d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68.

Sullo strumento, in letteratura, si rinvia ai contributi di: P. BARTOLOMUCCI, *L'art. 187 ter c.ass. e l'istituzione di un organismo di risoluzione alternativa delle controversie assicurative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, II, p. 400 ss., il quale evidenzia, *inter alia*, la sostanziale «omogeneità ed interconnessione dei principi regolatori» dei tre settori (bancario, assicurativo e finanziario), che, rinvenendo la propria base già nel dato economico e sociale (ossia nel «coordinamento ed interconnessione tra prodotti, contratti e modelli societari»), ha ispirato l'unitarietà del modello di ADR «non soltanto sotto il profilo teorico generale, ma anche sotto il profilo del diritto positivo». Cfr. altresì A. CANDIAN, *L'Arbitro per le Controversie Assicurative*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, a cura di D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 497 ss.; N. SOLDATI, *La Insurance Distribution Directive: verso un ulteriore sistema di risoluzione delle controversie presso l'IVASS*, in *Federalismi.it*, 18 dicembre 2019.

⁽⁶⁹⁾ Cfr., con riferimento all'ABF, F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., p. 84.

⁽⁷⁰⁾ Sul tema, v.: E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium.it*; ID., *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di M. Pennasilico, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012, p. 247 ss.; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, 2° ed., Zanichelli editore, Bologna, 2022, p. 260 ss.

ordinaria, come espressamente prevede l'art. 128 *bis*, comma 3, T.u.b. Egualmente nessun ostacolo all'accesso alla giustizia pone l'obbligo di previo ricorso all'ACF.

È bene, però, precisare sin d'ora che le decisioni di questi organi, generalmente, non si limitano a risolvere la controversia tra i soggetti, ma assumono – come meglio si vedrà *infra* – anche una “rilevanza esterna”, incidendo significativamente, da un lato, sulla stessa attività di vigilanza delle Autorità presso cui sono istituite ⁽⁷¹⁾ e, dall'altro, sul successivo procedimento giurisdizionale.

4.3. *Terzo modello: l'Authority come conciliatore.*

Del tutto peculiare appare l'attività di risoluzione delle liti tra utenti e operatori del settore delle comunicazioni elettroniche inerenti al mancato rispetto, da parte di questi ultimi, delle disposizioni relative al servizio e ai diritti dei consumatori stabilite dalle leggi, dalle delibere dell'Autorità di settore, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi ⁽⁷²⁾. A tale riguardo, occorre

⁽⁷¹⁾ V., sul punto, R. CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, cit., pp. 28-32; F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., pp. 88-89.

⁽⁷²⁾ La necessità che anche nell'ambito dei servizi pubblici per le controversie tra utenti e operatori fosse previsto un tentativo di conciliazione stragiudiziale era espressa già nell'art. 2, comma 24, della l. 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva, in via generale, delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. A questa legge, in verità, non ha mai fatto seguito il relativo regolamento attuativo. Tuttavia, nel settore delle comunicazioni elettroniche, la l. 31 luglio 1997, n. 249 (c.d. legge Maccanico), nell'istituire l'AGCOM, ha riconosciuto a quest'ultima il potere di disciplinare «con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro». Con la delibera 182/02/Cons, l'Autorità ha, quindi, adottato un primo regolamento concernente la risoluzione delle controversie sorte tra organismi di telecomunicazione e utenti. Il Regolamento è stato dapprima sostituito da quello approvato con delibera n. 173/07/Cons e, poi, più volte integrato e modificato. Quello attualmente vigente è stato approvato dall'AGCOM con delibera n. 203/18/Cons del 24 aprile 2018, in ultimo modificato con le delibere n. 353/19/Cons del 18 luglio 2019 e n. 390/21/Cons del 1 dicembre 2021.

Con l'entrata in vigore del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), l'AGCOM, anche per il tramite dei Comitati regionali per le comunicazioni, è stata inserita anche nell'elenco degli organismi ADR deputati a gestire le controversie nazionali e transfrontaliere nel settore delle comunicazioni elettroniche e postali, di cui all'articolo 141 *decies* del Codice del consumo.

Sul procedimento, sull'organizzazione e sulla attività di conciliazione affidata ai Corecom da AGCOM in generale, v.: G. GARDINI, *L'attività di conciliazione dei Corecom*,

innanzitutto evidenziare che i servizi di risoluzione delle controversie sono gestiti dall'AGCOM, in massima parte mediante «organi decentrati» ⁽⁷³⁾,

in *Istituzioni del Federalismo*, 2008, VI, p. 26 ss.; P. CARETTI, *I Corecom nel sistema locale delle comunicazioni*, in *Le Regioni*, 2005, III, p. 339 ss.; A.M. MARZOCCO, *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche. Contributo allo studio della giurisdizione condizionata*, Dike giuridica editrice, Roma, 2012; R. GIORDANO (a cura di), *In tema di controversie con gestori telefonici*, in *Giur. merito*, 2008, X, p. 2552 ss.

⁽⁷³⁾ Così li definisce Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2011, n. 6786, in *Giur. it.*, 2012, V, p. 1163 ss., con nota parzialmente adesiva di G. GARDINI, *Le “definizioni delle controversie” tra operatori della comunicazione e utenti: natura giuridica, imputazione, tutela giurisdizionale delle parti*. Questa sentenza risulta di particolare interesse perché, nel dover individuare il giudice dotato di giurisdizione sulla impugnazione dei provvedimenti assunti dal Corecom per risolvere controversie tra privati nel settore delle telecomunicazioni, si trova a dover risolvere, seppur senza particolare dovizia di argomentazioni, due profili connessi: *i*) la natura dei Co.re.com.; *ii*) la natura delle decisioni da loro assunte. In relazione al primo profilo, la pronuncia afferma che «nell'ambito in questione (la risoluzione stragiudiziale delle controversie tra utenti ed operatori da parte di un organismo neutrale), i Comitati regionali per le comunicazioni siano organi decentrati dell'Autorità». Per quanto concerne, invece, il secondo profilo (ossia la natura della decisione del CoReCom), il Consiglio di Stato valorizza il fatto che essa è stata «adottata all'esito di una procedura contenziosa, volta a definire in forme ed in sedi non giurisdizionali una controversia insorta tra un utente ed un gestore relativamente ad un contratto sottoscritto tra le medesime parti». Pertanto, «al di là dell'oggetto del contendere – una fattispecie contrattuale, rispetto alla quale è comunque innegabile una apparente disparità di posizioni tra le parti del contratto, tale da giustificare l'attività di regolazione di un'Autorità amministrativa indipendente – non è dubitabile che la definizione della controversia sia avvenuta in forme procedurali, dinanzi ad un soggetto pubblico, ed abbia avuto come esito una decisione amministrativa in senso proprio. Il che già vale a collocare la vicenda in una dimensione pubblicistica». La sentenza riconosce quindi la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi degli artt. 133, comma 1, lett. l) e 135 co. 1 lett. b) del c.p.a. La decisione riforma quindi le conclusioni a cui era giunto il Tar Lazio in primo grado (Tar Lazio, Roma, sez. II, 22 luglio 2011, n. 6622, in *Leggid'Italia*), che aveva ritenuto, invece, sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, in considerazione della natura di diritti soggettivi delle posizioni che vengono in rilievo nelle decisioni assunte dal Corecom.

La sentenza del Consiglio di Stato, quindi, valorizza, da un lato, il legame “funzionale” tra Corecom e Agcom (quale Autorità indipendente) e, dall'altra, sembra riprendere la categoria delle “decisioni amministrative” elaborata da Nigro per qualificare la natura dei provvedimenti adottati (v., sul punto, cap. III).

È opportuno precisare che la natura dei Corecom è, in vero, più complessa, essendo riconducibile all'AGCOM solo sotto il profilo funzionale e non anche dal punto di vista della struttura organica. Infatti, è stato osservato che, se anche «a partire dalla seconda metà degli anni Novanta i Corecom iniziano progressivamente ad atteggiarsi come organi funzionali dell'Autorità, espressivi del decentramento di funzioni da parte di quest'ultima», essi «restano saldamente incardinati all'interno dell'organizzazione regionale, da cui dipendono per nomina, finanziamento, dotazione organica e struttura. I Corecom sono organi delegati e funzionalmente dipendenti dall'Agcom, ma la loro struttura e funzionamento dipende in massima parte dalla Regione di appartenenza, in particolare dal Consiglio regionale presso cui i Comitati sono incardinati» (così G. GARDINI, *Le “definizioni delle controversie” tra operatori della comunicazione e utenti: natura giuridica, imputazione, tutela giurisdizionale delle parti*, cit., p.

organizzati su base regionale, i Comitati regionali per le comunicazioni (CORECOM).

Le procedure di risoluzione delle controversie dinanzi ai CORECOM e, ove previsto, dinanzi all'Autorità sono gestite prevalentemente tramite una piattaforma, denominata *ConciliaWeb* (v. art. 4 del *Regolamento*), a cui l'utente può accedere sia personalmente sia mediante l'assistenza di soggetti accreditati (come, ad esempio, alcune associazioni di consumatori).

La risoluzione delle controversie tra utenti e operatori presso l'AGCOM (o i CORECOM delegati) può avvenire attraverso diversi modelli: a) le procedure di conciliazione (quella ad istanza degli utenti di cui al Capo II del Regolamento e quella su istanza dell'operatore di cui al Capo IV); b) il procedimento di definizione delle controversie rimesso al CORECOM (di cui al Capo III del Regolamento).

Per quanto concerne le procedure di conciliazione, il CORECOM nomina un Conciliatore che media tra le parti. Se la conciliazione ha esito positivo, il conciliatore designato redige un verbale in cui si indicano i punti controversi e si dà atto dell'accordo, specificandone il contenuto. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge n. 481 del 1995. Se invece la conciliazione ha esito negativo (per mancata partecipazione di una delle parti o per assenza di accordo), il Conciliatore redige un sintetico verbale in cui si annota esclusivamente l'oggetto della controversia e che la stessa è stata sottoposta a tentativo di conciliazione con esito negativo (art. 12 del Regolamento).

In caso di esito negativo o, comunque, non pienamente soddisfacente del tentativo di conciliazione, può operare il secondo dei rimedi menzionati. È, infatti, previsto che qualora il tentativo obbligatorio di conciliazione abbia avuto esito negativo, o per i punti ancora controversi nel caso di conciliazione parziale, le parti congiuntamente, o anche il solo utente, possono chiedere al CORECOM

1167). Il rapporto funzionale tra AGCOM e i Corecom regionali trova un riferimento normativo espresso, innanzitutto, nell'art. 1, comma 13, della l. 31 luglio 1997, n. 249, mentre la delega specifica delle varie funzioni, tra cui quella conciliativa, è avvenuta mediante diversi Accordi quadro. Sulla natura dei CORECOM, v. anche: P. CARETTI, *L'incerta identità dei CORECOM*, in *Le Regioni*, 2010, III, p. 497 ss.

competente di definire la controversia, a condizione che per il medesimo oggetto e tra le stesse parti non sia pendente un giudizio di merito dinanzi all’Autorità giudiziaria e non siano decorsi tre mesi dalla data di conclusione del tentativo di conciliazione (art. 14 del Regolamento). Si apre, in questo caso, un procedimento affidato a un Responsabile (diverso dal Conciliatore) che si occupa della istruzione della controversia nel contraddittorio delle parti. Esaurita la fase istruttoria, il Responsabile della struttura, salvo che non si tratti di una controversia di modesta entità (ovvero di valore non eccedente i 500,00 euro), trasmette la documentazione relativa alla controversia a un Organo collegiale, allegando la relazione del Responsabile del procedimento e la propria proposta di decisione. L’Organo collegiale (o direttamente il Responsabile della struttura per le controversie di modesta entità) adotta il provvedimento finale di definizione della controversia. Quest’ultimo – prevede espressamente l’art. 20 del Regolamento – «costituisce un ordine dell’Autorità ai sensi dell’articolo 98, comma 11» del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, oggi corrispondente, a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207, che ha ridato all’articolato del codice una nuova numerazione, all’art. 30, comma 11).

Proprio il rinvio agli ordini dell’Autorità e alle sanzioni in caso di inadempimento delinea un incisivo e singolare punto di contatto tra la funzione di risoluzione delle controversie e quella di regolazione e vigilanza esercitato dall’Autorità. Sinergia tra le due funzioni che appare ancor più marcata in relazione al ruolo che l’attuale art. 26 del Codice delle comunicazioni elettroniche affida all’AGCOM nel contesto delle controversie «fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell’imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione». Queste vengono, infatti, risolte attraverso l’adozione da parte dell’AGCOM di «una decisione vincolante che risolve la controversia». Si tratta, anche in questo caso, di una scelta non obbligata per le imprese, le quali sono libere, in ogni caso, di adire, alternativamente, un organo giurisdizionale (art. 26, comma 5, Codice delle comunicazioni elettroniche). Il procedimento si potrebbe qualificare come un rimedio giustiziale che si chiude con un provvedimento amministrativo impugnabile davanti al Tar Lazio.

Anche l'assetto dei poteri di risoluzione di controversie tra privati affidati all'AGCOM non sembra, quindi, lasciar emergere particolari criticità rispetto ai principi costituzionali. Il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche si inserisce nel novero delle ipotesi di giurisdizione condizionata generalmente ammesse, poiché non preclude in maniera definitiva l'accesso alla giurisdizione statale ma si pone come mera condizione di procedibilità della domanda giudiziale ⁽⁷⁴⁾. Così congeniato, lo strumento ha

⁽⁷⁴⁾ La condizione di procedibilità era prevista già dall'art. 1, comma 11, della l. n. 249 del 1997, in forza del quale, per le controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro, «non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione». La previsione è stata poi sostanzialmente richiamata anche dall'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259) – disposizione oggi trasfusa nell'art. 25, a seguito dell'intervento del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207, che ha ridato all'articolato del Codice una nuova numerazione – e dai Regolamenti adottati dall'AGCOM (art. 3, allegato A alla delibera 182/02/Cons; art. 3, comma 1, del vigente Regolamento di cui all'A della delibera n. 203/18/Cons).

La previsione ha posto una serie di problemi interpretativi e applicativi, in parte risolti, di recente, dalla giurisprudenza di legittimità. Innanzitutto, ci si è chiesti se il legislatore, con il citato art. 1, comma 11, della l.n. 249 del 1997, avesse introdotto l'obbligatorietà del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione a pena di improcedibilità o di improponibilità. A tale primo interrogativo, ha fornito una risposta chiara nel senso della improcedibilità: Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241, in *Foro it.*, 2021, I, 1, c. 292 ss., con nota di A.M. MARZOCCO, *Condizione di procedibilità e giurisdizione condizionata nel tentativo di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche: riflessioni sull'intervento delle sezioni unite*.

Altro nodo problematico risolto dalla suprema Corte riguarda l'obbligatorietà o meno di un tentativo di conciliazione alternativo a quello presso il CORECOM territorialmente competente nell'ipotesi in cui quest'ultimo non fosse ancora operativo nel momento in cui la lite è insorta; circostanza verificatasi specialmente nel vigore del primo Regolamento adottato con la delibera 182/02/Cons. Quest'ultimo, all'art. 3, ribadiva l'improcedibilità del ricorso giurisdizionale fino a che non fosse «stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio munito di delega a svolgere la funzione conciliativa, ovvero dinanzi agli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie di cui all'art. 13.2», e al successivo art. 12, n. 1, che «gli utenti hanno la facoltà di esperire, in alternativa al tentativo di conciliazione presso i Corecom [...], un tentativo di conciliazione dinanzi agli organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie in materia di consumo che rispettino i principî sanciti dalla raccomandazione della commissione 2001/310/Ce». La Cassazione ha concluso che «il tentativo di conciliazione dinanzi agli organismi alternativi di cui all'art. 12, previsto a regime come facoltà alternativa di adempimento dell'obbligo principale di esperire il tentativo di conciliazione di cui all'art. 3 dinanzi ai Corecom, era, fino al funzionamento effettivo di questi ultimi, meramente facoltativo e non già obbligatorio» (così Cass., sez. VI, ord., 28 febbraio 2020, n. 5464, in *Foro it.*, 2020,

resistito anche al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ne ha riconosciuto la legittimità sia rispetto all'art. 34 della Direttiva 2002/22/CE sia in relazione ai principi di equivalenza e di effettività della tutela ⁽⁷⁵⁾.

Quando l'AGCOM agisce invece come soggetto terzo decisore (e non quale mero conciliatore), sia nelle controversie tra utenti e operatori che nelle liti tra imprese (*ex art. 26 del Codice delle comunicazioni elettroniche*), lo fa in ragione di una scelta volontaria delle parti, le quali restano comunque libere di adire, in via alternativa, il giudice.

VI, c. 1964 ss., con nota di A.M. MARZOCCO, *Conciliazione tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche: il tentativo è obbligatorio per legge, ma non dalla stessa data in ogni regione (ora con il suggello delle sezioni unite)*; nello stesso senso, poco dopo, Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241, cit.).

È stata comunque riconosciuta la piena fungibilità, ai fini della realizzazione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale, del tentativo di conciliazione obbligatorio CORECOM con quello effettuato presso «le camere di commercio, industria, agricoltura e artigianato, o ad altri organismi che risultino muniti dei requisiti di imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità auspicati dalla raccomandazione della commissione europea 2001/310/Ce; pertanto, il tentativo di conciliazione non è proponibile dinanzi al Corecom se, per la medesima controversia, è già stato esperito un tentativo di conciliazione innanzi ad altri organismi abilitati» (Cass., sez. III, ord., 24 ottobre 2018, n. 26913, in *Foro it.*, 2019, III, 1, c. 914, con nota di N. MINAFRA, *Il tentativo di conciliazione presso il Corecom e presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura: la Cassazione ne dichiara la piena alternatività*).

Sul tema, prima degli interventi pretori appena menzionati: A.M. MARZOCCO, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e tutela giurisdizionale nelle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, III, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, pp. 23-76; ID., *Sulla obbligatorioità o facoltatività del tentativo di conciliazione in caso di mancanza o di inoperatività del Co.re.com. (ed una questione connessa)*, nota a Cass. civ., sez. III, 27 giugno 2011, n. 14103 e Trib. Salerno, sez. II, 1 giugno 2011, in *Le Corti Salernitane*, 2011, pp. 248-259.

⁽⁷⁵⁾ Corte di Giustizia Ue, sez. IV, 18 marzo 2010, cause riunite nn. 317/08, 318/08, 319/08 e 320/08, in *Corriere Giur.*, 2010, X, p. 1289 ss., con commento di G. RIZZO, *L'obbligatorioità del tentativo di conciliazione extragiudiziale in ambito di servizi di comunicazioni elettroniche tra operatori di telecomunicazione e utenti finali*. Con questa pronuncia, la Corte di Lussemburgo ha individuato le condizioni affinché un tentativo obbligatorio di conciliazione, come quello previsto dalla disciplina italiana in materia di telecomunicazioni, possa ritenersi compatibile con il diritto UE. È necessario che il procedimento «non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero determini costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone».

Pacifica natura conciliativa (e quindi riconducibile a questa terza categoria) ha anche il servizio di composizione delle liti messo a disposizione dall’Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA) a favore degli utenti finali nei confronti degli operatori di energia, gas, telecalore nonché dei gestori di servizi idrici. Anche in questo caso la procedura, che si svolge attraverso una piattaforma *online*, è gestita da un Conciliatore terzo rispetto alle parti ed è ad adesione obbligatoria per gli operatori del settore. Essa costituisce altresì condizione di procedibilità per una eventuale domanda giudiziale, seppur limitatamente ai settori elettrico e gas ⁽⁷⁶⁾; è invece volontario l’espletamento del tentativo di conciliazione con riferimento ai settori idrico e del telecalore.

Quest’ultima distinzione tra settori assume rilievo anche con riferimento all’efficacia dell’accordo conciliativo finale. In relazione ai settori elettrico e gas, l’accordo eventualmente concluso tra le parti al termine della procedura costituisce titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*, a norma dell’art. 2, comma 24, della l. n. 481 del 1995; mentre per i settori idrico e del telecalore, l’eventuale accordo assume i più limitati effetti di un contratto di transazione.

Uno specifico strumento di risoluzione delle controversie è stato istituito, di recente, anche in seno alla terza Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, ossia l’Autorità di regolazione dei trasporti (ART). Questa aveva inizialmente predisposto soltanto una piattaforma, denominata SiTe (Sistema di acquisizione telematica dei reclami), funzionale a ricevere (alternativamente alla ricezione via pec o raccomandata a/r) le segnalazioni degli utenti, al fine di eventualmente esercitare, all’esito di apposita istruttoria, i propri poteri sanzionatori (ai sensi dei decreti legislativi n. 70/2014, 169/2014 e 129/2015). Al reclamo all’Autorità si è aggiunto il nuovo strumento conciliativo, introdotto a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 10 della l. 5 agosto 2022, n. 118, che ha modificato l’art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214. In particolare, è stato riconosciuto all’ART il potere/dovere di disciplinare, con propri provvedimenti, «le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie tra gli operatori economici che gestiscono reti, infrastrutture e servizi di trasporto e gli

⁽⁷⁶⁾ V. art. 2, comma 24, lettera b), l. 481 del 1995 e art. 141, comma 6, lettera c), del Codice del consumo.

utenti o i consumatori mediante procedure semplici e non onerose anche in forma telematica». L'ART, con l'allegato A alla delibera n. 21 dell'8 febbraio 2023 (in seguito *Disciplina*), ha dato attuazione alla previsione normativa e ha delineato un primo regolamento per la risoluzione in via conciliativa, tramite la piattaforma denominata *ConciliaWeb* messa a disposizione dall'Autorità, delle controversie, anche economiche e risarcitorie, tra operatori e utenti relative ai viaggi in treno, nave, autobus, e aereo.

Per quanto concerne gli aspetti procedurali, si rileva che prima di avviare la conciliazione, l'utente deve rivolgere all'operatore un reclamo con l'eventuale richiesta di rimborso o indennizzo. Solo in assenza di riscontro nel termine di 30 giorni o di risposta insoddisfacente, l'utente può, entro un anno dalla presentazione del reclamo o della richiesta di rimborso o indennizzo a pena di irricevibilità, presentare l'istanza di conciliazione tramite la piattaforma *ConciliaWeb* (art. 6 della *Disciplina*). Qualora venga rilevata una causa di inammissibilità (v. art. 7 della *Disciplina*), l'utente riceve una comunicazione di archiviazione o una richiesta di integrazione della documentazione mancante da fornire entro 10 giorni, decorsi i quali l'istanza verrà archiviata. L'istanza sarà, in ogni caso, da considerarsi inammissibile qualora la controversia possa essere risolta di fronte ad altro Organismo di conciliazione conforme ai requisiti del Codice del consumo senza oneri a carico dell'utente (v. art. 4, comma 2, e art. 7, comma 1, lett. *d* della *Disciplina*). In una prima fase, le parti – senza l'intervento del terzo conciliatore – possono scambiarsi tramite la piattaforma proposte per la composizione transattiva della controversia. Qualora tale forma di negoziazione diretta abbia esito negativo, si apre la fase di conciliazione vera e propria. La procedura di conciliazione dinanzi al Servizio conciliazioni ART si svolge mediante lo scambio non simultaneo di comunicazioni tra le Parti e il Conciliatore nominato da ART. Se le Parti raggiungono l'accordo, il Conciliatore redige e sottoscrive il relativo verbale. Se una o entrambe le Parti non accettano la proposta o non si pronunciano nel termine di dieci giorni da quando la proposta è stata notificata, il Conciliatore può formulare una nuova proposta o redigere il verbale di mancato accordo (art. 9 della *Disciplina*).

La conciliazione ART presenta diversi e numerosi punti di contatto e uniformità con il modello della conciliazione CORECOM e con quello di

ARERA. Infatti, anche l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione presso l'ART, da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza, costituisce condizione di procedibilità della domanda giurisdizionale, in alternativa ad altri rimedi esperibili ⁽⁷⁷⁾. È altresì previsto che «i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione» (art. 37, d.l. n. 201/2011, come modificato dalla l. n. 118/2022, e art. 3 della *Disciplina*).

Alla stessa stregua della conciliazione ARERA nei settori elettrico e gas e del verbale di conciliazione CORECOM, il verbale di conciliazione ART costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art. 2, comma 24, lettera b), della legge n. 481/1995.

4.4. *Quarto modello: l'Authority come organo decisore di una procedura amministrativa giustiziale.*

A cavaliere tra l'attività di vigilanza e la risoluzione delle controversie ⁽⁷⁸⁾, si pone lo strumento del reclamo al Garante per la protezione dei dati personali previsto dagli art. 77 del Regolamento UE 2016/679 (GDPR) artt. 141-143 del Codice *privacy*.

Si tratta di un rimedio amministrativo che consente al soggetto interessato di denunciare i trattamenti che non rispettino la disciplina sulla *Data*

⁽⁷⁷⁾ L'art. 4 della *Disciplina* prevede infatti che «il tentativo obbligatorio di conciliazione può essere esperito dinanzi: a) al Servizio conciliazioni ART; b) alle Camere di conciliazione istituite presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, previa stipula di protocollo di intesa tra l'Autorità e Unioncamere; c) agli organismi ADR, inclusi gli organismi di negoziazione paritetica, iscritti nell'elenco di cui all'articolo 141-decies, comma 1, del Codice del consumo. 2. Il tentativo obbligatorio di conciliazione può essere esperito dinanzi al Servizio conciliazioni ART esclusivamente qualora, per la medesima controversia, non sia disponibile una procedura non onerosa per l'utente dinanzi ad organismi ADR, inclusi gli organismi di negoziazione paritetica, iscritti nell'elenco di cui all'articolo 141-decies, comma 1, del Codice del consumo. 3. Alle procedure di cui al precedente comma 1, lettere b) e c), per tutto quanto non specificatamente previsto dalla presente Parte I, si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle Parti».

⁽⁷⁸⁾ Anche alla luce del dato testuale e sistematico, la funzione precipua del reclamo è quella di offrire tutela, in sede amministrativa, al soggetto che lamenta una lesione a un proprio diritto soggettivo. Questa principale funzione sembra contraddistinguere il reclamo dalla «segnalazione», funzionale maggiormente a sollecitare i poteri di vigilanza e sanzionatori dell'Autorità di cui all'art. 58 GDPR. La proposizione del reclamo sembra quindi imporre la necessaria sussistenza di un «interesse attuale, concreto, immediato e diretto» che lo contraddistingua dalla generalità dei consociati; la segnalazione, invece, può essere proposta da «chiunque», come espressamente prevede l'art. 144 Codice *privacy*.

protection, chiedendo al Garante di adottare misure adeguate a prevenire o a porre rimedio alla violazione perpetrata dal titolare o dal responsabile del trattamento.

La disciplina predispone altresì strumenti di raccordo rispetto alla tutela giurisdizionale ⁽⁷⁹⁾. L'art. 79 GDPR ribadisce in ogni caso il diritto del soggetto a un ricorso giurisdizionale effettivo, mentre l'art. 140 *bis* del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice *Privacy*) si premura di delineare un raccordo tra i due rimedi delineandone l'alternatività ⁽⁸⁰⁾: il reclamo al Garante non può essere proposto se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, è stata già adita l'autorità giudiziaria; specularmente, la presentazione del reclamo al Garante rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto. La possibilità di adire il Giudice ordinario è comunque riabilitata nell'ipotesi in cui sia decorso il termine di nove mesi (elevato a 12 in caso di motivare esigenze istruttorie) per la decisione del reclamo oppure sia scaduto il termine trimestrale per l'informativa dell'interessato, come stabilito dall'art. 143, comma 3, Codice *privacy*.

Si ritiene, in ogni caso, che ove la definizione del reclamo intervenga tardivamente, in pendenza del giudizio (successivamente proposto), il giudice «dovrebbe dichiarare la cessazione della materia del contendere» ⁽⁸¹⁾; mentre

⁽⁷⁹⁾ La possibilità di ricorrere alla giurisdizione ordinaria per la tutela dei propri diritti in caso di violazione della disciplina sul trattamento dei dati personali è prevista dall'artt. 78 e 79 GDPR nonché dall'art. 152 del Codice *privacy*, il quale, al primo comma, espressamente prevede che «tutte le controversie che riguardano le materie oggetto dei ricorsi giurisdizionali di cui agli articoli 78 e 79 del Regolamento e quelli, comunque, riguardanti l'applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali, nonché il diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 82 del medesimo regolamento, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria».

Il procedimento giurisdizionale segue, salvo specifiche deroghe, il rito del lavoro ed è disciplinato dall'art. 10 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

⁽⁸⁰⁾ L'alternatività dei rimedi non comporta, però, la «perfetta equiparabilità» degli stessi, come osserva D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit. p. 73 ss., spec. p. 83.

⁽⁸¹⁾ F. PARODO, *La tutela del diritto alla protezione dei dati personali: l'effettività dei rimedi e il ruolo nomofilattico del Comitato europeo per la protezione dei dati personali*, in *Federalismi*, 2021, n. 25, p. 106 ss., spec. p. 116.

ove «sia la statuizione giudiziaria a precedere la definizione del reclamo, l’Autorità di controllo dovrebbe dichiarare il non luogo a provvedere»⁽⁸²⁾.

Va precisato che l’alternatività tra i due rimedi non può, però, considerarsi «piena», in ragione del fatto che il reclamo al Garante «non può essere esperito per ottenere il risarcimento del danno patito a causa del trattamento illegittimo, dovendo l’interessato necessariamente esperire, a questo fine, lo strumento di cui all’art. 79 regolamento (UE) 2016/679»⁽⁸³⁾.

Il reclamo, che ha sostituito l’omologo strumento contemplato nel previgente art. 145 Codice *privacy*, svolge quindi una funzione alternativa alla giurisdizione, con riferimento, in particolare, alla tutela inibitoria o alla condanna di un *facere*, come ad esempio l’ordine al titolare del trattamento di cessare un comportamento illegittimo o l’indicazione allo stesso di misure necessarie per salvaguardare i diritti dell’interessato entro un termine assegnato.

Il provvedimento che decide il reclamo è, comunque, impugnabile innanzi al giudice ordinario⁽⁸⁴⁾.

4.5. *Quadro riepilogativo e considerazioni di sistema.*

Volendo tracciare un quadro riepilogativo di quanto appena evidenziato, può rilevarsi che dal dato empirico emergono quattro diversi modelli di strumenti per la risoluzione delle controversie in seno alle Autorità amministrative indipendenti, classificabili sulla base della natura (contenziosa o conciliativa) della procedura e dell’efficacia coercitiva o meno dei provvedimenti finali.

⁽⁸²⁾ *Ivi.*

⁽⁸³⁾ In tal senso F. PARODO, *La tutela del diritto alla protezione dei dati personali: l’effettività dei rimedi e il ruolo nomofilattico del Comitato europeo per la protezione dei dati personali*, cit., p. 113; A. CANDINI, *Gli strumenti di tutela*, in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. Finocchiaro, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 588.

⁽⁸⁴⁾ Anche perché, se così non fosse si potrebbe dubitare della compatibilità costituzionale del modello della secca alternatività tra i rimedi. Come osserva D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 81: «la legittimità costituzionale del sistema delineato dal legislatore in materia di *privacy* può predicarsi solo a condizione che, una volta concluso il procedimento innanzi al Garante ed emessa la sua decisione, sia comunque possibile esperire la via giurisdizionale con la stessa pienezza di cognizione che sarebbe assicurata nell’ipotesi in cui la scelta iniziale fosse quella di adire l’Autorità giudiziaria».

- i.* Un primo modello si basa sull'istituzione in seno alle *Authorities* di camere arbitrali, presso cui si svolgono dei procedimenti (contenziosi) all'esito dei quali vengono adottati, da soggetti terzi e imparziali, dei provvedimenti (lodi) aventi natura decisoria e una efficacia del tutto fungibile a quella delle sentenze dei giudici statutali ai sensi dell'art. 824 *bis* c.p.c. È il caso della Camera arbitrale ANAC e della Camera di conciliazione ed arbitrato Consob (quest'ultima, oggi non più operativa).
- ii.* Un secondo modello, sviluppatosi nell'ambito dei settori finanziario, bancario e assicurativo, prevede l'istituzione di organismi (ABF, ACF, Arbitro IVASS) che, sebbene siano impropriamente definiti "arbitri", adottano delle decisioni che non hanno né una cogenza coercitiva assimilabile a quella delle sentenze o dei lodi arbitrali né un valore negoziale. Si tratta di valutazioni prognostiche di soluzione della controversia, provenienti da un terzo autorevole, avente sì valore decisorio ma rispetto all'inadempimento delle quali non è possibile agire esecutivamente. I provvedimenti finali non costituiscono, infatti, titolo esecutivo *ex art.* 474 c.p.c. ma danno origine esclusivamente a sanzioni di tipo reputazionale nei confronti di una sola delle parti (l'intermediario). Tali procedimenti presentano ulteriori caratteristiche comuni sul piano operativo-strutturale, quali l'obbligatorietà dell'adesione alla procedura stragiudiziale da parte degli operatori vigilati (banche, intermediari, assicurazioni) e la tendenziale gratuità per i ricorrenti.
- iii.* Un terzo modello è quello sviluppatosi prevalentemente presso le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (AGCOM, ARERA e ART) e basato su un procedimento sostanzialmente conciliativo, il cui tentativo di esperimento funge da condizione di procedibilità della eventuale successiva domanda giudiziale e nel contesto del quale l'Autorità non svolge una funzione decisoria, ma si limita ad assumere la veste di terzo conciliatore tra le parti. L'eventuale accordo positivo raggiunto assume in questo caso natura di accordo conciliativo a cui è riconosciuto *ex lege* valore di titolo esecutivo o, in alcuni limitati casi, di contratto di transazione.

iv. Un quarto modello è rappresentato dal reclamo al Garante per la protezione dei dati personali previsto dagli art. 77 del Regolamento UE 2016/679 (GDPR) e 141-143 del Codice *privacy*. Si tratta di un rimedio amministrativo di natura giustiziale che consente al soggetto interessato di denunciare i trattamenti che non rispettino la disciplina sulla *Data protection*, chiedendo al Garante di adottare, per mezzo di un provvedimento amministrativo, misure adeguate a prevenire o a porre rimedio alla violazione.

Tutti e quattro i modelli non sembrano far emergere particolari questioni problematiche rispetto al dato costituzionale, in relazione ai diversi parametri che vengono astrattamente in gioco.

Con riferimento all'art. 24 Cost., ci si deve chiedere se la sussistenza di tali strumenti precluda/limiti in qualche misura il diritto di accesso alla giustizia o sia, al contrario, idoneo a rafforzarlo. L'offerta di simili strumenti, in via alternativa alla soluzione giurisdizionale e ad elezione facoltativa, non pone particolari problemi di compatibilità con il diritto di azione *ex art. 24 Cost.*, rappresentandone, al contrario, un'occasione di corroboramento. Proprio attraverso l'allargamento del *parterre* di strumenti per la tutela dei diritti si realizza, infatti, il rafforzamento del diritto di accesso alla giustizia; dalle basi ideologiche del c.d. *access to justice approach* – che verso la fine degli anni Sessanta del secolo scorso ha coinvolto studiosi di diversi paesi (tra cui Mauro Cappelletti e Bryant Garth) – si è sviluppata la consapevolezza di una duplice dimensione dell'accesso alla giustizia: «come diritto (concreto) di accesso alla giurisdizione e come diritto, altrettanto concreto, di accesso ad un sistema di tutela organizzato e ad essa alternativo»⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁵⁾ M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 41. In relazione al tema dell'accesso alla giustizia, è, innanzitutto, doveroso rinviare ai quattro contributi monografici in sei tomi frutto del progetto internazionale di ricerca "*The Florence Access to Justice Project*": M. CAPPELLETTI - B. GARTH, *Access to Justice: A World Survey*, Milano, 1978; M. CAPPELLETTI - J. WEISNER, *Access to Justice: Promising Institutions*, Milano, 1979; M. CAPPELLETTI - B. GARTH, *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives*, Milano, 1979; K.F. KOCH, *Access to Justice: the anthropological perspective patterns of conflict management: essays in the ethnography of law*, Milano, 1979.

Più di recente, sul tema: F. FRANCONI (ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford University Press, New York, 2007.

In tale prospettiva, il conio di nuove ADR (che generalmente prevedono costi di accesso nulli o irrisori, tempi brevi di risoluzione della controversia e non necessità di assistenza tecnica) non può che essere salutato con favore, specie per liti di basso valore economico, in relazione alle quali il ricorso al giudice ordinario potrebbe non risultare conveniente. In tale prospettiva, sono evidenti i benefici che l'ordinamento ne ricava anche in relazione alla realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3, comma 2, Cost.* e di effettività della tutela.

Qualche legittima riserva può, invece, nutrirsi nei confronti della tendenza a imporre tali strumenti come passaggio obbligatorio *ratione materiae* per l'accesso al giudice statale. Tale riserva si risolve, però, sul piano dell'opportunità più che su quello della legittimità. Infatti, anche quando il ricorso a tali strumenti è condizione di procedibilità della domanda giurisdizionale (è il caso, tra gli altri, dell'ABF nell'ambito delle liti bancarie, della conciliazione AGCom per quanto riguarda le controversie nel settore delle telecomunicazioni e della conciliazione ART in materia di trasporti) non si configurano contrasti con il dettato costituzionale, non trattandosi di una preclusione assoluta e temporalmente illimitata all'accesso alla giurisdizione statale ordinaria. La Corte costituzionale ha, da tempo, avallato simili forme di giurisdizione condizionata e anche il dato positivo si premura di precisare, sovente, che il ricorso a tali strumenti non preclude, in ogni caso, l'accesso alla giurisdizione ordinaria (v. art. 128 *bis*, comma 3, T.u.b.). In ultimo, le Sezioni unite della Corte Suprema hanno di recente ribadito, ove ce ne fosse stato bisogno, che il tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CORECOM è da considerarsi come condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda giurisdizionale e, in quanto tale, legittimo ⁽⁸⁶⁾.

Anche l'alternatività delineata tra il ricorso al giudice ordinario e il reclamo al Garante *privacy* non sembra destare particolari dubbi di compatibilità con l'art. 24 Cost. La disciplina speciale predispone strumenti di raccordo tra i due rimedi: l'art. 79 GDPR ribadisce in ogni caso il diritto del soggetto a un ricorso giurisdizionale effettivo, mentre l'art. 140 *bis* del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice *privacy*) si premura di coordinare in concreto l'esercizio dei due

⁽⁸⁶⁾ Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241, cit.

strumenti di tutela, prevedendo altresì la possibilità di ricorrere al giudice ordinario anche allorquando, entro un congruo termine, il Garante non si pronunci.

Neppure può realmente ritenersi che l'attribuzione di simili funzioni alle *Authorities* comporti una violazione dell'art. 102 Cost. che vieta l'istituzione di giudici straordinari o speciali. In disparte il dibattito circa l'(in)attualità di una simile disposizione che andrebbe quindi letta restrittivamente ⁽⁸⁷⁾ se non addirittura abrogata ⁽⁸⁸⁾, va evidenziato che le *Authorities*, nel risolvere le controversie, svolgono sostanzialmente un'attività rientrante nella c.d. «amministrazione pubblica del diritto privato» ⁽⁸⁹⁾, già nota alla letteratura giuspubblicistica e pienamente compatibile con la loro natura amministrativa.

L'affermata natura amministrativa delle *Authorities* eleva a ulteriore parametro costituzionale di riferimento l'art. 97 Cost., che, come noto, sancisce i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. Orbene, al riguardo si osserverà che i procedimenti in argomento, oltre a comporre liti tra privati, svolgono indirettamente anche una funzione strumentale alla precipua attività di vigilanza attribuita alle Autorità. Tale correlazione è estremamente accentuata con riferimento all'Autorità di regolazione dei trasporti dove le segnalazioni degli utenti ricevute tramite la

⁽⁸⁷⁾ La questione dell'inattualità della disposizione di cui all'art. 102 Cost. che vieta l'istituzione di nuovi giudici speciali è stata sollevata, da tempo, in dottrina, in relazione a diversi contesti. Se n'è parlato, ad esempio, con riferimento agli arbitrati obbligatori: si v., *inter alia*, V. DENTI, *Tre interventi sul disegno di legge governativo di provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile. Una difesa d'ufficio*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 171 ss., spec. c. 172, il quale parla di «ombra dell'art. 102, 2° comma, Cost.» che costituisce «una situazione unica, nell'Europa occidentale, da porre accanto agli altri problemi di revisione costituzionale [...] che finiranno per imporsi anche nell'amministrazione della giustizia»; P. BIAVATI, *Gli arbitrati nei lavori pubblici: la procedura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, I, p. 31 ss., spec. p. 36, rileva che «l'art. 102, comma 2°, cost., risale ad una particolare temperie politica e culturale, oggi non più attuale. La norma non va cancellata, ma certo va letta in modo non estensivo e riferita ad organi composti da magistrati o comunque da soggetti chiamati ad esercitare principalmente o esclusivamente funzioni giudiziarie. Essa non si riferisce ad organi, pur dotati di compiti (anche) decisori, se composti da privati o da magistrati, normalmente assegnati ad altre funzioni, e non si applica quindi né a collegi arbitrali da legge (come quelli operanti presso la Camera dei lavori pubblici), né, sotto altri profili, alle autorità garanti».

⁽⁸⁸⁾ Sembra essere questo l'auspicio di R. LOMBARDI, *Autorità garanti e controllo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2000, V, parte II, p. 225 ss., spec. pp. 236-240.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. G. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, Società editrice libraria, Milano, 1918.

piattaforma denominata SiTe (Sistema di acquisizione telematica dei reclami) sono direttamente funzionali, all'esito di un'istruttoria, all'esercizio dei poteri sanzionatori dell'Autorità. Interconnessioni emergono anche nel procedimento CORECOM, ove il provvedimento adottato dall'Organo collegiale (o direttamente dal Responsabile della struttura per le controversie di modesta entità) costituisce, ai sensi dell'art. 20 del Regolamento, un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11» del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Con riferimento all'ABF (ma la considerazione può ovviamente valere anche per gli altri strumenti simili, ossia ACF e Arbitro assicurativo), si è rilevato come, ferma restando l'autonomia e l'indipendenza tra organo che gestisce la procedura di ADR e Autorità presso cui è istituito, «gli esiti dei ricorsi arricchiscono il patrimonio informativo che quest'ultima è tenuta a utilizzare nello svolgimento dell'attività di vigilanza. [...] La decisione assume così una rilevanza che trascende il caso singolo anche in virtù della serialità dei problemi; essa, pertanto, oltre a consentire una sinergia con la vigilanza, è atta a definire buone pratiche»⁽⁹⁰⁾. In sostanza, con specifico riferimento all'ABF, si è così venuto a delineare «un sistema che coniuga *private* e *public enforcement*, trattandosi di una speciale modalità di esercizio della funzione di vigilanza della Banca d'Italia esercitata, appunto, attraverso l'ABF»⁽⁹¹⁾.

Lo stretto collegamento tra la funzione di vigilanza dell'Autorità e quella di risoluzione delle controversie dell'ABF avrebbe anche positivamente inciso sull'elevato tasso di adempimento alle decisioni dell'Arbitro, che «non sembra dovuto solo alle sanzioni reputazionali, ma anche, e forse principalmente, alle

⁽⁹⁰⁾ R. CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, cit., p. 28

⁽⁹¹⁾ *Ivi*, p. 30.

Cfr., similmente, con riferimento alle *A.D.R.* in materia finanziaria (tra cui l'ACF): A. CASSATELLA, *Las A.D.R. y la protección de los inversores en Italia: el caso del Árbitro de las controversias financieras de la Consob*, in *Vías Extrajudiciales de Protección del Inversor e Instrumentos en la Financiación de Empresas*, cit., spec. p. 173, secondo cui «...se trata, así, de reforzar la protección de los inversores, la seguridad de las relaciones económicas y la propia fiabilidad del sistema económico a través de la implantación de técnicas de tutela, que sometan al control y a la gestión del ente de regulación del mercado de referencia. Por esta vía, la propia gestión de la controversia se convierte en un instrumento (indirecto) de protección del interés público y de la regulación de los mercados».

sanzioni che Banca d'Italia può infliggere nell'esercizio delle proprie attività di vigilanza sulla conformità dei comportamenti degli intermediari alle prescrizioni del TUB e, in particolare, alle regole di trasparenza»⁽⁹²⁾.

Estremizzando una simile interrelazione, vi è stato chi, in letteratura, ha addirittura sostenuto che lo strumento dell'ABF sia, in realtà, un mero sub-procedimento «coonestabile in un procedimento amministrativo di vigilanza della Banca d'Italia»⁽⁹³⁾. Esso sarebbe precipuamente «strumentale a un'attività di vigilanza della Banca d'Italia e solo indirettamente a prevenire l'insorgere della controversia innanzi al giudice o all'arbitro, ai quali può essere comunque deferita»⁽⁹⁴⁾. Indice di ciò sarebbe la circostanza che «non è il collegio deliberante (la cui ragion d'essere giudiziale in sola *notione consistit*) a (poter) irrogare la sanzione all'intermediario, ma non può che esserlo la Banca d'Italia-autorità, che invero la esegue per il tramite della Segreteria tecnica»⁽⁹⁵⁾.

Aldilà della posizione più o meno estrema che si voglia assumere sul punto, è comunque evidente che le ADR in seno alle Autorità non si limitano a

⁽⁹²⁾ *Ivi*, p. 32. Nello stesso senso E. QUADRI, *L'arbitro bancario e finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, cit., p. 318, il quale osserva che, in verità, l'adempimento da parte dell'intermediario alla decisione dell'ABF è «tutt'altro che "spontaneo", dato che la sua mancanza lo espone all'irrogazione, non solo delle previste sanzioni reputazionali (già, comunque, di per se stesse incisive e anch'esse applicate sulla base dei poteri sanzionatori riconosciuti alla Banca d'Italia ai fini dell'organizzazione del sistema creditizio), ma pure – soprattutto, evidentemente, ove si tratti di inadempimenti ripetuti – di eventuali sanzioni nel quadro dell'attività di controllo che alla Banca d'Italia è affidata, in ordine alla conformità dei comportamenti degli intermediari alle prescrizioni del t.u.b.».

⁽⁹³⁾ F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., pp. 88-89.

⁽⁹⁴⁾ *Ivi*.

⁽⁹⁵⁾ *Ivi*. Tale assetto fondamentale incide inevitabilmente sulla natura e la disciplina della decisione dell'ABF assunta all'esito della lite. Essa – specifica l'Autore – «non è altro che un parere sopra i rapporti in atto tra l'intermediario bancario-finanziario e il cliente, una dichiarazione di giudizio relativa e successiva ad accertamenti tecnici complessi. Una volta emesso tale giudizio, lo stesso sostanzia la determinazione conformativa di un procedimento amministrativo di vigilanza, è un atto interno a questo procedimento e di per sé non già lesivo della sfera dell'intermediario». Conseguentemente, la delibera dell'ABF, in quanto «atto ancora interno a un procedimento di vigilanza, non immediatamente lesivo nei confronti della posizione delle parti nel procedimento *de quo*» non può essere direttamente impugnato dall'intermediario che potrà «agire presso il G.A. soltanto avverso il provvedimento della Banca d'Italia eventualmente applicativo della sanzione reputazionale». Simmetricamente, il cliente potrà, sempre dinnanzi al G.A., agire contro il silenzio dell'amministrazione che non abbia, entro i termini, provveduto alla conclusione del procedimento sanzionatorio oppure impugnare il provvedimento esplicito di archiviazione.

risolvere la controversia tra i soggetti, ma sono anche strumentali alla stessa attività di vigilanza a cui le *Authorities* sono prioritariamente preposte⁽⁹⁶⁾. Si tratta, quindi di strumenti che, operando «negli interstizi tra il diritto privato (correttezza degli intermediari e trasparenza dei contratti, specialmente nei confronti dei consumatori) e il diritto pubblico (regolazione del mercato e *standards* di vigilanza)», svolgono un «ruolo (quasi-)regolatorio, il quale assume un'importanza fondamentale nell'architettura di un modello *bottom-up* di vigilanza»⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁶⁾ Come evidenziato in narrativa, quanto affermato per l'ABF vale anche per le altre forme di ADR, prima tra tutte l'ACF. La correlazione tra l'attività di risoluzione delle controversie e gli obiettivi di vigilanza con riferimento all'ACF e alla CONSOB è, infatti, messa in luce da N. SOLDATI, *L'arbitro per le controversie finanziarie (ACF) tra ruolo di regolazione del mercato finanziario e di conformazione degli intermediari*, cit., spec. p. 464, secondo cui appare «assolutamente corretto, in questo quadro di sistema, che, i poteri dell'autorità di vigilanza debbano essere affiancati da adeguati strumenti di *enforcement*, tra i quali vanno annoverati i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, finalizzati alla tutela del cliente, da assicurarsi in maniera rapida, economica ed efficace e che garantiscono, altresì, una elevata professionalità e competenza a garanzia del contraente debole e ciò in considerazione del fatto che i metodi di risoluzione delle controversie sono, anche se indirettamente, un'applicazione dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni contrattuali». Più sfumata sembra invece ritenere tale correlazione rispetto a quella tra ABF e attività di vigilanza della Banca d'Italia: R. CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, cit., pp. 34-35.

⁽⁹⁷⁾ Così P. SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, cit., pp. 1371-1372, il quale conclude osservando che «di conseguenza, la struttura della vigilanza sugli intermediari si può concepire ormai come tripartita: accanto ai suoi due attori tradizionali, ossia il regolatore (l'autorità competente) e il soggetto regolato (l'intermediario), che si collocano agli estremi di un rapporto verticale disciplinato dal diritto pubblico, fa il suo ingresso un terzo attore (collettivo), ossia il consumatore, i cui reclami vengono fatti confluire nel meccanismo di vigilanza generale attraverso i sistemi di ADR» (p. 1373).

Rilievi sul tema anche in E.L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 1, p. 240 ss.; A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 26 ss., spec. pp. 35-36; AA. VV., *ABF e supervisione bancaria*, a cura di F. Capriglione e M. Pellegrini, Cedam, Padova, 2012.

Più problematico l'approccio alla questione dell'interrelazione tra l'attività di risoluzione delle controversie rimessa all'ABF e l'attività di vigilanza della Banca d'Italia da parte di F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 261 ss., spec. pp. 272-275. In replica alle perplessità di quest'ultimo autore, si veda il contributo di G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'adr")*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, V, p. 665 ss. Cfr. altresì C. TABARRINI, *L'indipendenza delle ADR incardinate nelle Autorità di Vigilanza*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, I, p. 239 ss., la quale si sofferma sulla incidenza che la compenetrazione organizzativa tra Autorità e organismo che gestisce l'ADR ha sull'indipendenza e l'imparzialità dell'attività giustiziale.

In tale prospettiva, le ADR rafforzano la posizione originariamente debole dei consumatori, che diventano così veri e propri «co-regolatori del mercato», potendo i loro reclami «influenzare profondamente i comportamenti degli intermediari grazie alla stretta interazione con l'esercizio dei poteri di vigilanza da parte delle autorità competenti»⁽⁹⁸⁾.

Risoluzione della controversia e funzione di vigilanza sono, quindi, profili strettamente connessi che si rafforzano reciprocamente anche a vantaggio del principio di buon andamento imposto alle p.a. dall'art. 97 Cost. In tale prospettiva, il contraddittorio procedimentale che informa le ADR, oltre ad essere garanzia per un equo procedimento, assolve l'ulteriore funzione di legittimare democraticamente le Autorità, slegate, a differenza delle altre p.a., dal potere esecutivo⁽⁹⁹⁾.

PARTE II

5. Le autorità indipendenti nell'attuazione del diritto quale espressione della funzione di vigilanza e sanzionatoria.

Anche in relazione alla vera e propria funzione di vigilanza (e al correlato potere sanzionatorio⁽¹⁰⁰⁾) attribuito alle Autorità indipendenti, non mancano punti di contatto e interferenze tra queste ultime e il giudice ordinario civile. Nell'esercizio di queste funzioni, le Autorità sono chiamate ad accertare la sussistenza della violazione della normativa settoriale e ad irrogare, eventualmente, sanzioni. Si tratta, quindi, di una mansione funzionale, a suo modo, all'applicazione della legge al caso concreto (o all'attuazione del diritto) e il cui esercizio è soggetto, comunque, a un controllo giurisdizionale successivo.

⁽⁹⁸⁾ P. SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, cit., p. 1373.

⁽⁹⁹⁾ Come osserva anche A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, cit., p. 28 la tutela del consumatore costituisce oggi «uno degli strumenti principali con i quali le Autorità di regolazione legittimano il loro ruolo e tentano di accrescere il loro potere». Sul più generale tema della legittimazione democratica delle Autorità indipendenti rapportato ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, v. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, cit., p. 25 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Lo stretto legame tra funzione di regolazione e funzione sanzionatoria è messa in luce: per la CONSOB, da W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della CONSOB*, cit., p. 21; per la Banca d'Italia, da B.G. MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 679 ss., spec. 707.

5.1. *Il potere sanzionatorio delle Authorities nel dialogo tra le Corti tra CEDU e Corti nazionali nel prisma dei criteri Engel.*

Va innanzitutto segnalato che l'entità, spesso rilevante sotto il profilo quantitativo, delle sanzioni irrogate dalle *Authorities* ha indotto la giurisprudenza, innanzitutto quella sovranazionale, a riconoscere natura "afflittiva" ad alcune delle sanzioni irrogate dalle diverse Autorità indipendenti e, quindi, ad affermare la loro natura sostanzialmente penale, alla luce dei cosiddetti criteri *Engel* ⁽¹⁰¹⁾. Come si vedrà (*infra* cap. IV), tale qualificazione ha avuto significativa incidenza sui profili di cui stiamo trattando: da un lato, perché ha reso ancora più rilevante il controllo giurisdizionale sui provvedimenti delle Autorità, rimarcando la sostanziale soggezione di queste ultime al potere giurisdizionale; dall'altro, perché ha reso più cogente il tema del rafforzamento delle garanzie dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU nel contesto dei procedimenti amministrativi giustiziali.

⁽¹⁰¹⁾ Il riferimento è alla giurisprudenza inaugurata dalla Corte EDU con la sentenza 8 giugno 1976, *Engel e altri contro Olanda*, secondo cui, ai fini dell'applicazione della Convenzione, non si considerano come sanzioni penali solo quelle formalmente tali ma anche quelle che, pur diversamente denominate, hanno sostanzialmente un contenuto afflittivo. Per considerare la natura sostanzialmente penale di una sanzione occorre considerare, anche solo in via alternativa e non cumulativa, la sussistenza di tre criteri: *i.* la qualificazione giuridica della misura contestata nel diritto nazionale; *ii.* la natura di tale misura, e la natura; *iii.* il livello di gravità della "pena".

La questione della qualificazione in termini penali o amministrativi si è posta, *inter alia*, anche in relazione alla c.d. confisca urbanistica prevista dall'art. 44, comma 2, d.p.r. n. 380 del 2001, che è stata alla base di un acceso dialogo tra la Corte di Cassazione e la Consulta, da un lato, e la Corte europea dei diritti dell'uomo, dall'altro. Si vedano, al riguardo, le seguenti pronunce: Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2009, n. 75909, in *Giur. it.*, 2009, XI, p. 2398 ss., con nota di M. ROBLES, *La "nuova" proprietà: ovvero il "governo" dei diritti nel "dialogo" tra le Corti*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 ottobre 2013, § 70, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1392 ss., con nota critica di A. BALSAMO; Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, annotata, tra i tanti, anche in ragione del suo impatto sistematico, da M. COLACURCI, *La nozione di "materia penale" nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*; in *Cass. pen.*, 2, 2016, p. 794 ss.; V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, VI, p. 2204; V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, 2015, II, p. 421 ss.; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. 49/2015*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2015, II, p. 318 ss.; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, *ivi*, p. 333; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, maggio 2015.

A tal proposito, vengono innanzitutto in rilievo le due sentenze della Corte europea diritti dell'uomo del 27 settembre 2011 ⁽¹⁰²⁾ e del 4 marzo 2014 ⁽¹⁰³⁾. La prima ha riconosciuto la natura afflittiva (e quindi sostanzialmente penale) delle sanzioni irrogate dall'AGCM per intese restrittive della concorrenza ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, Menarini c. Italia, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, XII, p. 1327, con breve nota redazionale di M. PACINI, *Sanzioni dell'AGCM e processo equo*.

⁽¹⁰³⁾ Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens* e altri c. Italia, in *Foro it.*, 2015, 3, IV, c. 129.

La sentenza è stata variamente commentata: in *Giur. it.*, 2014, VII, p. 1642 ss., da E. DESANA, *Procedimento CONSOB e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio*; in *Dir. e prat. trib.*, 2015, II, p. 282 ss., da G. VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte EDU*; in *Giorn. dir. amm.*, 2014, XI, p. 1053 ss., da M. ALLENA, *Il caso Grande stevens c. Italia: le sanzioni CONSOB alla prova dei principi CEDU*; in *Giur. it.*, 2014, V, p. 1196 ss., da V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni CONSOB, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*; in *Rass. Tributaria*, 2014, V, p. 1155 ss., da A. GIOVANNINI, *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario domestico*; in *Riv. dir. trib.*, 2014, IV, p. 147 ss., da C. ZACCONE e F. ROMANO, *Il concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: le fattispecie di cui agli artt. 185 e 187 ter, TUF alla luce di una recente sentenza della Corte di Strasburgo*; in *Giur. comm.*, 2014, IV, p. 546 ss., da G. ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio «ne bis in idem»*; in *Giur. cost.*, 2014, III, p. 2942B ss., da M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*; in *Cass. penale*, 2014, IX, p. 3099 ss., da G. M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*.

⁽¹⁰⁴⁾ Nel caso di specie, la sentenza (paragrafi 41, 42 e 43) rileva che, nonostante la sanzione pecuniaria irrogata dall'AGCM non fosse idonea ad «essere sostituita con una pena detentiva in caso di mancato pagamento», essa aveva sicuramente «natura repressiva in quanto era volta a perseguire una irregolarità, e preventiva poiché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta. Tenendo conto della natura e dell'elevato importo della sanzione inflitta (sei milioni di euro), «la Corte ritiene che essa sia, per la sua gravità, di natura penale». A tale conclusione, non osta neppure la natura amministrativa del soggetto irrogante (l'AGCM), avendo la Corte già riconosciuto in altre occasioni l'applicabilità dell'art. 6 a soggetti aventi natura amministrativa. È il caso di alcune Autorità amministrative francesi competenti in diritto economico e finanziario e aventi poteri sanzionatori, come le decisioni del Consiglio della concorrenza (Corte Edu 3 dicembre 2002, ric. n. 53892/00, *L. c. Francia*), della Corte di disciplina finanziaria ed economica (Corte europea diritti dell'uomo, 26 settembre 2000, ric. n. 33933/98, *G. c. Francia*, par. 59, in *Legisl. Pen.*, 2001, 530 ss.), del Consiglio dei mercati finanziari (Corte europea diritti dell'uomo, 27 agosto 2002, ric. n. 58188/00, *D. c. Francia*), dell'Autorità dei mercati finanziari (Corte europea diritti dell'uomo, 19 maggio 2009, ric. n. 2504/07, *M. c. Francia*), e della Commissione bancaria (Corte europea diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, ric. 5242/04, *D. c. Francia*, par. 36).

Muovendo da tale qualificazione, la Corte soprannazionale ha, quindi, ricondotto il procedimento sanzionatorio in seno all'AGCM, complessivamente inteso, nell'ambito operativo dell'art. 6 CEDU, per cui è necessario garantire al sanzionato un equo processo eventualmente compensato da un pregnante controllo giurisdizionale sul provvedimento amministrativo afflittivo. In sostanza, la Corte EDU ha precisato che l'art. 6 della Convenzione non esclude, in assoluto, che una pena afflittiva venga irrogata nel contesto di un procedimento di natura amministrativa da un'autorità amministrativa, ma esige che la decisione, la cui procedura non soddisfi *in re ipsa* le condizioni dell'art. 6, par. 1, CEDU, venga sottoposta al controllo a posteriori di un organo avente piena giurisdizione, a cui è riconosciuto il potere di riformare *in toto*, in fatto e in diritto, la decisione resa dall'organo amministrativo (c.d. *full jurisdiction*).

In sostanza, la Corte EDU – riconosciuta la peculiare incidenza di tali sanzioni – attrae tali procedimenti nella sfera di protezione dell'art. 6 CEDU, rimettendo, però, ai singoli Stati la possibilità di scegliere, quale espressione del proprio margine di apprezzamento, dove «collocare le garanzie dell'equo processo, nella fase amministrativa o nella fase giurisdizionale»⁽¹⁰⁵⁾. Nel caso di specie, il procedimento sanzionatorio AGCM è stato considerato compatibile con l'art. 6 CEDU grazie alla possibilità, normativamente prevista, di adire in sede di impugnazione il giudice amministrativo, considerato organo avente piena giurisdizione, in grado di soddisfare i requisiti di terzietà e indipendenza nonché di offrire un controllo pieno, in fatto e in diritto, della decisione amministrativa.

La seconda pronuncia, ponendosi in sostanziale continuità con la prima, ha riguardato le sanzioni irrogate dalla CONSOB per violazione dell'art. 187 *ter*, punto 1, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (manipolazione di mercato). Anche di queste sanzioni è stata riconosciuta e affermata la natura afflittiva e la necessità che le stesse vengano irrogate in un procedimento rispettoso dell'art. 6 CEDU⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ E. BINDI–P. LUCCARELLI–A. PISANESCHI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *Giur. comm.*, 2021, III, 1, p. 553 ss., spec. p. 561.

⁽¹⁰⁶⁾ Nel caso di specie, la Corte ha constatato la violazione dell'art. 6 CEDU, in quanto né il procedimento amministrativo presso CONSOB né il giudizio di opposizione avanti la Corte di appello avrebbero rispettato il principio dell'equo processo. Il secondo, in particolare, in quanto non si era tenuto in una udienza pubblica. Detta pronuncia ha altresì evidenziato che il

Ancor più di recente, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto natura sostanzialmente penale anche alle sanzioni pecuniarie inflitte dall'AGCom agli operatori del settore delle comunicazioni per aver usufruito indebitamente dei contributi per l'editoria previsti dalla l. n. 416 del 1981 ⁽¹⁰⁷⁾.

Dalla qualificazione in termini sostanzialmente penali di un illecito amministrativo discendono una serie di conseguenze sia sotto il profilo sostanziale (divieto di *ne bis in idem*) sia sotto il profilo processuale. Ad esempio, all'esito di un interessante dialogo tra le Corti, si è giunti all'estensione di una serie di garanzie processual-penalistiche ai procedimenti amministrativi che comportano l'irrogazione di sanzioni afflittive (si pensi all'estensione dell'operatività del principio *nemo tenetur se detegere* ⁽¹⁰⁸⁾).

Va, però, anche considerato che la giurisprudenza ordinaria domestica, di merito e di legittimità, ha interpretato in maniera estremamente restrittiva i criteri dettati dalla Corte EDU, restringendo notevolmente l'ambito applicativo alle sole sanzioni CONSOB in tema di abusi di mercato. Ad esempio, nel settore bancario e finanziario, la Cassazione ha escluso che le sanzioni irrogate ai sensi dell'art. 144 TUB per «carenze nell'organizzazione e nei controlli interni da parte dei componenti il Consiglio di Amministrazione» siano qualificabili come

principio del *ne bis in idem*, previsto dall'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione, impedisce il cumulo tra una sanzione penale e una sanzione afflittiva, sebbene qualificata come amministrativa dall'ordinamento nazionale, a carico dello stesso soggetto e per una condotta sostanzialmente identica.

⁽¹⁰⁷⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 10 dicembre 2020, ricorsi nn. 68954/13 e 70495/13, in *OneLegale*.

⁽¹⁰⁸⁾ Con riferimento al riconoscimento del diritto al silenzio in relazione ai procedimenti CONSOB che comportano l'irrogazione della sanzione di cui all'art. 187 *quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998: v. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117, in *Giur. cost.*, 2019, III, p. 1403, che ha, in prima battuta, effettuato un rinvio pregiudiziale in merito alla portata degli artt. 47 e 48 CDFUE alla Corte di Giustizia UE. Pronunciatasi quest'ultima, la Consulta ha affermato l'incompatibilità con il diritto al silenzio (riconosciuto dagli artt. 24 Cost. e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU e in relazione agli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) di una norma (come l'art. 187 *quinquiesdecies*) che contempla la possibilità di sanzionare una persona fisica che, di fronte alla richiesta di fornire informazioni alla CONSOB nel quadro dell'attività di vigilanza ovvero — *a fortiori* — nell'ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo o, addirittura, una sua responsabilità di carattere penale (Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84, in *Giur. cost.*, 2021, II, p. 1028).

afflittive, in ragione del fatto che esse non prevedono né l'irrogazione di sanzioni accessorie, né la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, oltre ad essere contenute in un massimo edittale di pena pecuniaria di euro 129.110,00, ritenuto «assolutamente non comparabile con quella di Euro 5.000.000,00 prevista per le violazioni *ex art. 187 ter TUF*»⁽¹⁰⁹⁾. Diametralmente opposta è l'impostazione seguita dal Consiglio di Stato, tendente a riconoscere con maggiore ampiezza la natura sostanzialmente penale di alcune sanzioni, come ad esempio quelle in materia assicurativa irrogate dall'IVASS⁽¹¹⁰⁾.

5.2. Il controllo sui provvedimenti delle Autorità indipendenti nel sistema di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo. L'assetto fondamentale.

All'interno del nostro ordinamento, la questione del controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti – a prescindere dal fatto che si tratti o meno di sanzioni sostanzialmente afflittive alla luce della sopra richiamata giurisprudenza EDU – ha posto una serie di ulteriori problemi, tra cui i più rilevanti sono: *i)* la corretta individuazione del riparto tra giudice ordinario e amministrativo in ordine al procedimento di impugnazione; *ii)* l'intensità del sindacato giurisdizionale sul provvedimento adottato dalle Autorità; *iii)* le garanzie procedurali nell'ambito dei procedimenti sanzionatori; *iv)* il valore da riconoscere ai provvedimenti dell'Autorità, divenuti definitivi all'esito della fase di impugnazione o per mancata attivazione di quest'ultimo entro il termine decadenziale, nell'ambito di successivi giudizi civili risarcitori.

Prima di soffermarci analiticamente sul profilo di cui al punto *iv* (che riserva maggiori problemi di inquadramento teorico) e rinviando al capitolo IV per la trattazione analitica dei punti *ii* e *iii*), pare opportuno riservare un breve cenno al restante profili indicato al punto *i*), strettamente connesso alle altre tematiche affrontate nel prosieguo.

⁽¹⁰⁹⁾ Cass., sez. II, 28 settembre 2016, n. 19219, in *OneLegale*; Cass., sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656, *ivi*. Sul punto diffusamente: E. BINDI–P. LUCCARELLI–A. PISANESCHI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, cit., spec. p. 554 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2042, in *OneLegale*; Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, n. 2043, *ivi*.

A tale riguardo, va evidenziato che, nel 2010 con l'adozione del codice del processo amministrativo, il legislatore ha cercato di riordinare la materia rimettendo, in via generale, il controllo sugli atti delle Autorità indipendenti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), fatta eccezione per le controversie aventi ad oggetto gli atti del Garante della *privacy* ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. n. 196 del 2003, devolute alla cognizione del giudice ordinario.

Più segnatamente, vengono in rilievo gli art. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c), e 135, comma 1, lett. c), c.p.a.

La prima disposizione, nella sua formulazione originaria, devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo diverse previsioni di legge, le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati da quasi tutte le *Authorities*: dalla Banca d'Italia, 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'ANAC, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'IVASS.

La seconda delle disposizioni citate riconosce, tuttora, la giurisdizione del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti.

La terza, infine, dispone che sono devolute alla competenza inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, salvo ulteriori previsioni di legge, «b) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato e quelli dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; c) le controversie di cui all'articolo 133, comma 1, lettera l) , fatta eccezione per quelle di cui all'articolo 14, comma 2, nonché le controversie di cui all'articolo 104, comma 2, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385».

Il tentativo di *reductio ad unitatem* operato dal codice del processo amministrativo è stato però incrinato dalla Consulta, che, con due interventi successivi, ha sottratto alla giurisdizione del Giudice amministrativo la *potestas iudicandi* prima sui provvedimenti della CONSOB ⁽¹¹¹⁾ e poi su quelli della Banca d'Italia ⁽¹¹²⁾. In entrambi i casi, la Consulta ha rilevato la violazione, da parte della disciplina del codice di rito amministrativo, dell'art. 76 Cost., in quanto eccedenti la delega legislativa di cui all'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69. Quest'ultima aveva, infatti, affidato al legislatore delegato il mero «riordino normativo del processo amministrativo e del riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi», con il compito di limitarsi ad adeguare le normative vigenti «alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori». La Consulta ha, quindi, notato che, in quanto delega per il riordino, essa aveva concesso al legislatore delegato «un limitato margine di discrezionalità per l'introduzione di soluzioni innovative».

Al contrario, il legislatore delegato non aveva tenuto in debita considerazione la giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, la quale – anche a séguito del tentativo di riassetto dei rapporti tra le giurisdizioni operato dall'art. 33, d.lgs. n. 80 del 1998 così come riformulato dall'art. 7, l. n. 205 del 2000 ⁽¹¹³⁾ – aveva, pressoché pacificamente, confermato la

⁽¹¹¹⁾ Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, X, p. 1003; in *Corr. giur.*, 2012, VIII-IX, p. 1103; in *Giur. it.*, 2013, III, p. 684 ss., con nota di A. POLICE e A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della corte costituzionale come giudice del riparto*; *ivi*, VI, p. 1347 ss., con nota di A. CERRATO, *La "reviviscenza" della competenza giurisdizionale del giudice ordinario nell'opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob*; in *Urb. e app.*, 2012, VIII-IX, p. 878 ss., con nota redazionale di M.T. SEMPREVIVA; in *Giur. cost.*, 2012, III, p. 2204 ss., con nota di G. SERGES, *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*; in *Giur. comm.*, 2012, 6, II, p. 1157 ss., con nota di M. CLARICH e A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 3, II, p. 245 ss., con nota di A. SCOGNAMIGLIO, *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*.

⁽¹¹²⁾ Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94, in *Foro it.* 2014, 6, I, c. 1703; in *Giur. comm.*, 2015, 1, II, p. 5 ss., con nota di IMPINNA; in *Foro amm.*, 2014, X, p. 2477; in *Giur. cost.*, 2014, II, p. 1681 ss., con nota di G. SERGES, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*; in *Giur. it.*, 2014, XI, p. 2538 ss. nota di A. GIUSTI, *Sanzioni amministrative e giurisdizione piena del giudice amministrativo*.

⁽¹¹³⁾ Prima della riforma di cui alla l. n. 205 del 2000, la giurisdizione del giudice ordinario sulle opposizioni avverso i provvedimenti adottati dagli organismi indipendenti in materia di sanzioni irrogate per violazione della normativa bancaria e finanziaria non era stata

messa seriamente in discussione. Storicamente, alla luce dell'assetto delineato dall'art. 145, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 385 del 1993, i provvedimenti sanzionatori adottati dal Ministero del Tesoro su proposta della Banca d'Italia erano devoluti al giudice ordinario e alla competenza, in particolare, della Corte d'appello di Roma. Sempre al giudice ordinario era devoluta la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti sanzionatori adottati dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB ai sensi dell'art. 195, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 58 del 1998. L'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 7 della l. n. 205 del 2000 aveva creato, però, non poche incertezze, nella parte in cui prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie in materia di pubblici servizi, «ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481». Specie in seno alla giurisprudenza di merito si era, quindi, iniziato a dubitare se le opposizioni relative alle sanzioni irrogate nell'ambito del mercato mobiliare e bancario, a seguito della istruttoria condotta da CONSOB e Banca d'Italia, fossero passate alla giurisdizione del giudice amministrativo. Oltre alla giurisprudenza di legittimità intervenuta sul punto (v. *infra* nota successiva), è intervenuto anche l'art. 1, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, a ribadire espressamente che spettano esclusivamente alla corte d'appello tutte le controversie di cui agli artt. 145, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (ossia le opposizioni alle sanzioni irrogate in forza del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) e art. 195, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (ossia le opposizioni avverso le sanzioni irrogate per violazioni delle disposizioni del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria). La giurisprudenza ha successivamente chiarito che l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 5 del 2003 non ha ripristinato la giurisdizione del giudice ordinario ma ha assolto una funzione «meramente ricognitiva», poiché la giurisdizione e la competenza permangono in capo alla Corte d'Appello di Roma da sempre e senza alcuna soluzione di continuità con il regime anteriore alla riforma del c.d. rito societario (v. Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 16577, in *Società*, 2010, X, p. 1271; in *Foro it.*, 2011, III, 1, c. 824; in *Giur. it.*, 2010, XII, p. 2663, con breve nota redazionale a cura di A. ANGELETTI). Peraltro, com'è noto, il tentativo di devoluzione di "blocchi di materie" alla giurisdizione del giudice amministrativo, operato dall'art. 7, l. n. 205 del 2000, è stato, poco dopo, censurato, nel suo complesso e nei fini perseguiti, dalla Corte costituzionale con le note sentenze n. 204 del 2004 (in *Giur. cost.*, 2004, IV, p. 2181 ss., con nota redazione di L. ALBINO e osservazioni di F.G. COCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?* e di S. LARICCIA, *Limiti costituzionali alla «discrezionalità» del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*) e n. 191 del 2006 (in *Corr. giur.*, 2006, VII, p. 922, con nota di A. DI MAJO, *Atti e comportamenti nella tutela risarcitoria contro la p.a.*).

giurisdizione del giudice ordinario civile con riguardo alle sanzioni irrogate (su proposta o direttamente) sia dalla Consob ⁽¹¹⁴⁾ che dalla Banca d'Italia ⁽¹¹⁵⁾. Pertanto, «l'intervento del legislatore delegato, incidendo profondamente sul

⁽¹¹⁴⁾ Per quanto concerne le sanzioni, non pecuniarie, irrogate dalla CONSOB agli intermediari (ad. es. sospensione o radiazione dall'albo): v. Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383 (in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 433; in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 683 ss., con nota di S.A. FREGO LUPPI, *Provvedimenti Consob e giurisdizione: il caso delle sanzioni interdittive*; in *Foro it.*, 2002, I, c. 2128; in *Nuova giur. civ.*, 2002, IV, 1, p. 470 ss., con commento di A. MAZZONI, *L'impugnativa giurisdizionale dei provvedimenti sanzionatori emanati dalla Consob nei confronti dei promotori finanziari ex art. 196, d. legis. n. 58/1998*; in *Società*, 2002, II, p. 195 ss., con commento di S. RIZZINI BISINELLI e G. AMORUSO, *Competenza giurisdizionale sulle sanzioni irrogate dalla Consob ai promotori*), che ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario con riguardo al caso della sanzione della sospensione inflitta direttamente dalla Consob a dei promotori finanziari per avere svolto, di fatto, un'attività di gestione patrimoniale riservata in via esclusiva ad alcuni soggetti (quali: imprese di investimento, banche ed agenti di cambio). Nello stesso senso e in casi simili (in quanto concernenti sanzioni sempre interdittive) anche Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2002, n. 4148, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 1816; Cass., sez. un., 11 febbraio 2003, n. 1992, in *Contratti*, 2003, VII, p. 708; Cass., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 2004 e in *Società*, 2005, I, p. 49 ss., con commento di S. RIZZINI BISINELLI, *Competenza del giudice ordinario in materia di sanzioni inflitte dalla Consob*; Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6474, in *Foro amm. CDS*, 2008, VII-VIII, p. 2221 ss., con nota di E. COMI, *La giurisdizione sull'impugnazione delle sanzioni inflitte dalla Consob ai promotori finanziari*. Con riguardo alle sanzioni pecuniarie irrogate dal Ministero del Tesoro (poi Ministero dell'economia e delle finanze) su proposta della CONSOB ai sensi dell'allora vigente art. 195, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.): Cass., sez. un., 23 gennaio 2004, n. 1235, in *Corr. giur.*, 2004, III, p. 295, con nota redazionale di V. CARBONE; in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 89; in *Gius.*, 2004, p. 2359; in *Arch. civ.*, 2004, p. 1313; Cass., sez. un., 18 marzo 2004, n. 5535, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 675; Cass., sez. un., 21 maggio 2004, n. 9730, in *Leggid'Italia*; Cass., sez. un., 15 febbraio 2005, n. 2980, in *Pluris*; Cass., sez. un., 24 gennaio 2005, n. 1362, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, IV, p. 412.

La Cassazione, in queste pronunce, oltre al dato sistematico normativo, ha fatto talora riferimento, per affermare la giurisdizione del G.O., anche alla natura essenzialmente vincolata dell'attività sanzionatoria della Consob e della Banca d'Italia. Le sanzioni irrogate da tali organismi sarebbero riconducibili al paradigma generale di cui alla l. 24 novembre 1981, n. 689. Proprio l'applicabilità di quest'ultima «chiarezza poi che la concreta applicazione delle sanzioni deve avvenire sulla base di criteri (art. 11, legge 689/1981) e secondo regole procedurali (artt. 13, 14, 18, 19, legge ult. cit.) che escludono ogni possibilità di valutazione discrezionale» (così Cass., sez. un., 24 gennaio 2005, n. 1362, cit. Cfr. anche Cass., sez. un., 21 maggio 2004, n. 9730, cit.; Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929, in *Leggid'Italia*).

In dottrina: L. BRUNETTI, *La procedura sanzionatoria Consob ai sensi dei nuovi artt. 187-bis e 195 t.u.f. e l'opposizione alle sanzioni avanti il giudice ordinario ex artt. 195 e 196 t.u.f.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, II, p. 195 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Per quanto concerne le sanzioni irrogate, su proposta della Banca d'Italia, ai sensi dell'allora vigente art. 145, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (T.U.B.): Cass., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13709, in *Pluris*; Cass., sez. un., ord., 27 aprile 2006, n. 9600, *ivi*; Cass., sez. un., ord., 27 aprile 2006, n. 9602, *ivi*; e Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 16577, cit.

precedente assetto, si è illegittimamente discostato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, in violazione della delega».

L'assetto del riparto, emerso all'esito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e degli interventi della Corte costituzionale appena descritti, delinea, quindi, un doppio binario: sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le opposizioni avverso i provvedimenti sanzionatori di tutte le Autorità indipendenti, ad eccezione di quelli della Banca d'Italia e della CONSOB, che sono invece rimessi, insieme a quelle delle Garante Privacy, alla cognizione del giudice ordinario.

Peculiare appare altresì il sistema di riparto con riferimento alle controversie relative ai provvedimenti dell'ANAC. Per queste, infatti, si applica, in via generale, l'art. 133 c.p.a. con cognizione affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Successive previsioni speciali hanno, però, poi, in parte confermato e in parte derogato a tale disposizione: l'art. 50 del d.lgs. n. 33 del 2013 prevede che le controversie relative agli obblighi di trasparenza – incluse, quindi, quelle sui poteri sanzionatori dell'ANAC – sono rimesse alla cognizione della giurisdizione amministrativa, mentre l'art. 19, comma 5 *bis*, del d.l. n. 90 del 2014 ha affidato al giudice ordinario la cognizione relativa ai provvedimenti sanzionatori ANAC in ipotesi di omessa adozione dei piani anticorruzione, dei programmi triennali di trasparenza e dei codici di comportamento.

5.3. Il nodo problematico della giurisdizione sugli atti amministrativi presupposti e regolamentari di Consob e Banca d'Italia.

Il quadro così emerso continua a presentare, però, ulteriori nodi problematici. Ci si chiede, ad esempio, se la giurisdizione del giudice ordinario sui provvedimenti sanzionatori tanto della Consob quanto della Banca d'Italia sia circoscritta alle sole decisioni finali o si estenda anche agli atti amministrativi e regolamentari ad esse presupposte.

Sul punto, è emerso di recente un contrasto tra la giurisprudenza amministrativa e la Corte di Cassazione. In particolare, il Consiglio di Stato ha rivendicato la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento agli atti

amministrativi e regolamentari presupposti, come quelli recanti la disciplina dei procedimenti sanzionatori sia della Consob ⁽¹¹⁶⁾ che della Banca d'Italia ⁽¹¹⁷⁾.

Ad avviso del Consiglio di Stato, le due sentenze della Corte costituzionale che hanno riaffermato la giurisdizione del giudice ordinario con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia sarebbero da interpretare in senso restrittivo ovvero come affermanti la *potestas iudicandi* del giudice ordinario con limitato riferimento alla decisione sanzionatoria finale e non anche agli atti regolamentari presupposti come quelli che disciplinano la procedura d'irrogazione. Nella prima pronuncia del 2015 sul regolamento CONSOB, i giudici di Palazzo Spada hanno fatto leva sul fatto che, in relazione agli «atti a monte del procedimento» – espressione di discrezionalità –, i consociati vanterebbero una posizione di interesse legittimo, e, come tale, tutelabile al cospetto del giudice amministrativo. Al contrario, rispetto agli atti conclusivi del procedimento sanzionatorio, verrebbe in rilievo una posizione di diritto soggettivo (e in quanto tale rimessa alla cognizione del giudice ordinario), essendo la sanzione applicata «sulla base di criteri che non possono considerarsi espressione di discrezionalità amministrativa» ⁽¹¹⁸⁾.

Neppure quest'ultima può ritenersi «in grado di estendersi a tutti gli atti comunque afferenti alla 'materia procedimentale sanzionatoria'» ⁽¹¹⁹⁾. Pertanto, qualora «la fonte diretta della lesione e, quindi, l'oggetto del giudizio, sia il provvedimento sanzionatorio, la giurisdizione è del giudice ordinario al quale spetta anche il potere di disapplicare gli atti amministrativi o regolamentari illegittimi di cui conosce in via incidentale. Nel caso in cui, invece, la fonte diretta della lesione e, quindi, l'oggetto del giudizio, sia l'atto regolamentare o

⁽¹¹⁶⁾ Tar Lazio Roma, sez. II, 27 novembre 2014, n. 11887, in *Leggid'Italia*; Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, IV, p. 511 ss., con nota di B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*.

⁽¹¹⁷⁾ Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 2017, n. 3822, in *Leggid'Italia*. Nel caso di specie si trattava dell'impugnazione, congiuntamente al provvedimento sanzionatorio, del Provvedimento del Banca d'Italia del 27 giugno 2011, n. 726, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 20 luglio 2011, n. 167, recante «disciplina della procedura sanzionatoria amministrativa ai sensi dell'art. 145 del decreto legislativo n. 385/1993 e dell'art. 195 del decreto legislativo n. 58/1998 e delle modalità organizzative per l'attuazione del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie (art. 24, comma 1, della legge 28 dicembre 2005, n. 262)».

⁽¹¹⁸⁾ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, (spec. punto n. 33), cit.

⁽¹¹⁹⁾ *Ivi*.

amministrativo a monte, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, con conseguente possibilità di annullamento del provvedimento o del regolamento impugnato»⁽¹²⁰⁾.

Con riferimento al Regolamento sulla procedura sanzionatoria della Banca d'Italia, il Consiglio di Stato ha sostanzialmente ribadito le argomentazioni poste alla base del precedente del 2015 sul Regolamento CONSOB, espressamente richiamato.

Tuttavia, le sezioni unite della Cassazione, innanzi alla quale è stata impugnata proprio la pronuncia amministrativa relativa al Regolamento sulla procedura della Banca d'Italia, sono giunte alla conclusione opposta⁽¹²¹⁾. La contraria soluzione rispetto a quella del Consiglio di Stato deriverebbe dalla valorizzazione, da parte degli Ermellini, dell'«unità del rapporto giuridico sanzionatorio, sia sotto il profilo strettamente strutturale/funzionale dell'agire amministrativo (correlazione tra provvedimento, atti del procedimento e atti presupposti); sia sotto il profilo dello schema normativo di regolazione del rapporto e delle posizioni giuridiche soggettive che in esso si oppongono»⁽¹²²⁾. Tale impostazione sarebbe confermata prestando attenzione al *petitum* sostanziale che caratterizza la domanda del soggetto sanzionato, il quale agisce impugnando il provvedimento sanzionatorio e gli atti amministrativi e regolamentari ad esso presupposti⁽¹²³⁾.

⁽¹²⁰⁾ *Ivi.*

⁽¹²¹⁾ Cass., sez. un., 2 ottobre 2019, n. 24609, in *Giur. it.*, 2020, IV, p. 922 ss., con nota di B.L. BOSCHETTI, *Sanzioni della Banca d'Italia e giurisdizione del g.o.: una storia (in)finita?*.

⁽¹²²⁾ Così B.L. BOSCHETTI, *Sanzioni della Banca d'Italia e giurisdizione del g.o.: una storia (in)finita?*, cit., p. 923.

⁽¹²³⁾ Nel caso di specie, oltre al provvedimento finale di irrogazione della sanzione, sono stati impugnati, quali atti presupposti: 1) la nota recante la “proposta” al Direttorio di applicazione di sanzioni amministrative ex art. 144 T.U.B.; 2) il parere dell'Avvocato Generale dell'Istituto su detta proposta; 3) il Provvedimento della Banca d'Italia del 27 giugno 2011, recante «Disciplina della procedura sanzionatoria amministrativa ai sensi del d.lgs. n. 385 del 1993, art. 145 e del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195 e delle modalità organizzative per l'attuazione del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie (L. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 24, comma 1)”; 4) il Provvedimento della Banca d'Italia del 18/12/2012 recante «Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa»; 5) la nota recante la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio; 6) più in generale «tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali».

La suprema Corte ha evidenziato come, in forza del principio *accessorium sequitur principale*, è regola generale ⁽¹²⁴⁾ che il sindacato del giudice del provvedimento sanzionatorio si estenda «alla validità sostanziale del rapporto presupposto, concernendo tutte le fasi procedurali in cui lo stesso si scandisce nonché gli atti presupposti e regolamentari posti a fondamento dell'emissione del provvedimento impugnato, i quali delineano il *modus* di esercizio della *potestas iudicandi*» ⁽¹²⁵⁾. Pertanto, la cognizione del giudice ordinario va estesa «agli atti e ai regolamenti presupposti e funzionalmente collegati all'adozione, pretesamente illegittima, del provvedimento sanzionatorio finale», poiché essi costituiscono «la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria nel caso esercitata». Gli atti e i regolamenti presupposti devono considerarsi «elementi costitutivi del rapporto giuridico dato» e «non già elementi da quest'ultimo avulsi, quali beni della vita su cui possa configurarsi tutela autonoma e diversa da quella assicurata dalla loro eventuale disapplicazione».

Le motivazioni da cui muove la suprema Corte sembrano, però, scontrarsi con il limite rappresentato dal contenuto potere riconosciuto al Giudice ordinario in relazione agli atti amministrativi. Il giudice ordinario, infatti, in base alla regola generale espressa dagli artt. 4 e 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, non potrà far altro che disapplicarli. La Corte si esprime, comunque, per l'adeguatezza del rimedio, affermando che la disapplicazione costituisce, in ogni caso, «modalità di piena tutela delle posizioni di diritto soggettivo incise dal provvedimento amministrativo illegittimo garantita dal giudice ordinario [...], e volta al raggiungimento del risultato finale perseguito dall'istante». La Cassazione sembra fare leva sul principio per cui gli atti presupposti non sarebbero autonomamente impugnabili

⁽¹²⁴⁾ Si tratterebbe di un principio applicato già dalla giurisprudenza con riferimento al lavoro pubblico privatizzato, dove è frequente il problema del riparto tra giudice ordinario e amministrativo per l'impugnazione degli atti. A tal proposito, la sentenza fa espresso richiamo a Cass., sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32625, in *Corr. giur.*, 2019, II, p. 283; Cass., sez. un., 7 luglio 2014, n. 15427, in *OneLegale*; Cass., sez. un., 15 settembre 2010, n. 19552, *ivi*; Cass., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8836, *ivi*; e già Cass., sez. un., 8 novembre 2005, n. 21592, *ivi*; Cass., sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32625. Cfr. altresì, in tema di tutela dei dati personali, Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487, *ivi*.

⁽¹²⁵⁾ Cass., sez. un., 2 ottobre 2019, n. 24609, *cit*.

in quanto non direttamente lesivi della posizione del soggetto, ma solo quali atti direttamente incidenti sul provvedimento finale lesivo ⁽¹²⁶⁾.

Con riferimento al regolamento sul procedimento sanzionatorio CONSOB, la Cassazione ha, ancor più di recente, ribadito le medesime argomentazioni, confermando la giurisdizione del giudice ordinario anche in relazione agli atti di quel procedimento ⁽¹²⁷⁾.

6. *I provvedimenti sanzionatori nei giudizi di risarcimento del danno. Transizione.*

Se il riconoscimento di una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti (seppur rimesso talora alla giurisdizione ordinaria talaltra a quella amministrativa con i relativi nodi problematici appena evidenziati) conferma la sussistenza di un rapporto di naturale soggezione delle *Authorities* al potere del giudice, un vero e proprio capovolgimento di tale assetto si profila allorché i provvedimenti adottati nell'esercizio della funzione di vigilanza (e sanzionatoria) dalle *Authorities* vengono prodotti nell'ambito di eventuali giudizi civili risarcitori, parallelamente azionati da soggetti che si ritengono danneggiati dalla condotta illecita accertata dall'Autorità di settore.

⁽¹²⁶⁾ La pronuncia si esprime testualmente in questi termini: «in quanto asseritamente deliberata e irrogata in base ad atti amministrativi e regolamentari dei quali si è lamentata l'illegittimità e per questi ultimi il contrasto con normativa di rango superiore, e non già concernente una lesione direttamente derivante dai suddetti atti presupposti, i quali assumono rilevanza concreta se e in quanto abbiano come nella specie dato luogo all'irrogazione della sanzione amministrativa, di cui è stata appunto richiesta l'eliminazione. Emerge evidente, a tale stregua, come non possa invero riconoscersi pregio all'argomento dell'odierno controricorrente secondo cui in base all'interpretazione qui accolta nei confronti degli atti regolamentari in argomento rimane l'impossibilità di generale annullamento, difettando per il giudice ordinario il potere di annullarli e disapplicarli *erga omnes*. Ne discende altresì, quale corollario, l'irrilevanza e non decisività nel caso della prospettata (dall'odierno controricorrente nella memoria *ex art.* 378 c.p.c.) questione di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 385 del 1993, art. 145 – per violazione degli artt. 103, 113 e 3 Cost. – in ragione della “esistenza” nel nostro ordinamento di regolamenti non suscettibili di annullamento la cui rimozione sarebbe rimessa alla mercè della stessa Autorità di vigilanza che li ha emanati». L'affermazione pare riprendere una giurisprudenza peraltro consolidata anche in seno al Consiglio di Stato, in relazione, ad esempio, ai bandi e agli atti amministrativi generali, ove si ricollega l'interesse a impugnare alla diretta lesività del provvedimento (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 26 aprile 2018, n. 4, in *Foro it.*, 2019, 2, 3, c. 67).

⁽¹²⁷⁾ Cass., sez. un., 21 settembre 2021, n. 25477, in *OneLegale*.

Non è infatti raro che, accertato un illecito nel settore di riferimento da parte dell’Autorità preposta, vi siano specularmente una serie di soggetti a vario titolo danneggiati dalla condotta del soggetto sanzionato, titolari di un’azione risarcitoria azionabile innanzi al giudice ordinario. Nell’ambito dell’azione risarcitoria, generalmente riconducibile al paradigma aquiliano di cui all’art. 2043 c.c., il danneggiato sarà tenuto, secondo il tradizionale riparto dell’*onus probandi*, ad allegare e provare: il fatto, il nesso eziologico e il danno.

Essendo stato il fatto (ovvero la condotta) e la sua illiceità già oggetto di accertamento da parte dell’Autorità di settore nell’ambito dell’attività di vigilanza-sanzionatoria, ci si interroga in ordine alla possibilità per il giudice civile di procedere nuovamente, e in maniera autonoma, all’accertamento del medesimo fatto, nel contesto della specifica azione risarcitoria, e all’intensità del vincolo sulla porzione di fattispecie rispetto a quanto già eventualmente acclarato dall’Amministrazione.

Diverse sono le ragioni che renderebbero opportune forme di coordinamento tra i due binari (quello amministrativo e quello giurisdizionale): da un lato, evitare che vi siano contraddizioni tra l’accertamento amministrativo a fini pubblicistici e quello civile a fini privatistici del fatto (e della sua illiceità); dall’altro, quello di consentire al danneggiato (tenuto a provare) e al giudice civile (tenuto ad accertare) di beneficiare dell’accertamento di profili, sovente tecnici e complessi, già compiuti dall’Autorità di settore, soggetto dotato di specifiche competenze settoriali.

La questione è timidamente emersa, ad esempio, con riferimento al valore da riconoscere al provvedimento definitivo (in quanto non opposto) del Garante per la protezione dei dati personali, che abbia accertato l’illegittimità della raccolta e della diffusione di determinati dati nel separato giudizio che l’interessato abbia successivamente instaurato dinanzi all’autorità giudiziaria ordinaria per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla lesione del diritto alla riservatezza e alla protezione di quei dati (¹²⁸).

(¹²⁸) Cfr. Cass., sez. III, ord., 25 maggio 2017, n. 13151, in *Foro amm.*, 2017, VII-VIII, p. 1515, secondo cui «il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, che abbia accertato l’illegittimità della raccolta e della diffusione di determinati dati personali e che non sia stato opposto ai sensi degli artt. 151 e 152 del d.lgs. n. 196 del 2003 (cd. “codice della

Il settore in cui la questione ha, invece, suscitato maggior interesse è quello della concorrenza, avendo attirato da tempo l'attenzione della letteratura e della giurisprudenza il tema del valore del provvedimento dell'AGCM contenente l'accertamento di una condotta anticoncorrenziale nell'ambito del giudizio civile per il risarcimento del danno azionato da parte dei soggetti danneggiati dalla medesima condotta. L'attenzione riservata al fenomeno in questo ambito risponde ad almeno due ordini di ragioni: a) la spinta sovranazionale a rafforzare la coesione tra il *public* e il *private antitrust enforcement*, nell'ottica di forgiare un sistema efficace di tutela della concorrenza; b) specularmente, il precedente del valore riconosciuto ai provvedimenti della Commissione europea. All'esito di una complessa evoluzione giurisprudenziale – che ha gradualmente affermato, per via pretoria, la natura sostanzialmente vincolante dell'accertamento AGCM nel giudizio risarcitorio civile –, è intervenuto il d.lgs. n. 3 del 2017, il quale, all'art. 7, ha legislativamente consacrato tale singolare “vincolo”.

Scarsa (se non pressoché inesistente) attenzione ha, invece, attratto il tema del valore dei provvedimenti di altre Autorità in successivi eventuali giudizi civili. Pur non essendo rinvenibili, per quanto consta, precedenti giurisprudenziali o compiuti studi dottrinali sul punto, non è da escludere che la questione assuma in realtà particolare rilievo pratico, ad esempio, in relazione al valore dei provvedimenti sanzionatori CONSOB nell'ambito dei giudizi di

privacy”), mai può acquistare un'efficacia (equiparabile a quella) di cosa giudicata nel separato giudizio che l'interessato abbia successivamente instaurato, dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, per ottenere il risarcimento dei danni asseritamente provocatigli dalla lesione del diritto alla riservatezza ed alla protezione di quei dati, atteso che la natura amministrativa dell'organo e del relativo procedimento non pone il Garante in una posizione di terzietà assimilabile a quella assicurata dal giudice nel processo». Conformemente: Cass., sez. I, ord., 18 giugno 2018, n. 16061, in *Leggid'Italia*.

Un'efficacia sostanzialmente vincolante al provvedimento del Garante Privacy nel processo civile risarcitorio è, invece, riconosciuta da Cass., sez. III, 12 ottobre 2012, n. 17408, in *Foro it.*, 2013, I, c. 105.

In dottrina, sul tema: D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., pp. 106-108. L'Autore, esclusa la possibilità di riconoscere efficacia vincolante al provvedimento del Garante nel successivo processo civile risarcitorio, giunge alla conclusione che «semmai, gli si potrebbe riconoscere l'efficacia di una “prova privilegiata”, pur nella consapevolezza della eterogeneità di tale figura e del difetto di dati positivi univoci sulla sua effettiva portata» (p. 108).

risarcimento del danno nei confronti dei soggetti sanzionati da eventuali investitori danneggiati, attori individuali o riuniti in *class action*.

In sostanza, la questione del coordinamento tra accertamento giurisdizionale civile e accertamento amministrativo da parte dell'Autorità di vigilanza, lungi dal risultare circoscritta all'ambito della tutela della concorrenza, viene in rilievo in tutto i settori in cui si trovano a coesistere un *enforcement* pubblico e uno privato, che necessitano di coordinamento ⁽¹²⁹⁾. A confermare tale prospettiva di più ampio respiro è anche la disciplina generale dei procedimenti collettivi (azioni di classe), contenuta nel titolo VIII *bis* del codice di procedura civile. Più segnatamente l'art. 840 *ter*, comma 3, c.p.c., facendo salva la specifica disciplina contemplata in materia *antitrust* ⁽¹³⁰⁾, riconosce la possibilità di sospensione del procedimento avviato a seguito di proposizione di azione di classe «quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo». Tale disposizione, come è stato osservato,

⁽¹²⁹⁾ Nello specifico ambito dei mercati finanziari, la carenza di un coordinamento tra l'*enforcement* pubblico e quello privato viene denunciata da L. ENRIQUES, *Il ruolo delle autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. dir. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, II, p. 695 ss., spec. pp. 697-698, secondo cui: «nell'ordinamento italiano i soggetti coinvolti nelle attività di *enforcement* (privati, giudici, Autorità di vigilanza) hanno scarse occasioni di coordinamento e, tendenzialmente, si caratterizzano per un ridotto grado di "concorrenza" reciproca. Il difetto di coordinamento aumenta il rischio di sovrapposizioni e lacune nelle rispettive attività e, pertanto, di un uso efficace delle risorse. D'altro canto, la ridotta concorrenza può portare a livello subottimale di attività di *enforcement*. Altri ordinamenti hanno invece adottato soluzioni che consentono sia una maggiore collaborazione nell'attività di prevenzione e risoluzione delle controversie in materia di diritto dei mercati finanziari, sia una maggiore concorrenza tra istituzioni nell'*enforcement*: vi si riscontra cioè una sorta di competizione cooperativa (*co-operation*), in cui ciascun attore, seppure in assenza di una comune ed esplicita strategie di coordinamento, beneficia dell'attività svolta dagli altri soggetti. Laddove esistono meccanismi di *co-operation* tra *enforcement* amministrativo ed *enforcement* privato, l'equilibrio tra azione pubblica e azione privata sembra raggiungere livelli di maggiore intensità e forse anche di efficienza: vi è infatti evidenza empirica del fatto che, da un lato, privati e Autorità tendono a suddivisi le azioni di *enforcement* in relazione alle relative probabilità di successo e che, dall'altro, nei casi in cui vi sia collaborazione, l'esito vittorioso per gli attori nelle cause di risarcimento è più frequente». Sul tema del rapporto tra *public* e *private enforcement* nell'ambito dei mercati finanziari, v. anche P. STELLA, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁽¹³⁰⁾ Tra la disciplina del d.lgs. n. 3 del 2017 e quella dell'azione di classe di cui al titolo VIII *bis* c.p.c. c'è un rinvio reciproco: il primo, all'art. 1, precisa che il proprio ambito di applicazione si estende alle azioni risarcitorie «anche con riferimento alle azioni collettive di cui al titolo VIII *bis* del libro quarto del codice di procedura civile»; il secondo, invece, all'art. 840 *ter* dispone che «restano ferme le disposizioni del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3».

sembra dare conferma «del fatto che la vincolatività per il giudice civile della decisione amministrativa costituisce misura affatto eccezionale» ⁽¹³¹⁾.

Pare quindi opportuno muovere dai termini del dibattito in ordine all'esperienza del valore riconosciuto al provvedimento AGCM nel giudizio civile, per poi tracciare, nel contesto dell'ultima parte del lavoro, un giudizio sistematico più generale. Non a caso, il settore della concorrenza è stato anche definito come il «miglior laboratorio ove saggiare le tensioni e le difficoltà» emergenti tra Autorità indipendenti e giudice ordinario ⁽¹³²⁾, considerato che «è in esso, infatti, che la necessità di coordinare accertamenti e decisioni formati in seno ad organi diversi si è manifestata con maggior veemenza negli ultimi decenni» ⁽¹³³⁾.

⁽¹³¹⁾ Così D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 103. V. anche, con un taglio che sembrerebbe, però, maggiormente dubitativo, D. DALFINO, *Forme di tutela e oggetto del processo*, in *Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di U. Ruffolo, Giuffrè, Milano, 2021, p. 19 ss., spec. pp. 36-44.

⁽¹³²⁾ A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti* (relazione tenuta al XXXIII Convegno nazionale dell'AIIPC tenutosi a Milano presso l'Università Cattolica nelle date del 17 e 18 giugno 2022), consultabile nel testo provvisorio all'indirizzo web <https://aispc.it/news-eventi/>, spec. p. 3.

⁽¹³³⁾ *Ivi*.

CAPITOLO II

L'EFFICACIA DEI PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI NEI CONNESSI GIUDIZI CIVILI RISARCITORI: L'ESPERIENZA DELLA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: PARTE I. 1. Il caso del «cartello delle assicurazioni». Prime applicazioni del diritto della concorrenza ai consumatori e problematiche connesse di rilevanza processuale. – 2. La «vicenda delle c.d. fideiussioni ABI». – 3. Il valore dei provvedimenti AGCM nei giudizi civili di risarcimento del danno nella giurisprudenza di legittimità: la categoria della «prova privilegiata». – 4. Il modello europeo di coordinamento del doppio binario *public* e *private enforcement*: il valore dei provvedimenti della Commissione europea secondo il Regolamento CE n. 1/2003. – 5. Verso un nuovo modello armonizzato di tutela: la direttiva Ue 2014/104/UE e il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. – 6. L'ambito oggettivo di operatività dell'efficacia vincolante *ex art. 7*, d.lgs. 3 del 2017: la peculiare ipotesi delle «decisioni con impegni» *ex art. 14 ter*, l. n. 287 del 1990.

PARTE II. 7. – La questione dell'inquadramento teorico del vincolo *ex art. 7*, d.lgs. 3 del 2017: ipotesi ricostruttive. – 8. Il «vincolo» del provvedimento AGCM come nuova forma di giudicato – 9. (*Segue*) Il modello dell'efficacia del giudicato penale di condanna nei giudizi civili *ex art. 651 c.p.p.* – 10. (*Segue*) La (forzata) prospettiva teorica del giudicato sulla fattispecie e l'impossibilità di una piena riconduzione del vincolo al giudicato. – 11. Il provvedimento dell'AGCM come elemento costitutivo della fattispecie sostanziale. – 12. (*Segue*) Il potenziale correttivo nella prospettiva del concorso di azioni e i relativi limiti. – 13. Il provvedimento AGCM come prova. – 14. Inopportunità di riconduzione del fenomeno alle categorie tradizionali e autonomia dogmatica della categoria.

PARTE I

1. *Il caso del «cartello delle assicurazioni». Prime applicazioni del diritto della concorrenza ai consumatori e problematiche connesse di rilevanza processuale.*

La questione del valore da riconoscere ai provvedimenti dell'AGCM nei giudizi civili risarcitori connessi ha assunto particolare rilievo a partire dai primordi degli anni Duemila.

Cruciale, al riguardo, è stata la mole di contenziosi risarcitori relativi alla c.d. vicenda del cartello r.c. auto, sorta a seguito del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 28 luglio 2000, n. 8546 ⁽¹³⁴⁾. Con

⁽¹³⁴⁾ Il provvedimento è pubblicato in *Giust. civ.*, 2000, XII, 1, p. 3355 e in *Bollettino AGCM*, 14 agosto 2000, n. 30, rinvenibile anche *online* sul sito dell'AGCM: www.agcm.it. Il

tale provvedimento, l'AGCM contestava a numerose compagnie assicurative, irrogando diverse sanzioni pecuniarie, la creazione di un'intesa orizzontale consistente in una pratica concordata di vendita congiunta di polizze CVT e RCA nonché «nello scambio sistematico di informazioni commerciali sensibili tra imprese concorrenti» in violazione dell'art. 2, comma 2, della legge n. 287 del 1990. Il provvedimento dell'Autorità è stato poi sostanzialmente confermato, all'esito della relativa vicenda giurisdizionale, sia dal Tar che dal Consiglio di Stato ⁽¹³⁵⁾

Proprio la vicenda relativa al cartello r.c. auto ha imposto alla giurisprudenza domestica di sciogliere diversi nodi, fino ad allora irrisolti, circa la disciplina processuale delle domande risarcitorie per violazione della disciplina a tutela della concorrenza di cui all'art. 33, comma 2, l. n. 287 del 1990 ⁽¹³⁶⁾. Le questioni controverse erano sostanzialmente tre: *a)* se legittimati ad agire per il risarcimento del danno nei confronti delle imprese partecipi all'intesa anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. n. 287 del 1990 fossero solo le altre imprese concorrenti o anche gli utenti/consumatori finali che avessero registrato, come conseguenza della pratica scorretta, un aumento illecito del premio assicurativo; *b)* specularmente, se la competenza anche per le azioni risarcitorie proposte dai consumatori fosse, in un unico grado di giudizio di merito, della Corte d'appello o di altro giudice (in particolare il Giudice di pace); *c)* in ultimo, quale valore probatorio riconoscere, nel processo civile, al provvedimento, divenuto definitivo, dell'AGCM che ha accertato la violazione.

provvedimento è stato anche commentato, in letteratura, da F. BOCHICCIO, *Il controllo dell'antitrust sulle condizioni economiche delle polizze assicurative: ma la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori coincidono?*, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 661 ss.

⁽¹³⁵⁾ Tar Lazio, 5 luglio 2001, n. 6139 e Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, c. 482 ss., con commenti di G. SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*; F. FRACCHIA-C. VIDETTA, *La tecnica come potere*; R. PARDOLESI, *Sul "nuovo che avanza" in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio di informazioni*; C. OSTI, *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*; in *Corr. giur.*, 2003, IV, p. 491 ss., con nota di M. NEGRI, *Configurazione debole (nel caso assicurazione r.c.a.) del controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato?*.

⁽¹³⁶⁾ La legge n. 287 del 1990 delinea – sulla scia di un sistema adottato a livello europeo – un modello di *enforcement* binario: quello pubblicistico-amministrativo rimesso all'AGCM e quello privatistico-giurisdizionale rimesso alla competenza del giudice ordinario civile (secondo quanto previsto dall'art. 33, comma 2).

In relazione ai primi due aspetti, la giurisprudenza di legittimità aveva, inizialmente, escluso la possibilità che i singoli (c.d. consumatori finali) potessero considerarsi legittimati attivi in relazione al rimedio dell'azione di risarcimento previsto dall'art. 33 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 per la violazione dei divieti di intese restrittive della libertà della concorrenza e di abuso di posizione dominante, fissati rispettivamente agli artt. 2 e 3 della medesima legge⁽¹³⁷⁾. Questa azione, in stretta connessione con le azioni di nullità e "inibitoria" previste dal medesimo secondo comma dell'art. 33 per cui è competente in via esclusiva la Corte d'appello quale giudice di unico grado di merito, era considerata come riservata alle sole imprese concorrenti danneggiate dalla pratica anticoncorrenziale.

Il consumatore finale, da considerarsi comunque un «termine imprescindibile di riferimento del più generale fenomeno del "mercato"», aveva,

⁽¹³⁷⁾ Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, III, p. 297; in *Arch. civ.*, 2003, p. 1080, in *Gius.*, 2003, VII, p. 697.

La sentenza è stata variamente commentata: in senso critico da G. COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*, in *Dir. industriale*, 2003, III, p. 175 ss.; da A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, in *Foro it.*, 2003, IV, 1, c. 1121 ss.; da S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, IV, p. 390 ss.; da M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilagua i dubbi nella vicenda rc auto)*, in *Corr. giur.*, 2003, VI, p. 747 ss., la quale ha anche evidenziato che la pronuncia ha agevolato «significativamente l'accesso del consumatore alla tutela giurisdizionale» avendo creato «i presupposti per una vera e propria valanga di ricorsi, ciascuno per un importo assai modesto, ma nel loro complesso capaci di mettere seriamente in crisi le compagnie assicuratrici».

In senso apparentemente meno critico da M. HAZAN, *I rimborsi dei premi RCA*, in *Contratti*, 2003, X, p. 897 ss.; da I. NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, in *Corr. giur.*, 2003, III, p. 339 ss., la quale parla di una «soluzione di saggio compromesso»; da I. SABBATELLI, *R.c. auto: rimborsi e tutela dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, V, 1, p. 678 ss.; da G. FINOCCHIARO, *Solo con la questione di legittimità costituzionale si può contestare la strada scelta dal legislatore*, in *Guida al diritto*, 2003, V, p. 68 ss.; E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, in *Foro it.*, 2003, IV, 1, c. 1127 ss.

Sui risvolti della vicenda, anche nella successiva giurisprudenza di merito, si segnalano, altresì, i contributi di R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, II, 1, c. 469 ss.; F.F. LUZZI, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e «aurea aequitas» (ovvero delle convergenze parallele)*, *ivi*, c. 475 ss.; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 469 ss.; A. MANTELERO, *Per qualche lira in più o del danno al consumatore nei contratti a valle di un'intesa anticoncorrenziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, I, p. 329 ss.; R. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contratti*, 2005, II, p. 181 ss.

tutt'al più, la possibilità di far valere la propria pretesa con una domanda avente i caratteri «di una ordinaria azione di responsabilità soggetta agli ordinari criteri di competenza, e non quelli dell'azione *ex art. 33*, secondo comma, della legge n. 287 del 1990».

La sentenza del 2002, con la timida apertura a riconoscere i consumatori come attori del mercato, è apparsa comunque innovativa ⁽¹³⁸⁾, considerato che la casistica precedente annoverava poche significative pronunce relative, peraltro, a casi di risarcimenti del danno da abuso di posizione dominante, avanzati da imprese concorrenti ⁽¹³⁹⁾. I consumatori restavano tuttavia fuori dall'ambito soggettivo di applicazione della legislazione speciale a tutela della concorrenza e dalle relative azioni.

Pochi anni più tardi, però, la Cassazione è ritornata sui suoi passi, giungendo a conclusioni diametralmente opposte in relazione all'ambito operativo della l. n. 287 del 1990. Infatti, le sezioni unite della suprema Corte, nel 2005 ⁽¹⁴⁰⁾, hanno riconosciuto anche al consumatore finale che subisca danno

⁽¹³⁸⁾ È interessante notare come la stessa pronuncia evidenzia che, *illo tempore*, nonostante fossero trascorsi dodici anni dall'entrata in vigore della legge *antitrust*, risultavano «fluidi» i termini che «caratterizzano (l'ancora recente ed acerbo) dibattito relativo alla portata effettiva (anche negli aspetti relativi ai limiti soggettivi di legittimazione al loro esercizio) delle azioni contemplate dal secondo comma dell'art. 33 della legge n. 287/90».

⁽¹³⁹⁾ Tra le quali si segnalano: App. Milano, 18 luglio 1995, in *Danno e resp.*, 1996, I, p. 105 ss., con nota di C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, e in *Foro it.*, 1996, I, c. 276 ss., con nota di A. BARONE, *Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria*; App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602, con nota di S. BASTIANON, *Antitrust e risarcimento del danno: atto secondo*; App. Torino, 6 luglio 2000, n. 1061, in *Danno e resp.* 2001, I, p. 44 ss., con nota di S. BASTIANON-G. ROSCIONI, *Antitrust e risarcimento del danno tra cassazione e giurisprudenza di merito*.

⁽¹⁴⁰⁾ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Arch. giur. circolaz.*, 2005, p. 371 ss.; in *Dir. industriale*, 2005, II, p. 188 ss., con nota di G. COLANGELO, *Antitrust, cartelli e consumatori: l'epilogo dell'affaire rc auto*; in *Corr. merito*, 2005, V, p. 550 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *Norme per la tutela della concorrenza e soggetti destinatari*; in *Danno e resp.*, 2005, V, p. 495 ss., con note di B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale* e B. LIBONATI, *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*; in *Giur. it.*, 2005, VIII-IX, p. 1675 ss., con nota sostanzialmente adesiva di G. CANALE, *I consumatori e la tutela antitrust*; in *Danno e resp.*, 2005, X, p. 949 ss., con nota di E. MUSI, *Le violazioni delle regole della concorrenza e la tutela giurisdizionale del consumatore* e di L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*; in *Corr. giur.*, 2005, VIII, p. 1093 ss., con nota parzialmente adesiva di M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*; in *Riv. dir. civ.*, 2005, IV, p. 495 ss., con nota di A. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza (note in margine a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207)*; in *Giur. it.*, 2005,

da una contrattazione che non ammette alternative per effetto di un'intesa anticoncorrenziale la dignità di soggetto direttamente tutelato dalla legge *antitrust*, affermando la sua legittimazione attiva all'esercizio dell'azione prevista dall'art. 33 della l. n. 287 del 1990. Ad avviso della suprema Corte, contrariamente a quanto ritenuto dal precedente del 2002, «la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere». Sotto questo profilo, la giurisprudenza domestica si allinea, quindi, a quanto sostenuto, già dal 2001, dalla Corte di Giustizia, la quale aveva riconosciuto a «chiunque» (e quindi anche ai consumatori) la possibilità di agire per il risarcimento del danno subito a causa della pratica anticoncorrenziale ⁽¹⁴¹⁾.

XI, p. 2062 ss., con nota di M. MASTRODONATO, *La legittimazione dei consumatori alla richiesta di risarcimento dei danni da condotta anticoncorrenziale*; in *Corr. giur.*, 2005, III, p. 333 ss., con note di I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza* e di M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci e ombre di un atteso grand arrêt*; in *Foro it.*, 2005, IV, 1, c. 1014 ss., con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*.

La sentenza è stata confermata, poco dopo, anche da Cass., sez. I, 26 agosto 2005, n. 17398, in *Giur. comm.*, 2006, 2, II, p. 253 ss., con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto* e in *Nuova giur. civ.*, 2006, VII-VIII, p. 667 ss., con nota di S. MONTEMAGGI, *Pratiche anticoncorrenziali: tutela risarcitoria del consumatore finale*. Aperture in tal senso erano giunte già da Cass., sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384, in *Arch. civ.*, 2004, p. 510; in *Gius*, 2003, XXIII, p. 2648.

⁽¹⁴¹⁾ Corte giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75 ss., con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal... si lagni e chiedi i danni»*; di E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*; e di G. ROSSI, «Take Courage»! *La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*; in *Danno e resp.*, 2001, p. 1151 ss., con nota di S. BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*; in *Corr. giur.*, 2002, p. 454 ss., con nota di G. COLANGELO, *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*.

In linea si pone anche la successiva pronuncia Corte giust., 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, in *Danno e resp.*, 2007, I, p. 19 ss., con commenti di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione* (p. 26 ss.) e di M. CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza* (p. 34 ss.); in *Obbl. e contr.*, 2007, VIII-IX, p. 709 ss., con nota di P. GRIMALDI, *Danni anticoncorrenziali nei contratti stipulati dal contraente finale*. Secondo quest'ultima pronuncia «l'articolo 81 Trattato 25 marzo 1957 deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da

Tale apertura ha, innanzitutto, avuto delle inevitabili conseguenze in punto di individuazione del giudice funzionalmente competente: non più il Giudice di pace ma la Corte d'appello del circondario in cui il consumatore risiede o ha il domicilio ⁽¹⁴²⁾.

La Corte prende, poi, posizione circa il rapporto tra l'intesa a monte e i contratti «a valle». La Cassazione evidenzia come questi ultimi costituiscano lo «sbocco dell'intesa» e sono essenziali «a realizzarne gli effetti», in quanto, oltre ad estrinsecare la condotta anticoncorrenziale, la attuano. Gli Ermellini evidenziano, quindi, che la previsione del risarcimento del danno di cui all'art. 33 della legge *antitrust* sarebbe «meramente retorica» se si considerasse completamente scisso e autonomo il contesto negoziale in cui sono stipulati i contratti a valle e la «conspirazione anticompetitiva» consumatasi a monte.

Proprio la relazione teleologica tra i due elementi (condotta anticoncorrenziale tra imprese e danno subito dal contratto stipulato dal consumatore finale) costituisce il «doppio livello di tutela» e consente altresì di distinguere il ruolo sanzionatorio dell'AGCM rispetto a quello del giudice ordinario. Come rileva la Corte, l'Autorità amministrativa è infatti chiamata a vigilare ed eventualmente a sanzionare anche quelle intese anticoncorrenziali

tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno. In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di “nesso di causalità”, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati».

Va, però, segnalato come già Corte giust., 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en Televisie c. SV Sabam E NV Fonior*, causa 127/73, spec. par. 16, in *Racc.* 1974, p. 51, aveva riconosciuto che, «poiché, per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1, e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare».

⁽¹⁴²⁾ Tale soluzione, ad avviso della Cassazione, rinviene la propria *ratio* nella circostanza che «attribuendo al G.A. la giurisdizione sull'atto di AGCM, e dunque nell'ambito di questa il potere di dire se l'intesa affermata si è realizzata la legge antitrust n. 287 del 2000 abbia voluto accorciare il giudizio di merito introdotto da una domanda di nullità e di conseguente risarcimento del danno, stabilendo un unico grado innanzi alla Corte d'appello, competente per territorio. Cosicché anche quegli che non ha partecipato al giudizio innanzi al Tar, perché non ha resistito alla impugnativa della sanzione irrogata da AGCM, proposta dall'affermato autore della intesa, o non vi ha potuto partecipare perché in quella sede era carente di interesse, si trova a perdere un grado di giudizio allorché si rivolge al GO. Situazione processuale che non trova ostacoli di carattere costituzionale (art. 125 Cost.), e che comunque appare coerente con l'esigenza di favorire la sollecita soluzione di controversie che attengono all'assetto del mercato».

che non abbiano ancora dato luogo ad alcun effetto; ciò in quanto la legge vieta gli accordi che abbiano «per oggetto oltre che per effetto» la distorsione della concorrenza. Al contrario, il giudice ordinario potrebbe rilevare un difetto d'interesse in un'azione di nullità ai sensi dell'art. 33 della n. 287 del 1990, che non sia direttamente finalizzata «ad impedire il conseguimento del frutto della intesa consentendo anche nella prospettiva risarcitoria la eliminazione dei suoi effetti».

Sotto questo profilo, il precedente del 2002 sembrava contestare *in nuce* la sussistenza del nesso di causalità che lega l'accordo di cartello all'aumento del premio della polizza assicurativa, ritenendo che quest'ultimo si collocasse nell'ambito di un autonomo rapporto contrattuale, rispetto al quale l'intesa tra le compagnie assicurative si stagliava sullo sfondo.

2. La «vicenda delle c.d. fideiussioni ABI».

La giurisprudenza in materia di tutela dalle condotte anticoncorrenziali, sorta nel contesto della (seppur sommariamente) descritta vicenda del contenzioso “r.c. auto”, è stata ripresa e sviluppata anche con riferimento a un'ulteriore diffusa casistica, quella delle c.d. fideiussioni ABI.

Nel maggio 2005, la Banca d'Italia, che all'epoca svolgeva anche la funzione di autorità garante della concorrenza tra gli istituti di credito, ha emesso un provvedimento (n. 55 del 2 maggio 2005), con cui ha dichiarato lesiva della normativa sulla concorrenza uno schema di fideiussione che, nel 2002, l'ABI (Associazione bancaria italiana) aveva predisposto raccomandandone l'applicazione alle banche ad essa aderenti.

I rilievi critici dell'Autorità Garante riguardavano, in particolare, tre clausole (nn. 2, 6 e 8 del citato schema contrattuale ⁽¹⁴³⁾) aventi, nel loro

⁽¹⁴³⁾ Più segnatamente, si trattava di tre tipologie di clausole: a) la cd. «clausola di reviviscenza», secondo la quale il fideiussore è tenuto «a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo» (art. 2); b) la cd. «clausola di rinuncia ai termini *ex art. 1957 c.c.*», in forza della quale «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda

complesso, lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca nel recuperare il credito ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa. Il provvedimento della Banca d'Italia, adottato a seguito di interlocuzione con l'AGCM, ha disposto che tali clausole, seppur di per sé lecite in quanto in deroga a norme dispositive del codice civile, nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 247 del 1990.

Molte banche aderenti all'ABI avevano tuttavia già predisposto e stipulato diversi contratti di fideiussione utilizzando lo schema contenente anche le clausole censurate dalla Banca d'Italia. Presto si sviluppò un significativo contenzioso da parte dei consumatori che avevano siglato tali fideiussioni.

Oltre alla circostanza che ad adottare formalmente il provvedimento è stata la Banca d'Italia e non l'AGCM, il tratto caratteristico di tale vicenda rispetto a quella r.c. auto è da individuarsi nel dato per cui le imprese (assicurative o bancarie) che avevano stipulato un contratto a valle con il consumatore non avevano partecipato direttamente all'intesa a monte, dichiarata nulla dall'Autorità di vigilanza, ma si erano "limitate" a recepire, in tutto o in parte, il contenuto dell'intesa vietata, frutto di una "decisione" assunta dall'associazione di categoria (l'ABI) ⁽¹⁴⁴⁾.

dei casi, dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato» (art. 6); c) la cd. «clausola di sopravvivenza», a termini della quale «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

⁽¹⁴⁴⁾ Di fatto, nel caso di specie, l'intesa non era espressa da un contratto o da un accordo tra le imprese concorrenti, ma era frutto di un comportamento ritenuto idoneo a falsare la concorrenza, secondo un'interpretazione della normativa *antitrust* interna già avallata dalla Cassazione nel 1999 (v. Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Danno e resp.*, 2000, I, p. 57 ss., con note di L. NIVARRA e di S. BASTIANON, "Interesse pubblico" e antitrust: qualche osservazione).

Tale pronuncia ha espressamente previsto che «l'art. 2, l. n. 287 del 1990 (c.d. legge "antitrust"), allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le "intese" fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha inteso riferirsi solo alle "intese" in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare "voluti". Il legislatore – infatti – con la suddetta disposizione normativa ha inteso – in realtà ed in senso più ampio – proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività

Aldilà di questi profili peculiari, la dottrina e la giurisprudenza si sono concentrate sulla sorte dei contratti a valle dell'intesa anticoncorrenziale addivenendo a variegate soluzioni. Ad una prima prospettiva (sviluppatasi soprattutto in sede dottrinale) incline a ritenere che l'unico rimedio esperibile dal fideiussore – coinvolto, suo malgrado, nell'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale – fosse esclusivamente il rimedio risarcitorio, si sono contrapposti due principali orientamenti giurisprudenziali: l'uno riteneva che la fideiussione stipulata a valle dell'intesa anticoncorrenziale fosse affetta da nullità totale (¹⁴⁵); l'altro, invece, sosteneva che l'invalidità fosse circoscritta alle

economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti “non contrattuali” o “non negoziali”. Si rendono – così – rilevanti qualsiasi condotte di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di “intesa” rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente “unilaterali”. Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle “intese”, non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza».

(¹⁴⁵) Limitandoci a richiamare solo alcune pronunce più recenti della pressoché alluvionale giurisprudenza di merito e di legittimità intervenuta sul punto, si v.: Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Corr. giur.*, 2018, VIII-IX, p. 1063 ss., con nota di R. FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*; Trib. Terni 20 novembre 2020, n. 760, in *Contratti*, 2021, VI, p. 679 ss., con nota di A. PISAPIA, *La garanzia fideiussoria, l'illecito c.d. “antitrust” e la nullità del contratto*.

Dal punto di vista teorico, la nullità totale del contratto a valle è stata variamente argomentata: *i*) si è ritenuto che le fideiussioni, riproducenti le clausole nn. 2, 6 e 8 del suddetto schema predisposto dall'ABI, fossero da considerarsi integralmente nulle per “nullità derivata”, in ragione di un vero e proprio “collegamento negoziale” tra l'intesa a monte e la fideiussione a valle, che comporterebbe l'esigenza di una considerazione unitaria della fattispecie e l'applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*. I due accordi sarebbero, in altri termini, parte di una pratica “complessivamente illecita”, sicché la nullità prevista per l'intesa si trasmetterebbe *tout court* anche ai contratti che a questa danno attuazione; *ii*) diversamente si è prospettata l'ipotesi di una illiceità della causa della stessa fideiussione, ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c., giacché tale negozio realizzerebbe una funzione illecita, siccome contrario alle norme imperative sulle intese anticoncorrenziali; *iii*) secondo una terza impostazione, ad essere illecito sarebbe l'oggetto che dà corso all'intesa: in altri termini, tale rimarrebbe “lungo l'intera catena negoziale”, determinando la nullità radicale della contrattazione a valle; *iv*) altri autori ritengono, ancora, che la nullità in questione sarebbe non testuale ma virtuale, derivando dalla violazione diretta delle norme imperative anticoncorrenziali. Si afferma, al riguardo, che le previsioni degli artt. 1941, 1939 e 1957 c.c., sarebbero singolarmente derogabili; nondimeno la loro deroga cumulativa – in quanto si tradurrebbe in un effetto distorsivo della competizione di mercato – verrebbe a collidere con la norma imperativa di cui all'art. 2, comma 2, lett. a), dando luogo all'integrale nullità del contratto.

sole clausole mediatamente interessate dall'intesa, configurandosi pertanto una nullità parziale ⁽¹⁴⁶⁾.

La questione è stata, di recente, risolta dalle Sezioni Unite della Suprema Corte ⁽¹⁴⁷⁾ che ha aderito alla tesi della nullità parziale dell'accordo a valle; tale soluzione è stata considerata come «la forma di tutela più adeguata allo scopo» poiché, oltre a salvaguardare il principio di conservazione dei negozi giuridici, «consente di assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite».

Questa recente pronuncia ha, quindi, chiarito l'ulteriore nodo problematico, che era rimasto irrisolto nelle precedenti pronunce, dei rapporti tra intesa a monte e contratti a valle, indicando la sorte di questi ultimi.

3. Il valore dei provvedimenti AGCM nei giudizi civili di risarcimento del danno nella giurisprudenza di legittimità: la categoria della «prova privilegiata».

In altre occasioni, la giurisprudenza è stata chiamata ad affrontare, in assenza di una disciplina positiva sul punto, la questione del valore da riconoscere ai provvedimenti dell'AGCM nel contesto dei successivi

⁽¹⁴⁶⁾ Trib. Reggio Emilia, 3 novembre 2021, in *Contratti*, 2022, I, p. 13 ss., con nota di V. AMENDOLAGINE, *La nullità della clausola conforme allo schema ABI derogatoria dell'art. 1957 c.c.*; Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044, in *OneLegale*; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3556, *ivi*.

⁽¹⁴⁷⁾ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Contratti*, 2022, II, p. 145 ss., con nota di G. VOTANO, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fideiussioni "a valle": la pronuncia delle Sezioni Unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 1, p. 309, ss., con commento di M. S. MAISANO, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*.

Variamente commentata altresì in *Contratti*, 2022, IV, p. 455 ss., da M. MANELLI, *Le Sezioni Unite n. 41994/2021 sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus e la conversione del contratto ex art. 1424 c.c.*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, III, p. 665 ss., da E. DEL PRATO, *Illecito e rifiuto di esecuzione di clausole contrattuali: un altro rimedio in forma specifica contro l'abuso di autonomia?*; in *Contr. e impr.*, 2022, II, p. 480 ss., da S. FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust*.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite da Cass., I sez., ord. 30 aprile 2021, n. 11486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, VI, p. 1253 ss., con nota di G.M. MARSICO, *Sulla nullità c.d. "Antitrust" dei contratti fideiussori "a valle"*.

procedimenti risarcitori (c.d. azioni *follow-on* ⁽¹⁴⁸⁾); profilo di maggiore interesse per la nostra trattazione. A tale riguardo, già a partire dal 2009, la Cassazione ha cominciato ad attribuire al provvedimento accertativo di un illecito anticoncorrenziale adottato dall'AGCM «una elevata attitudine a provare» la condotta lesiva della concorrenza, qualificando il provvedimento amministrativo come «prova privilegiata» ⁽¹⁴⁹⁾ nel successivo giudizio civile risarcitorio.

La locuzione «prova privilegiata», di fatto sconosciuta al dato normativo e dal perimetro piuttosto evanescente ⁽¹⁵⁰⁾, si è rivelata, in pochi anni, un «“ibrido di successo” nel processo civile *antitrust*» ⁽¹⁵¹⁾. In particolare, il sintagma è stato ripreso, con peculiare costanza dalla giurisprudenza sia di merito che di legittimità intervenuta in *subiecta materia* ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Le azioni risarcitorie in sede civile non precedute da un accertamento amministrativo dell'Autorità sono invece definite azioni *stand alone* e sono soggette a un regime giuridico normativo analogo a quello delle azioni risarcitorie ordinarie. Per un interessante caso di azione *stand alone* in cui si analizzano le problematiche in punto di accertamento dell'intesa, si v.: Trib. Milano, sez. spec. in materia di imprese, 4 giugno 2013, in *Danno e resp.*, 2014, III, p. 310 ss., con nota di V. MOSCA, *Recenti sviluppi nelle azioni civili antitrust stand-alone: il caso Viaggiare c. Ryanair*.

⁽¹⁴⁹⁾ Una delle prime pronunce che ha fatto ricorso a tale espressione è Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 6, II, p. 587, intervenuta in materia di intesa restrittiva della concorrenza mediante boicottaggio, con effetti distorsivi, posto in essere da un'associazione di categoria ai danni di una società produttrice di *software* per l'elaborazione di paghe e contributi previdenziali.

⁽¹⁵⁰⁾ Sul tema v., *si vis*, M. GOLIA, *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di “prova privilegiata”*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2021, II, p. 279 ss.

Rileva l'equivocità del concetto di prova privilegiata, evidenziando altresì l'inesistenza nel nostro ordinamento di una simile categoria distinta da quella della prova legale: Cass., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904, cit.

⁽¹⁵¹⁾ Così lo definisce F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 2016, III, p. 256.

⁽¹⁵²⁾ Fanno esplicito richiamo a tale locuzione, *ex multis*: Trib. Milano, 27 febbraio 2020, n. 1857, in *DeJure*; Cass., 5 luglio 2019, n. 18176, in *Riv. dir. ind.*, 2020, 1, II, p. 100; Cass., 31 ottobre 2016, n. 22031, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 4-5, II, p. 562; Cass., 23 aprile 2014, n. 9116, in *Foro amm.*, 2014, X, p. 2494; Trib. Milano, 27 dicembre 2013, in *DeJure*; Cass., 9 maggio 2012, n. 7039, in *Mass. giust. civ.*, 2012, V, p. 577; Cass., 22 settembre 2011, n. 19262, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 857; Cass., 14 marzo 2011, n. 5941, in *Dir. fisc. ass.*, 2012, 1, I, p. 190; Cass., 14 marzo 2011, n. 5942, in *Foro it.*, 2011, 6, 1, c. 1724; Cass., 10 maggio 2011, n. 10211 e Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, entrambe in *Foro it.*, 2011, 10, 1, c. 2675, con nota di PALMIERI; Cass., 22 settembre 2011, n. 19262, in *Pluris*.

Contestualmente, iniziavano anche ad emergere le prime criticità derivanti dall'impiego di questa categoria: si apriva, infatti, l'interrogativo circa la portata di tale asserito «privilegio» probatorio del provvedimento AGCM. Le prime pronunce sembravano circoscrivere la portata della categoria della prova privilegiata, riconoscendo al provvedimento amministrativo che accerta la pratica anticoncorrenziale un'efficacia meramente presuntiva nel giudizio civile, liberamente apprezzabile dal giudice. Tale impostazione riteneva sussistente una tendenziale autonomia cognitiva dei due procedimenti, per cui il giudice civile poteva rimettere in discussione qualsiasi profilo di quanto accertato nel provvedimento amministrativo, compreso il fatto storico dell'intesa anticoncorrenziale ⁽¹⁵³⁾.

Secondo questa prima prospettiva, l'accertamento dell'Autorità garante si atteggiava, nel successivo giudizio civile risarcitorio, come una fonte di presunzioni *iuris tantum*, liberamente valutabile dal giudice e suscettibile di essere contrastata dall'interessato con una qualsiasi controprova ⁽¹⁵⁴⁾. Ad avviso di una parte della dottrina, si trattava di una «presunzione relativa c.d. impropria di formazione giurisprudenziale, il cui effetto è quello di una mera *relevatio ad*

Parla di elevata attitudine a provare, pur ritenendo sostanzialmente non ammissibile la categoria della prova privilegiata, anche: Cass., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904, in *Danno e resp.*, 2015, II, p. 151 ss., con nota di V. VOZZA, *Rc auto e intese anticoncorrenziali: la presunzione legale del provvedimento sanzionatorio*; in *Foro it.*, 2014, 6, 1, c. 1729.

⁽¹⁵³⁾ V. Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, cit., secondo cui nel giudizio in sede civile è possibile offrire sia prove a sostegno dell'accertamento già compiuto dall'Agcm, che riguardino più direttamente la posizione del singolo danneggiato, sia prove contrarie da parte dell'impresa accusata. Nello stesso senso: Cass., sez. III, 14 marzo 2011, n. 5941, cit.; Cass., 14 marzo 2011, n. 5942, cit.; Cass., sez. III, 22 settembre 2011, n. 19262, in *Leggid'Italia*, con riferimento alle intese r.c. auto. Nella giurisprudenza di merito, sembrano così orientate: Corte d'Appello Roma, 29 settembre 2008; Corte d'appello Cagliari, 29 maggio 2008, in *Banca borsa titoli di credito*, 2010, III, 2, p. 347 ss., con nota di P. ERRICO.

In dottrina, cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, cit., p. 50 ss.; I. PAGNI, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà e E. Gabrielli, Utet, Torino, 2011, p. 525 ss., spec. p. 545.

⁽¹⁵⁴⁾ Per le prime pronunce, la presunzione si estenderebbe anche al delicato profilo del nesso di causalità in concreto. In tal senso: Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Arch. giur. circ.*, 2007, VI, p. 637; in *Danno e resp.*, 2007, VII, p. 755 ss., con note di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno* (p. 764 ss.) e di M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*; in *Corr. giur.*, 2007, V, p. 641 ss., con nota di S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolatenti"*.

onere probandi»⁽¹⁵⁵⁾. In sostanza, ci si riferisce a quelle tipologie di presunzioni – di origine giurisprudenziale e formalmente distinte da quelle legali tipiche⁽¹⁵⁶⁾ – definite dalla dottrina, nei primi anni Settanta del Novecento, come «presunzioni giurisprudenziali»⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, II, p. 480.

Cfr. L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, pp. 114-115, che parla di «verità interinale» o «presunzione impropria». Analogamente C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, internazionalistici e interni*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 215, secondo cui «non è possibile considerare l'accertamento della violazione come un fatto noto da cui dedurre nel processo civile, ex art. 2727 c.c., un fatto ignorato: il fatto noto, vale a dire l'illecito, avrebbe lo stesso contenuto del fatto da provare, escludendosi pertanto la possibilità di parlare di presunzione. Si potrebbe parlare tutt'al più di presunzione impropria (o verità interinale), secondo cui un determinato fatto si considera provato fino a che non sia dimostrato il contrario».

⁽¹⁵⁶⁾ Per la tipicità delle presunzioni legali, nel senso che possono esistere «solo in quanto sono previste da specifiche norme di legge» si esprime M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1104.

⁽¹⁵⁷⁾ Il riferimento è, in particolare, allo scritto di G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, 1971, XI, c. 178 ss., il quale individuò il tratto distintivo di tali presunzioni nella circostanza che esse «non hanno la virtù di indirizzare il convincimento giudiziale in un certo senso, bensì quella di invertire o comunque di disporre in determinate materie gli oneri probatori delle parti nel processo», anche in assenza di una esplicita previsione normativa derogatoria. Salvo qualche cenno in L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, XIX, tomo I, diretto da Rescigno, Utet, Torino, 1985, p. 214, tornerà ad osservare il fenomeno nell'ambito del diritto del lavoro, qualche anno più tardi, A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988, p. 153 ss.

In séguito al contributo in ultimo citato, il tema delle presunzioni giurisprudenziali pare lasciato in sordina dalla letteratura e tornerà ad essere oggetto di attenzione nel terzo seminario della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile tenutosi a Milano il 14 dicembre 1991, dedicato all'onere della prova. Le relazioni di quell'incontro sono state poi pubblicate e, per quanto qui di interesse, si segnalano in particolare i contributi di V. DENTI, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, III, p. 709 ss.; M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, *ivi*, p. 733 ss.

Più di recente, sul tema anche: E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 189 ss.; S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, III, p. 891 ss., spec. pp. 917-919 e, *si vis*, M. GOLIA, *Onere della prova e presunzioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, I, p. 243 ss.

C'è anche chi ritiene che il fenomeno abbia, però, origini antichissime che «affondano nel diritto romano dove le regole del giudizio formulare erano solite strutturare la formula sulla base di regole di esperienza» (così M. DE MARIA, *Delle presunzioni (art. 2727-2729)*, in *Il Codice civile*, commentario diretto da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2014, p. 94).

Tali presunzioni, della cui legittimità in letteratura opportunamente si dubita ⁽¹⁵⁸⁾, hanno l'effetto non trascurabile di derogare, *praeter legem*, all'assetto dell'onere probatorio delineato dall'art. 2697 c.c., manipolandone la distribuzione ⁽¹⁵⁹⁾. Ciò spesso avviene sulla base di «valutazioni *lato sensu* equitative (o nell'ipotesi peggiore giustizialiste), in base alle quali il giudice ritiene giusto ed equo riequilibrare la posizione delle parti in modo da rendere possibile, o più agevole, la tutela del diritto di un soggetto processualmente debole» ⁽¹⁶⁰⁾. L'elaborazione di una simile presunzione per via pretoria, seppur discutibile dal punto di vista teorico, appariva comunque, nel caso di specie, un

⁽¹⁵⁸⁾ Nell'ambito della posizione più restrittiva si pone M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 253 ss., il quale dubita della legittimità di simili presunzioni nel nostro ordinamento, a differenza di quei sistemi di *common law* in cui è il giudice che, caso per caso, distribuisce tra le parti l'*onus probandi* (p. 254). Più di recente, di «vera e propria creazione di norme giuridiche» parla, in senso critico, G.M. CIPOLLA, *Le presunzioni nell'ordinamento tributario*, in *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di Patti-Poli, Giappichelli, Torino, 2022, p. 152. Nel senso di «un'indebita creazione di norme giuridiche» già S. PATTI, *Prove*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 639, il quale ritiene, però, apprezzabili quegli orientamenti che evitano all'attore la prova negativa; G. VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, III, p. 715 ss., spec. p. 720, pur rilevando che dietro il fenomeno «si nascondono non poche insidie e pericoli», lo considera comunque «inevitabile nella misura in cui è ineliminabile la tendenza dello spirito umano ad una sorta di economia anche per ciò che attiene la ricerca e l'indagine conoscitiva».

Una posizione meno restrittiva, almeno inizialmente, sembra assunta da L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., p. 214, il quale, pur riconoscendo il rischio di manipolazioni pretorie cui potrebbe dar luogo il fenomeno, ne sembra ritenere giustificato il ricorso, anche ai sensi degli artt. 3 e 24 cost., «in quei processi nei quali lo squilibrio socio-economico delle posizioni individuali di partenza richiede interventi correttivi, in difesa dell'eguaglianza processuale e dell'effettività dei mezzi di tutela esperibili» (pp. 214-215). La posizione dell'A. sembra diventare, però, più critica qualche anno più tardi: v. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3° ed., Milanofiori Assago, Utet, 2010, p. 323, ove, rappresentato il rischio di tentazioni manipolative pretorie dell'onere della prova, si evidenzia come il fenomeno possa collidere con il dovere di imparzialità ed equidistanza del giudice, consacrato anche nell'art. 111 cost.

Una lettura meno negativa del fenomeno sembra offerta da M. FACCIOLO, «*Presunzioni giurisprudenziali e responsabilità sanitaria*», in *Contr. e impr.*, 2014, I, p. 79 ss., spec. p. 89, secondo cui, nel dare un giudizio sul fenomeno, è necessario procedere «caso per caso, esaminando ogni "presunzione giurisprudenziale" di volta in volta elaborata dai giudici».

Sui motivi di perplessità cui induce l'approdo e il consolidarsi di tale categoria nel nostro ordinamento, sia consentito ancora rinviare alle più ampie considerazioni sviluppate in M. GOLIA, *Onere della prova e presunzioni giurisprudenziali*, cit. spec. p. 264 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ Sulle conseguenze che, in generale, derivano da una diversa allocazione dell'onere probatorio tra le parti si veda M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, cit., p. 251.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ivi*, p. 255.

compromesso «complessivamente accettabile» ⁽¹⁶¹⁾, in quanto orientato ad attenuare la *probatio diabolica* altrimenti incombente sull'attore senza intaccare né l'autonoma cognizione del giudice civile né il diritto di difesa dell'impresa convenuta.

Presto, però, la suprema Corte estende la portata della prova privilegiata, fino al punto – si è sostenuto ⁽¹⁶²⁾ – di sovvertire la conformazione iniziale. Più segnatamente, la Cassazione, in alcune pronunce successive, precisa che va esclusa la possibilità che nel processo civile vengano rimesse in discussione le circostanze di fatto già accertate nel provvedimento dell'AGCM, precludendo così all'impresa convenuta l'occasione di sostenere l'insussistenza della violazione in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in sede procedimentale ⁽¹⁶³⁾.

A fronte di una simile impostazione, l'asserito privilegio probatorio dell'accertamento amministrativo si sostanzierà non più in una mera fonte di presunzioni ma in una vera e propria cristallizzazione di fatti, «vincolante anche per il giudice civile, in mancanza di un impianto difensivo del convenuto che sia basato su argomentazioni ed elementi probatori diversi da quelli su cui l'Autorità

⁽¹⁶¹⁾ Così M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 480. Di «compromesso» con riferimento a tale soluzione pretoria parla anche P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, I, p. 193 ss., spec. p. 199.

⁽¹⁶²⁾ In questo senso, sembra interpretare l'evoluzione giurisprudenziale A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale*, in *Foro it.*, 2011, 10, 1, c. 2675 ss., spec. nota 15. Le pronunce menzionate nella nota successiva vengono, al contrario, lette in una prospettiva di continuità e di mera specificazione, seppur con qualche incisiva precisazione, da F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, cit., p. 256.

Ritiene che la giurisprudenza successiva abbia riletto e forse travisato la pronuncia del 2009 consentendo così di arrivare all'assetto della prova privilegiata come prova vincolante o come presunzione assoluta e non più come mera presunzione *iuris tantum* di elaborazione giurisprudenziale: P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Il giusto processo civile*, 2016, I, p. 195 ss. spec. pp. 202, 206-207.

⁽¹⁶³⁾ V. Cass., 10 maggio 2011, n. 10211 e Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, cit.; Cass., sez. III, 26 maggio 2011, n. 11610, in *Leggid'Italia*; Cass., 9 maggio 2012, n. 7039, in *Leggid'Italia*; Cass., sez. VI, 23 aprile 2014, n. 9116, in *Foro amm.*, 2014, X, p. 2494. In dottrina, dà atto di una simile tendenza già BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, I, p. 103.

si è già pronunciata»⁽¹⁶⁴⁾. Quest'ultimo orientamento giurisprudenziale, non senza qualche contraddizione⁽¹⁶⁵⁾, ha presto reso incontrovertibile l'accertamento amministrativo, pur in assenza di un riferimento normativo che lo assurgesse a prova legale o gli riconoscesse efficacia assimilabile a quella del giudicato⁽¹⁶⁶⁾.

Presumibilmente anche queste criticità empiriche hanno indotto la letteratura a denunciare gli ontologici limiti della «prova privilegiata», che è, quindi, apparsa come una formula «volutamente generica»⁽¹⁶⁷⁾, «inedita ed atecnica»⁽¹⁶⁸⁾ o, ancora, un'«invenzione della giurisprudenza di cui non si conoscono bene i contorni»⁽¹⁶⁹⁾ e che oscilla tra vaghi tentativi di riconduzione alla categoria delle presunzioni o delle prove atipiche⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, cit., p. 257.

⁽¹⁶⁵⁾ Ci si riferisce al costante quanto di fatto inconsistente richiamo, da parte di quella giurisprudenza che di fatto impone il vincolo, all'ammissibilità della prova contraria.

⁽¹⁶⁶⁾ V. P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, III, p. 991 ss., spec. p. 1007, il quale rileva come già prima della Direttiva 2014/104/UE la giurisprudenza che affermava «l'impossibilità di dedurre in sede civile fatti nuovi in prova contraria all'accertamento compiuto dall'Autorità garante (con la sola eccezione di quelli incolpevolmente non dedotti) [...] induceva ad assimilare l'efficacia dei provvedimenti sanzionatori a quella del giudicato». Cfr. altresì F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di B. Sassani, Pacini, Pisa, 2017, p. 121 ss., spec. pp. 143-144, secondo cui l'innovazione apportata dall'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017 è da considerarsi «più formale che sostanziale» dal momento che la giurisprudenza che aveva coniato la categoria della prova privilegiata era giunta, in sostanza, a consentire all'impresa convenuta «una qualche chance difensiva [...] più apparente che reale».

⁽¹⁶⁷⁾ F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, I, p. 45 ss., spec. p. 49.

⁽¹⁶⁸⁾ M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 480.

⁽¹⁶⁹⁾ A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con sé stessa*, in *Merc. conc. reg.*, 2013, III, p. 429 ss., spec. p. 441.

⁽¹⁷⁰⁾ Si v., a tal proposito, Cass., 23 aprile 2014, n. 9116, cit., la quale, dopo aver espresso perplessità circa la possibilità di una assimilazione della prova privilegiata a un «vero e proprio giudicato *ultra partes*», esclude altresì una riconduzione della stessa alla prova legale, «essendo chiuso il numero dei casi in cui il giudice è vincolato alla valenza probatoria di un particolare elemento»; sembra ritenere, piuttosto, che essa sia riconducibile a una «presunzione *iuris tantum* o comunque a un elemento di prova fondato sulla teoria della c.d. prova atipica».

Come osserva L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, cit., p. 201, prendendo proprio ad esempio la summenzionata sentenza del 2014: il

Più di recente, lungi dall'abbandonare la categoria, la giurisprudenza di legittimità l'ha ripresa nella nota e complessa vicenda delle fideiussioni ABI, con riferimento al valore da riconoscere al provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 che ha affermato la violazione della normativa *antitrust* dello schema fideiussorio predisposto dall'ABI. Le Sezioni Unite, nella citata pronuncia del dicembre 2021, hanno ribadito che «la produzione del provvedimento dell'Autorità Garante costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale, a prescindere dal fatto che siano state irrogate, o meno, sanzioni pecuniarie agli autori della violazione» ⁽¹⁷¹⁾.

Neppure la Suprema Corte ha considerato ostativo a una simile classificazione la circostanza che ci si trovi al cospetto di un provvedimento della Banca d'Italia e non dell'AGCM: ciò in ragione del fatto che «il provvedimento della Banca d'Italia di accertamento dell'infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dalla l. n. 262 del 2005, art. 19, comma 11, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano eventualmente in esso pronunciate. Il giudice del merito è, quindi, tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento, con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario» ⁽¹⁷²⁾.

4. *Il modello europeo di coordinamento del doppio binario public e private enforcement: il valore dei provvedimenti della Commissione europea secondo il Regolamento CE n. 1/2003.*

linguaggio della Cassazione «si fa opaco, quando non addirittura, talvolta, approssimativo: il vertice dell'ordinamento giudiziario annaspa e l'interprete vede la nebbia infittirsi».

⁽¹⁷¹⁾ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

⁽¹⁷²⁾ *Ivi*.

Le ragioni, più o meno recondite, che si pongono alla base della tendenza pretoria a ricorrere alla categoria evanescente della «prova privilegiata» per qualificare l'efficacia dei provvedimenti delle *Authorities* sono sostanzialmente due: una di carattere processuale, ossia l'avvertita esigenza di “alleggerire” il carico probatorio del consumatore danneggiato dalla condotta anticoncorrenziale altrimenti gravato in astratto dell'onere di fornire la *probatio diabolica* del comportamento anticoncorrenziale dell'operatore ⁽¹⁷³⁾ in un contesto di sostanziale asimmetria informativa ⁽¹⁷⁴⁾; dall'altro, in una prospettiva

⁽¹⁷³⁾ Le difficoltà probatorie che emergono nelle azioni risarcitorie in materia *antitrust* sono ben messe in luce anche dalla giurisprudenza che si è pronunciata nel contesto delle azioni c.d. *stand alone*, ossia quelle azioni risarcitorie non precedute da un accertamento dell'AGCM della condotta anticoncorrenziale. V., al riguardo, Cass., sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, in *OneLegale* e in *Foro it.*, 2015, 9, 1, c. 2742; commentata in *Int'l Lis*, 2015, III, p. 123 ss., da M. DE CRISTOFARO, *Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*; in *Urb. e app.*, 2015, XII, p. 1267 ss., da M. SANTISE, *Direttiva ue 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza*; in *Dir. ind.*, 2015, VI, p. 537 ss. da A. GERACI, *Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante*.

Ad avviso di tale pronuncia: «ai fini della determinazione degli elementi costitutivi dell'illecito anticoncorrenziale, quale la nozione di “mercato rilevante”, in un giudizio cd. “*stand alone*” il giudice del merito non può limitarsi a fare meccanica applicazione del principio *onus probandi incumbit ei qui dicit*, essendo particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a fronte di fatti complessi di natura economica che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito. Dinanzi a tali difficoltà – accentuate sia dagli alti costi necessari per l'acquisizione degli elementi indispensabili per il compimento di indagini tecnico – economiche che difficilmente sono alla portata dei singoli, sia dalla necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da compararsi con ciò che è avvenuto nella realtà - gli strumenti forniti dal codice di rito debbono essere interpretati in senso orientato ad assolvere il dovere degli Stati membri di adottare rimedi efficaci di *private enforcement*. In questo scenario, il giudice – chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova – deve valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio anche officioso dei poteri di acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio di indicare in modo sufficientemente “plausibile” seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza ed a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale».

Dà atto delle difficoltà di accesso alle prove nel settore delle liti *antitrust* anche F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, cit., spec. pp. 121-122.

⁽¹⁷⁴⁾ V. M. DE CRISTOFORO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura*

più generale di politica del diritto, la tendenza a conformare il sistema interno di tutela della concorrenza a quello europeo, riconoscendo, per via giurisprudenziale, ai provvedimenti dell'AGCM l'efficacia vincolante nel processo civile che il diritto europeo riconosceva già ai provvedimenti della Commissione EU in materia *antitrust*.

In ordine a quest'ultimo aspetto, occorre infatti considerare il particolare contesto in cui tali orientamenti si inseriscono, espressivo delle peculiarità del settore.

A tale riguardo, vale innanzitutto la pena rammentare che il diritto della concorrenza ha da sempre assunto un ruolo centrale nel contesto del processo d'integrazione europea ⁽¹⁷⁵⁾, quale strumento indispensabile per la costruzione di un mercato unico improntato alla libera circolazione di merci, servizi, capitali; ed è proprio nel contesto del diritto europeo che prende forma il sistema di tutela a «doppio binario» del diritto della concorrenza, che vede quali co-attori, nella repressione delle pratiche anti-competitive, il giudice civile e la pubblica amministrazione.

Si è reso, in sostanza, necessario un sistema integrato di tutela della concorrenza in cui coesistono un *public* e un *private enforcement*; ciò in quanto, da un lato, il singolo giudice nazionale non sarebbe in grado di correggere da solo gli effetti che su larga scala comportano le distorsioni del mercato, e, dall'altro, la sola azione amministrativa non offre risposte adeguate alle lesioni individuali subite dalle vittime degli illeciti anticoncorrenziali.

e dello spettacolo, 2015, I, p. 100 ss., spec. p. 101, il quale evidenzia la circostanza che, nelle liti *antitrust*, «il materiale istruttorio indispensabile a provare l'antigiuridicità della condotta si localizza pressoché per intero nella documentazione aziendale del soggetto o dei soggetti cui l'illecito è ascritto, oppure presso terzi (ivi comprese le autorità pubbliche): entro un conteso di cd. Asimmetria informativa che rende alla controparte impervio il compito di individuare le fonti di prova, prima ancora che di accedervi, con gli ordinari strumenti processualcivilistici». Dell'asimmetria informativa che caratterizza la materia con relative ricadute sull'accesso alla prova parla già B. CAVALLONE, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. Rossi Dal Pozzo e B. Nascimbene, Giuffrè, Milano, 2009, p. 31 ss.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2018.

Di ciò ha tenuto conto anche la l. n. 287 del 1990 che ha previsto, per la prima volta, su base nazionale due «guardiani della concorrenza»: l'AGCM, a cui sono attribuite funzioni di *public enforcement* (come poteri sanzionatori, di vigilanza e regolamentari); e il giudice civile, al quale, ai sensi dell'art. 33, spetta la competenza giurisdizionale a decidere sulle «azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai Titoli dal I al IV» della medesima legge.

Sotto il profilo operativo, i due soggetti agiscono in maniera piuttosto eterogenea. Il giudice civile, chiamato a risolvere il conflitto intersoggettivo attraverso l'azione di nullità o risarcitoria, è vincolato al principio dispositivo e al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato: potrà, quindi, conoscere della condotta anticoncorrenziale solo a séguito di domanda di parte e non potrà eccedere i limiti di questa. L'Autorità, al contrario, svolge la sua attività a prescindere dall'iniziativa di un potenziale soggetto interessato e non è vincolata in ordine alla natura e alla portata del provvedimento da adottare.

Il legislatore europeo, con specifico riferimento alle competenze di *public enforcement* riservate alla Commissione Ue, è presto intervenuto a prevedere un raccordo tra i due binari, attraverso il Regolamento (CE) n. 1/2003, adottato dal Consiglio il 16 dicembre 2002. Più segnatamente, l'art. 16 di tale Regolamento – con l'obiettivo, come recita la stessa rubrica della norma, di garantire l'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza – ha espressamente previsto che, quando le giurisdizioni nazionali o le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del Trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con quella adottata dalla Commissione. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati.

La disposizione in argomento recepisce, di fatto, i principi già espressi in materia dalla Corte di Giustizia CE prima nella sentenza *Delimitis* del 1991 ⁽¹⁷⁶⁾ e poi nella decisione *Masterfoods* del 2000 ⁽¹⁷⁷⁾.

L'intervento del legislatore europeo ha avuto, però, per lungo tempo, l'effetto di generare due modelli asimmetrici di tutela, con evidenti profili di irragionevolezza: quello in cui l'accertamento della condotta anticoncorrenziale, effettuato dalla Commissione, assumeva valore vincolante per il giudice nazionale del risarcimento ⁽¹⁷⁸⁾ e quello in cui ad accertare la violazione fosse l'AGCM con una decisione a cui non era riconosciuta alcuna efficacia vincolante neppure quando l'Autorità nazionale era chiamata ad accertare la diretta violazione degli artt. 101 e 102 TFUE.

⁽¹⁷⁶⁾ Corte di Giustizia CE 28 febbraio 1991, C-234/89 (spec. punto 47), in *Foro it.*, 1993, IV, c. 29 ss., ove si legge che, con riferimento alla ripartizione di competenze ai fini dell'applicazione concreta delle regole di concorrenza comunitarie da parte dei giudici nazionali «si deve tener conto del fatto che i giudici nazionali rischiano di adottare decisioni incompatibili con quelle che la Commissione ha adottato o intende adottare per l'applicazione degli artt. 85, n. 1, e 86 nonché dell'art. 85, n. 3. Tali decisioni contraddittorie sarebbero in contrasto col principio generale della certezza del diritto e sono pertanto da evitarsi allorché i giudici nazionali si pronunciano su accordi o pratiche che possono costituire ancora oggetto di decisione da parte della Commissione».

⁽¹⁷⁷⁾ Corte giust. CE, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 209 ss., con nota di M. MIRANDA – L. RITTER, *Concorrenza, autorità comunitarie, giudici nazionali*; in *Int'l Lis*, 2002, p. 60 ss., con nota di E. CIAMPANI, «*Parallel proceedings*» tra organi comunitari ed autorità interne: il ruolo della sospensione per pregiudizialità.

Questa pronuncia, nel richiamare espressamente il precedente del 1991, ricorda che, «nel punto 47 della [...] sentenza *Delimitis*, la Corte ha dichiarato che, affinché non venga violato il principio generale della certezza del diritto, i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che possono costituire ancora oggetto di decisione da parte della Commissione, devono evitare di adottare decisioni incompatibili con una decisione che la Commissione intende adottare per l'applicazione degli artt. 85, n. 1 e 86, nonché dell'art. 85, n. 3. *A fortiori*, i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado».

⁽¹⁷⁸⁾ Ipotesi di questo tipo, non particolarmente ricorrenti, sono state trattate da: Trib. Milano, sez. I, 8 maggio 2009, in *Int'l Lis*, 2009, III-IV, p. 149 ss., con nota di M. STELLA, *La prima pronuncia di un Tribunale italiano in un caso di c.d. follow-on antitrust litigation e sul valore delle decisioni della Commissione CE in materia*; Cass., ord., 25 maggio 2016, n. 10880, in *Foro it.*, 2016, X, I, c. 3175, pronunciatasi sull'operatività della sospensione del giudizio interno in attesa di una sentenza definitiva dei giudici comunitari, aditi in sede di impugnazione della Decisione della Commissione Europea.

Proprio in relazione a quest'ultimo profilo, il diritto positivo di alcuni ordinamenti dello spazio europeo aveva già sancito il vincolo del giudice all'accertamento dell'Autorità garante nazionale. In tal senso, si era mosso l'ordinamento tedesco (§ 33.4, ora 33.b, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB); quello inglese (Sec. 58 A *Competition Act* 1998, emendato dal *Enterprise Act* 2002 ss. mm. ii.) e, più di recente, quello francese, sebbene quest'ultimo limitatamente all'*action de groupe* introdotte con la c.d. Loi Hamon (l. 423-17 *code consommation*).

Nel tentativo di porre un argine a tale discrepanza, mentre la giurisprudenza di legittimità domestica era impegnata ad elaborare il fumoso concetto di «prova privilegiata» di cui si è dato conto *supra*, la dottrina si interrogava sui potenziali rimedi esperibili. Le eterogenee posizioni emerse sono raggruppabili, tralasciando la specificità delle singole ricostruzioni dottrinali, in due poli.

Un primo indirizzo interpretativo aveva già inteso riconoscere anche alle decisioni dell'AGCM una certa efficacia tendenzialmente vincolante (salva disapplicazione in caso di illegittimità) nel processo civile risarcitorio; ciò per garantire l'uniforme applicazione del diritto *antitrust* ⁽¹⁷⁹⁾ o, comunque, facendo variamente leva sui principi di economia dei mezzi giuridici, di non contraddizione del potere statale nelle sue diverse manifestazioni ⁽¹⁸⁰⁾, di certezza giuridica, di effettività della tutela e di deterrenza.

⁽¹⁷⁹⁾ Più radicali appaiono, in vero, le posizioni di G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 543 ss. e di G. DE MINICO, *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Jus*, 1996, III, p. 375 ss., spec. 399 ss. i quali sembrano riconoscere una vera e propria pregiudiziale del procedimento amministrativo – essendo le Autorità competenti in via esclusiva a concretizzare i c.d. “concetti giuridici indeterminati” – rispetto al giudizio civile (coerentemente con quanto si dirà anche *infra* trattando della teoria della fattispecie).

Cfr. sul punto anche le posizioni, variamente graduate, di C. SELVAGGI, *Disciplina della concorrenza e del mercato. Problemi di giurisdizione e di competenza*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1993, I, p. 243 ss., spec. 250; A. SCOGNAMIGLIO, *La legittimazione del denunciante ad impugnare le delibere di non avvio dell'istruttoria e di archiviazione adottate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro amm.*, 1999, V, 2, p. 1149 ss., spec. p. 1162; I. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, III, 2, p. 226 ss., spec. p. 232, nt. 17.

⁽¹⁸⁰⁾ In tal senso: M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, V, I, p. 649 ss., spec. pp. 657-661, secondo cui «la qualificazione

All'opposto, una seconda lettura affermava la sostanziale piena autonomia dell'accertamento civilistico da quello amministrativo, sostenendo che il provvedimento AGCM nel contesto dei successivi giudizi civili risarcitori si doveva considerare sostanzialmente irrilevante o gli si poteva, al più, riconoscere un valore meramente indiziario circa le risultanze fattuali e le relative qualificazioni giuridiche ⁽¹⁸¹⁾.

che della fattispecie ha dato l'A.G.C.M. è da considerarsi in linea di principio vincolante in sede di giudizio. Essa contiene infatti apprezzamenti tecnico-discrezionali in ordine alla compatibilità o meno dei comportamenti di cui si tratta con principi di libertà di concorrenza; apprezzamenti che sono stati posti in essere dall'Autorità appositamente creata dall'ordinamento a tale scopo. [...] Il giudice quindi, in linea di principio, dovrà attenersi agli accertamenti e alle valutazioni che l'A.G.C.M., in quanto Autorità dotata in via esclusiva di competenza amministrativa nel settore, abbia dato sui fatti sui quali il giudice stesso è chiamato a pronunciarsi» (pp. 659-660); ID., *Il "private enforcement" e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 2007, I, p. 356 ss., spec. p. 399 nota 107; ID., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 498; C. TESAURO, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Merc. conc. reg.*, 2011, III, p. 427 ss., spec. p. 445, il quale richiama «generali esigenze di certezza del diritto» e la necessità di «garantire l'effetto utile dell'art. 16 del Reg. 1/2003»; G. ROMAGNOLI, *Rilevanza "esterna" dell'accertamento delle intese assicurative da parte dell'Autorità garante della concorrenza ed il mercato*, in *Danno e resp.*, 2008, I, p. 115 ss., spec. p. 119; P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, cit., p. 200 ss., il quale individua tra le ragioni a sostegno della tesi della vincolatività del provvedimento dell'AGCM, anche in assenza di una norma espressa in tal senso, i seguenti principi: a) la «certezza giuridica», da intendersi come uniforme applicazione del diritto: «l'idea sottostante è che si debba evitare l'adozione di decisioni contraddittorie da parte di decisori diversi a livello orizzontale; e che in caso di procedimenti paralleli, debba darsi la precedenza alla decisione dell'unica autorità indipendente specializzata» (p. 202); b) l'«economia dei mezzi giuridici», giacché «la ripetizione in sede civile dell'accertamento svolto dall'Agcm può comportare e di regola comporterà oneri aggiuntivi per lo Stato e per le parti, in termini di tempi, costi e rischio» (p. 203); c) l'effettività della tutela giacché negli ordinamenti in cui viene negata qualsiasi rilevanza giuridica o, al più, una efficacia meramente presuntiva al provvedimento dell'Agcm la «vittima dell'illecito» incontra serie difficoltà in ordine all'accesso alla prova e alla valutazione del rischio dell'azione; d) l'effetto deterrente, derivante dalla vincolatività del provvedimento in sede civile che dovrebbe indurre gli attori del settore a non commettere illeciti anticoncorrenziali; e) sostanziale debolezza degli argomenti addotti dalle tesi contrarie della irrilevanza del provvedimento e della prova privilegiata.

⁽¹⁸¹⁾ Così, fra gli altri: M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, cit., p. 50 ss.; P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, cit., spec. p. 105 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 262-263; I. PAGNI, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, cit., spec. pp. 545 ss.

Per la sostanziale autonomia tra il procedimento amministrativo e il giudizio ordinario già: R. ALESSI, *Sub art. 33. Competenza giurisdizionale*, in R. ALESSI-G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato. Commento alla L. 10 ottobre 1990, n. 287 ed al Regolamento*

Speculare era il dibattito circa la possibilità o meno per il giudice civile di sospendere il processo parallelo al procedimento AGCM in attesa della decisione dell'Autorità, in riferimento al quale la dottrina sembrava offrire risposta negativa, specie in ragione della natura non giurisdizionale dell'accertamento che si svolgeva dinanzi all'Autorità⁽¹⁸²⁾ e data l'assenza di un vero e proprio rapporto di pregiudizialità dipendenza tra l'accertamento amministrativo e il processo civile⁽¹⁸³⁾.

5. *Verso un nuovo modello armonizzato di tutela: la direttiva Ue 2014/104/UE e il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.*

Un significativo punto di snodo per tale confuso scenario è segnato dall'adozione della Direttiva 2014/104/UE⁽¹⁸⁴⁾ che, nel positivizzare quanto già

CEE n. 4064/ 89 del 21 dicembre 1989, Giappichelli, Torino, 1991, p.169 ss., spec. p. 172 ss.; S. LA CHINA, *Sub. art. 33. Competenza giurisdizionale*, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, a cura di V. Alfèri, Cedam, Padova, 1994, p. 647 ss., spec. p. 664 ss.; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano 1998, p. 381; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002, p. 452 ss.

⁽¹⁸²⁾ Cfr. S. LA CHINA, *Sub. art. 33. Competenza giurisdizionale*, cit., p. 667, il quale rileva come nel caso di specie non vi sia «una qualche previsione comparabile a quella, ad es., pur molto blanda e prudente, dell'art. 443 c.p.c. sulla rilevanza del procedimento amministrativo nelle controversie previdenziali, e perciò l'unico immediato criterio esegetico resta l'ossequio al fondamentale principio dell'art. 24 primo comma Cost.». Nei medesimi termini: M. SCUFFI, *I rapporti tra il giudizio civile ed i procedimenti amministrativi*, in M. TAVASSI-M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust. Tutela giurisdizionale della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 171 ss., spec. p. 174 ss.

Cfr. altresì R. ALESSI, *Sub art. 33. Competenza giurisdizionale*, cit., p. 172, secondo cui l'autonomia del procedimento amministrativo e del giudizio civile «è confermata dall'inapplicabilità dell'art. 295 c.p.c. [...] sulla sospensione necessaria del procedimento, in caso di contemporanea pendenza di un'istruttoria innanzi all'Autorità, stante il carattere amministrativo piuttosto che giurisdizionale di quest'ultima. Il procedimento civile potrà eventualmente sospendersi solo ai sensi del successivo art. 296 c.p.c. Ciò non toglie che in concreto le due istruttorie possano efficacemente integrarsi al fine di una migliore conoscenza della vicenda». Esclude la possibilità di una sospensione necessaria del giudizio civile ai sensi dell'art. 295 c.p.c. anche M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., p. 382, in ragione della «natura non giurisdizionale del procedimento di competenza dell'autorità».

⁽¹⁸³⁾ Diffusamente sul punto: M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, cit., p. 121 ss.

⁽¹⁸⁴⁾ Sulla direttiva UE, v. M. NEGRI, *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni del risarcimento del danno antitrust*, in *Int'Lis*, 2014, II, p. 72 ss.; S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, IV-V, p. 1153 ss.; G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, III, p.

proposto dalla Commissione nel Libro Bianco del 2008 ⁽¹⁸⁵⁾, ha delineato un livello minimo di tutela processuale a cui gli stati membri si sarebbero dovuti adeguare.

In particolare, l'art. 9 ha imposto agli Stati membri di provvedere «affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza».

L'ordinamento italiano ha dato attuazione a tale prescrizione con l'adozione del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 ⁽¹⁸⁶⁾. Più segnatamente, l'art. 7, comma 1, di questo articolato prevede che «ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10

301 ss.; A.D. DE SANTIS, *Processo civile*, antitrust litigation e consumer protection, in *Riv. dir. proc.*, 2015, VI, p. 1495 ss.; E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. impresa/ Europa*, 2015, I, p. 390 ss.; G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in *Dir. ind.*, 2016, p. 221 ss.; F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE*, cit., p. 252 ss.; R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 2016, IV, p. 314 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ Commissione delle Comunità europee, Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 2 aprile 2008, COM (2008) 165 def., pp. 6-7, in *eur-lex.europa.eu*.

Per commenti sulle diverse questioni aperte dalla pubblicazione del Libro Bianco rispetto all'ordinamento italiano si rinvia ai contributi raccolti in AA.VV., in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. Rossi Dal Pozzo e B. Nascimbene, Giuffré, Milano, 2009.

⁽¹⁸⁶⁾ Sul d.lgs. n. 3 del 2017, si segnalano: AA.VV., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di P. Manzini, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*; AA. VV., *Il private enforcement antitrust dopo il di lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2017, *passim*; G. VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, IV, p. 441 ss.; M. SCUFFI, *Riflessioni a margine della Dir. 104/2014 (e del D.lgs. 3/2017) sull'azione di classe*, in *Dir. ind.* 2017, I, p. 5 ss.

ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato»⁽¹⁸⁷⁾.

L'ultimo periodo dell'art. 7, comma 1, precisa che tale previsione opera con riferimento alla natura della violazione e alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non al nesso di causalità e all'esistenza del danno. La disposizione si incarica, poi, di precisare un altro importante profilo correlato, ossia provvede a determinare l'intensità del sindacato giurisdizionale del «giudice del ricorso», disponendo che il sindacato di questi «comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima».

Il secondo comma dell'art. 7 attribuisce, invece, alle decisioni definitive di Autorità straniera o alle sentenze del giudice del ricorso un più ridotto valore di prova «valutabile insieme alle altre». Il legislatore nazionale ha inteso così recepire l'indicazione contenuta nell'art. 9, paragrafo 2, della Direttiva 2014/104/UE, che imponeva agli Stati di riconoscere le decisioni definitive delle Autorità degli altri Stati membri nel giudizio civile «almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti».

Quest'ultima previsione – seppur frutto di una inevitabile «soluzione di compromesso»⁽¹⁸⁸⁾ dettata dal «diffuso timore» che le decisioni amministrative di non tutti gli Stati membri siano assunte all'esito di un procedimento realmente in grado di garantire il rispetto dei diritti di difesa e di un equo processo *ex art.* 6 CEDU e 47 della Carta di Nizza – ha suscitato qualche perplessità in letteratura. La Direttiva rimette di fatto agli Stati membri il compito di interpretare, conformemente al proprio ordinamento interno, la nozione di prova

⁽¹⁸⁷⁾ Il comma 2 dell'art. 7 si occupa, invece, di stabilire l'efficacia delle decisioni delle Autorità nazionali di altro stato membro prevedendo che queste, divenute definitive, costituiscano prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, «valutabile insieme ad altre prove». L'efficacia probatoria dei provvedimenti delle Autorità straniere è, quindi, ridotta, in termini di intensità, rispetto a quella propria dei provvedimenti dell'AGCM.

⁽¹⁸⁸⁾ Così M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 518.

prima facie, «finendo così per compromettere, almeno in parte, l’uniforme applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE»⁽¹⁸⁹⁾ e per «delineare un quadro intrinsecamente incoerente»⁽¹⁹⁰⁾, in contraddizione «con l’obiettivo di creare un *level playing field* per il contenzioso civile *antitrust* all’interno dello spazio europeo»⁽¹⁹¹⁾.

Lo stesso riferimento alla categoria della prova *prima facie*, sconosciuto ad alcuni ordinamenti (tra cui il nostro⁽¹⁹²⁾), ha allontanato ancora di più da una attuazione uniforme della previsione e, almeno in un primo momento e fino all’adozione del d.lgs. n. 3 del 2017, ha generato qualche incertezza ermeneutica nella letteratura interna⁽¹⁹³⁾.

⁽¹⁸⁹⁾ Così G. DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di P. Manzini, Giappichelli, Torino, 2017, p. 70.

⁽¹⁹⁰⁾ M. NEGRI, *L’efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 518

⁽¹⁹¹⁾ *Ivi*.

⁽¹⁹²⁾ Un timido tentativo di innestare la categoria della prova *prima facie* all’interno del nostro ordinamento è avvenuto nella prima metà del Novecento; v., a tal proposito, G.R. PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime d’esperienza*, Cedam, Padova, 1935, spec. p. 42, il quale conclude per l’ammissibilità nel nostro ordinamento della prova *prima facie*, ossia di quella prova generata da una *praesumptio facti*, fondata su criteri esperienziali. La dottrina successiva appare, in verità, contraria alla possibilità di riconoscere nel nostro ordinamento la prova *prima facie*: v., tra tutti, G.A. MICHELI, *L’onere della prova*, 2° ed., Cedam, Padova, 1966, p. 207. Perplessità, più di recente, sono state espresse anche da L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 2010, p. 323, il quale evidenzia il rischio che i due fenomeni delle presunzioni giurisprudenziali e della c.d. prova *prima facie* possano comportare «seri rischi di incertezza e di aleatorietà, nel governo giudiziale delle regole sull’onere della prova, esponendo lo stesso giudice a tentazioni “manipolative” e “discriminatorie” *praeter legem*, le quali sono certamente incompatibili con il suo dovere istituzionale di imparzialità e di equidistanza (oggi ribadito e rafforzato dalle garanzie del “giusto processo”, ex art. 111, 2° co., Cost.)».

⁽¹⁹³⁾ Ne dà atto M. NEGRI, *L’efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 520, la quale parla di «sensibili oscillazioni concettuali esibite dalla dottrina in sede di commento alla direttiva. Ed infatti, se per gli uni l’espressione è sinonimo di “semplice elemento di prova”; per altri essa riecheggia piuttosto quella nozione di “prova privilegiata”, in sostanza assimilabile ad una presunzione *iuris tantum*, già impostasi nella prassi giurisprudenziale». L’Autrice propone, comunque, un’interpretazione dell’art. 7, comma 2, maggiormente aderente allo spirito della Direttiva e, quindi, orientata a riconoscere al provvedimento straniero un «valore probatorio molto elevato, e non già la mera utilizzabilità ai fini della formazione del libero convincimento del giudice che di per sé stessa non avrebbe avuto bisogno di una sanzione positiva» (p. 521). Considera, quindi, la decisione straniera, anche a dispetto dello stretto dato letterale interno, idonea *in re ipsa* a fondare il convincimento del giudice circa la sussistenza

6. *L'ambito oggettivo di operatività dell'efficacia vincolante ex art. 7, d.lgs. 3 del 2017: la peculiare ipotesi delle decisioni con impegni ex art. 14 ter, l. n. 287 del 1990.*

Concentrando, invece, l'attenzione sull'esegesi del primo comma dell'art. 7, va evidenziato che la disposizione ha posto una serie di problemi sia sotto il profilo applicativo che dal punto di vista dogmatico.

In relazione al primo aspetto, ci si è, innanzitutto, interrogati in ordine all'ambito oggettivo di operatività della norma ovvero ci si è chiesti se l'efficacia vincolante dell'accertamento AGCM riguardi le sole azioni risarcitorie o anche le domande di nullità e restitutorie formulate dalle vittime di abusi di posizione dominante, le domande di nullità dell'intesa vietata per violazione dell'art. 102 TFUE, le domande di regresso tra i corresponsabili della violazione.

Al riguardo, si sono delineati due contrapposti orientamenti dottrinali. Una parte della dottrina, attenendosi testualmente al dato positivo, ritiene circoscritta l'operatività dell'art. 7, d.lgs. n. 3 del 2017, alle sole azioni risarcitorie a cui fa espresso riferimento la norma⁽¹⁹⁴⁾. Altra parte della dottrina, considerando «insostenibili e, soprattutto, gravemente contraddittori con la vocazione primaria della previsione» i corollari che discenderebbero da una interpretazione letterale e restrittiva della disposizione, ritiene invece estensibile l'efficacia vincolante dell'accertamento AGCM «almeno alle domande di nullità dei contratti con cui si attua l'abuso di posizione»⁽¹⁹⁵⁾.

dell'infrazione, salvo prova contraria; in questa prospettiva l'efficacia probatoria del provvedimento straniero si accosterebbe notevolmente alla categoria giurisprudenziale della «prova privilegiata», intesa come presunzione giurisprudenziale in grado di invertire l'onere della prova.

⁽¹⁹⁴⁾ In tal senso, già con riferimento alla Direttiva n. 2014/104/UE e in previsione del suo recepimento: R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, cit., p. 318.

«A fronte della chiara lettera normativa», considera «arduo adottare una interpretazione ampia (potendosi tutt'al più ragionare in termini dubitativi nei casi di cumulo dell'azione diretta a far valere la nullità dei contratti conseguenti alla violazione con quella risarcitoria)» D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 91, il quale comunque conclude per la possibilità di far leva, nel caso di specie, «sulla *doctrine* della prova privilegiata».

⁽¹⁹⁵⁾ Così M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 486. All'indomani dell'emanazione della Direttiva v. M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove nel presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, cit., p. 101, il quale prende atto del fatto che la Direttiva prende in considerazione solo le azioni risarcitorie,

Altro aspetto controverso, su cui vale la pena brevemente soffermarsi, è l'esatta individuazione delle tipologie di provvedimenti in grado di assumere «efficacia vincolante». Se non sono emersi particolari dubbi per quanto concerne i provvedimenti con cui l'AGCM constata l'esistenza di un'infrazione eventualmente applicando anche la relativa sanzione, più problematico è apparso il caso delle c.d. «decisioni con impegni» a norma dell'art. 14 *ter* della legge *antitrust*. L'art. 14, comma 1, d.l. n. 223 del 2006 (convertito, con modifiche, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248) ha, infatti, introdotto, nell'originario articolato della l. n. 287 del 1990, l'art. 14 *ter* (in ultimo modificato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185), il quale prevede la possibilità per le imprese, entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza o per abuso di posizione dominante o, ancora, di una violazione di rilevanza comunitaria, di «presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria». Se l'Autorità, previa consultazione degli operatori del mercato, considera idonei tali impegni, può renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione, salva la possibilità di irrogare successivamente una sanzione in caso di mancata ottemperanza agli impegni assunti ⁽¹⁹⁶⁾.

Già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 3 del 2017, dottrina e giurisprudenza si erano interrogate circa il valore da riconoscere alla decisione con cui sono rese vincolanti le misure proposte dalle parti (come impegni) nel contesto dei giudizi civili risarcitori. Il punto di partenza è parso quello per cui, seppur si tratti di decisioni che non contengono un vero e proprio provvedimento finale formalmente accertativo dell'illecito, va considerato che «il presupposto per l'accoglimento delle misure proposte dalle parti sembra essere l'effettiva

«omettendo di considerare tanto la tutela cautelare, quanto le azioni di nullità (per le quali tuttavia non potranno che valere considerazioni analoghe)». Critica in maniera incisiva la limitazione alle azioni risarcitorie e la mancata considerazione delle azioni di nullità da parte della Direttiva: M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, I, p. 297 ss., spec. p. 307.

⁽¹⁹⁶⁾ Per un'analisi specifica dell'istituto, si vedano: M. LIBERTINI, *Le Decisioni «patteggiate» nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, XII, p. 1283 ss.

Per un quadro della prassi decisionale dell'AGCM in materia di impegni a circa un anno dell'entrata in vigore della legge istitutiva: L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Merc. conc. reg.*, 2007, II, p. 229 ss.

sussistenza di profili anticoncorrenziali nella condotta oggetto di istruttoria»⁽¹⁹⁷⁾, al contrario, «le decisioni con impegni dovrebbero, a rigore, essere escluse ove l’Autorità non ritenga sussistere alcuna violazione del diritto *antitrust*»⁽¹⁹⁸⁾.

Tuttavia, proprio perché manca un accertamento pieno circa l’effettivo compimento della condotta anticoncorrenziale, si è ritenuto che «il provvedimento di accettazione degli impegni non può rilevare in sede civile alla stessa maniera di come rileverebbe un provvedimento di accertamento definitivo»⁽¹⁹⁹⁾. È apparso, quindi, quale punto di bilanciamento ragionevole e proporzionale, il riconoscimento alle decisioni con impegni, a differenza di quelle accertative dell’illecito, di una più limitata natura indiziaria nel processo civile risarcitorio⁽²⁰⁰⁾.

⁽¹⁹⁷⁾ Così A. PERA-G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, I, p. 69 ss., spec. p. 83.

In maniera simile, in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, in *Foro amm. CDS*, 2012, V, p. 1349 ss., con nota di F. RISSO, *Gli impegni per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale* e in *Dir. proc. amm.*, 2012, III, p. 1034 ss., con nota di B. RABAI, *L’atto di rigetto degli impegni antitrust al vaglio del Consiglio di Stato*. Tale pronuncia, nel negare la diretta e immediata impugnabilità del provvedimento dell’AGCM che rigetta la proposta di impegni presentata dai soggetti sottoposti ad indagine, ha anche rilevato in motivazione che, fermo restando la natura collaborativa dello strumento, all’atto di accoglimento degli impegni «resta pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato dai connotati sostanzialmente confessori in ordine alla sussistenza dell’illecito commesso (si da rendere necessarie misure volte ad elidere gli effetti dell’illecito commesso e riconosciuto nella sua consistenza, con decisioni conoscibili dagli operatori di mercato)».

⁽¹⁹⁸⁾ A. PERA-G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, cit., p. 83.

⁽¹⁹⁹⁾ Così P. FABBIO, *L’efficacia dei provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile*, cit., p. 218.

⁽²⁰⁰⁾ In tal senso: A. PERA-G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, cit., p. 87 ss., che considerano tale soluzione come quella più «idonea a garantire un bilanciamento tra l’esigenza di tutelare il diritto al risarcimento dei soggetti danneggiati dalle condotte oggetto dell’istruttoria e quella di un’effettiva applicazione delle regole di concorrenza da parte dell’Autorità pubblica» (p. 89). Cfr. altresì P. FABBIO, *L’efficacia dei provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile*, cit., p. 219, il quale precisa, però, che «l’esistenza di un “patteggiamento” con certi contenuti dovrebbe poter valere come un indizio tra altri, liberamente apprezzabile dal giudice, quanto all’illiceità della pratica contestata. Al contrario, deve ritenersi vincolante, allo stesso modo di come lo sarebbe un provvedimento di accertamento definitivo dell’infrazione, l’implicita valutazione di liceità degli impegni accolti dall’Autorità e quindi delle condotte ad esso conformi in concreto tenute dal professionista».

Divisa è invece apparsa la giurisprudenza di merito: a un primo minoritario orientamento che si è spinto a riconoscere efficacia di prova privilegiata anche alla decisione con impegni ⁽²⁰¹⁾, se n'è contrapposto un altro che ne ha invece escluso la portata vincolante o confessoria, riconoscendogli comunque una valenza probatoria non inferiore «a quella di qualunque altro documento veicolato nel processo» ⁽²⁰²⁾.

Più di recente, con diverse pronunce, è intervenuta, sul punto, anche la suprema Corte di cassazione, la quale, senza tuttavia porre un vero e proprio punto fermo alla questione, ha sostanzialmente escluso la possibilità di attribuire efficacia vincolante o di prova privilegiata alle decisioni con impegni *ex art. 14 ter*. Gli Ermellini hanno, quindi, variamente riconosciuto alla decisione con impegni, in un caso, il valore di «presunzione semplice *ex art. 2729 c.c.*» ⁽²⁰³⁾ e, in un altro, quello di indizio o di principio di prova ⁽²⁰⁴⁾.

Tali ultimi orientamenti, nell'evidenziare la sostanziale diversità del provvedimento che accerta l'infrazione rispetto alla decisione con impegni, si pongono peraltro in linea con il punto d'approdo dalla Corte di Giustizia europea con riferimento ai rapporti tra gli analoghi istituti della decisione di

Nello stesso senso anche B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 165 ss., spec. § 4

⁽²⁰¹⁾ In tal senso, in giurisprudenza, Trib. Milano, sez. I, 17 maggio 2016, n. 6211, in *DeJure*, il quale ritiene che «la valutazione di idoneità degli impegni da parte dell'Autorità, nel rispetto del principio di proporzionalità, non possa che presupporre una condotta anticoncorrenziale (e non un suo semplice sospetto) in considerazione della strumentalità dei primi per elidere conseguenze distorsive della seconda (e non per fornire regole orientative del mercato a prescindere dall'esigenza di eliminare condotte anticoncorrenziali). Ne consegue che anche alla decisione dell'AGCM con cui sono rese vincolanti le misure proposte dalle parti può riconoscersi in sede civile il valore di prova privilegiata quanto alla posizione rivestita dalla parte sul mercato ed al suo abuso»; V. anche Trib. Milano, 3 ottobre 2013, n. 12227, *ivi*.

⁽²⁰²⁾ Trib. Milano, 23 dicembre 2019, n. 11893, in *DeJure*.

⁽²⁰³⁾ Cass., sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5381, in *Giur. it.*, 2021, I, p. 98 ss., con nota adesiva di A. PILETTA MASSARO, *Private antitrust enforcement e decisioni con impegni al vaglio della Cassazione*.

⁽²⁰⁴⁾ Cass., sez. I, 4 ottobre 2021, n. 26869, in *Contratti*, 2022, III, p. 299 ss., con nota di S. MONTI, *Le decisioni dell'AGCM e il danno da illecito anticoncorrenziale*; in *Danno e resp.*, 2022, II, p. 204 ss., con nota di M. ZULIANI, *Rilevanza probatoria delle decisioni prese e delle istruttorie svolte dall'AGCM nei giudizi per risarcimento dei danni da abuso di posizione dominante*.

constatazione dell'infrazione e di quella con impegni previste rispettivamente dagli articoli 7 e 9 del Regolamento Ce n. 1 del 2003 ⁽²⁰⁵⁾.

In occasione di una prima pronuncia del 2007, resa nella vicenda *Alrosa* ⁽²⁰⁶⁾, il Tribunale di primo grado Ce aveva tracciato una sorta di simmetria teleologica tra la decisione con impegni *ex art. 9* e il provvedimento della Commissione Ue che accerta l'infrazione *ex art. 7* Regolamento Ce 1/2013. Al riguardo, il Tribunale afferma innanzitutto che la decisione con impegni «non può essere considerata una semplice accettazione da parte della Commissione di una proposta liberamente formulata da una controparte nei negoziati, ma costituisce un provvedimento vincolante che pone fine ad una situazione di infrazione in atto o in potenza in occasione della quale la Commissione esercita il complesso delle prerogative conferitele dagli artt. 81 CE e 82 CE, con la sola particolarità che la presentazione di offerte di impegni da parte delle imprese interessate la esonera dalla prosecuzione del procedimento regolamentare imposto dall'art. 85 CE, e in particolare dall'obbligo di provare l'infrazione» (par. 87).

Specularmente, il Tribunale rileva che l'obiettivo dell'art. 7, n. 1, del Regolamento n. 1 del 2003 è lo stesso di quello perseguito dall'art. 9, n. 1, ossia garantire un'efficace applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato (par. 95). Al fine di perseguire tale obiettivo, la Commissione «dispone di un margine di valutazione discrezionale nella scelta» dell'uno o dell'altro strumento (par. 96), premurandosi in entrambi i casi di assicurare il rispetto del principio di proporzionalità, in forza del quale le istituzioni comunitarie, nell'adozione dei propri atti, non devono mai andare oltre quanto idoneo e necessario al perseguimento dello scopo prefissato (paragrafi n. 97 ss.). A tal

⁽²⁰⁵⁾ Tale disposizione espressamente prevede che «1. Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato. 2. La Commissione, su domanda o d'ufficio, può riaprire il procedimento: a) se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; b) se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; oppure c) se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti».

⁽²⁰⁶⁾ Trib. I grado Comunità Europee, 11 luglio 2007, causa n. 170/06, in *OneLegale*.

fine, il Tribunale ritiene che la proporzionalità delle decisioni di accettazione degli impegni, *ex art. 9*, deve avere come riferimento la misura che potrebbe essere imposta nel contesto dell'art. 7 del medesimo Regolamento.

In secondo grado ⁽²⁰⁷⁾, la Grande Sezione, nel riformare la prima sentenza, approda a conclusioni differenti, evidenziando che le due disposizioni hanno, in realtà, finalità e presupposti diversi: l'una (il provvedimento *ex art. 7*) mira a «porre fine all'infrazione constatata»; l'altra (la decisione con impegni *ex art. 9*) a «rispondere alle preoccupazioni della Commissione risultanti dalla sua valutazione preliminare» (par. 46). Dall'eterogeneità delle caratteristiche specifiche dei due strumenti e dei mezzi di azione che il Regolamento offre in virtù di ciascuna di tali disposizioni deriva che «l'obbligo di garantire il rispetto del principio di proporzionalità, incombente alla Commissione, ha una portata e un contenuto diversi a seconda che esso sia considerato nel contesto dell'uno o dell'altro di tali articoli» (par. 38). In sostanza, «non vi sono presupposti perché la misura che potrebbe eventualmente essere imposta nel contesto dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003 debba servire da riferimento ai fini della valutazione della portata degli impegni accettati in applicazione dell'art. 9 di tale Regolamento e che si debba considerare automaticamente sproporzionato tutto quanto vada oltre la citata misura. Quindi, anche se certamente ciascuna delle decisioni adottate a titolo di tali due disposizioni è assoggettata al principio di proporzionalità, l'applicazione di tale principio è tuttavia diversa a seconda che l'una o l'altra di tali disposizioni sia interessata» (par. 47).

PARTE II

7. La questione dell'inquadramento teorico del vincolo ex art. 7, d.lgs. n. 3 del 2017: ipotesi ricostruttive.

Un aspetto di peculiare rilevanza ai fini della nostra indagine riguarda l'accesso dibattito corrente in letteratura circa la natura giuridica dell'accertamento vincolante di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, ossia la sua

⁽²⁰⁷⁾ Si tratta di Corte giust. Ue, 29 giugno 2010, causa n. 441/07, Commissione europea c. Alrosa Company Ltd, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, III, p. 250 ss., con nota di G. FONDERICO, *Il caso "Alrosa" e la proporzionalità nella decisione con impegni.*

riconducibilità o meno alle categorie tradizionalmente consolidate nella teoria generale del processo.

Sono state prospettate, al riguardo, tre diverse ricostruzioni:

a) una prima tesi, muovendo dall'assimilazione dei poteri accertativi dell'AGCM a quelli del giudice, tende ad accostare il vincolo del provvedimento amministrativo reso dall'Autorità alla *res iudicata*;

b) una seconda tesi, valorizzando la disposizione di cui all'art. 7 in una prospettiva più sostanziale che processuale, ritiene che il provvedimento dell'Autorità abbia la capacità di incidere su una porzione della fattispecie sostanziale, integrandone i relativi elementi costitutivi;

c) una terza ipotesi ricostruttiva tende invece a riconoscere efficacia di prova al provvedimento dell'AGCM approvato nel successivo processo civile risarcitorio.

È, ora, opportuno passare al vaglio i punti di forza e le criticità di ciascuna delle tesi appena enunciate al fine di poi tracciarne le conclusioni sistematiche emergenti.

8. Il «vincolo» del provvedimento AGCM: una nuova forma di giudicato?

Come accennato, una prima opinione emersa in letteratura tende ad assimilare l'incidenza che l'art. 7, d.lgs. n. 3 del 2017 riconosce al provvedimento AGCM nel giudizio civile all'efficacia tipica della *res iudicata* sostanziale ⁽²⁰⁸⁾.

⁽²⁰⁸⁾ V., in attesa dell'attuazione in Italia della Direttiva UE del 2014, P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, cit., p. 195 ss. Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 3 del 2017: F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, cit., p. 140 ss., secondo cui «quella che si delinea, quindi, appare essere effettivamente un'efficacia di giudicato ricollegata ad un provvedimento amministrativo (ovvero alla sentenza del giudice amministrativo che abbia deciso dell'impugnazione di quel provvedimento) sul processo civile dipendente. Quell'efficacia di giudicato, *mutatis mutandis*, può essere equiparata – quanto alla struttura e al suo operare – ad una sentenza di condanna generica» (pp. 141-142).

In maniera più decisa, per la parziale assimilazione al giudicato sembrerebbe A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, cit., spec. pp. 19-20, ove si legge *testualiter*: «benché non manchi, in dottrina, chi ne dubiti, io credo che sia del tutto corretto

A favore di tale orientamento depone l'oggettiva osservazione per cui ad assumere effetto vincolante nel giudizio civile risarcitorio non sarebbe solo la mera rappresentazione di un fatto storico, che, quindi, potrebbe indurre a qualificare il provvedimento AGCM come prova, bensì «un fatto giuridicamente qualificato ad opera dell'Autorità»⁽²⁰⁹⁾.

Neppure sarebbe d'ostacolo, a un'assimilazione al giudicato, la circostanza che l'accertamento è contenuto in un provvedimento amministrativo e non in una sentenza giurisdizionale. Al riguardo, i sostenitori di tale tesi osservano che, d'altronde, l'originaria concezione del giudicato, inteso come equivalente, necessario ed esclusivo, di un accertamento giudiziale reso all'esito di un giudizio a cognizione piena, si sarebbe «progressivamente incrinata»⁽²¹⁰⁾

discorrere, a proposito delle decisioni dell'autorità garante nazionale e del giudice amministrativo previste dall'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017, di efficacia di cosa giudicata sostanziale nel processo civile». L'Autore, poco dopo, precisa, tuttavia, che: «l'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017, stabilisce così un vincolo ch'è insieme di cosa giudicata, in ordine alla qualificazione giuridica dell'illecito *antitrust*, e di prova legale, in ordine alla ricostruzione dei corrispondenti fatti storici. Se ne ha, vien voglia di dire, una sorta di "ipervincolo", che non trova, credo, un vero eguale nel nostro ordinamento».

Già all'indomani della pubblicazione del Libro Bianco del 2008, la circostanza che il riconoscimento di un'efficacia vincolate alle decisioni delle Autorità indipendenti fosse idonea ad intaccare più il tema del giudicato che non quello delle prove (a cui, invece, il documento europeo sembrava ricondurre la questione): B. CAVALLONE, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, cit., spec. pp. 38-39.

Di una «sorta di giudicato due volte asimmetrico» parlano anche E.L. CAMILLI-P. CAPRITE-R. PARDOTESI-A. RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Merc. conc. reg.*, 2008, X, p. 229 ss., spec. p. 248.

Con riferimento all'art. 16, Reg. 2003/01/CE, già A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford and Portland, Oregon, 2008, p. 119 ss., il quale evidenzia che sarebbe più opportuno ricondurre il fenomeno al concetto di *estoppel* in considerazione del più limitato oggetto, vertente prevalentemente su questioni di fatto.

⁽²⁰⁹⁾ F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, cit., p. 141, nota 49.

⁽²¹⁰⁾ Così P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, cit., p. 196.

Sugli effettivi mutamenti che il concetto di giudicato ha subito negli ultimi anni anche in relazione alla progressiva erosione della centralità del modello tradizionale di tutela dichiarativa, del processo di cognizione e dell'accertamento con autorità di cosa giudicata a favore di riti speciali, a cognizione sommaria o piena, si v.: R. CAPONI, *Il giudicato civile dimensionato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, III, p. 941 ss., spec. p. 951 ss., il quale individua alcuni esempi della «rivincita della mobile e cangiante realtà sostanziale sull'idea di fissità che è propria del giudicato», tra cui il riconoscimento di "stabilità" anche a provvedimenti

e, di ciò, sarebbe indice il «progressivo allargamento dell'estensione degli effetti del giudicato a provvedimenti diversi dalla sentenza, spesso addirittura emessi al termine di procedimenti sommari» ⁽²¹¹⁾ (come, ad esempio, l'ordinanza, non impugnata, resa all'esito di un procedimento sommario di cognizione). In sostanza, il giudicato, pur preservando il proprio ruolo centrale nella teoria del diritto processuale, avrebbe acquisito nel tempo una rinnovata declinazione. In tale contesto, si dovrebbe postulare un progressivo allontanamento dalla concezione soggettivistica del giudicato, come accertamento svolto in sede giurisdizionale, verso una prospettiva oggettivistica, tesa a considerare piuttosto le «caratteristiche “ontologiche” dell'accertamento (la sua natura, il suo effetto)» e non tanto il soggetto, giurisdizionale o meno, da cui promana il provvedimento ⁽²¹²⁾.

La qualificazione in termini di giudicato comporta la configurazione anche in capo al provvedimento amministrativo AGCM di alcune significative conseguenze tipiche dello stesso:

a) innanzitutto, il provvedimento amministrativo sanzionatorio, divenuto definitivo, sarebbe in grado di produrre gli effetti propri del giudicato in rapporto ad altri giudizi ⁽²¹³⁾: quello negativo preclusivo, che «impedisce ad altri giudici di rimettere in discussione la compiuta violazione delle norme *antitrust*» ⁽²¹⁴⁾ e

anticipatori che ha consolidato l'idea che la tutela giurisdizionale dei diritti non «culmina necessariamente nel giudicato». Più compiutamente sul tema: S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, III, p. 869 ss. Cfr. altresì A. TEDOLDI, *Processo civile e giudicato “alla deriva”*, in *Il giusto processo civile*, 2013, IV, p. 1059 ss., spec. p. 1076; A. PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 54 ss.

⁽²¹¹⁾ Così P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, cit., p. 197.

⁽²¹²⁾ *Ivi*, p. 210.

⁽²¹³⁾ In relazione agli effetti che il giudicato può produrre in altri processi v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, 12° ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 104-105, il quale parla di «effetto negativo-preclusivo (*ne bis in idem*) [...] che si esplica in quei giudizi che hanno ad oggetto lo stesso diritto su cui la sentenza passata in giudicato ha già deciso» e di «effetto positivo conformativo» il quale opera «in processi che abbiano ad oggetto un diritto diverso da quello deciso con la sentenza passata in giudicato, ma strettamente connesso a quello».

⁽²¹⁴⁾ P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, cit., p. 213.

quello positivo conformativo, che impone agli altri giudici «di decidere in conformità ad esso» ⁽²¹⁵⁾;

b) l'accertamento contenuto nel provvedimento sarebbe altresì in grado, sotto il profilo dell'operatività oggettiva, di coprire, alla stessa stregua di una sentenza definitiva, i fatti dedotti e deducibili in sede amministrativa, con conseguente impossibilità di dedurre in sede di processo civile risarcitorio fatti nuovi ⁽²¹⁶⁾.

Tale «giudicato» avrebbe, però, anche delle significative peculiarità.

i. Innanzitutto, si tratterebbe di un giudicato asimmetrico o *secundum eventum litis* ⁽²¹⁷⁾. Infatti, muovendo dalla lettera della norma, «nessuna efficacia di giudicato (o, comunque, conformativa) potrebbe mai avere sul processo civile dipendente una decisione amministrativa diversa da quella il cui effetto tipico è quello di accertare la violazione alla normativa *antitrust*» ⁽²¹⁸⁾. In sostanza, «nessuna efficacia preclusiva» può riconoscersi a una eventuale decisione di archiviazione emessa dall'Autorità garante ⁽²¹⁹⁾ o – ove si ritenesse ammissibile – a un accertamento negativo circa la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale ⁽²²⁰⁾.

Ne deriva che, come è stato osservato, «il giudicato derivante dalla decisione opera soltanto *in utilibus* della parte che, nel processo civile, agisce

⁽²¹⁵⁾ *Ivi.*

⁽²¹⁶⁾ *Ivi.*, p. 207.

⁽²¹⁷⁾ Sull'inammissibilità di un giudicato *secundum eventum litis* con riferimento alla sentenza nella letteratura processual-civilistica: v. T.E. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 15; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, 4° ed., Jovene, Napoli, 1925 (ristampa 1965), p. 915.

⁽²¹⁸⁾ F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, cit., p. 142.

Parla, seppur senza riferimento al giudicato, di «un vincolo dichiaratamente asimmetrico o *secundum eventum litis*, che opera solo a vantaggio del terzo danneggiato» M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 505.

⁽²¹⁹⁾ F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., spec. § 3 (p. 64 ss.); D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 90.

⁽²²⁰⁾ È stato, infatti, osservato che le Autorità nazionali non sarebbero neppure «competenti ad adottare decisioni formali di non infrazione» (v. M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 505, nota 87).

per ottenere il risarcimento del danno»⁽²²¹⁾. Al contrario, l'impresa convenuta nel giudizio risarcitorio non potrà avvalersi, almeno con efficacia sostanzialmente vincolante, del provvedimento AGCM che abbia archiviato il procedimento sanzionatorio sulla base di una valutazione negativa circa la constatazione dell'illecito *antitrust*.

Pertanto, nel caso in cui il giudice amministrativo dovesse annullare per vizi di merito la decisione dell'Autorità o, ancora, il g.a. o la stessa Autorità limitare temporalmente l'accertamento o escludere l'illiceità di alcune condotte, «il potere del giudice civile di valutare i fatti tornerebbe ad essere pieno e l'azione di risarcimento del danno diventerebbe *stand alone*, senza alcun effetto vincolante derivante dalla pronuncia del giudice amministrativo»⁽²²²⁾.

Tale caratteristica integra, innanzitutto, una significativa differenza della disciplina interna rispetto al vincolo che invece deriva dalle decisioni adottate dalla Commissione Ue ai sensi dell'art. 16, Reg. CE n. 1 del 2003. La Commissione, a differenza delle Autorità nazionali, sarebbe competente ad adottare anche decisioni formali di insussistenza della violazione ai sensi dell'art. 10 del Regolamento n. 1 del 2013 e tali provvedimenti, alla stessa stregua di quelli che positivamente constatano l'illecito, hanno valore vincolante nel successivo giudizio civile, a vantaggio dell'impresa⁽²²³⁾.

⁽²²¹⁾ F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, cit., p. 142

⁽²²²⁾ R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, cit., p. 318.

⁽²²³⁾ Sulla differenza tra la Commissione e le Autorità nazionali in ordine al potere di un accertamento negativo dell'infrazione: v. Corte giust. Ue, Grande Sez., 3 maggio 2011, causa n. 375/09, *Prezes Urzedu Ochrony Konkurencji i Konsumentow c. Tele2 Polska*, in *Foro it.*, 2011, XII, 4, c. 570, secondo cui «l'art. 5 del Regolamento n. 1/2003, del Consiglio 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato, deve essere interpretato nel senso che osta a che un'autorità nazionale garante della concorrenza, quando, al fine di applicare l'art. 102, Trattato 25 marzo 1957, esamina se sussistano i presupposti per l'applicazione del suddetto articolo e, in seguito a tale esame, ritiene che non si sia fatto ricorso ad una prassi abusiva, possa adottare una decisione in cui si constata l'assenza di violazione del suddetto articolo».

In dottrina: M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 505; R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, cit., p. 318.

ii. La seconda caratteristica attiene, sotto il profilo dei limiti soggettivi, alla peculiare efficacia «*ultra partes*» che assumerebbe il provvedimento ⁽²²⁴⁾. Si ritiene, infatti, che, nell'ambito delle c.d. azioni *follow-on*, ad avvantaggiarsi dell'accertamento contenuto nel provvedimento dell'Autorità garante, non sia esclusivamente il soggetto che, quale denunciante o interveniente, abbia preso eventualmente parte al procedimento amministrativo innanzi all'Autorità, ma anche qualsiasi altro soggetto che, pur rimasto estraneo al procedimento stesso, «si trovi in situazione identica, o quantomeno comparabile, rispetto a quella dei

⁽²²⁴⁾ Particolarmente dibattuto è il tema dei limiti soggettivi del giudicato giurisdizionale. Alla tradizionale impostazione per cui, in forza dell'art. 2909 c.c., il giudicato fa stato solo tra le parti, gli eredi e gli aventi causa (salvo i tassativi casi legislativamente previsti di estensione a terzi), si è andata affiancando l'idea di una generalizzata estensione degli effetti del giudicato nei confronti di qualsiasi titolare di una posizione dipendente da quella dedotta in giudizio sulla base del c.d. principio del valore assoluto. Precursore di una simile impostazione è, come noto, E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 43 ss. Sul tema, v. altresì G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Jovene, Napoli, 1965, pp. 75 ss. e 179 ss.; F. CARPI, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 275 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bononia University Press, Bologna, 2011, la quale, per spiegare il fenomeno dell'estensione soggettiva degli effetti del giudicato sul piano sostanziale, fa ricorso alla teoria della fattispecie. Quest'ultima teoria viene ripresa, dalla stessa Autrice, anche con riferimento all'efficacia del lodo arbitrale: ID., *L'efficacia ultra-partes del lodo arbitrale*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bononia University Press, Bologna, 2012, p. 464 ss.; ID., *Effetti riflessi del giudicato e garanzia*, cit., p. 291. Con riferimento al giudicato penale, fa ricorso alla teoria della fattispecie già: G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, *passim*. Oltre che con riferimento alla sentenza (e quindi nell'ambito degli studi sui limiti soggettivi del giudicato) la teoria della fattispecie è stata talora ripresa anche per spiegare l'efficacia *ultra partes* del contratto (cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, Utet, Torino, 1991, vol. IV, tomo I, p. 29 ss., spec. p. 47 ss.). L'applicazione, in tale ambito, è parsa particolarmente fruttuosa per spiegare, nel contesto della teoria generale del diritto, l'efficacia della transazione rispetto ai terzi (cfr., sul punto, F. CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di Vassalli, IX, 3, Utet, Torino, 1966, p. 182 ss.).

Ritornando agli studi sui limiti soggettivi del giudicato, tanto peculiare quanto nota è la diversa posizione di E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza (ed altri scritti sulla casa giudicata)*, cit., p. 95 ss., per cui non sarebbe il giudicato ma la c.d. efficacia naturale della sentenza a riguardare tutti coloro che vantano una posizione dipendente da quella dedotta in giudizio.

Un terzo orientamento dottrinale ritiene che un'estensione generalizzata degli effetti del giudicato sarebbe lesivo dell'art. 24 Cost., per cui il fenomeno sarebbe da circoscrivere ai solo nessi di pregiudizialità-dipendenza c.d. "permanenti": cfr. F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza sui terzi*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 118 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., 109 ss.

soggetti che abbiano presentato la denuncia» e che, quindi, abbia comunque subito un effettivo pregiudizio dalla condotta anticoncorrenziale ⁽²²⁵⁾.

I soggetti pregiudicati dalla condotta anticoncorrenziale che agiscono in sede risarcitoria potrebbero quindi avvalersi degli effetti favorevoli del provvedimento amministrativo definitivo che accerta l'illecito, nonostante non abbiano partecipato al procedimento amministrativo ⁽²²⁶⁾.

⁽²²⁵⁾ In questo senso, già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 3 del 2017 e quindi con riferimento al provvedimento AGCM qualificato come prova privilegiata (con efficacia sostanzialmente vincolante): Trib. Milano, 27 dicembre 2013, cit.

A tale conclusione, quest'ultima pronuncia addivene valorizzando, da un lato, la convinzione per cui un'azione va qualificata come *follow-on* «rispetto al soggetto indagato e sanzionato piuttosto che rispetto alla vittima», considerato che sarebbe inesigibile che «di fronte ad un comportamento che abbia visto una pluralità di vittime, fino ad una vasta categoria di consumatori (si pensi ai danni diffusi ad una certa classe), tutti detti soggetti debbano essere coinvolti nell'indagine dell'AGCM, come denunciatori o almeno come intervenienti»; dall'altro, la circostanza che «sia il rilievo che l'Autorità dispone del potere di iniziativa d'ufficio, sia la natura della medesima Autorità inducono a ritenere che la stessa operi a tutela dell'interesse pubblico nell'ottica dello svolgimento di un'effettiva e corretta concorrenza sul mercato, a prescindere da sollecitazioni esterne e da impulsi di parti».

In dottrina: F. VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, cit., p. 142. Per l'estensione a terzi dell'effetto vincolante della decisione AGCM (a prescindere dalla sua qualifica in termini di giudicato): M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 507.

⁽²²⁶⁾ La letteratura gius-pubblicistica, proprio con riferimento alle decisioni AGCM, ha riconosciuto tale estensione degli effetti a terzi come una caratteristica propria e intrinseca del provvedimento amministrativo. Si è rilevato come la tesi, ispirata a una tendenziale assimilazione del provvedimento amministrativo al negozio giuridico, per cui l'efficacia del provvedimento amministrativo sarebbe soggettivamente limitata alla sola amministrazione e ai soggetti destinatari del medesimo sia ormai superata. Per cui «partendo dalla dimensione di potere pubblico di cui il provvedimento amministrativo costituisce epilogo, è stato – convincentemente – prospettato che la sua efficacia è in grado di raggiungere tutti i soggetti la cui sfera giuridica, direttamente o indirettamente, è interessata dall'esercizio del potere; la misura dell'efficacia soggettiva del potere, in questi termini, è riflesso della competenza oggettiva assegnata alla singola amministrazione, del suo potere di regolamentazione, costitutivo e concreto. Ne è conseguita la possibilità di intendere quali soggetti vincolati agli effetti giuridici del provvedimento, oltre alla stessa amministrazione (che, però, ha poteri di autotutela), tutti gli interessati ovverosia i diretti destinatari, le altre amministrazioni interessate e i controinteressati. Questi ultimi, considerati nella prospettiva del procedimento amministrativo, sono i soggetti che potrebbero subire un pregiudizio dall'adottando provvedimento. [...] Questa impostazione pare quanto mai condivisibile nel caso di interesse, nel contesto del quale la dimensione del potere pubblico pone in luce una struttura evidentemente multipolare. La normativa *antitrust*, infatti, considera non solo la posizione dei diretti interessati alla procedura di infrazione ma, proprio perché volta al presidio del mercato, anche quella di tutti coloro che nella vicenda vantano un interesse (gli enti interessati, per stare al lessico della l. 287/1990. [...] se il provvedimento amministrativo può produrre effetti pregiudizievoli per i terzi, indipendentemente dal rispetto

Al contrario, dal lato passivo, il rispetto delle fondamentali garanzie di difesa esige che «l'effetto conformativo della decisione possa espandersi solamente a carico di chi, in quanto destinatario della decisione, sia legittimato a difendersi nella fase procedimentale e poi ad impugnare la decisione nelle sedi competenti»⁽²²⁷⁾.

9. (Segue) *Il modello del giudicato penale di condanna nei giudizi civili ex art. 651 c.p.p.*

Dal punto di vista operativo – si è osservato⁽²²⁸⁾ – emergerebbero significative analogie strutturali con il valore che il giudicato penale di condanna assume nei giudizi civili e amministrativi riparatori (ovvero per le restituzioni o il risarcimento del danno) ai sensi dell'art. 651 c.p.p.⁽²²⁹⁾. Quest'ultima

delle garanzie procedurali della partecipazione (tant'è che chi ritenga di aver subito un pregiudizio ha onere di ricorrere), allo stesso modo i terzi la cui posizione è interessato dal vantaggio discendente da un certo esercizio del potere pubblico, pur non avendo partecipato al relativo procedimento, dovrebbe poter confidare nella regolamentazione di interessi posta con quell'atto pubblico e vedere le utilità che da quello provengono loro consolidarsi, una volta decorso il tempo di impugnazione» (così B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I, della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2016, I, p. 77 ss., spec. pp. 96-99).

⁽²²⁷⁾ M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 508.

⁽²²⁸⁾ Una simile analogia è individuata *en passant* già da B. CAVALLONE, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, cit., p. 39. Maggiori osservazioni su tali analogie si rinvencono in M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, cit., spec. pp. 119-120.

⁽²²⁹⁾ Per un inquadramento del tema del valore dell'accertamento del giudice penale nel processo civile, v. A. CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, a cura di L. Lupària, L. Marafioti, G. Paolozzi, Giappichelli, Torino, 2020, p. 27 ss.; D. VIGONI, *L'effetto vincolante del giudicato penale in altri settori dell'ordinamento*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, IV-V, p. 912 ss.

Cfr. altresì nella letteratura più risalente: E.T. LIEBMAN, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 5 ss.

Sulle potenzialità di un simile modello ad assurgere a paradigma dei rapporti tra i vari giudizi in una prospettiva sistematica: L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, cit., p. 57 ss.

Sul diverso, ma affine, tema dell'incidenza del giudicato civile nel processo amministrativo: G.A. PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017. Il tema dell'incidenza del giudicato amministrativo di annullamento sulla cognizione del giudice penale è, invece, compiutamente affrontato da A.

disposizione prevede espressamente che «la sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale».

In questa ipotesi, sotto il profilo oggettivo, il «vincolo» deriva dalle sole sentenze penali irrevocabili di condanna, restando invece escluse le sentenze di proscioglimento, come quelle per estinzione del reato per prescrizione o amnistia o, ancora, per improcedibilità per mancanza di querela ⁽²³⁰⁾, «ciò anche allorquando il giudice penale abbia accertato e valutato il fatto nella sua materialità» ⁽²³¹⁾.

Analogamente a quanto visto sopra per le decisioni con impegni, è esclusa l'autorità di giudicato extrapenale *ex art. 651 c.p.p.* per le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti (“patteggiamento”) ai sensi dell'art. 444 c.p.p., anche se pronunciate dopo la chiusura del dibattimento (*ex art. 445, comma 1°*) ⁽²³²⁾.

CASATELLA, *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento sul processo penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, III, p. 492 ss.

⁽²³⁰⁾ A. GHIARA, *Sub art. 651. Efficacia della sentenza penale di condanna nel giudizio civile o amministrativo di danno*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, VI, Utet, Torino, 1991, p. 442 ss., spec. pp. 445-446.

In giurisprudenza, in tal senso: Cass., 9 dicembre 1991, n. 13219, in *Leggid'Italia*.

⁽²³¹⁾ Così Cass., sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Corr. giur.*, 2011, V, p. 644 ss., con nota di A. DI MAJO, *Il danno e il reato (tornando a Carnelutti!)*, che interviene così a superare il contrasto tra un primo orientamento (Cass., 2 novembre 2000, n. 14328, in *OneLegale*; Cass., 24 gennaio 1995, n. 810, *ivi*) incline a ritenere che la sentenza del giudice penale di proscioglimento, pronunciata all'esito di accertamenti di fatto, avrebbe efficacia vincolante per il giudice civile quanto alla materiale sussistenza dei fatti accertati in sede penale; e un secondo indirizzo (Cass., 9 aprile 1997, n. 3084, *ivi*; Cass., 23 ottobre 1998, n. 10551, *ivi*) che affermava, al contrario, l'assenza di qualsiasi efficacia vincolante nel successivo giudizio civile di risarcimento della sentenza penale che dichiara il reato estinto per prescrizione.

⁽²³²⁾ La giurisprudenza di legittimità considera comunque le sentenze di patteggiamento, nel contesto dei giudizi civili di risarcimento o nei successivi procedimenti tributari, disciplinari o amministrativi, «un importante elemento di prova per il giudice di merito il quale, ove intenda disconoscere tale efficacia probatoria, ha il dovere di spiegare le ragioni per

L'ambito nel quale le sentenze penali irrevocabili di condanna esplicano efficacia di giudicato è, poi, circoscritto dalla norma alle sole azioni risarcitorie o di restituzione. Per gli altri giudizi civili e amministrativi, opera, invece, l'art. 654 c.p.p., che, tuttavia, crea un vincolo solo in relazione all'accertamento dei fatti materiali e non anche della relativa qualificazione in termini di illiceità.

Ulteriori analogie con l'art. 651 c.p.p. si rilevano sia in relazione alla circostanza che il provvedimento vincolante deve essere un provvedimento sfavorevole al danneggiante, sia con riferimento ai procedimenti nel contesto dei quali tale peculiare efficacia si esplica, ossia il giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno.

Similmente a quanto prescrive l'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, l'efficacia di giudicato della sentenza penale irrevocabile di condanna copre il fatto storico (*rectius*: l'accertamento della sussistenza del fatto), la sua qualificazione in termini di illiceità penale e l'affermazione che l'imputato lo ha commesso; anche per tale ragione, le maggiori affinità con il caso di specie (ossia con il valore che l'art. 7, d.lgs. n. 3 del 2017 riconosce al provvedimento AGCM che accerta l'illecito anticoncorrenziale) emergono in relazione all'art. 651 c.p.p. più che all'art. 654 c.p.p.

Analogie si riscontrano anche in relazione all'estensione soggettiva dell'accertamento: anche in questo caso, eventuali terzi danneggiati dal reato possono, nell'autonomo processo civile, beneficiare dall'accertamento contenuto nella sentenza di condanna, a prescindere dal fatto che abbiano partecipato o meno, in veste di parte civile, al precedente giudizio penale ⁽²³³⁾.

cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità, ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione. Pertanto, la sentenza di applicazione di pena patteggiata, pur non potendosi configurare come sentenza di condanna, presupponendo pur sempre una ammissione di colpevolezza, esonera la controparte dall'onere della prova» (Cass., Sez. Un., 31 luglio 2006, n. 17289, in *Leggid'Italia*; Cass., 21 aprile 2008, n. 10280, *ivi*; Cass., sez. Un., 20 settembre 2013, n. 21591, *ivi*; Cass., sez. lav., 29 febbraio 2016, n. 3980, *ivi*).

Sulla questione, in dottrina, anche A. CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, cit., p. 46 ss.

⁽²³³⁾ In tal senso: Cass., 14 luglio 2009, n. 16391, in *Leggid'Italia*; Cass., 13 giugno 2016, n. 12115, *ivi*.

In dottrina già: A. GHIARA, *Sub art. 651. Efficacia della sentenza penale di condanna nel giudizio civile o amministrativo di danno*, cit., p. 448.

Dal lato passivo, la condizione necessaria è che l'imputato o il responsabile civile nei cui confronti si faccia valere l'efficacia esterna del giudicato abbiano partecipato al processo penale o, comunque, siano stati messi in condizione di farlo. In particolare, in relazione al responsabile civile, si richiede che abbia preso parte al processo a seguito di citazione o intervento volontario; va, però, dato atto del fatto che, ai fini in argomento, la giurisprudenza di legittimità ritiene sufficiente una sua partecipazione anche nella diversa veste di parte civile ⁽²³⁴⁾.

Una parte della dottrina ha, però, messo in luce anche alcune significative differenze rispetto al paradigma dell'art. 651 c.p.p. Si è, infatti, osservato che l'efficacia del giudicato penale di condanna rispetto al giudizio civile risarcitorio ex art. 651 c.p.p., «pur riguardando l'accertamento della sussistenza del fatto e della sua illiceità penale e l'affermazione che l'imputato lo ha commesso, non si estende né al profilo della colpevolezza, il cui esame è autonomamente demandato al giudice civile, né alle valutazioni e qualificazioni giuridiche attinenti agli effetti civili della pronuncia, quali sono quelle che riguardano l'individuazione delle conseguenze dannose che possono dare luogo a fattispecie di danno risarcibile» ⁽²³⁵⁾.

10. (Segue) *La (forzata) prospettiva teorica del giudicato sulla fattispecie e l'impossibilità di una piena riconduzione del vincolo al giudicato.*

Sotto il profilo della teoria generale, se proprio si intende ad ogni costo ricondurre il fenomeno al giudicato, esso potrebbe ricostruirsi, *mutatis mutandis*, cogliendo i punti di contatto con il modello teorico dei giudicati sulla fattispecie ⁽²³⁶⁾. A tale riguardo, dovrebbe immaginarsi che il provvedimento

⁽²³⁴⁾ Cass., 13 giugno 2016, n. 12115, cit.

⁽²³⁵⁾ Così D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., pp. 92-93.

⁽²³⁶⁾ La prima organica elaborazione della teoria del giudicato sulle fattispecie risale a V. DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1326 ss., il quale, sviluppando l'idea di Redenti del giudicato sul punto di diritto (v. E. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 257 ss.), ha ampliato il perimetro del fenomeno a tutte quelle ipotesi in cui il giudicato genera un vincolo conformativo esterno investendo la fattispecie e non anche gli effetti.

Sulla teoria del giudicato sulle fattispecie e i relativi limiti, si v. anche la ricostruzione di D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle "fattispecie preliminari"*, Giappichelli, Torino, 2008, spec. pp. 6-8, pp. 163-167, p. 194, il quale

amministrativo (alla stessa stregua, ad esempio, delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito, del giudicato sul punto di diritto o delle sentenze di condanna generica ⁽²³⁷⁾) fissi un punto fermo vincolante nella risoluzione di una questione, spendibile in altro *nuovo* procedimento nel quale venga in rilievo la medesima fattispecie o una porzione di essa ⁽²³⁸⁾. Si tratta di forme di accertamento che, secondo la tradizionale definizione, presentano una «minore intensità di effetti [...] rispetto agli accertamenti con contenuto “pieno”» in ragione «di regole che discendono o da norme particolari, o dalla naturale limitazione del contenuto dell'accertamento, propria dei giudicati sulla fattispecie» ⁽²³⁹⁾. La minore intensità di tale accertamento rispetto a quello ordinario è da rinvenirsi nella circostanza che esso crea un vincolo limitato solo alla fattispecie (o a una porzione di essa), tralasciando invece gli effetti.

In ogni caso e più in generale, nonostante alcune evidenti affinità, una piena riconduzione del vincolo *ex art. 7* del d.lgs. n. 3 del 2017 alla categoria del giudicato appare estremante forzata e si presta ad almeno due significative critiche teoretiche, difficilmente superabili: a) l'AGCM è un'amministrazione e non un organo giurisdizionale per cui è forzato parlare di *res iudicata* nella prospettiva tradizionalmente consolidata; b) i provvedimenti sanzionatori dell'AGCM sono da considerarsi provvedimenti amministrativi, nonostante le peculiarità di cui sono portatori, e quindi presentano una “capacità di resistenza”

evidenzia anche che la teoria del Denti, per quanto affascinante, non «ha avuto altro seguito e ha suscitato in maggior misura critiche».

Una compiuta sistemazione teorica degli, affini ma distinti, effetti di fattispecie, ponendo l'accento sulla prospettiva di diritto sostanziale, si rinviene in A. CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, Cedam, Padova, 1992, p. 768 ss. (su cui più specificatamente appena *infra*, paragrafo 11).

⁽²³⁷⁾ In relazione alle condanna generica a cui consegue la liquidazione in altro autonomo giudizio, Denti ritiene che si configuri un fenomeno del tutto analogo a quello dell'accertamento (o giudicato) sulla fattispecie, poiché il secondo giudice «è vincolato nell'accertamento di quell'elemento, o di quegli elementi, della fattispecie che sono coperti dal giudicato, ma è libero nell'indagine intorno agli altri elementi della fattispecie produttiva del diritto al risarcimento che sono estranei al contenuto della cosiddetta condanna generica» (V. DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, cit., p. 1348).

⁽²³⁸⁾ Rileva V. DENTI, *op. ult. cit.*, p. 1350, che altra caratteristica peculiare del giudicato sulla fattispecie è che «il processo, rispetto al quale il giudicato sulla fattispecie spiega l'efficacia vincolante, è processo *nuovo*».

⁽²³⁹⁾ Così V. DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, cit., p. 1349. Cfr. anche D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., p. 195.

inferiore a quella propria del giudicato giurisdizionale come tradizionalmente inteso.

Riservando al prosieguo della trattazione la più approfondita analisi di questi due profili critici (v. *infra* cap. III), basti qui anticipare che la riconduzione dell'AGCM al potere giurisdizionale, oltre a porsi in aperto contrasto con l'art. 102 Cost., è stata esclusa anche dalla giurisprudenza, sia domestica che soprannazionale.

11. *Il provvedimento dell'AGCM come elemento costitutivo della fattispecie sostanziale.*

Si è anche prospettata la suggestiva ipotesi di risolvere la questione integralmente sul terreno del diritto sostanziale, qualificando il provvedimento AGCM che accerta l'illecito come fatto che compone la fattispecie del diritto al risarcimento del danno ⁽²⁴⁰⁾.

Secondo tale interpretazione, il provvedimento con cui l'AGCM accerta l'illegittimità della condotta e sanziona l'impresa verrebbe «ad essere un fatto, che col suo modo di essere e per il sol fatto di venir ad esistenza, contribuisce a comporre la fattispecie acquisitiva del diritto del consumatore danneggiato» ⁽²⁴¹⁾.

Il provvedimento amministrativo viene quindi valorizzato come fatto, alla stessa stregua di quanto potrebbe talora avvenire per la sentenza, in quelle ipotesi in cui essa «non vien presa in considerazione come atto giurisdizionale, ma come un qualsiasi fatto giuridico che costituisce la fattispecie o che fa parte della fattispecie di una norma di diritto sostanziale» ⁽²⁴²⁾. A date condizioni, il

⁽²⁴⁰⁾ Con riferimento all'art. 9 della Direttiva, prospetta una simile soluzione: A.D. DE SANTIS, *Processo civile*, antitrust litigation e consumer protection, cit., spec. p. 1506 ss.

⁽²⁴¹⁾ A.D. DE SANTIS, *Processo civile*, antitrust litigation e consumer protection, cit., p. 1512.

⁽²⁴²⁾ P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, p. 15 ss., spec. p. 20.

L'Autore evidenzia che «non tutti gli effetti giuridici che la legge attribuisce alla sentenza si possono ricollegare alla volontà in essa formulata, e riportare quindi sotto l'istituto del giudicato. Talvolta [...] la sentenza viene considerata dalla legge come *fatto produttivo di effetti giuridici*, dalla legge stessa prestabiliti e non dipendenti dal comando contenuto nella sentenza. Così la sentenza, la quale normalmente serve ad accertare quali sono le conseguenze

provvedimento, quindi, dispiegherebbe, sul piano sostanziale, effetti ulteriori e diversi (i c.d. *effetti di fattispecie*) rispetto a quelli che tradizionalmente lo stesso produce come atto ⁽²⁴³⁾. Nel contesto della teoria generale, si è opportunamente evidenziata la necessità di non confondere i meri effetti della fattispecie dalla riflessione dell'accertamento in senso proprio, attenendo a due distinti profili di operatività della sentenza. Quest'ultima, infatti, «oltre a produrre in via immediata quale accertamento (in senso lato) determinati effetti» può «venire qualificata da norme positive (di formazione statuale o negoziale) quale mero fatto giuridico, e fungere come riferimento indiretto per la produzione di altri effetti» ⁽²⁴⁴⁾.

Il consolidarsi come fatto (della sentenza o, nel caso che qui ci occupa, dell'atto amministrativo) giustificerebbe anche la portata generale che il provvedimento assume in relazione alle pretese risarcitorie avanzate dai soggetti danneggiati, pur non partecipanti al procedimento in seno all'AGCM ⁽²⁴⁵⁾. Così

giuridiche dei fatti controversi, diventa qui a sua volta il fatto a cui una norma ricollega il prodursi di certe conseguenze giuridiche, diverse e indipendenti da quelle inerenti il giudicato» (pp. 15-16). L'autorevole Giurista fiorentino riporta, quindi, alcuni esempi in cui la sentenza assume valore di fatto. Ciò avverrebbe in relazione alla fattispecie di diritto tributario che prevede l'imposta di registro a seguito della pubblicazione di una sentenza: quest'ultima diventa fatto costitutivo del rapporto giuridico tra l'Amministrazione finanziaria e le parti, producendo così un effetto esterno diverso da quello intrinseco che produce in relazione al rapporto giuridico tra le parti nei cui confronti è stata pronunciata. Egualmente, allorquando la sentenza è frutto di illecito del giudice, delle parti o dei loro legali, essa potrà diventare anche fatto costitutivo di una eventuale pretesa risarcitoria azionata dal soggetto danneggiato.

Critico nei confronti della nozione di sentenza come fatto giuridico si dimostra S. SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, p. 251 ss.

⁽²⁴³⁾ Cfr., sul punto, con riferimento ai provvedimenti giurisdizionali, A. CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, cit., p. 768 ss., spec. pp. 774-775, il quale osserva che gli effetti di fattispecie «agiscono sul piano sostanziale, non su quello del processo, e non definiscono il vincolo di conformazione che nell'accertamento del rapporto dipendente esplica la cosa giudicata formatasi compiuto sul rapporto pregiudiziale».

⁽²⁴⁴⁾ Così A. CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, cit., p. 775.

⁽²⁴⁵⁾ Cfr., per proseguire il parallelo con quanto accade nel caso della sentenza come fatto giuridico: P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, cit., p. 20, evidenzia che ci sono ipotesi in cui «la legge riconnette alla dichiarazione di volontà contenuta nella sentenza effetti di portata generale, eccedenti il singolo caso deciso», secondo un modello latamente affine al «sistema dei precedenti obbligatori del diritto inglese». L'ipotesi riportata dall'Autore è quella delle «sentenze della Magistratura del Lavoro», che risolvono «controversie collettive concernenti la determinazione di nuove condizioni del lavoro». In questo caso, si verifica il «fenomeno di una sentenza che, mentre, in relazione al singolo caso deciso, ha il valore di un atto giuridico, vale altresì per l'avvenire, in maniera generale, per tutta una serie di casi ipoteticamente previsti dalla legge, come fatto giuridico in senso stretto» (p. 21).

la fattispecie risarcitoria di ciascun debitore che agisce in giudizio per il risarcimento del danno *ex art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017* sarà condizionata dall'accertamento contenuto nel provvedimento dell'AGCM, incidendo questo su una porzione delle fattispecie risarcitorie.

Tale ricostruzione, oltre a ben spiegare l'efficacia *ultra partes* del provvedimento amministrativo, ha, inoltre, il significativo pregio di valorizzare la natura complessa dell'attività dell'AGCM: l'Autorità, per sua natura, non si limiterebbe infatti a un mero accertamento di un illecito anticoncorrenziale, alla stregua di quanto fa il giudice, né all'esclusivo esercizio di discrezionalità tecnica, alla pari di qualsiasi altra amministrazione, ma assolverebbe al significativo (ed esclusivo) ruolo di integrare con le sue valutazioni la fattispecie lasciata aperta dal legislatore, dando consistenza ai c.d. "concetti giuridici indeterminati" (ad. es. il concetto di "mercato rilevante", di impedimento o restrizione consistente del gioco della concorrenza) ⁽²⁴⁶⁾. In tale contesto, l'AGCM assolve un «compito esclusivo, nel quale l'Autorità non può essere sostituita da altri, anche se il modo in cui lo assolve è soggetto a controllo

⁽²⁴⁶⁾ Cfr., sul punto, G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, cit., spec. p. 547, il quale, con specifico riferimento all'accertamento della nullità delle intese, evidenzia che «la valutazione dell'Autorità non solo non si esaurisce in un mero accertamento (che non sarebbe poi giustificato sottrarre al giudice) ma non si esaurisce neanche in una discrezionalità tecnica perché si estende alla comparazione di esigenze (utilità) diverse: vi è un innegabile momento dispositivo, attuabile non solo attraverso l'assenso ma anche attraverso l'inerzia dell'Autorità [...]. L'intervento dell'Autorità è dunque necessario a integrare il presupposto della nullità».

V. altresì A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., p. 127 ss., secondo cui «l'Autorità Garante, nell'assicurare la conservazione degli equilibri di mercato, non è chiamata infatti alla mera applicazione di una norma o di una serie di norme [...] In presenza di tale generico riferimento a concetti giuridici indeterminati è evidente che l'Autorità chiamata ad applicare il precetto avrà l'onere di "riempire" quel precetto o se si vuole di codificare caso per caso, ovvero in via generale ed astratta, la concreta portata della *regula juris*. Tale attività, che taluno chiama di regolazione, ma che, dal punto di vista sostanziale, altro non è che attività amministrativa in senso proprio, non può essere in nessun modo ricondotta all'esercizio di poteri quasi giudiziali o neutrali» (pp. 128-129).

Ancóra: G. DE MINICO, *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 375 ss., la quale, però, con riferimento all'attività di concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati riservata all'Autorità, ritiene «inadeguata tanto la nozione di "amministrazione attiva" – per quanto posso ancora valere – perché si è formalmente dinanzi a un riesame dell'altrui condotta, non ad una scelta circa la modalità di cura più appropriata degli interessi, tanto quella di "controllo puro", per l'assenza di un parametro predefinito normativamente» (p. 378).

giurisdizionale»⁽²⁴⁷⁾. Senza tale opera, riservata dal legislatore all'Amministrazione, le norme sulla tutela della concorrenza sarebbero prive di immediata portata precettiva tra privati.

Tale teoria, nella sua formulazione più radicale, sembra, però, prestare il fianco a diverse critiche.

Innanzitutto, l'impostazione, sotto il profilo teleologico, non appare pienamente coerente con le intenzioni del legislatore: né di quello europeo della Direttiva, che fa esplicito richiamo alla prova (*prima facie*), né di quello nazionale del recepimento, nonostante la formulazione sibillina da quest'ultimo adottata⁽²⁴⁸⁾. Il legislatore sembra infatti aver voluto impostare il vincolo sul piano processuale più che sostanziale.

Il principale limite di tale teoria, nella sua impostazione più ortodossa, sembra, però, rinvenirsi nella sua inconciliabilità con l'ammissibilità delle azioni risarcitorie non precedute da un accertamento dell'Autorità (c.d. azioni *stand alone*)⁽²⁴⁹⁾. A tal proposito, infatti, se si ritenesse assolutamente imprescindibile l'accertamento dell'Autorità in quanto integrativo della fattispecie legale risarcitoria, dovrebbe escludersi, in ogni caso, la possibilità di adire il giudice civile senza il preventivo accertamento amministrativo. Sarebbe, in sostanza, precluso al giudice civile il potere di accertare autonomamente la condotta anticoncorrenziale, neanche attraverso il ricorso a una consulenza tecnica. Il giudice adito, difettando il presupposto (ossia l'accertamento amministrativo pregiudiziale), potrebbe, al più, investire l'Autorità che non si è ancora pronunciata senza possibilità di «sostituirsi ad essa nell'esercizio del suo potere di "amministrazione indipendente" (e meno che mai... ricorrere a un consulente per verificare se vi siano o meno gli estremi di un concreto pregiudizio dell'utilità sociale)»⁽²⁵⁰⁾.

⁽²⁴⁷⁾ Così G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, cit., p. 548.

⁽²⁴⁸⁾ Per tale critica v. M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 490.

⁽²⁴⁹⁾ *Ivi*, p. 490, nota 43.

⁽²⁵⁰⁾ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, cit., p. 550.

Questa prospettiva, per quanto idonea a garantire l'uniformità delle politiche *antitrust*, si scontra inevitabilmente con il dato positivo e con il diritto vivente che ammettono la possibilità di azioni *stand alone*, nonostante le difficoltà concrete, in queste ipotesi, di fornire la prova della condotta anticoncorrenziale. Peraltro, diversamente opinando, si verificherebbe una forma di giurisdizione condizionata, *rectius* una vera e propria condizione di proponibilità dell'azione civilistica di danno di dubbia legittimità costituzionale. L'azione risarcitoria sarebbe, infatti, preclusa in tutte quelle occasioni in cui l'Autorità indipendente avesse ritenuto di non avviare l'istruttoria o di disporre l'archiviazione del procedimento, risultando così frustrato l'esercizio del diritto d'azione del soggetto che si assume danneggiato.

Neppure sembra porre rimedio a un simile ostacolo la potenziale obiezione per cui i danneggiati potrebbero comunque impugnare al cospetto del giudice amministrativo il provvedimento di archiviazione emesso dall'AGCM o dolersi, con azione avverso il silenzio, dell'inerzia dell'Autorità.

Oltre agli eventuali problemi che potrebbero porsi in punto di legittimazione e interesse a ricorrere tra danneggiati estranei al procedimento amministrativo e danneggiati denunciatori o intervenienti, permangono dubbi circa l'effettiva impugnabilità, più a monte, di simili comportamenti/provvedimenti dell'Autorità. Innanzitutto, l'AGCM sembrerebbe godere di piena discrezionalità circa l'opportunità o meno di esercitare il proprio intervento di repressione delle condotte anticoncorrenziali e, di conseguenza, non pare sussistere un autonomo interesse differenziato meritevole di tutela in capo al soggetto danneggiato ad ottenere l'accertamento amministrativo ⁽²⁵¹⁾; né il giudice amministrativo, stante la discrezionalità

⁽²⁵¹⁾ La giurisprudenza amministrativa ha, ad esempio, chiarito che, «nell'esercizio delle attribuzioni devolute dalla l. 10 ottobre 1990 n. 287 all'autorità garante della concorrenza e del mercato, l'autorità procede di ufficio agli accertamenti delle infrazioni. Le associazioni di consumatori hanno la mera facoltà di denuncia, il cui esercizio, tuttavia, non determina una situazione giuridica soggettiva legittimante alla proposizione di ricorsi od a resistere quale controinteressate. Non possono proporre, pertanto, appello avverso le decisioni di primo grado che, se proposto, va dichiarato inammissibile» (così Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, V, p. 443 ss., con nota di M. LIBERTINI, *Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza*).

dell'AGCM, nel caso di ricorso avverso il silenzio, potrebbe pronunciarsi direttamente sulla fondatezza della pretesa *ex art. 31, comma 3°*, codice del processo amministrativo.

Diversi e irragionevoli sarebbero, quindi, gli ostacoli che, nell'esercizio della propria pretesa risarcitoria, incontrerebbe il privato danneggiato dalla pratica anti-competitiva, tali da far dubitare della compatibilità di un simile sistema di giurisdizione condizionata rispetto all'art. 24 della Costituzione ⁽²⁵²⁾. Come è stato da tempo osservato da una parte della letteratura, «in altri termini, non appare compatibile con i nostri principi costituzionali ammettere un condizionamento dell'azione giurisdizionale civile alla stregua di un preventivo esercizio di un potere amministrativo» ⁽²⁵³⁾.

12. *(Segue) Il potenziale correttivo nella prospettiva del concorso di azioni e i relativi limiti.*

Altra parte della dottrina sembra invece addivenire a una soluzione più moderata ⁽²⁵⁴⁾, apparentemente in grado di superare l'appena citato contrasto con il dettato costituzionale. Si è infatti sostenuta la possibile coesistenza di due autonomi diritti soggettivi in capo al soggetto danneggiato, tra loro alternativi, derivanti, a seconda dei casi, dalla circostanza che sia intervenuto o meno l'accertamento dell'AGCM.

Qualora l'AGCM avesse già accertato la condotta anticoncorrenziale, il provvedimento amministrativo assurgerebbe a fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno, che il presunto danneggiato può allegare al fine di

Cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, in *Leggid'Italia*, secondo cui «in materia di illeciti concorrenziali il soggetto denunciante, in quanto tale, non è titolare di un interesse qualificato ad un corretto esame della sua denuncia, ma lo diventa solo quando dimostra di essere portatore di un interesse particolare e differenziato, che assume essere stato leso dalla mancata adozione del provvedimento repressivo; la legittimazione deriva allora non dalla qualità di denunciante, ma da quella di controinteressato». Pertanto, tale pronuncia riconosce solo al denunciante portatore di un interesse sostanziale differenziato e qualificato la legittimazione ad impugnare il provvedimento di archiviazione o di diniego assunto dall'AGCM.

⁽²⁵²⁾ Cfr. S. LA CHINA, *Sub. art. 33. Competenza giurisdizionale*, cit., pp. 667-668; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., p. 452 ss.

⁽²⁵³⁾ Così P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., p. 457.

⁽²⁵⁴⁾ A.D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, cit., p. 1512.

facilitare il proprio onere probatorio. Al contrario, in assenza del provvedimento amministrativo o se l'AGCM non avesse ravvisato gli estremi della violazione del diritto della concorrenza, verrebbe meno il fatto costitutivo della pretesa risarcitoria che si pone alla base dell'azione *follow on*. Ciò, tuttavia, non inficia in alcun modo «l'onere (*id est*, la possibilità), per il danneggiato che intenda proporre la domanda risarcitoria, di allegare altri fatti costitutivi del suo diritto, quali quelli relativi alla configurabilità dell'intesa idonea a violare la legge, e il dovere del giudice di pronunciarsi sulla loro sussistenza» ⁽²⁵⁵⁾. Resterebbe, pur sempre, la possibilità per il danneggiato di far valere il diverso diritto (non poggiante sul fatto costitutivo, rappresentato dal provvedimento amministrativo, ma sul diverso fatto della condotta anticoncorrenziale) attraverso un'azione *stand alone*.

Se, invece, in séguito alla sentenza di rigetto della domanda risarcitoria proposta nell'ambito di un giudizio *stand-alone*, l'AGCM emetta un provvedimento che accerti la condotta illecita, «il sopravvenire di un nuovo e non deducibile fatto costitutivo del diritto dovrebbe dirsi in grado di legittimare la proposizione di una nuova e non preclusa azione risarcitoria, fondata cioè su fatti parzialmente diversi rispetto a quelli sui quali ha deciso il giudice e si è formato l'eventuale giudicato di rigetto» ⁽²⁵⁶⁾.

Verrebbe, in sostanza, a configurarsi, nel caso di specie, un'ipotesi di concorso di azioni (o di diritti) ⁽²⁵⁷⁾, con le relative conseguenze sotto il profilo

⁽²⁵⁵⁾ *Ivi*, p. 1513.

⁽²⁵⁶⁾ *Ivi*.

⁽²⁵⁷⁾ I riferimenti bibliografici sul concorso di norme rapportato ai diversi concetti di concorso di fattispecie e di concorso di azioni sono copiosi. La difficoltà in dottrina è stata da sempre quella di individuare una corretta linea di demarcazione tra i due *genera*. Se ciò è risultato agevole sul piano definitorio e descrittivo, un po' meno lo è nella concreta applicazione. Per una ricostruzione del dibattito con attenzione ad entrambi i profili (quello teorico e quello pratico) si rinvia a F. LANCELOTTI, *Sul concorso delle azioni (vicende dottrinali ed autonomia di nozione)*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 375-423, il quale conclude «per l'affermazione della possibilità di autonomia concettuale della nozione stessa di concorso delle azioni, con proprio distinto contenuto rispetto a quello del concorso dei diritti, e tale da presupporre, in via astratta la nozione di un concorso di norme (o fattispecie normative), ed in via concreta la nozione di un concorso di fattispecie reali» (spec. p. 423).

Con specifico riguardo all'evoluzione storica del concetto di concorso di azioni, basti qui rilevare che il tema, nella vigenza del codice del 1865, fu oggetto di attenzioni solo da parte di pochi autori. Si segnalano i contributi del processualista C. LESSONA, voce *Concorso di azioni*,

processuale in relazione al rapporto tra le due azioni. La sussistenza di due domande giudiziali non identiche ma connesse, in quanto espressione di fattispecie costitutive solo in parte coincidenti, ha infatti riflessi in ordine a diversi profili, con riferimento: *a)* agli eventuali rapporti di litispendenza, continenza o connessione tra cause; *b)* al configurarsi di una *mutatio* o di una *emendatio libelli* in corso di causa qualora l'azione *follow on* venga proposta nel giudizio *stand alone* già iniziato; *c)* ai limiti oggettivi del giudicato su una delle due domande.

Non potendoci soffermare compiutamente su tutti questi specifici profili, pare però opportuno accennare ad alcuni aspetti problematici potenzialmente emergenti. Occorre premettere, in relazione al profilo di cui al punto *a)*, che la struttura solo parzialmente coincidente tra le due azioni dovrebbe indurre a ritenere la sussistenza tra le stesse di un rapporto di connessione. Nell'ipotesi, astrattamente possibile, in cui il danneggiato proponga entrambe le domande (quella *stand alone* e quella *follow on*) dinnanzi allo stesso giudice o a uffici giudiziari diversi, troverebbero applicazione gli articoli 40 e 274 c.p.c. e non gli articoli 39 e 273 c.p.c. La realizzazione del *simultaneus processus* è, pertanto, del tutto eventuale, in quanto subordinata, in ogni caso, alla tempestività dell'eccezione o del rilievo officioso nei termini di cui all'art. 40, comma 2, c.p.c. e alla circostanza che lo stato della causa principale o preventivamente proposta consenta l'esauriente trattazione e decisione delle cause connesse. Non

in *Dig. it.*, VIII, Utet, Torino, 1892, pp. 385-389, e dei civilisti N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I - parte generale, Società editrice libraria, Milano, 1910, pp. 488-490 ed E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Barbera editore, Firenze, 1921, spec. pp. 351-353. Con riguardo al nuovo codice, oltre all'essenziale contributo del Chiovenda, si segnala E.T. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Morano editore, Napoli, 1962, pp. 54-63.

Particolarmente dibattuta è la possibilità (o meno) di riconoscere autonomia concettuale al concorso di diritti rispetto al concorso di azioni. Ritiene opportuno mantenere la distinzione F. LANCELLOTTI, *Sul concorso delle azioni (vicende dottrinali ed autonomia di nozione)*, cit., pp. 422-423. Di diverso avviso, invece, E.T. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, cit., p. 57, secondo cui «la distinzione tra diritto ed azione può avere come massima conseguenza quella di duplicare la figura primitiva, perché ad ogni concorso di diritti corrisponderà un concorso di azioni»; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1984, p. 179, ove si afferma che «ai diritti concorrenti corrispondono altrettante azioni concorrenti».

può, quindi, del tutto escludersi, nell'ipotesi in cui non si realizzi il *simultaneus processus*, il rischio di decisioni contrastanti sulla medesima vicenda fattuale.

La questione del coordinamento tra le due azioni si pone anche nell'ipotesi in cui l'accertamento amministrativo dell'AGCM sopravvenga mentre è già in corso un giudizio risarcitorio su un'azione *stand alone*. Ci si chiede se, in questo caso, il danneggiato possa produrre il provvedimento AGCM nel giudizio in corso, avvantaggiandosi così degli effetti connessi in punto di accertamento di alcuni elementi della fattispecie. A rigore, trattandosi di azioni distinte e trovandoci al cospetto di c.d. diritti "eterodeterminati", una simile innovazione dovrebbe comportare un'inammissibile *mutatio libelli*. Pur rivalutando una simile conclusione alla luce della più recente giurisprudenza che ha inteso allargare l'oggetto del giudizio alla complessiva "vicenda sostanziale dedotta in giudizio" ampliando altresì le maglie dell'*emendatio libelli* fino ad includervi la proposizione delle c.d. domande complanari ⁽²⁵⁸⁾, resterebbe comunque il limite preclusivo della prima memoria. Oltre tale "barriera", non sembra restare altra soluzione al danneggiato che voglia avvantaggiarsi dell'accertamento AGCM, se non rinunciare, con una scelta evidentemente gravosa, agli atti del giudizio *stand alone* in corso ed avviare un nuovo giudizio *follow on*.

L'autonomia delle due azioni, in una prospettiva tradizionale, comporta che l'eventuale giudicato di rigetto sull'azione *stand alone* non pregiudichi la proponibilità di una nuova domanda risarcitoria *follow on*. Si potrebbe, però, addivenire a una conclusione opposta se si valorizza il citato orientamento incline ad allargare l'oggetto del processo oltre il diritto specificatamente

⁽²⁵⁸⁾ Il riferimento è al filone giurisprudenziale inaugurato da Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3190, con nota di A. MOTTO, *Le Sezioni Unite sulla modificazione della domanda giudiziale*; in *Riv. dir. proc.*, 2016, III, p. 807 ss., con nota di E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*; in *Corr. giur.*, 2015, VII, p. 961 ss., con commento di C. CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande «complanari» ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria con cui si cumuleranno* e ripreso da Cass., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Giur. it.*, 2018, XI, p. 2316.

In relazione a quest'ultima sentenza, v., *si vis*, M. GOLIA, *Mutatio libelli e cumulo progressivo di domande alternative subordinate: il revirement delle sezioni unite sull'azione generale di arricchimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, I, p. 359 ss.

azionato e fino a ricomprendervi la (più ampia) vicenda sostanziale dedotta in giudizio con inevitabile estensione delle maglie dell'ambito oggettivo su cui cade il giudicato.

13. *Il provvedimento AGCM come prova.*

Altre ricostruzioni teoriche tendono a ricondurre il fenomeno sul terreno della prova ⁽²⁵⁹⁾, con una soluzione che appare, almeno astrattamente, maggiormente conforme alle intenzioni del legislatore europeo, che, come si è rilevato, richiama la categoria della prova *prima facie*.

Punti di contatti sono stati, innanzitutto, messi in evidenza con la categoria della prova legale ⁽²⁶⁰⁾. Un simile assimilazione sarebbe desumibile dalla circostanza che l'efficacia probatoria dell'accertamento AGCM è prestabilita dal legislatore, il quale avrebbe configurato una vera e propria eccezione al principio del libero convincimento; eccezione che può essere integrata, nel nostro ordinamento, solo dalle prove legali.

La principale e non trascurabile obiezione mossa a una simile ricostruzione teorica si rinviene, però, nell'osservazione che l'efficacia vincolante riconosciuta al provvedimento AGCM concerne e vincola il giudice

⁽²⁵⁹⁾ Cfr., in attesa dell'attuazione della Direttiva, le osservazioni di S.M.P. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, cit., p. 1182.

⁽²⁶⁰⁾ I punti di contatto con la prova legale sono messi in luce anche da A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, cit., p. 25.

Cfr. altresì D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., pp. 96-97, il quale, con un approccio prudente, osserva che «se si esclude che la decisione abbia efficacia di giudicato e se non si ritiene appagante l'affermazione della natura materiale della norma, l'unica via per qualificare la natura del vincolo e per inquadrarne i limiti di operatività, sembra essere quella di collocare l'una e gli altri sul piano istruttorio. Ancora una volta, la perentorietà del tenore letterale della norma in parola sembra imporre l'attribuzione dell'efficacia di "prova inconfutabile" o di "prova legale", non di mera "prova privilegiata". Conclusione, questa, che comunque lascia una non marginale perplessità sul piano della compatibilità con l'art. 24 Cost. [...]».

non solo in ordine ai fatti ma anche con riferimento alla loro qualificazione giuridica ⁽²⁶¹⁾).

Una simile circostanza, salvo che non si voglia ritenere che la prova riguardi non il fatto materiale ma il più complesso fatto antiggiuridico, sembra stridere con la prospettiva della letteratura processualcivilistica tradizionale, la quale individua nei soli *fatti* l'oggetto precipuo e pressoché esclusivo della prova ⁽²⁶²⁾, ivi compresa la prova legale. La prova, di per sé, consente al giudice di determinare il fatto, mentre la qualificazione giuridica di questo (anche nei soli termini della sua antiggiuridicità) è un'attività intellettuale successiva,

⁽²⁶¹⁾ Muovono tale obiezione, già in prospettiva del recepimento della Direttiva: A.D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, cit., pp. 1510-1511, secondo cui «l'eventuale recepimento che si risolve nell'attribuire al provvedimento amministrativo efficacia di prova, necessariamente legale, parrebbe non in piena armonia con la *voluntas* della direttiva, perché, l'art. 9, paragrafo 1, non si riferisce al fatto (al contrario del paragrafo 2), ma alla valutazione in diritto compiuta dall'autorità circa la contrarietà alle norme *antitrust* della condotta censurata; nel paragrafo 2, invece, il legislatore europeo menziona espressamente il fatto come oggetto dell'accertamento e, coerentemente, impone ai legislatori interni di conferire al provvedimento dell'autorità di altro paese membro l'efficacia di una prova (*prima facie*). Peraltro, anche operando un accostamento tra l'attitudine della sentenza a provare il fatto e quella del provvedimento dell'autorità, a) con riferimento a quella civile, parrebbe non agevole superare le obiezioni a suo tempo mosse rispetto alla capacità della sentenza civile di provare, in altro processo, il fatto oggetto dell'accertamento del giudice, alla luce della dimostrata stretta connessione tra fatto e motivazione; b) con riferimento a quella penale, insuperabile sembra il dato testuale dell'art. 238 *bis* c.p.p., che nel riconoscere alle sentenze penali irrevocabili la capacità ad essere "prova di fatto in esse accertato", tuttavia ne limita l'efficacia a prova libera, da valutarsi "unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità" (art. 192, comma 3, c.p.p.)».

Più di recente M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., pp. 488-489, secondo cui «la prospettiva che colloca il fenomeno sul terreno della prova legale, oltre a non sciogliere i nodi relativi alla compatibilità costituzionale del condizionamento così imposto al giudice civile, non riesce a dare adeguatamente conto di un vincolo che senza dubbio attiene sia agli accertamenti in fatto, sia alle relative valutazioni giuridiche: un vincolo esteso dunque proprio a quell'accertamento della condotta nella sua materialità e del suo carattere antiggiuridico, che spetterebbe altrimenti al giudice civile compiere liberamente».

⁽²⁶²⁾ Le diverse definizioni della prova confermano tale prospettiva. V., a tal proposito, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 4° ed. cit., p. 809, e ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936, p. 425, secondo cui «provare significa formare la convinzione del giudice della esistenza o non esistenza di *fatti* rilevanti nel processo». Sulla prova come «fissazione formale di un fatto», v. F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1947 (ristampa 1992). Per E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1938, p. 344: «provare, agli effetti di un processo, praticamente significa: indurre il giudice nella convinzione di dover considerare come veri (o non veri) certi fatti, agli effetti della sua decisione».

compiuta, in via esclusiva, dal giudicante e non connaturata alla prova in quanto tale ⁽²⁶³⁾. Tale attività appare prodromica alla successiva opera di sussunzione che si pone alla base del sillogismo giuridico: «fissato il fatto e compiutane la qualificazione giuridica, il giudice deve fra le numerose norme, che formano l'ordinamento normativo, sceglierne una, la cui fattispecie corrisponda a quella del fatto giuridicamente qualificato: sussunzione della fattispecie alla norma, o applicazione del diritto al fatto, a seconda che si consideri come incognita la fattispecie o la norma» ⁽²⁶⁴⁾.

Le medesime ragioni, oltre alla segnalata circostanza che il giudice non è libero di valutare la prova secondo il suo libero apprezzamento ma è di fatto vincolato, inducono ad escludere anche una riconduzione del fenomeno nel novero delle prove atipiche ⁽²⁶⁵⁾.

14. *Inopportunità di riconduzione del fenomeno alle categorie tradizionali e autonomia dogmatica della categoria.*

Dall'indagine appena condotta emerge che i diversi tentativi di «incasellamento» del vincolo dettato dall'art. 7, d.lgs. n. 3 del 2017, nelle tradizionali categorie sembrano incontrare diversi ostacoli ricostruttivi, non agevolmente superabili, se non a costo di significative forzature dogmatiche (è il caso delle prospettate qualificazioni del fenomeno in termini di prova legale o

⁽²⁶³⁾ Spunti in tal senso si rinvengono in V. ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Utet, Torino, 1967, p. 264.

⁽²⁶⁴⁾ *Ivi.*

⁽²⁶⁵⁾ La stessa ammissibilità della prova atipica nel processo civile è stata, in vero, messa in discussione in assenza di una specifica disposizione che la contempli come categoria residuale alla stessa stregua di quanto accade nel contesto del processo penale (art. 189 c.p.p.). Sul tema: B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679 ss.; G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Giuffré, Milano, 1999; ID., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 409 ss. Aperture significative all'ammissibilità della prova atipica giungono, invece, dalla giurisprudenza, cfr. Cass., 25 marzo 2004, n. 5965, in *OneLegale*; Cass., sez. II, 4 giugno 2014, n. 12577.

La Corte, nelle pronunce testé citate, ha affermato il principio di diritto secondo cui «nell'ordinamento processuale vigente, mancando una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico - riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato - con le altre risultanze del processo».

di giudicato). Ciò ha, di recente, indotto una parte della letteratura ad affermare la natura ibrida del fenomeno, alla luce degli eterogenei punti di contatto con l'una o con l'altra delle categorie analizzate ⁽²⁶⁶⁾. Anche la teoria che intende risolvere la questione sul piano sostanziale attraverso il ricorso alla teoria della fattispecie complessa, per quanto suggestiva, sembra presentare qualche difficoltà di armonizzazione, specie se si intende, in una prospettiva sistematica, estendere il discorso anche alle altre Autorità indipendenti, prive di una specifica disciplina espressa.

È stato giustamente rilevato che la «precisa natura di questo vincolo» è «estremamente difficile da definirsi ed i suoi effetti, soprattutto (ma non solo) con riguardo al provvedimento amministrativo inoppugnabile, stentano ad ambientarsi all'interno delle tradizionali categorie concettuali» ⁽²⁶⁷⁾, per cui, «in realtà, non è probabilmente utile forzare le categorie concettuali della *res judicata*, della prova legale o cercare gemellaggi imperfetti con esperienze non pienamente sovrapponibili» ⁽²⁶⁸⁾. In sostanza, sembra necessario, con specifico riferimento a questo profilo, superare quello che, in altro contesto, è stata efficacemente definito come «*nightmare* dell'ansia sistematica» ⁽²⁶⁹⁾, di cui sovente la letteratura finisce per essere, più o meno sterilmente, inebriata.

⁽²⁶⁶⁾ Il riferimento è A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, cit., p. 26, il quale parla di un «ipervincolo, che non trova un vero uguale nel nostro ordinamento», in quanto «è insieme di cosa giudicata, in ordine alla qualificazione giuridica dell'illecito *antitrust*, e di prova legale, in ordine alla ricostruzione dei corrispondenti fatti storici».

Una simile conclusione è apparsa, però, non pienamente convincente. Si è, infatti, osservato che «se per constatare l'antigiuridicità della condotta è necessario indagare (anche) i fatti che ne danno concretezza, non serve distinguere un diverso tipo di vincolo con riferimento ad essi, essendo sufficiente invocare per l'aspetto giuridico e per quello fattuale, la sola efficacia di giudicato (in quanto idonea ad assorbire il profilo probatorio)» (così D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 93).

⁽²⁶⁷⁾ M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 487. Di portata «alquanto ambigua» del vincolo, il quale «non sembra precisamente incasellabile nelle categorie tradizionali» parla D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 91.

⁽²⁶⁸⁾ M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 490.

⁽²⁶⁹⁾ L'espressione è di F. CARPI, Art. 824 bis. *Efficacia del lodo*, in *Arbitrato*, 3° ed., commentario diretto da F. Carpi, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 736, utilizzata con riferimento al

Potrebbe, quindi, risultare maggiormente proficuo valorizzare l'autonomia dogmatica del fenomeno in modo da tenere in debita considerazione, da un lato, la natura amministrativa delle Autorità e le peculiarità di cui sono portatori alcuni provvedimenti di queste Amministrazioni; dall'altro, l'opportunità di una ricostruzione teorica potenzialmente estensibile anche alle esperienze di altre *Authorities*.

Guardando, pertanto, alla sostanza del fenomeno, sembra si debba giungere a una presa d'atto inevitabile, ossia che il legislatore, nella sua piena discrezionalità, ha inteso riconoscere ad alcuni provvedimenti amministrativi, che presentano determinate caratteristiche sotto il profilo sostanziale, la capacità conformativa propria dei provvedimenti giurisdizionali, anche se non una vera e propria natura di giudicato, che resta ancora prerogativa propria della giurisdizione.

Una simile prospettiva muove, pertanto, dal riconoscimento di una efficacia preclusiva o, comunque, conformativa propria ad alcuni provvedimenti amministrativi, che, formati in maniera contenziosa, fanno dell'accertamento un bene giuridico autonomo, alla stessa stregua delle sentenze giurisdizionali, di cui però non condividono necessariamente la natura.

Tale modello, d'altronde, è già noto ad altri ordinamenti europei, come quello tedesco, dove «il novellato §33b GWB ha espressamente attribuito al provvedimento amministrativo un'efficacia, variamente qualificata come “*Tatbestandswirkung im weiteren Sinne*” o *Feststellungswirkung*, ben distinta dalla *res judicata*, ma sicuramente idonea a vincolare il giudice civile con riguardo ad una porzione significativa della fattispecie costitutiva del diritto soggettivo sottoposto al suo giudizio»⁽²⁷⁰⁾.

Al contempo, risulta egualmente essenziale concentrare l'attenzione su alcuni profili sostanziali del fenomeno per vagliare se lo stesso, al di là di un suo

dibattito circa la riconduzione dell'arbitrato alla categoria del contratto o, al contrario, della giurisdizione.

⁽²⁷⁰⁾ Così M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 491. L'A. dà altresì atto di come, secondo l'impostazione prevalente nella letteratura tedesca, «si tratta di un caso (raro, se non unico) in cui il giudice civile è tenuto a rispettare (non solo come di regola l'esistenza dell'atto ed il regolamento che esso pone, ma) direttamente proprio, secondo l'impostazione prevalente, gli accertamenti in fatto e in diritto sui quali il provvedimento (cioè la diffida o l'ordine) si fonda (cd. *Feststellungswirkung*)».

inquadramento dogmatico formale, sia idoneo a resistere a un vaglio di legittimità costituzionale ⁽²⁷¹⁾.

La supposizione di una categoria autonoma impone, quindi, di riprendere, con maggiore dovizia di analisi, taluni aspetti fondamentali, finora solo accennati, al fine di fissare alcuni punti fermi dell'indagine sotto il profilo sostanziale da porre a fondamento di una più ampia ricostruzione sistematica dell'incidenza degli atti di accertamento delle Autorità amministrative indipendenti nel contesto di connessi giudizi civili.

Muovendo dai limiti che emergerebbero a una piena riconduzione del vincolo *ex art. 7* alla categoria del giudicato, ci si soffermerà in apertura del prossimo capitolo: *a)* sull'approdo della giurisprudenza in ordine alla natura delle Autorità indipendenti e alla loro collocazione nell'assetto costituzionale; *b)* sui tratti caratteristici e l'inquadramento dogmatico di alcuni dei provvedimenti adottati dalle *Authorities* dotati di una efficacia dichiarativa autonoma, come quelli sanzionatori dell'AGCM.

Fissati tali aspetti fondamentali si passerà, poi, all'individuazione delle condizioni sostanziali ed oggettive affinché un «vincolo» alla decisione amministrativa per il giudice ordinario, come quello di cui all'art. 7, d.lgs. n. 3 del 2017, possa, aldilà della sua qualificazione formale, ritenersi ammissibile anche sotto il profilo della legittimità costituzionale nonché sulla sua possibilità di estendersi, anche in assenza di una specifica disposizione normativa, ai provvedimenti delle altre Autorità indipendenti (diverse dall'AGCM), così da delineare un quadro unitario e armonizzato.

⁽²⁷¹⁾ Come sottolinea ancora M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 492: «al di là delle classificazioni, quindi, ciò che più conta è chiarire se una simile previsione normativa sia rispettosa dei canoni del giusto processo e quali spazi di libertà eventualmente residuino al giudice civile; nonché comprendere, senza lasciarsi fuorviare da più o meno arbitrarie assimilazioni concettuali, come tale inedito vincolo si cali nel giudizio risarcitorio, in primo luogo con riguardo al regime di rilevabilità della decisione dell'Autorità».

CAPITOLO III

L'ACCERTAMENTO AMMINISTRATIVO DELLE AUTHORITIES E LA SUA EFFICACIA CONFORMATIVA ESTERNA. CONSIDERAZIONI DI TEORIA GENERALE.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura amministrativa delle Autorità indipendenti nel dialogo tra le Corti. – 3. I provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti: considerazioni ontologiche tra ordinarietà e specialità. – 4. L'accertamento giuridico come categoria unitaria: dal “monopolio” dell'accertamento giurisdizionale all'affermazione dell'accertamento negoziale e di quello amministrativo. – 4.1. (*Segue*) L'accertamento convenzionale. – 4.2. (*Segue Tertium genus*): la categoria dell'accertamento amministrativo e le sue peculiarità. – 5. Il vincolo come elemento imprescindibile dell'accertamento (contenuto) e non dell'atto specifico (contenente). Fondamenti di teoria generale dell'accertamento giuridico. – 6. (*Segue*) Declinazioni della impostazione teorica generale alle singole tipologie di accertamento giuridico. – 7. Accertamento amministrativo e cosa giudicata. Teorie del *Rechtskraft* e irrilevanza della categoria del giudicato nella creazione del vincolo amministrativo. – 8. Riepilogo e transizione.

1. Premessa.

Come accennato, strettamente funzionali all'analisi sincronica dei profili di indagine richiamati a conclusione del capitolo precedente pare siano alcune considerazioni preliminari circa la natura delle Autorità indipendenti e dei loro provvedimenti. Si tratta di aspetti che sono già epidermicamente emersi trattando dei limiti individuati alla teoria della riconduzione degli effetti dei provvedimenti AGCM al giudicato sostanziale e che meritano qualche più approfondita considerazione propedeutica all'intenzione di tracciare una ricostruzione sistematica, potenzialmente inclusiva, per quanto possibile, anche delle esperienze di altre *Authorities*.

Si è rilevato come le obiezioni movibili alla teoria dell'assimilazione del vincolo del provvedimento AGCM al giudicato, nonostante le evidenti affinità operative tra i due fenomeni, ruotano attorno a due perni teorici fondamentali: *i*) l'AGCM, alla stessa stregua di tutte le altre Autorità indipendenti, è da considerarsi una pubblica amministrazione e non un organo giurisdizionale; *ii*) alcuni provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti (tra cui quelli sanzionatori AGCM), seppur dotati di una capacità dichiarativa autonoma in quanto contenenti un accertamento in senso tecnico che li rende affini ai

provvedimenti giurisdizionali, sono da considerarsi pur sempre provvedimenti amministrativi.

Tali assunti sembrano poter assurgere a punto di partenza di qualsiasi indagine sistematica circa i rapporti tra le Autorità amministrative indipendenti, deputate in alcuni settori all'attuazione della legge, e il potere giurisdizionale. Su di essi vale quindi la pena brevemente soffermarsi, prima di passare all'indagine – annunciata a conclusione del capitolo precedente – circa i presupposti per tracciare un quadro unitario, costituzionalmente ammissibile.

2. *La natura amministrativa delle Autorità indipendenti nel dialogo tra le Corti.*

In relazione al profilo di cui al punto *a)*, può rilevarsi che l'impossibilità di ricondurre le Autorità indipendenti nel novero degli organi soggettivamente giurisdizionali sembra ormai potersi considerare un dato acquisito in dottrina ⁽²⁷²⁾.

⁽²⁷²⁾ Si esprime per la natura «indubitabilmente» amministrativa delle *Authorities*: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 221. Nello stesso senso, *ex multis*: G. COSTANTINO, *Note su Authorities e giurisdizione*, cit., pp. 27-28; G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle Autorità garanti*, cit., p. 269 ss., il quale considera come dirimente ai fini della qualificazione come amministrativi, anziché giurisdizionali, dei poteri giustiziali affidati alle *Authorities* la circostanza che i loro provvedimenti siano impugnabili in sede giurisdizionale; ID., *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, cit., c. 488 ss.; P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, cit., spec. p. 100, secondo cui: «all'attività delle *authorities* non può essere riconosciuta in alcun modo natura giurisdizionale, essenzialmente a motivo della mancanza di una limpida condizione di terzietà»; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, cit., p. 206; D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 19 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, cit., p. 28, ritiene che le Autorità indipendenti siano «soggetti appartenenti al potere esecutivo» ma con forti caratteristiche di astrazione rispetto allo schema di riferimento. Con specifico riferimento al Garante *Privacy*, v. già G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 745, secondo cui «il nostro Garante, quando risolve le controversie, agisce come un giudice. Tuttavia, non è un giudice, né potrebbe esserlo a causa del divieto posto dall'art. 102 Cost.». Con riferimento all'AGCM: B. BUTTAZZI, *Il procedimento davanti alla autorità garante per la concorrenza e il mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, II, p. 579 ss., spec. p. 582. Conclude per la natura amministrativa delle *Authorities*, nonostante le peculiarità rispetto alla tradizionale categoria, anche M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, cit., p. 8 ss.

Sembrirebbe giungere a una diversa conclusione rispetto alla posizione maggioritaria R. LOMBARDI, *Autorità garanti e controllo del giudice*, cit., la quale osserva, innanzitutto, che

D'altronde, diversamente opinando, la qualificazione dell'AGCM e, più in generale, delle Autorità amministrative indipendenti come organi giurisdizionali, rischierebbe di collidere con il dettato dell'art. 102 Cost., che vieta l'istituzione di giudici straordinari o speciali, e con la VI disposizione transitoria della Carta fondamentale.

Risposta egualmente preclusiva emerge anche dalle diverse corti soprannazionali e domestiche. Va, infatti, rilevato che la Corte di Giustizia UE, già nel 2003, ha escluso che l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (nel caso quella greca: *l'Epitropi Antagonismou*) abbia natura giurisdizionale e, di conseguenza, sia legittimata ad effettuare il rinvio pregiudiziale ⁽²⁷³⁾.

La Corte costituzionale italiana, dal canto suo, ha escluso, più di recente, la legittimazione dell'AGCM a sollevare in via incidentale, quale giudice *a quo*, questione di legittimità costituzionale anche nella più ridotta prospettiva di un «giudice a limitati fini» ⁽²⁷⁴⁾. La Consulta, nonostante riconosca la propria generale tendenza ad interpretare in modo elastico il concetto di «giudice» e di «giudizio» ai fini dell'incidente di costituzionalità (a tal punto da ricomprendervi

«il potere decisorio delle autorità garanti si modella su quello del giudice ed è privo delle attribuzioni proprie della discrezionalità amministrativa» (spec. p. 236); pertanto, «la loro collocazione come organi propriamente amministrativi con funzioni amministrative non è pertinente ed egualmente inadeguata è la forma di controllo giurisdizionale dei loro provvedimenti» (*ivi*). L'Autrice, constatando l'inattualità dell'art. 102 Cost. che vieta l'istituzione di nuovi giudici speciali, auspica, quindi, l'eliminazione del divieto, così da poter giungere, senza ostacoli, all'affermazione della natura di giudici speciali delle autorità garanti (spec. pp. 237-240).

⁽²⁷³⁾ Corte giust. Comunità Europee, 31 maggio 2005, causa n. 53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait)* e altri, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2005, p. 1153; in *Giorn. dir. amm.*, 2005, XII, p. 1275 ss., con nota di S. MENTO, *Le Autorità indipendenti e il rinvio pregiudiziale*; in *Dir. ind.*, 2005, V, p. 485 ss., con nota di E. GAMBARO – N. LANDI, *Nuovi sviluppi sulla nozione di giurisdizione nazionale ex art. 234 Trattato Ce*.

⁽²⁷⁴⁾ Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Foro it.*, 2019, 5, 1, c. 1523 ss.; in *Giorn. dir. amm.*, 2019, IV, p. 467 ss., con nota di V. TURCHINI, *L'antitrust non è un giudice. Nemmeno «ai limitati fini»*; in *Notariato*, 2019, II, p. 181 ss., con nota di M. GOZZI, *Respinto il ricorso dell'antitrust sul procedimento disciplinare notarile*; in *Giur. it.*, 2019, II, p. 283 ss., con nota di G. SICCHIERO, *La dottrina costituzionale del «giudice a limitati fini»*.

Sulla teoria del giudice a limitati fini e sulla legittimazione delle Autorità indipendenti a sollevare questione di legittimità costituzionale, diffusamente: G. SORICELLI, *Il giudice a quo oltre la giurisdizione: il caso delle Autorità amministrative indipendenti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.

sovente anche organi non incardinati in un ordine giudiziario) ⁽²⁷⁵⁾, evidenzia che ciò sarebbe comunque sempre avvenuto in presenza dell'essenziale requisito della terzietà, assente, invece, in capo all'AGCM.

Indici di una simile carenza sarebbero almeno tre elementi: *i)* la circostanza che l'Autorità *antitrust* è essa stessa parte resistente del processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti ⁽²⁷⁶⁾; *ii)* il rafforzamento di una generale posizione di parte processuale dell'AGCM, attraverso il riconoscimento, in forza dell'art. 21-*bis* della l. n. 287 del 1990, di una speciale legittimazione ad agire per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato; *iii)* l'assenza di una netta separazione tra gli uffici inquirenti e il Collegio giudicante, «attesa l'esistenza, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della l. n. 287 del 1990, di un nesso funzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo “risponde” anche del funzionamento dei servizi e degli uffici medesimi». Con riferimento a quest'ultimo profilo, la Corte costituzionale richiama proprio la summenzionata sentenza della Corte di Giustizia CE del 2003 relativa all'Autorità della concorrenza greca.

⁽²⁷⁵⁾ Al punto 3.1. dei motivi della decisione si legge: «Si deve rilevare, in generale, che in questa operazione ermeneutica le due nozioni sono state intese in modo elastico e avuto riguardo alle peculiari esigenze del caso concreto, tutte le volte che il rimettente si collocava istituzionalmente negli interstizi delle categorie dell'amministrazione e della giurisdizione, ossia in quella che si è andata delineando come una “zona grigia”, alimentata dai concorrenti ed inversi fenomeni storici della “giurisdizionalizzazione” dell'amministrazione e della “amministrativizzazione” della giurisdizione; e ciò nel dichiarato obiettivo di consentire il più ampio accesso possibile alla giustizia costituzionale ed escludere l'esistenza di “zone franche” dal controllo di costituzionalità».

⁽²⁷⁶⁾ In dottrina, prendendo spunto anche dalla pronuncia della Consulta richiamata in trattazione, mette in luce questo profilo quale indice della carenza di terzietà delle Autorità indipendenti rispetto alla posizione dei giudici D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., pp. 25-28.

La Corte di Cassazione⁽²⁷⁷⁾ e il Consiglio di Stato⁽²⁷⁸⁾ non hanno invece mancato di escludere la possibilità di configurazione di un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, negando opportunamente la possibilità di riconoscere indole “para giurisdizionale” alle varie Autorità (Garante Privacy, Autorità garante delle Comunicazioni, AGCM).

Pertanto, a dato costituzionale immutato⁽²⁷⁹⁾, non sembrano esserci effettivi margini per una diversa qualificazione delle Autorità amministrative

⁽²⁷⁷⁾ Cass., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, in *Giur. it.*, 2003, p. 856 ss., con nota di V. VANACORE, *Le Autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*; in *Foro it.*, 2002, I, c. 2680 ss., con nota di M. GRANIERI, *Il garante dei dati personali e il baricentro (sbilanciato) della tutela forte dei diritti della personalità*.

La pronuncia, con riferimento all'Autorità garante della privacy ha affermato che «l'ordinamento giuridico non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente gli artt. 111 e 97».

⁽²⁷⁸⁾ Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2007, n. 4888, in *Leggid'Italia*. Tale pronuncia in una controversia coinvolgente l'Autorità garante delle comunicazioni ha, più in generale, affermato che: «Resta comunque fermo il principio da tempo affermato dalla giurisprudenza, secondo cui le autorità indipendenti hanno natura amministrativa, essendo stata esclusa la possibilità di riconoscere natura giurisdizionale o para-giurisdizionale a tali Autorità, non conoscendo il nostro ordinamento giuridico un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente gli artt. 111 e 97 (Cass., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341; nel senso della natura amministrativa delle Autorità indipendenti, v. anche Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2001, n. 652). Pertanto, l'attribuzione alle autorità indipendenti di funzioni “contenziose”, comportanti un potere decisorio su diritti soggettivi, basato cioè sulla identificazione di posizioni giuridiche tutelate e non di valutazioni semplicemente discrezionali circa la sussistenza di un interesse pubblico, non elimina la necessaria soggezione di ogni atto delle Autorità ad un controllo giudiziario». Incidentalmente, più di recente, anche: Cons. Stato, sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014, in *Leggid'Italia*.

In precedenza, con riferimento all'AGCM: Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, in *Foro amm.*, 2001, p. 556, secondo cui: «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non ha funzioni giurisdizionali o paragiurisdizionali; al procedimento dinanzi ad essa non sono applicabili le norme proprie dei procedimenti giurisdizionali»; Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, cit.

⁽²⁷⁹⁾ Va dato atto di un tentativo di «costituzionalizzazione» delle Autorità indipendenti in occasione della c.d. terza bicamerale per le riforme istituzionali. L'art. 109 del progetto di legge costituzionale approvato il 30 giugno 1997 dalla Commissione bicamerale e presentato alla Camera dei Deputati con il n. 3931 e al Senato della Repubblica con il 2583, prevedeva che: «Per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione la legge può istituire apposite Autorità. Il Senato della Repubblica elegge a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti i titolari delle Autorità di garanzia e di vigilanza. La legge ne stabilisce la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza. Le Autorità riferiscono alle Camere sui risultati dell'attività svolta».

L'esigenza di dare una «copertura» costituzionale alle Autorità indipendenti è stata ben messa in luce anche da G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 5-6, il quale evidenzia che «il problema evidentemente non

indipendenti al di fuori delle tradizionali amministrazioni pubbliche, nonostante taluni profili di ontologica specialità (come, ad esempio, i caratteri della tendenziale indipendenza e della neutralità).

3. *I provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti: considerazioni ontologiche tra ordinarietà e specialità.*

Passando al secondo dei profili sopra preannunciati, è necessario individuare lo statuto applicabile ai provvedimenti adottati, compresi quelli sanzionatori o, comunque, quelli in grado di accertare l'illecito anticoncorrenziale con effetti vincolanti *ex art. 7*. Nonostante il contenuto sostanzialmente decisorio e le peculiarità intrinseche di cui è portatore, il provvedimento dell'Autorità è soggetto alla disciplina propria dei provvedimenti amministrativi di cui alla l. n. 241 del 1990 ⁽²⁸⁰⁾ e, quindi, anche ai vari rimedi che ne possono (per un tempo più o meno determinato) inficiare la stabilità e l'immutabilità. Infatti, in astratto, il provvedimento amministrativo può essere astrattamente oggetto, oltre che di impugnazione giurisdizionale davanti al giudice amministrativo (art. 21 *octies*), di revoca (art. 21 *quinquies*) o di annullamento d'ufficio (art. 21 *novies*) da parte della stessa amministrazione ⁽²⁸¹⁾.

è di mera compatibilità costituzionale, ma di sostanziale alterazione del quadro istituzionale esistente, il che comporta che si pervenga ad un "nuovo" patto costituzionale che delinea l'assetto istituzionale, accettabile in rapporto all'evoluzione del nostro ordinamento democratico».

⁽²⁸⁰⁾ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., p. 389; B. BUTTAZZI, *Il procedimento davanti alla autorità garante per la concorrenza e il mercato*, cit., p. 582; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 485.

⁽²⁸¹⁾ Con riferimento all'annullamento d'ufficio e per quanto qui di rilievo, sembra si dubiti, in dottrina, anche della portata dirimente dell'importante riforma operata dalla l. n. 124 del 2015, la quale ha fissato un vincolo temporale al potere di autotutela riconosciuto alla p.a., limitando l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio a un termine massimo di diciotto mesi. Si è osservato che, sebbene tale riforma abbia in parte offuscato la concezione del potere pubblico come «inesauribile» ed inciso sul rapporto in costante tensione tra stabilità e contendibilità dei provvedimenti, «la possibilità stessa data dall'ordinamento all'Autorità amministrativa di ritrattare o di ritirare d'ufficio i propri provvedimenti [...] è di per sé sufficiente a sottrarre linfa a qualsivoglia tentativo di assimilare la situazione scaturente dalla inoppugnabilità del provvedimento amministrativo a quella derivante dal passaggio in giudicato della sentenza» (così D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., pp. 94-95).

Sul tema dell'(in)esauribilità del potere amministrativo dopo la riforma del 2015, v. B. MAMELI, *Annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale a confronto*, in *Giur. it.*, 2016, XII, p. 2805 ss., spec. p. 2806; M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, III, p. 321 ss.; ID., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*,

La (più o meno intensa) stabilità del provvedimento amministrativo non sembrerebbe, quindi, pienamente equiparabile all'immutabilità propria del giudicato ⁽²⁸²⁾. In sostanza, oltre all'elemento soggettivo della natura dell'organo, sembrerebbe sussistere quello stesso limite oggettivo che, di fatto, impedisce l'espansione della categoria del giudicato ad altri provvedimenti pur giurisdizionali, come ad esempio ai provvedimenti con funzione cautelare o ai decreti camerali di volontaria giurisdizione *ex art. 737 e ss. c.p.c.* ⁽²⁸³⁾. A una soluzione non dissimile si giunge con riferimento ai provvedimenti delle altre Autorità indipendenti.

Si aggiunga a ciò il dato che le sentenze non sono astrattamente soggette al controllo di altro diverso potere dello Stato rispetto a quello giudiziario, a

Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Sul nuovo annullamento d'ufficio, v., tra tutti: M. ALLENA, *L'Annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

Sui temi (*inter se* strettamente correlati) dell'annullamento d'ufficio e dei rapporti tra stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo, anche in una prospettiva comparata e prima della novella del 2015: v. A. CASSATELLA, *L'annullamento d'ufficio. Modelli in comparazione*, in *Diritto e formazione*, 2004, p. 66 ss.; ID., *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, nota a Tar Trentino Alto Adige, Trento, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Foro amm. TAR*, 2010, III, p. 810 ss., spec. pp. 815-820; D. DE PRETIS-F. CORTESE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di G. Falcon, Cedam, Milano, 2010, p. 331 ss.; E. FERRARI, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo tra procedimento e processo in una prospettiva comparativistica*, *ivi*, p. 371; nonché i contributi, raccolti all'esito di una indagine comparata sul punto e contenuti nella raccolta: AA. VV., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, a cura di G. Falcon e D. De Pretis, Cedam, Milano, 2011.

⁽²⁸²⁾ Cfr., in tal senso, M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 490, secondo cui «è certo, comunque, che con riguardo alla decisione amministrativa non si può facilmente discorrere di un effetto di *res judicata* in senso proprio, posto che il provvedimento amministrativo in quanto tale manifesta sempre un resistenza minore rispetto alle sentenze, almeno nel senso che il primo resta permanentemente esposto all'autotutela da parte della P.A.».

L'inidoneità dei provvedimenti amministrativi, anche quelli giustiziali, al giudicato materiale è ormai un dato acquisito anche nella letteratura amministrativistica (v., tra tutti, M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. diritto*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 810 ss., spec. p. 822; A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 524 ss., spec. p. 531, ove si legge che «la decisione amministrativa, pertanto, può essere retrattabile. Anche per questo profilo non è possibile assegnare alla decisione amministrativa qualificazioni (come l'autorità di cosa giudicata) tipica delle decisioni giurisdizionali»).

⁽²⁸³⁾ Cfr., in tal senso, G.N. NARDO, *Note in tema di giudicato*, in www.judicium.it (29 novembre 2017), secondo cui, in relazione ai provvedimenti con funzione cautelare, «appare evidente che la strumentalità e la provvisorietà di cui si caratterizzano li rendono del tutto incompatibili con la nozione di cosa giudicata sostanziale».

differenza dei provvedimenti amministrativi in relazione ai quali è sempre ammesso il sindacato giurisdizionale.

Pertanto, il principale limite oggettivo all'estensione *tout court* della categoria del giudicato ai provvedimenti sanzionatori dell'AGCM e delle altre Autorità indipendenti sarebbe da individuarsi nella circostanza che ad essi non risulta applicabile lo "statuto" della sentenza, con la relativa (presunta) maggiore stabilità e immutabilità dopo il passaggio in giudicato ⁽²⁸⁴⁾, ma si applica la disciplina generale dei provvedimenti amministrativi dettata dalla l. n. 241 del 1990.

La riconduzione, in via residuale, dei provvedimenti delle Autorità indipendenti alla disciplina generale del provvedimento amministrativo non deve, tuttavia, adombrare talune caratteristiche peculiari di alcuni di essi rispetto agli atti, in generale, delle pubbliche amministrazioni ⁽²⁸⁵⁾. Già all'indomani dell'adozione della Direttiva Ue, una parte della dottrina gius-pubblicistica aveva colto le peculiarità, sul piano sostanziale, di tali provvedimenti: si era, quindi, parlato di una «chiara deroga a principi e assetti amministrativi consolidati» ⁽²⁸⁶⁾, in ragione del fatto che la legge «trasforma» il provvedimento sanzionatorio in un atto amministrativo di accertamento ⁽²⁸⁷⁾ vincolante *erga omnes* e perciò capace di imporsi eccezionalmente anche al giudice civile,

⁽²⁸⁴⁾ Sulla incontrovertibilità del giudicato e il problema del vincolo in capo ad altro giudice generato da una sentenza ingiusta, si v. A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, I, p. 1 ss. spec. pp. 47-48.

⁽²⁸⁵⁾ Anche D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 21, osserva che, in relazione al modello di cui alla l. n. 241 del 1990, i procedimenti e i provvedimenti delle Autorità indipendenti conoscono «talune significative varianti».

⁽²⁸⁶⁾ Così G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, V, p. 999 ss., spec. p. 1005.

⁽²⁸⁷⁾ G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1010 sembra prediligere la nozione di «atto amministrativo» a quella di provvedimento «perché un potere dichiarativo di tal fatta non costituisce di per sé espressione di un potere provvedimentale». *Contra* B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I, della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, cit., p. 91 ss., che invece riporta alla nozione di provvedimento anche gli atti amministrativi ad efficacia dichiarativa.

secondo un «ordine di idee [...] ben lontano dalle nostre costruzioni» ma già noto al diritto europeo ⁽²⁸⁸⁾.

Da queste interessanti osservazioni di diritto sostanziale, per quanto apparentemente espressive di una soluzione semplicistica al problema (quella di un provvedimento amministrativo che eccezionalmente vincola il giudice ordinario), pare opportuno prendere le mosse per cercare di tracciare le unitarie coordinate dogmatiche di un fenomeno potenzialmente più ampio.

In via preliminare, si osserverà che le principali peculiarità di tali provvedimenti, in prima approssimazione, si rilevano con riferimento a due specifici profili che lasciano emergere le maggiori affinità con l'accertamento contenuto nei provvedimenti giurisdizionali rispetto ai tradizionali atti amministrativi: a) sotto il profilo ontologico, sovente, tali provvedimenti contengono al loro interno un accertamento non meramente strumentale al provvedimento finale, ma capace di assumere un valore principale e autonomo e di generare un vincolo conformativo; b) a detto accertamento potrebbe, in astratto, essere riconosciuta anche una particolare capacità di «persistenza» assimilabile (seppur non pienamente identificabile) alla *res iudicata*. Tuttavia, come meglio si vedrà a breve, è all'accertamento in sé e non a questa seconda caratteristica che andrebbe ancorato il vincolo in argomento; ma andiamo con ordine.

4. *L'accertamento giuridico come categoria unitaria: dal "monopolio" dell'accertamento giurisdizionale all'affermazione dell'accertamento negoziale e di quello amministrativo.*

Per affrontare la prima questione, il punto di partenza, sul piano della teoria generale, è la delimitazione della categoria dell'accertamento amministrativo, quale specie determinata del più ampio *genus* dell'accertamento giuridico, che ricomprende già in sé i due diversi modelli dell'accertamento

⁽²⁸⁸⁾ *Ivi*, p. 1009. In parte diversa sembra la prospettiva seguita da B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I, della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, cit., p. 90 ss., maggiormente incline a valutare il fenomeno non come eccezionale ma come fisiologica struttura del provvedimento amministrativo che avrebbe per sua stessa natura una componente dichiarativa di accertamento in grado di riflettersi all'esterno.

giurisdizionale e dell'accertamento negoziale ⁽²⁸⁹⁾. A questi ultimi pare opportuno riservare qualche cenno, anche nell'annunciata prospettiva di comparazione interna, prima di passare all'analisi delle caratteristiche proprie dell'accertamento amministrativo.

In realtà, la vicenda che ha interessato lo sviluppo della categoria dell'accertamento giurisdizionale è lunga e complessa e non può essere ragionevolmente compendiata in questa sede, se non a rischio di sommarie approssimazioni. Basti, pertanto, considerare che tale esperienza, in gran parte, assorbe, a mo' di sineddoche, molte delle questioni essenziali della dottrina del processo civile. Si interseca, infatti, con i mutamenti che hanno riguardato l'attività di *dicere ius* nel passaggio dal diritto comune alle codificazioni ottocentesche, con i termini del dibattito circa la natura dichiarativa o costitutiva della sentenza, con la controversia circa la sua natura di giudizio o di comando, nonché, in ultimo, con quella sulla natura sostanziale o processuale del giudicato.

In ogni caso, sebbene – come è stato da tempo osservato – la nozione di accertamento sia «fra le più ambigue di quelle in uso nella scienza giuridica» ⁽²⁹⁰⁾, essa ha finito per incarnare, nell'immaginario collettivo, la funzione tipica della giurisdizione, quale attività che genera un effetto di certezza sulle situazioni controverse e che si fa altresì «avvertire come vincolo al di fuori del processo in cui la decisione è stata presa» ⁽²⁹¹⁾. Quello giurisdizionale rappresenta, quindi, se non l'esclusivo, quantomeno l'accertamento giuridico per

⁽²⁸⁹⁾ Un'attenta ricostruzione sistematica dell'unitaria categoria dell'accertamento giuridico, comprensivo di quello giurisdizionale e di quello negoziale, è delineata da M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2002, che ben mette in luce, criticandola, la tendenza della dottrina precedente a indagare separatamente (e in maniera ingiustificata, ad avviso dell'Autore) le due tipologie di accertamento (*Ivi*, p. 6).

⁽²⁹⁰⁾ Così M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, c. 172.

⁽²⁹¹⁾ Così E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, I, Utet, Torino, 1987, p. 123.

eccellenza ⁽²⁹²⁾, tanto da essersi giunti a una tanto diffusa quanto opinabile sovrapposizione del concetto di accertamento con quello di *res iudicata* ⁽²⁹³⁾.

4.1. (Segue) *L'accertamento convenzionale.*

Nel corso della seconda metà del Novecento, la dottrina italiana del diritto civile ha iniziato, però, a interrogarsi circa la possibilità per i privati di accertare autonomamente fatti e situazioni giuridiche e, quindi, l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di una categoria generale dell'accertamento convenzionale, in grado di affiancarsi, quanto agli effetti, a quella consolidata e tradizionale dell'accertamento giurisdizionale. In assenza di specifiche direttrici normative e muovendo dai modelli tipici (e contigui) del contratto di transazione

⁽²⁹²⁾ Come osserva M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., pp. 1-2: «quando si parla di accertamento, il pensiero corre immediatamente al processo (giurisdizionale). Ed in effetti non c'è dubbio non solo che l'accertamento concreti (se non la stessa ragion d'essere, sicuramente) il prodotto più significativo e qualificante della giurisdizione; ma anche che il processo davanti ad un giudice dello Stato rappresenti la sede al tempo stesso più naturale e più elevata dell'accertamento. Nondimeno, l'accertamento non trova nel processo la propria sede unica ed esclusiva».

⁽²⁹³⁾ Lo rileva, evidenziando le criticità di una simile sovrapposizione, già E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1304 ss., spec. pp. 1309-1310.

(²⁹⁴), della confessione (²⁹⁵) e del riconoscimento di debito, la dottrina si è divisa sulla possibilità di ammettere, anche in Italia, il negozio di accertamento, già noto alla letteratura tedesca con la denominazione di *Feststellungsgeschäft*.

Gli autori che assumevano una posizione più restrittiva (²⁹⁶) affermavano un'ontologica incompatibilità del potere di disporre (proprio dei contratti) con il potere di accertare (²⁹⁷) nonché l'impossibilità di raffrontare, alla luce del dato

(²⁹⁴) Una parte della dottrina, in ragione della presenza nel nostro ordinamento del contratto di transazione (normativamente previsto), ha inteso ricavare l'ammissibilità della più generale categoria del negozio di accertamento, fermo il pacifico riconoscimento di una significativa diversità strutturale tra i due strumenti.

Tale deduzione è però criticata da F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, I, p. 1 ss., spec. p. 7, secondo cui «non è lecito argomentare la possibilità dell'accertamento negoziale dalla contemplazione legislativa della transazione (e tanto meno, della conciliazione, che non costituisce neppure una figura negoziale a sé), poiché prima di assegnare la transazione alla categoria dei negozi di accertamento, è necessario dimostrare l'ammissibilità della categoria. Simili inversioni logiche non sono infrequenti nella dottrina [...]». L'Autore, in ogni caso, esclude che «la transazione possa essere configurata quale negozio di accertamento, o, secondo la terminologia tradizionale, quale negozio dichiarativo» poiché essa, come ogni negozio giuridico, «è e non può che essere *dispositiva*» (pp. 12-13). Cfr. altresì F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Jovene, Napoli, 1975, p. 21 ss.

Per le differenze strutturali tra negozio di accertamento e transazione, essendo quest'ultima caratterizzata dalle reciproche concessioni, v. anche M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. diritto*, I, 1958, p. 227 ss., spec. p. 232; ID., *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, p. 75 ss.

Per spunti sugli effetti (non integralmente positivi) che l'accostamento del negozio di accertamento alla transazione ha avuto nella ricostruzione della categoria generale dell'accertamento giuridico v. M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 29 ss.

(²⁹⁵) V. C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948 (ristampa Milano, 1993).

(²⁹⁶) Tra i vari, con diverse argomentazioni, si ricordano: F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., p. 1 ss.; ID., *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1157 ss.; C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., *passim.*; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958.

(²⁹⁷) V. F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., pp. 4-5, il quale evidenzia testualmente che il «potere di disporre è *incompatibile* con il potere di accertare. Se i privati hanno il potere di creare una sistemazione dei propri interessi, mediante il negozio giuridico, è ad essi preclusa la possibilità di valersi di questo medesimo strumento per accertare quale fosse la sistemazione in atto. Il negozio, essendo per sua natura dispositivo, cioè idoneo a modificare la situazione giuridica preesistente, *non può che essere dispositivo*, poiché è destinato a valere anche se il regolamento da esso dettato non sia congruente alla situazione che le parti avevano inteso accertare. [...] Il negozio strutturalmente è un atto di volontà e funzionalmente tende a modificare la situazione giuridica a cui si riferisce; esso dispone, e perciò

positivo, la struttura del negozio con quella dei provvedimenti giurisdizionali decisori.

Confrontando la sentenza, quale tipico atto di accertamento, al negozio emergerebbero talune significative differenze: la prima, diversamente dal contratto, si chiude con un comando che è «essenzialmente fondato su un giudizio, non è espressione di una volontà dispositiva»⁽²⁹⁸⁾. La certezza ottenuta mediante il negozio di accertamento sarebbe, quindi, sintomatica della natura costitutiva (e non dichiarativa) di tale atto, in quanto esso, sostituendo una «situazione certa (quella derivante dal negozio) alla precedente situazione incerta», esprime una «certezza *creata*, non una certezza *trovata*»⁽²⁹⁹⁾. Altro ulteriore ostacolo al riconoscimento della categoria del negozio di accertamento, era individuato, da questo orientamento più restrittivo, nella retroattività del negozio di accertamento; tale caratteristica non si rinverrebbe, invece, nella sentenza che, «essendo per sua natura dichiarativa, non può dirsi (salvo che in ipotesi e per effetti particolari) retroattiva»⁽³⁰⁰⁾. Tale tesi muove dal presupposto

non può accertare. Ciò significa che solo un atto privato non negoziale può, se mai, operare un accertamento».

⁽²⁹⁸⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., p. 5.

V. anche F. SANTORO PASSARELLI, *Negozio e giudizio*, cit., p. 1169 ss. In quest'ultimo contributo, l'Autore osserva che «non si può contrapporre il negozio giuridico alla sentenza, affermando che quello è volontà e questa è giudizio, perché, come abbiamo visto, anche la sentenza contiene costantemente una volontà precettiva, cioè un comando; né si può dire che la sentenza si compendia sempre in un accertamento, mentre il negozio è inteso a modificare la situazione giuridica. La differenza si coglie invece nella diversa rilevanza della volontà nelle due figure: il negozio giuridico vale, di fronte all'ordinamento, come *libera* determinazione della volontà dell'autore o degli autori; nella sentenza la volontà del giudice conta come volontà essenzialmente fondata su un accertamento, cioè non come volontà autonoma, ma *vincolata* al giudizio [...] proprio la struttura del negozio quale atto di volontà autonoma rende il medesimo inidoneo ad accertare, come fa la sentenza, giacché è una volontà non può essere al tempo stesso autonoma e vincolata ad un accertamento» (pp. 1171-1172).

⁽²⁹⁹⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., p. 6.

Sul ruolo più o meno determinante che la rimozione dell'incertezza assume nel contesto dei negozi di accertamento (e dell'accertamento in generale), v. M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 95 ss., il quale si dichiara fortemente perplesso rispetto all'impostazione corrente, per cui «l'incertezza rappresenta un requisito indispensabile del negozio di accertamento; tanto indispensabile che, in sua assenza, il negozio dovrebbe risultare invalido o inefficace.

⁽³⁰⁰⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., p. 9.

che accertamento e retroattività siano «termini *incompatibili*» ⁽³⁰¹⁾, poiché «la situazione accertata, proprio per ipotesi, preesiste all'atto di accertamento» ⁽³⁰²⁾.

L'opposta prospettiva, incline ad ammettere la figura, partiva, invece, dal diverso presupposto per cui il potere dei privati di accertare costituisce esplicazione del potere di disposizione e non suo elemento di contrasto. Si osservava come il principio di autonomia contrattuale e la sussistenza nel nostro ordinamento dell'istituto della ricognizione del debito (art. 1988 c.c.) non rendevano (e non rendono) difficile ammettere che «l'intento di accertare i fatti o i rapporti preesistenti possa essere raggiunto attraverso uno *schema unilaterale* o *bilaterale*, il quale, pur integrando la figura di una vera e propria dichiarazione di volontà, è diretto alla *fissazione* di fatti o dei rapporti preesistenti, senza avere come conseguenza la nascita di nuove obbligazioni o la modifica della situazione preesistente» ⁽³⁰³⁾. Assunta tale prospettiva, il negozio di accertamento avrebbe funzione dichiarativa ⁽³⁰⁴⁾ e tale circostanza non si porrebbe né in contrasto con la natura negoziale dell'atto (che resta costitutiva) né con l'efficacia esercitata dall'accertamento convenzionale sulla situazione preesistente. Non potrebbe, d'altronde, riconoscersi a questo negozio una funzione costitutiva, giacché esso «non fa nascere una nuova situazione giuridica, ma si limita ad accertare, ovvero a fissare *immediatamente*, il contenuto di quella preesistente, né ad esso si accompagna alcun intento modificativo» ⁽³⁰⁵⁾. In ultimo, in ordine al profilo della retroattività, viene smentita l'asserita incompatibilità con la funzione propria di accertamento ⁽³⁰⁶⁾. Tale orientamento riduce altresì le distanze tra la sentenza e il negozio di accertamento, rilevando che entrambi, alla

⁽³⁰¹⁾ *Ivi.*

⁽³⁰²⁾ *Ivi.*

⁽³⁰³⁾ Così M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 234. Secondo l'Autore, l'«efficacia del negozio di accertamento è assimilabile alla efficacia *immediata*, riconosciuta a taluni schemi negoziali» come i contratti traslativi reali. Nel caso del negozio di accertamento «efficacia del negozio si rivela attraverso la rimozione dell'incertezza della situazione giuridica preesistente, attuata mediante la *fissazione* del contenuto della situazione stessa».

⁽³⁰⁴⁾ Inserendosi nel dibattito circa la natura dichiarativa o costitutiva del negozio di accertamento, M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 52, invita a tenere distinto il profilo della *natura* da quello della *funzione* del negozio, concludendo che, nel caso del negozio di accertamento, si ha un negozio giuridico avente struttura costitutiva (non essendo configurabili negozi con natura dichiarativa) e funzione dichiarativa.

⁽³⁰⁵⁾ M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 235.

⁽³⁰⁶⁾ *Ivi.*

luce della nota teoria carneluttiana, sarebbero espressivi di un comando giuridico⁽³⁰⁷⁾, sebbene persista l'inevitabile «distanza che intercorre tra un atto dell'autorità dello Stato e un atto di autonomia privata»⁽³⁰⁸⁾.

La portata dello storico dibattito sembra essersi in buona parte ridimensionata a favore di una tendenziale ammissibilità dell'accertamento convenzionale, residuando solo questioni di carattere maggiormente pratico, come, ad esempio, il profilo della trascrivibilità dei negozi di accertamento⁽³⁰⁹⁾. L'accertamento convenzionale può, quindi, ormai considerarsi una delle possibili esplicazioni della più generale categoria dell'accertamento giuridico, affianco a quello giurisdizionale rispetto al quale permangono specifici profili di differenza strutturale⁽³¹⁰⁾.

⁽³⁰⁷⁾ Sulla centralità del comando giuridico nel pensiero di Carnelutti, si v.: F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2° ed., Roma, 1946, p. 23 ss.; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, spec. pp. 16-19, pp. 45-53, pp. 273-275.

⁽³⁰⁸⁾ M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 78 ss., spec. p. 80. L'Autore, quindi, invita a leggere *cum grano salis* l'assimilazione del negozio di accertamento alla sentenza muovendo dalla prospettiva carneluttiana.

⁽³⁰⁹⁾ Cfr., sul tema, E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. notariato*, 2016, II, p. 241 ss.; M. SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 217 ss.; G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, VI, p. 1369 ss.; D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, IV, p. 1297 ss.

Sulla specifica questione sono intervenuti anche due significativi studi del Consiglio Nazionale del Notariato che depongono per la trascrivibilità dell'accertamento convenzionale dell'usucapione, a firma di: G. BARALIS, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione «dichiarata» dal cedente e atti dispositivi*, in *Studi e materiali del C.N.N.*, 2008, p. 519 ss.; M. SANNINO, *Ancora in tema di trascrivibilità del negozio di accertamento*, Studio n. 4-2017/C, in www.notariato.it.

⁽³¹⁰⁾ Infatti, sotto il profilo strutturale, sono stati messi in luce i seguenti elementi differenziali (v. M. SANNINO, *Ancora in tema di trascrivibilità del negozio di accertamento*, cit., p. 2 ss.): *i.* il provvedimento giurisdizionale, caratterizzato da intrinseca obbligatorietà, si pone completamente al di fuori dell'autonomia privata, mentre il negozio di accertamento ne è espressione; *ii.* mentre l'«accertamento giurisdizionale mira a rinvenire e a far valere una realtà cd. «ontologica»», in ragione del ruolo preminente di un soggetto terzo e imparziale nella valutazione dei fatti (il giudice), l'«accertamento privato fissa una verità «convenzionale»»; *iii.* il negozio di accertamento è un atto di libertà mentre la decisione giurisdizionale è un atto autoritativo di giustizia «espressione di una fonte imparziale, disinteressata ed estranea al rapporto o alla situazione che ne è oggetto»; *iv.* in relazione all'ambito soggettivo di operatività, mentre il negozio di accertamento ha forza di legge solo tra le parti ai sensi dell'art. 1372 c.c., l'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato, ai sensi dell'art. 2909 c.c., farà stato tra le parti, i loro eredi e aventi causa; *v.* mentre l'accertamento giurisdizionale, in taluni

Si è anche, però, precisato che «naturalmente queste differenze non determinano una assoluta diversità tra accertamento negoziale e giudiziario ma ne giustificano una differenza di disciplina» ⁽³¹¹⁾.

4.2. (Segue) *Tertium genus: la categoria dell'accertamento amministrativo e le sue peculiarità.*

Osservate, seppur rapidamente, le affermazioni delle categorie dell'accertamento convenzionale e di quello giurisdizionale, è possibile chiedersi se sia configurabile nel nostro ordinamento una terza tipologia di accertamento giuridico, ossia l'accertamento amministrativo, e quali siano i relativi tratti distintivi.

In assenza di recenti compiuti studi sul punto ⁽³¹²⁾, un significativo punto di partenza, al riguardo, potrebbe essere rappresentato dalla letteratura

casì, deve essere reso necessariamente alla presenza di tutti i soggetti interessati (casì di litisconsorzio necessario *ex art. 102 c.p.c.*) nel negozio di accertamento nessun principio obbliga la partecipazione di tutti i soggetti interessati all'accordo, che è comunque valido anche se stipulato solo tra alcuni di essi; *vi.* in ultimo, mentre una sentenza di accertamento da cui discendono effetti reali (si pensi alla sentenza che accerta l'usucapione) ha effetti retroattivi, i medesimi effetti non sembrano potersi configurare con riferimento al negozio di accertamento qualora vi siano diritti di terzi incompatibili con l'accertamento convenzionale.

⁽³¹¹⁾ *Ivi*, p. 4.

⁽³¹²⁾ Non sembra che la letteratura gius-pubblicistica più recente abbia prestato grande attenzione ai profili di teoria generale che riguardano specificatamente il tema dell'accertamento amministrativo come categoria dogmatica. Tuttavia, si segnalano, al riguardo, i rilevanti lavori monografici di P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Giuffrè, Milano, 1996 e B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 2001.

Va, però, evidenziato che il tema dell'accertamento amministrativo interseca il dibattito, centrale e storico nella dottrina amministrativistica, sulla natura dell'attività vincolata della p.a. nonché della consistenza della speculare posizione giuridica soggettiva in capo ai privati. Si tratta di una questione di ampia portata sistematica, in quanto involge anche le problematiche circa la configurabilità o meno di un procedimento in caso di attività vincolata; la sussistenza di un vero e proprio potere in capo alla p.a. nonché la natura provvedimentoale (o di mero adempimento) dell'atto adottato dalla p.a. nell'esercizio di un potere vincolato.

Non potendo esaurire la ricostruzione dei termini del complesso dibattito in questa sede, si ritiene comunque opportuno passare in rassegna alcune delle tesi più rilevanti. Una parte della dottrina sembra orientata ad affermare che, anche nel caso di attività vincolata, debba ritenersi sussistente necessariamente un potere (costitutivo) dell'amministrazione e che, conseguentemente, di fronte ad essa vi possano essere anche situazioni di interesse legittimo e non necessariamente sempre di diritto soggettivo (v. F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. pp. 432-443, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul dibattito; cfr. E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., spec. p. 522). La tesi contraria nega che nel caso di attività vincolata possa invece esserci spazio non solo per un provvedimento,

giuspubblicistica italiana della metà del Novecento, che si è occupata, oltre che della categoria generale dell'accertamento amministrativo, anche di quella particolare tipologia di provvedimenti qualificati come decisioni amministrative. La più attenta dottrina amministrativistica del tempo ha, innanzitutto, osservato che una qualche forma di accertamento sia rinvenibile, secondo diverse intensità⁽³¹³⁾, in quasi tutti gli atti amministrativi.

ma persino per un qualsiasi potere, stante il carattere necessariamente e intrinsecamente discrezionale della potestà amministrativa. Alla luce di una simile impostazione, l'amministrazione, qualora si trovi al cospetto di una attività vincolata, non effettua una ponderazione di interessi (già effettuata prima e a monte dalla legge che definisce «il conflitto di interessi», e, quindi, crea direttamente diritti e obblighi, prescindendo dal potere attribuito all'amministrazione); essa si “limita” a svolgere un'attività di *accertamento* dei presupposti previsti dalla legge e della fondatezza della pretesa sostanziale (secondo lo schema “norma-fatto”); per cui la situazione del privato dinanzi a tale attività non può che essere di diritto soggettivo: in tal senso, v., innanzitutto, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, I, p. 3 ss., il quale sviluppa il suo pensiero sulla scorta dell'impostazione dogmatica di Enzo Capaccioli (v., tra i vari scritti, E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, I, 1975, p. 349 ss., spec. p. 359 ss.) e contesta l'idea, *illo tempore* maggioritaria, per cui all'attività vincolata della p.a. corrispondono, in capo al privato, diritti o interessi a seconda che la norma sia diretta a tutelare in via primaria e diretta l'interesse privato o l'interesse pubblico. È interessante notare che Orsi Battaglini mette altresì in rilievo come i comportamenti giuridici non riconducibili all'esercizio di poteri siano ricostruibili in termini di obblighi (sostanziali) e ciò rappresenterebbe un tratto identitario comune con l'attività negoziale (A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 39 ss.). Echi dell'impostazione teorica di Capaccioli e Orsi Battaglini, si rinvengono anche in L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., p. 37 ss., il quale analizza la distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale anche sotto il profilo degli effetti giuridici; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 147 ss., p. 162 ss., p. 267 ss., p. 325 ss., p. 419 ss. Cfr. altresì F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Jovene, Napoli, 1996, spec. p. 213 ss. Per una più generale panoramica dei rapporti tra attività amministrativa discrezionale e attività vincolata, con riferimenti anche al dibattito appena accennato v. anche: R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 72 ss.

⁽³¹³⁾ Cfr. M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, cit., c. 173.

Il dato per cui non tutti gli atti amministrativi hanno la stessa intensità di accertamento non deve sorprendere se si considera – come osservato dalla letteratura gius-pubblicistica – che «quella che viene in vario modo prodotta dall'amministrazione non sia sempre l'identica “certezza”, ma che si tratti di “certezze” intrinsecamente diverse sul piano qualitativo, e non soltanto – come in genere si prospetta – per l'oggetto su cui l'accertamento ricade» (così A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, IV, p. 867 ss., spec. p. 874). Quest'ultimo A. rileva altresì che la nozione di “atto produttivo di certezza” «se permetteva in origine di isolare un fenomeno giuridico abbastanza preciso, si è rivelata, negli sviluppi successivi, dotata di illimitate valenze espansive, e sembra oggi poter ricomprendere una serie pressoché indefinita di atti

Viene però tracciata, da tale prospettiva, una significativa distinzione tra un «accertamento in senso pregiuridico», presupposto della generalità degli atti amministrativi e soprattutto dei c.d. fatti di certazione, e un «accertamento in senso tecnico», dalla portata più specifica e maggiormente assimilabile a quello giurisdizionale ⁽³¹⁴⁾.

Il primo si sostanzierebbe in un'«attività spirituale verso una situazione di certezza» che, esternalizzata nel contenuto di una dichiarazione, non mira «ad eliminare con effetto preclusivo un'incertezza in ordine alla titolarità o all'esercizio di situazioni soggettive, ma più semplicemente a far conoscere o a far sapere che una realtà giuridica esiste» ⁽³¹⁵⁾. Al contrario, l'accertamento in senso tecnico sarebbe caratterizzato dalla produzione di un vero e proprio «effetto preclusivo», volto «all'eliminazione di un possibile conflitto di apprezzamenti intorno ad una realtà giuridica passata» ⁽³¹⁶⁾.

Secondo una diversa, altrettanto autorevole, ricostruzione, per rinvenirsi un accertamento in senso tecnico in un provvedimento amministrativo, occorre focalizzare l'attenzione non tanto (o almeno non solo) sull'efficacia degli atti –

amministrativi, ad un tempo provvedimentali o non provvedimentali, “dichiarativi” e “costitutivi”» (p. 871).

⁽³¹⁴⁾ M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, cit., c. 173, secondo cui «l'attività di accertamento sussiste con carattere di necessità non diciamo in tutti gli atti amministrativi, ma in quelli tra essi che hanno dignità pari a quella delle sentenze, ossia nei provvedimenti amministrativi, proprio e in quanto essi adempiono alla funzione di comporre interessi pubblici e privati, incidendo, se necessario, nella sfera dei secondi. Non è possibile comporre interessi senza precedentemente valutarli, e valutarli significa accertarne l'esistenza, il contenuto, il valore».

Va dato senz'altro atto del fatto che per Giannini (v., in particolare, M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit., p. 226 ss.), il novero degli atti amministrativi di accertamento è estremamente ristretto, in quanto limitato al provvedimento auto-interpretativo e alla conferma. Questa lettura restrittiva merita di essere ovviamente contestualizzata, tenendo conto dell'invitabile influenza che il mutamento del contesto giuridico contingente ha su categorie così generali.

⁽³¹⁵⁾ M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit., p. 220.

⁽³¹⁶⁾ *Ivi*.

Già, in tal senso, A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 205 ss., spec. p. 211, secondo cui «scopo dei fatti di accertamento, a differenza dei fatti di conoscenza» è «quello di superare mediante una vincolativa determinazione della realtà giuridica, l'ostacolo frapposto alla realizzazione dei valori giuridici, dalla esistenza di una contestazione, di un conflitto di apprezzamenti, da parte dei soggetti coimplicati da codesti valori. Sono strumenti, cioè, che il diritto predispone per sciogliere alcuni dei tanti nodi in cui si aggroviglia la vita dei rapporti giuridici».

stante anche la difficoltà di determinare il concetto di efficacia preclusiva ⁽³¹⁷⁾ – quanto sulla struttura dell’attività dell’amministrazione ⁽³¹⁸⁾. Elemento caratteristico della categoria degli atti amministrativi di accertamento (a cui afferirebbero le decisioni amministrative) è, quindi, la circostanza che essi sono «formati in modo contenzioso» ⁽³¹⁹⁾; con questo assunto si fa riferimento a quegli atti formati mediante un procedimento costruito in modo tale da dar rilievo «ad un conflitto d’interessi (giuridicizzati o no) o d’opinioni fra gli amministrati, o fra l’autorità ed uno o più amministrati, che essi atti si volgono a risolvere, così accertando l’applicabilità della legge ad un caso concreto e

⁽³¹⁷⁾ L’idea per cui i «fatti di accertamento» rientrano nel quadro dei fatti aventi *efficacia preclusiva* e non in quelli aventi efficacia dichiarativa risale ad A. FALZEA, voce *Accertamento*, cit., spec. p. 210 ss. L’A. muove tracciando una tripartizione dell’efficacia dei fenomeni giuridici, distinguendo tra: a) efficacia costitutiva; b) efficacia dichiarativa e c) efficacia preclusiva. Mentre nel primo e nel secondo caso, la situazione giuridica stabilita dalla norma, rispettivamente, diverge e converge dalla situazione giuridica preesistente, al cospetto di fatti aventi efficacia preclusiva «la situazione giuridica stabilita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o dalla difformità della) situazione giuridica preesistente» (p. 209). L’A. invita, quindi, a non confondere la potenziale struttura dichiarativa dei fatti di accertamento dalla loro efficacia preclusiva – e non dichiarativa come vorrebbe la tradizione – («pur mantenendo ancora la riserva circa la struttura dei fatti di accertamento, va rilevato che, quand’anche questa struttura fosse interamente del tipo dichiarativo, non per questo l’effetto giuridico dovrebbe anche esso appartenere al tipo dichiarativo. L’idea che nei fatti giuridici il tipo dell’effetto debba corrispondere puntualmente alla struttura del fatto, per quanto trovi abbondanti esemplificazioni nella fenomenologia giuridica, indica non più che un principio tendenziale» pp. 210-211).

Va altresì precisato che, secondo l’A., l’efficacia preclusiva dei fatti di accertamento si sostanzia, non tanto nell’effetto (psicologico) della certezza o nella messa fuori contestazione, bensì nella circostanza per cui «dopo il fatto di accertamento una ulteriore contestazione non tanto è vietata quanto è resa irrilevante e perciò è privata della sua forza paralizzatrice della realizzazione del valore giuridico» (p. 212). L’Autore richiama, quindi, una prospettiva già palesata dal Chiovenda nell’ambito degli studi sulla cosa giudicata, ad avviso del quale proprio di fronte a quest’ultimo fenomeno giuridico, «le future nuove contestazioni, materialmente possibili, non hanno carattere di contravvenzione ad un obbligo giuridico ma di resistenza impotente» (cfr. G. CHIOVENDA, *L’azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Soc. ed. Foro italiano, Roma, 1930, p. 86).

Critico nei confronti di tale assetto anche in ragione della difficoltà di tracciare una netta linea di demarcazione tra effetto dichiarativo, effetto preclusivo ed effetto costitutivo (ritenendo l’effetto per sua natura costitutivo), pur riconoscendo a più riprese il grande valore teorico e l’originalità della ricostruzione di Falzea, appare M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell’accertamento giuridico*, cit., p. 246 ss.

⁽³¹⁸⁾ Così pare potersi interpretare la prospettiva offerta anche, in un’ottica più generale, da B. TONOLETTI, *L’accertamento amministrativo*, cit., p. 89.

⁽³¹⁹⁾ M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, cit., p. 812.

determinando, talvolta, anche le modalità di applicazione della legge stessa»⁽³²⁰⁾.

Centrale, in tale ricostruzione teorica, è l'assunto per cui «né la risoluzione di una controversia né lo sviluppo del procedimento in forme contenziose sembrano, invero, caratteristiche tipiche ed esclusive della funzione giurisdizionale»⁽³²¹⁾. Muovendo da tali punti di partenza, anche il contraddittorio – nella più intensa prospettiva processuale rispetto a quella procedimentale – esce dal perimetro della prerogativa esclusiva dell'attività giurisdizionale per estendersi all'attività amministrativa⁽³²²⁾.

Massima espressione di una simile contiguità è presumibilmente l'esperienza dei procedimenti disciplinari che si svolgono generalmente al cospetto di organi amministrativi (si pensi, a titolo esemplificativo, alle Commissioni amministrative regionali di disciplina per i Notai di cui alla l. n. 89 del 1913) o dei procedimenti giustiziali (come il ricorso gerarchico o il ricorso straordinario al Capo dello Stato) e che si concludono, all'esito di un contraddittorio simile a quello tipicamente processuale, con decisioni amministrative contenenti un vero e proprio accertamento⁽³²³⁾.

Più in generale, se si osserva la lettura amministrativistica italiana della seconda metà del Novecento si registra già la generale tendenza ad affermare il fenomeno della c.d. «processualizzazione» dell'amministrazione» e, correlativamente, il definitivo abbandono della tradizionale «concezione separatista» tra procedimento e processo, verso un paradigma di maggiore conformità sia strutturale che teleologica tra i due istituti⁽³²⁴⁾.

⁽³²⁰⁾ *Ivi*. Va rilevato che per questo a. le decisioni amministrative appaiono come una *species* degli atti amministrativi di accertamento.

⁽³²¹⁾ Così M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1953, p. 16.

⁽³²²⁾ *Ivi*, p. 23.

⁽³²³⁾ Cfr., sul punto, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss., spec. p. 139 ss., il quale osserva che la conformazione e la struttura del ricorso gerarchico e dei procedimenti disciplinari rappresentano esempi di funzione amministrativa esercitata nelle forme del processo. Nello stesso senso E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 819 ss., spec. p. 831. Per una più approfondita analisi dei rapporti tra procedimento e processo nel pensiero di Feliciano Benvenuti e di Elio Fazzalari, v. *infra* capitolo 4, paragrafo 2.

⁽³²⁴⁾ Sul punto, v., in particolare, M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 252 ss. su cui più diffusamente *infra* capitolo 4, paragrafo 2.

Simili considerazioni di teoria generale del diritto paiono oggi suffragate, sul piano empirico, da una serie di evidenze, aldilà dell'effettivo integrale recepimento nella legge sul procedimento amministrativo del 1990 delle spinte verso la processualizzazione del procedimento.

Muovendo dal tema dell'emancipazione di un ruolo meramente strumentale dell'accertamento amministrativo, non può passare inosservata la recente tendenza della giurisprudenza a riconoscere centralità alla funzione di accertamento in senso tecnico delle Autorità indipendenti. Si pensi, da un lato, alle pronunce del giudice amministrativo orientate a rinvenire, nei provvedimenti delle *Authorities*, una tendenziale strumentalità della sanzione all'accertamento (e non, più, viceversa) ⁽³²⁵⁾ e, dall'altro, a quelle della suprema Corte, che qualificano in termini di prova privilegiata l'accertamento delle Autorità indipendenti a prescindere dalla circostanza che, in dipendenza di esso, siano state o meno pronunciate diffide o sanzioni ⁽³²⁶⁾. Si assiste, quindi, a un superamento della tradizionale prospettiva in cui l'accertamento è sempre strumentale agli altri effetti tipici del provvedimento amministrativo (costitutivi, modificativi o estintivi): esso non esaurisce più la sua funzione nella vicenda amministrativa ma assume una sua rilevanza autonoma e principale ⁽³²⁷⁾.

Per quanto invece concerne il secondo profilo (ossia la formazione del provvedimento in maniera contenziosa), si osserva che è in corso una tendenziale estensione di regole tradizionalmente processuali, tra cui forme di contraddittorio rafforzato e rigorose garanzie difensive per il consociato destinatario dell'afflizione ⁽³²⁸⁾. Ciò pare la diretta conseguenza

⁽³²⁵⁾ Cfr. Cons. Stato, 19 dicembre 2019, n. 8568, in *Dir. proc. amm.*, 2020, III, p. 756, con commento di F. GOISIS, *La disapplicazione come strumento di estensione del giudicato eliminatore in materia sanzionatoria antitrust?* L'A. rileva come «aldilà delle parole e delle formule cui si allude, il ragionamento dei giudici di appello appare presupporre l'inscindibilità del capo di accertamento e il suo rilievo preminente rispetto a quello ordinatorio e di condanna: una volta annullato il primo, non potrebbe sopravvivere la sanzione a carico di nessuno dei cartellisti. Allo schema logico della strumentalità dell'accertamento al momento costitutivo-di condanna, si sostituisce, a ben vedere, quello, opposto, della primazia dell'accertamento dell'illecito, a cui la condanna sarebbe meramente consequenziale e quasi accessoria» (p. 759).

⁽³²⁶⁾ Cass., 22 maggio 2019, n. 13846, cit.

⁽³²⁷⁾ Osserva tale mutamento, riportando anche alcuni esempi, G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1008 ss.

⁽³²⁸⁾ Tale orientamento prende le mosse dalle due celebri, citate, pronunce che, complessivamente intese, hanno riconosciuto la necessità che i procedimenti sanzionatori delle

dell'affidamento alle Autorità amministrative indipendenti di compiti che presentano un carattere secondario sostanzialmente assimilabile a quello svolto dagli organi giurisdizionali, come già sopra rilevato.

Neppure deve considerarsi di ostacolo la circostanza che un accertamento di tal fatta non proviene da un giudice. La dottrina processual-civilistica, negli studi di teoria generale dell'accertamento, ha da tempo invitato ad abbandonare la prospettiva soggettivistica incline ad «enfaticizzare» la necessaria presenza del giudice per ritenere sussistente un accertamento in senso tecnico. È stato al riguardo osservato che «l'accertamento, così come qualunque altra manifestazione, giuridica come non – interviene anche in questo caso un evidente principio di logica generale – deve infatti essere definito sulla base delle proprie caratteristiche intrinseche e non in ragione dell'individuo che lo compie»⁽³²⁹⁾.

Va altresì rilevato che studiosi del diritto pubblico hanno anche confermato, da un lato, l'impossibilità di affermare la sussistenza di un vero e proprio monopolio sull'accertamento in capo al potere giurisdizionale⁽³³⁰⁾ e, dall'altro, la sempre più frequente tendenza dell'ordinamento ad affidare alla pubblica amministrazione «compiti che presentano un carattere secondario analogo a quello svolto dalla funzione giurisdizionale»⁽³³¹⁾.

Authorities siano sottoposti al rispetto dell'art. 6 della Convenzione EDU, anche mediante il criterio della *full jurisdiction*. Il riferimento è a: Corte EDU, sez. II, 27 settembre 2011, n. 43509, *Menarini c. Italia*, cit. e a Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, n. 18640, *Grande Stevens c. Italia*, cit. Sulla base di una simile premessa, più di recente, è risultata oggetto di dialogo tra le corti la questione relativa all'applicabilità del principio *nemo tenetur se detegere* nei procedimenti sanzionatori Consob, rimessa dalla Consulta (Corte cost., ord., 10 maggio 2019, n. 117, in *Foro it.*, 2019, 11, 1, c. 3421) alla Corte di Giustizia Ue, individuando quali parametri di riferimento gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali Ue e l'art. 6 CEDU.

Più in generale, la dottrina riconosce nel contraddittorio rafforzato un tratto distintivo ontologico nelle Autorità indipendenti rispetto alle amministrazioni tradizionali: cfr., in tal senso, M. CLARICH-L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., p. 358 ss.

⁽³²⁹⁾ Così M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 6-7.

⁽³³⁰⁾ V. B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., p. 91, secondo cui, sebbene l'ordinamento contempli un diritto costituzionalmente garantito all'accertamento giurisdizionale, non può sostenersi la sussistenza di un monopolio dell'accertamento in capo alla giurisdizione, potendosi ammettere forme di accertamento rilevanti già sul piano sostanziale (si pensi al negozio di accertamento).

⁽³³¹⁾ Così B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., pp. 93-94. Ciò ha comportato, come rileva lo stesso Autore, un significativo cambio di paradigma rispetto al

Si è altresì osservato che la stessa attività di accertamento può agevolmente convivere anche con il compito dell'amministrazione di concretizzazione di precetti normativi o di concetti giuridici indeterminati ⁽³³²⁾, come avviene proprio nell'analizzata materia *antitrust*. Le ragioni che giustificano, anche sotto il profilo costituzionale, l'affidamento di funzioni di accertamento in capo alla pubblica amministrazione possono essere varie e tra queste vi è «l'esigenza di operare valutazioni tecniche o scientifiche nell'accertamento della fattispecie disciplinata dalla legge» ⁽³³³⁾.

In sostanza, appare suggestiva l'idea di valorizzare gli aspetti peculiari di alcuni provvedimenti delle Autorità indipendenti ⁽³³⁴⁾, qualificandoli come specie del più ampio *genus* dei «provvedimenti amministrativi di accertamento» (ovvero decisioni amministrative ⁽³³⁵⁾) o, comunque, come atti composti contenenti, oltre a eventuali sanzioni o diffide, un capo autonomo di accertamento ⁽³³⁶⁾. Ci si riferisce a provvedimenti espressivi di una potestà

tradizionale modo di interpretare l'attività amministrativa come attuazione di compiti primari (V. *Ivi*, p. 94, nota 9).

⁽³³²⁾ Sul punto, anche per altri esempi: B. TONOLETTI, *op. cit.*, paragrafo 5, p. 122 ss.

⁽³³³⁾ *Ivi*, p. 185.

⁽³³⁴⁾ Per una specifica e attenta individuazione dei provvedimenti dell'Agcm che possono considerarsi investiti di potestà dichiarativa autonoma si rinvia a F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 64 ss.

⁽³³⁵⁾ V. M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, cit., p. 813. Contro una piena assimilazione delle due categorie si esprime M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, cit., c. 173, il quale segue, inoltre, una impostazione decisamente più restrittiva in ordine alla casistica degli atti riconducibili sia all'una che all'altra categoria.

⁽³³⁶⁾ Sul tema diffusamente ancora F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 49. L'A., nel confutare le tesi avverse al riconoscimento – in via generale – di una portata autonoma dell'accertamento dell'AGCM, evidenzia che «non è chiaro perché (i.e. in virtù di quali principi costituzionali o comunque sovra-primari) la legge non dovrebbe essere in grado di assegnare un'efficacia dichiarativa autonoma al provvedimento, una volta che a ciò si accompagnino le necessarie garanzie difensive per il cittadino» (p. 53).

Cfr. altresì G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1009, secondo cui, a seguito della Direttiva *antitrust* del 2014, si direbbe che «l'accertamento della condotta *antitrust* compiuta dall'Autorità si trasforma da accertamento strumentale al provvedimento finale in accertamento principale e autonomo. Un accertamento che si direbbe “fa stato” sulla sussistenza dell'illecito e “fa stato” *erga omnes*: solo così, infatti, si può giustificare il suo carattere vincolante per il Giudice civile e la possibilità dei terzi di avvalersi di tale accertamento vincolante. Un ordine di idee di questo tipo non è estraneo al diritto europeo, ove da tempo si paragona l'atto amministrativo (la decisione della Commissione), divenuto definitivo all'autorità della cosa giudicata [...] In ogni caso, se l'accertamento compiuto dall'Autorità garante è idoneo a valere anche nei confronti dei

dichiarativa autonoma dell'amministrazione e che presentano due fondamentali caratteristiche: *i.* sono formati in maniera contenziosa, vale a dire che in essi è predominante il giudizio che deve svolgersi nel rispetto delle garanzie proprie dell'attività del giudicare; *ii.* sono portatori di un accertamento in senso tecnico, ossia in essi la produzione di certezza non rappresenta un mero momento logico-giuridico (alla stregua della generalità degli atti amministrativi) bensì un autonomo «*bene giuridico*, nel senso assolutamente tecnico»⁽³³⁷⁾.

5. *Il vincolo come elemento imprescindibile dell'accertamento (contenuto) e non dell'atto specifico (contenente). Fondamenti di teoria generale dell'accertamento giuridico.*

Delineate le possibili articolazioni della categoria dell'accertamento giuridico (accertamento giurisdizionale, accertamento convenzionale e accertamento amministrativo⁽³³⁸⁾) occorre ora tracciare i tratti fondamentali comuni della categoria generale per poi vagliare l'applicazione specifica all'accertamento amministrativo (qui rilevante).

Va premesso, al riguardo, che un approccio unitario allo studio dell'accertamento per un inquadramento sistematico del nuovo fenomeno appare l'unico realmente proficuo. D'altronde, come si è opportunamente osservato, l'accertamento è «a tutti gli effetti un concetto di teoria generale ed è quindi a questo livello che esso va senza indugi collocato», anche al fine di «liberarsi da tutta una serie di condizionamenti, spesso non pienamente consapevoli, imposti dalla prospettiva della singola disciplina»⁽³³⁹⁾. Tale approccio sembra, inoltre, quello maggiormente confacente a quel metodo comparativo interno a cui si è

terzi e nelle controversie risarcitorie da questi instaurate, è chiaro che detto accertamento non ha più solo la funzione strumentale sul provvedimento finale (come presupposto dello stesso), ma ha una efficacia dichiarativa sua propria (se si trattasse di una sentenza, si potrebbe parlare di «capo» autonomo)».

⁽³³⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, cit., c. 174.

⁽³³⁸⁾ A questo elenco potrebbe anche aggiungersi l'accertamento arbitrale. L'arbitrato (sia rituale che irrituale) configura, infatti, un tipo di accertamento posto in essere da un terzo (e quindi, sotto il profilo strutturale, latamente assimilabile a quello giurisdizionale e a quello amministrativo), mentre, alla stessa stregua dell'accertamento negoziale, rileva la circostanza che si tratta di un accertamento proveniente da privati e non da un soggetto pubblico.

⁽³³⁹⁾ Così M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 9.

professato di aderire, sotto il profilo metodologico, nella conduzione della presente indagine.

Nonostante quella appena indicata appaia come la prospettiva più fruttuosa, va anche riconosciuto, di contro, che gli studi sull'accertamento giuridico come categoria unitaria appaiono quantitativamente limitati, essendosi la letteratura soffermata prevalentemente sulle diverse articolazioni dell'accertamento in maniera settoriale, cioè circoscrivendo l'indagine ai singoli tipi ⁽³⁴⁰⁾.

Chi, però, ha ricostruito in maniera unitaria il fenomeno ha avuto modo di fissare alcuni profili fondamentali della categoria. Si è, quindi, individuato il *risultato* dell'accertamento giuridico – da intendersi come la ricaduta pratica degli effetti dell'accertamento nella realtà concreta dei rapporti interpersonali – nella rimozione di un'eventuale situazione di incertezza; la sua *finalità/funzione* – intesa come scopo/utilità dell'accertamento – «nella fissazione della realtà preesistente secondo la rappresentazione fornite dall'accertamento stesso»; in ultimo, l'*effetto* – elemento imprescindibile di qualsiasi accertamento giuridico – è rappresentato dalla produzione di «un qualche tipo vincolo» in capo al giudice a non discostarsi, nella valutazione della realtà accertata, dalla configurazione fornite nell'accertamento ⁽³⁴¹⁾.

⁽³⁴⁰⁾ La questione dell'efficacia dell'accertamento è stata analizzata sempre in maniera scissa e parallela in relazione alle singole categorie dell'accertamento negoziale e di quello giurisdizionale. In relazione all'accertamento negoziale il contrasto è emerso tra le tesi che sostenevano la natura dichiarativa e quelli che sostenevano l'efficacia costitutiva del negozio giuridico. In relazione all'accertamento giurisdizionale si è discusso invece dell'efficacia dichiarativa o costitutiva della sentenza. Gli unici studi in punto di accertamento giuridico come categoria dogmatica unitaria risultano, quindi, quelli già citati di A. Falzea e di M. Fornaciari.

⁽³⁴¹⁾ Per tale ricostruzione strutturale, si v. M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 103 ss.

L'Autore, individuato innanzitutto il rapporto tra accertamento e rimozione dell'incertezza in termini di risultato, precisa che «l'incertezza non rappresenta un elemento indispensabile dell'accertamento, la sua rimozione è destinata a presentarsi quale eventualità, cui l'accertamento dà luogo solo quando una situazione di incertezza effettivamente sussista». L'incertezza si risolve, quindi, sul piano della teoria generale in un presupposto di fatto solo eventuale dell'accertamento, dovendosi invece ritenere necessario per il solo accertamento giudiziale rilevando, in relazione a quest'ultimo tipo, *sub specie* di interesse ad agire.

Centrale è invece la produzione del vincolo, quale effetto dell'accertamento. L'imprescindibilità del vincolo è, infatti, strettamente correlata alla rilevanza dell'accertamento per il mondo del diritto. Come si è osservato: «l'accertamento, per poter assurgere a fenomeno giuridico, deve necessariamente produrre un qualche vincolo, pena, in caso contrario, la sua irrilevanza per il mondo del diritto» (p. 226). Proprio sull'effetto si è concentrata principalmente

Esclusa quindi la possibilità di riconoscere all'accertamento un effetto meramente dichiarativo, costitutivo o – secondo la prospettiva di Falzea – preclusivo, si ritiene che proprio la produzione di un vincolo sia l'effetto naturale e imprescindibile di ogni accertamento giuridico, aldilà della natura dell'atto in cui esso è contenuto: si tratti di un negozio, di una sentenza o di un provvedimento amministrativo.

La portata di tale vincolo derivante dall'accertamento giuridico non è, però, sempre uguale. Più segnatamente sono state classificate quattro tipologie di vincoli, ad intensità crescente ⁽³⁴²⁾:

i. un primo stadio, più blando, è rappresentato dalla «fissazione della realtà accertata fino a prova contraria» che, comporta, di fatto una mera inversione dell'onere della prova: la parte potrà, in qualunque sede e con qualunque mezzo, contrastare liberamente l'accertamento fornendo la controprova. Questo è anche uno stadio residuale che opera quando l'accertamento, per le ragioni che si vedranno di seguito, non potrà delineare un vincolo maggiormente intenso;

ii. un secondo livello è costituito dalla «fissazione della realtà accertata fino a che non si dia prova del contrario mediante uno o più specifici mezzi di prova»; anche in questo caso l'accertamento è contrastabile in qualunque sede ma con un più circoscritto novero di mezzi di prova;

iii. al terzo stadio si pone la «fissazione della realtà accertata fino a che l'accertamento non venga rimosso mediante un particolare strumento di impugnazione, o comunque mediante l'utilizzo di un determinato mezzo giuridico, all'uopo predisposto». In questo caso, a differenza delle altre due ipotesi sopradescritte, l'accertamento opera su un piano diverso rispetto a quello dell'onere della prova e la sua contestazione non potrà più avvenire in qualunque sede, poiché «nelle sedi ordinarie esso deve essere senz'altro recepito e l'unica possibilità di rimuoverlo passa attraverso l'attivazione di quell'apposito strumento di contestazione, specificamente configurato dal legislatore»;

l'attenzione della letteratura sulla teoria generale dell'accertamento, in quanto siffatto profilo è considerato come «il tema principale dell'intera materia; quello in relazione al quale si valuta la plausibilità di qualunque tentativo di ricostruzione del fenomeno in esame e che fornisce la misura della reale consistenza di esso. Ben può anzi affermarsi che, ridotto ai suoi termini più essenziali, il problema dell'accertamento è in definitiva il problema del suo effetto» (p. 221).

⁽³⁴²⁾ *Ivi*, p. 226.

iv. l'ultimo livello, di massima intensità del vincolo, comporta la «fissazione definitiva e non più contestabile, con alcun mezzo ed in alcuna sede, della realtà accertata». In questo caso, non c'è alcuna possibilità di rimettere in discussione l'accertamento, ritenuto da quel determinato ordinamento giuridico come assoluto e foriero di una realtà irrevocabilmente fissata. Questo quarto stadio è peraltro considerato il «modello normale di vincolo», in quanto ritenuto maggiormente idoneo ad esprimere la preclusione propria dell'accertamento.

Va ovviamente precisato che tali livelli rappresentano soltanto dei punti fermi per calibrare l'intensità che un accertamento giuridico è idoneo a produrre: non è da escludersi, infatti, che possano esistere anche sfumature intermedie, allocate tra uno stadio e l'altro.

Delineate le tipologie di vincolo che l'accertamento è idoneo a produrre occorre ora valutare se esse presentino o meno il medesimo meccanismo operativo.

Dal lato attivo, si ritiene che un vincolo di tal sorta non sia limitato all'ipotesi dell'accertamento giudiziale, apparendo, al contrario, assolutamente irrilevante la provenienza soggettiva dell'accertamento. In sostanza, l'accertamento non vincola in quanto proveniente da un giudice: vincola in quanto accertamento. Ciò apre a considerare l'accertamento giuridico (ossia quello da cui scaturisce un vincolo) come qualcosa che non deve necessariamente provenire da un giudice, ma potrà anche provenire dalle parti private (v. negozio di accertamento, confessione, ricognizione di debito, ecc.), da un soggetto terzo privato (v. accertamento arbitrale) o da una pubblica amministrazione (v. accertamento amministrativo).

Dal lato passivo, invece, l'accertamento, a prescindere dalla sua origine, produce effetti non direttamente sulla posizione delle parti, ma su quella del giudice; per cui: se in questione è l'accertamento di una situazione giuridica, qualora in relazione a quella determinata fattispecie o a una porzione di essa esista già un accertamento, il giudice «non deve e non può – in ciò il vincolo – fare altro che recepire la qualificazione già operata»; se l'accertamento è limitato a meri fatti, al giudice sarà invece preclusa la verifica di quei fatti ⁽³⁴³⁾.

⁽³⁴³⁾ Questa sembra l'impostazione seguita da M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 271 ss., spec. p. 271 e 275.

L'A., con riferimento all'origine non necessariamente giurisdizionale dell'accertamento (rispetto al profilo che abbiamo definito "attivo"), osserva che si tratta «di una

6. (Segue) *Declinazioni della impostazione teorica generale alle singole tipologie di accertamento giuridico.*

Tale meccanismo operativo dell'accertamento giuridico (che si sostanzia nella limitazione della libertà di valutazione del giudice e nella specificazione dell'obbligo di giudizio a questo facente capo) appare compatibile con le diverse ipotesi di intensità di vincolo che possono configurarsi, secondo i quattro modelli sopra esposti. Nell'ipotesi del più blando vincolo della fissazione fino a prova contraria, il giudice «è tenuto a recepire l'accertamento solo fino a che non si dia prova del contrario; riuscita tale prova l'obbligo viene meno ed egli riacquista la libertà di valutazione, che avrebbe in assenza di accertamento»⁽³⁴⁴⁾. Lo stesso vale per gli stadi intermedi, mentre nel caso del vincolo al più alto stadio di intensità, che comporta la fissazione definitiva e non più contestabile della realtà accertata, la limitazione della libertà di valutazione del giudice è massima.

Come sopra accennato, il «modello normale di vincolo» è, secondo questa prospettiva teorica, quello di grado più intenso ossia quello della fissazione definitiva e non più contestabile della realtà accertata. In sostanza, in assenza di una specifica diversa previsione, è da ritenersi che l'accertamento tenda ad esprimere la massima intensità del vincolo. D'altronde, ogni forma di accertamento aspira, per sua natura, a una fissazione definitiva della realtà accertata, l'unica che può garantire la certezza dei rapporti e dei traffici giuridici.

Tale aspirazione non può, però, non tenere conto degli altri valori giuridici che entrano in gioco e che potrebbero risultare eccessivamente compressi da una generalizzata estensione di un vincolo di massima intensità, specie quando l'accertamento non proviene direttamente dalle parti soggette al

concezione che recepisce, nella sostanza, la teoria processuale del giudicato». Rispetto a quest'ultima, essa si distingue, però, per un aspetto rilevante, vale a dire per il fatto che l'idea che l'accertamento giuridico sia sempre idoneo a generare un vincolo «non solo non è limitata al solo accertamento giudiziale, ma soprattutto non fa in alcun modo leva sulla figura del giudice: secondo questa ricostruzione, l'accertamento determina un vincolo in capo al giudice non in quanto proveniente a sua volta da un giudice, ma puramente e semplicemente in quanto accertamento. Tale ricostruzione individua cioè l'essenza dell'accertamento *tout court*, del tutto indipendentemente da chi ne sia l'autore. Che poi, in un determinato ordinamento, solo l'accertamento giudiziale abbia cittadinanza, può benissimo darsi; ma questo non sposta assolutamente nulla». Per quanto attiene, invece, al profilo che abbiamo definito «passivo» (ossia in relazione al soggetto che «subisce» il vincolo), l'Autore evidenzia che «è solo imputando l'obbligo al giudice che l'accertamento può riuscire a svolgere la sua funzione di vincolare le parti alla rappresentazione della realtà, giuridica o di fatto in essa contenuta» (p. 276).

⁽³⁴⁴⁾ *Ivi*, p. 280.

vincolo ma da terzi. Sicché, ogni forma di accertamento giuridico (giurisdizionale, negoziale, amministrativo) può, in base alle circostanze, generare un vincolo variamente collocabile nella sopradescritta scala crescente; ciò vale, in primo luogo per le sentenze ⁽³⁴⁵⁾, così come per il negozio di accertamento ⁽³⁴⁶⁾.

Anche con specifico riferimento all'accertamento amministrativo, l'intensità del vincolo può variamente configurarsi: dalle ipotesi in cui l'atto amministrativo, quale atto pubblico, fa piena prova fino a querela di falso (situazione riconducibile al terzo stadio) ai casi in cui il provvedimento definitivo, portatore di un accertamento in senso tecnico, vincola più intensamente il giudice, come il provvedimento AGCM.

Per i provvedimenti amministrativi di accertamento (o decisioni amministrative), formati in maniera contenziosa e contenenti un accertamento in senso tecnico (in ragione delle caratteristiche sopradescritte), l'intensità del

⁽³⁴⁵⁾ Se si osservano le sentenze, si noterà che esse possono dare origine a vincoli variamente intensi e diversamente collocabili nella sopradescritta scala crescente. La sentenza passata in giudicato, quindi, non più suscettibile di impugnazioni ordinarie, tende, almeno in relazione a soggetti nei cui confronti l'accertamento «fa stato ad ogni effetto» (art. 2909 c.c.), verso il quarto stadio di intensità del vincolo (si parla di mera tendenza essendo l'accertamento ancora controvertibile attraverso i mezzi di impugnazione straordinari). L'accertamento contenuto in una sentenza ancora suscettibile di impugnazione ordinaria è foriera, invece, di un vincolo che si pone al terzo stadio di intensità, potendo quell'accertamento essere rivisto in sede di gravame (quindi con lo specifico mezzo predisposto dall'ordinamento). L'accertamento contenuto in una sentenza può, però, anche degradare, se spesa in un diverso giudizio o nei confronti di soggetti comunque estranei all'accertamento stesso, al mero valore di prova, così ponendosi, in via residuale, al primo stadio. È agevole osservare che, in questi casi, assume rilevanza la circostanza della partecipazione o meno dei soggetti alla formazione dell'accertamento. In sostanza, in quanto rimessa a un soggetto terzo e non proveniente direttamente dalle parti, la fisiologica tendenza alla massima intensità del vincolo generato dall'accertamento – quale espressione di un principio di certezza del diritto – va inevitabilmente parametrata con altri valori di rilievo costituzionale, tra cui l'effettiva partecipazione a un contraddittorio pieno dei soggetti che subiscono l'accertamento stesso (specie se *in malam partem*) e, più in generale, il concreto rispetto delle garanzie proprie del giusto processo.

⁽³⁴⁶⁾ Con riferimento al negozio di accertamento, si ritiene che esso sia tendenzialmente riconducibile al massimo livello di vincolo o al più – in ragione della possibilità di impugnazione del negozio per i tipici vizi del contratto (tranne che per errore) – al livello immediatamente inferiore, ossia alla fissazione della realtà accertata fino a specifica impugnazione (cfr. M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 338). In ogni caso, il negozio di accertamento, almeno tra le parti che hanno partecipato alla sua produzione, non si porrebbe come vincolo che agisce sul piano delle prove, ma sempre ad un livello diverso, di maggiore intensità. Ciò si giustifica sia per la natura convenzionale dell'accertamento, espressione di autonomia negoziale e quindi di autodeterminazione del soggetto, sia per la circoscritta efficacia di quell'accertamento alle parti che hanno partecipato effettivamente al negozio, avendo il contratto forza di legge solo tra le parti *ex art. 1372 c.c.* Per i soggetti terzi estranei e in altri contesti, l'accertamento contenuto nel negozio degraderà, naturalmente, allo stadio residuale di prova controvertibile.

vincolo, alla stessa stregua delle sentenze e, in parte, del negozio di accertamento, si accresce in ragione della possibilità o meno dell'atto di essere ancora oggetto di impugnazione e si pone tendenzialmente al di fuori del mero vincolo probatorio. La decisione dell'*Authority* che può ancora formare oggetto di impugnazione giurisdizionale (davanti al giudice ordinario o al giudice amministrativo) si colloca, infatti, al terzo stadio, in quanto foriera di una fissazione della realtà accertata fino a che l'accertamento non venga rimosso mediante il ricorso al rimedio appositamente predisposto dall'ordinamento (l'impugnazione giurisdizionale o l'annullamento d'ufficio). Sotto questo profilo, l'accertamento amministrativo è assimilabile, quanto ad intensità del vincolo, all'accertamento giurisdizionale contenuto in una sentenza ancora suscettibile di essere impugnata con mezzi di impugnazione ordinari (e quindi non passata in giudicato) o all'accertamento negoziale contenuto in un contratto, impugnabile per annullamento o nullità.

Qualora siano decorsi i termini per l'esperimento del rimedio preordinato, l'intensità del vincolo di cui è portatore l'accertamento (in senso tecnico) contenuto nella decisione amministrativa si intensifica, tendendo fisiologicamente verso il quarto stadio ⁽³⁴⁷⁾.

Per quanto quest'ultima propensione alla definitività sia un effetto naturale e fisiologico dell'accertamento, va evidenziato come, con riferimento agli analizzati provvedimenti sanzionatori AGCM, la tendenza alla massima intensità del vincolo sia stata opportunamente cristallizzata in una specifica disposizione normativa. Tale soluzione appare teoricamente preferibile rispetto ad una sua operatività naturale in tale direzione, specie quando il vincolo deve spiegare il suo effetto in procedimenti connessi, che magari coinvolgono anche soggetti diversi. La sede legislativa appare, infatti, il luogo migliore per calibrare l'intensità e la portata oggettiva e soggettiva del vincolo stesso.

Un esempio della centralità di tale (eventuale) bilanciamento legislativo si annovera con riferimento al vincolo generato dal giudicato penale nel contesto del giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del

⁽³⁴⁷⁾ Anche in questo caso si tratta di una mera tendenza e non di una vera e propria integrazione del quarto stadio, non giungendosi neppure qui (come per le sentenze v. nota 345) e per i negozi di accertamento (v. nota 346) a una «fissazione definitiva e non più contestabile, con alcun mezzo ed in alcuna sede, della realtà accertata», considerata l'astratta possibilità di autotutela dell'amministrazione.

danno. Le disposizioni che disciplinano tale fenomeno (*ex artt. 651, 652 e 654 c.p.p.*) sono state considerate espressione di una «eccezionale previsione legislativa»⁽³⁴⁸⁾, alla luce del fatto che il legislatore potrebbe ragionevolmente escludere in altri casi analoghi un simile effetto a confronto con altri valori in gioco (è, infatti, quanto accade con riferimento alle sentenze che riguardano imputati minorenni in forza dell'esclusione di qualsiasi efficacia extrapenale affermata dall'art. 10 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448).

In questo caso, come in quello dell'efficacia extraprocedimentale delle decisioni amministrative, la riconduzione al principio di legalità sembra essere fisiologica conseguenza del fatto che l'estensione degli effetti dell'accertamento in altre diverse sedi è il frutto, più a monte, di un bilanciamento di diritti e garanzie, alcune delle quali di rilevanza costituzionale, riservato a scelte di politica legislativa⁽³⁴⁹⁾. Diversamente opinando, il rischio (neppure tanto remoto) è che, in spregio a una serie di garanzie costituzionali, possano affermarsi ipotesi di accertamenti amministrativi diversamente vincolanti per via pretoria, attraverso il ricorso a discutibili prove atipiche rafforzate (in quanto inconfutabili) o a presunzioni giurisprudenziali (finanche) assolute, nominalmente mascherate, come è successo, sotto l'ambigua formula della “prova privilegiata”.

Proprio per queste ipotesi in cui il vincolo non è cristallizzato in una norma (situazione ricorrente per le decisioni della gran parte delle *Authorities*), l'intensità dell'accertamento amministrativo tende a degradare inevitabilmente al primo stadio e, quindi, a prova liberamente valutabile dal giudice, in quanto contestabile a mezzo di prova contraria. Pertanto, salvo che non si voglia ricorrere ai discutibili artifici pretori della prova privilegiata o del principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi⁽³⁵⁰⁾, in assenza di specifica disposizione normativa (e, quindi, ad eccezione dei provvedimenti dell'AGCM *ex art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017*), le decisioni delle *Authorities* contenenti un accertamento non appaiono, di per sé soli, idonei a generare un vincolo tendente

⁽³⁴⁸⁾ Lo chiarisce A. CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, cit., p. 28.

⁽³⁴⁹⁾ F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 64. Sul rapporto tra accertamento amministrativo e principio di legalità sostanziale, cfr. altresì B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., p. 175 ss.

⁽³⁵⁰⁾ Sul punto, v., *si vis*, M. GOLIA, *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di “prova privilegiata”*, cit., p. 388 ss.

al quarto degli stadi sopradescritti. Ciò è soprattutto la diretta conseguenza, come si vedrà nel prossimo capitolo, della generale carenza di garanzie procedurali in seno alle Autorità che fa soccombere, nel bilanciamento tra diritti ed esigenze, la tendenza alla definitività dell'accertamento.

7. Accertamento amministrativo e cosa giudicata. Teorie del Rechtskraft e irrilevanza della categoria del giudicato nella creazione del vincolo amministrativo.

L'analisi appena condotta ha già consentito di osservare come il vincolo che sorge in capo al giudice ordinario rispetto a una decisione amministrativa è conseguenza diretta dell'accertamento giuridico in essa contenuto e non di altre caratteristiche esterne.

Questione diversa è se il provvedimento amministrativo sia astrattamente idoneo ad integrare la *res iudicata*, alla stessa stregua delle sentenze. Sul punto vale la pena spendere, per completezza, qualche considerazione, con l'avvertimento che il riconoscimento della naturale e imprescindibile capacità dell'accertamento di generare, di per sé, un vincolo, rende irrilevante ai nostri fini l'eventualità che il provvedimento assuma o meno la caratteristica di cosa giudicata.

A tal proposito, va premesso che già la dottrina austro-tedesca del primo Novecento (in particolare la c.d. Scuola giuridica di Vienna di matrice kelseniana), nel delineare i tratti caratteristici dell'atto amministrativo rifacendosi proprio agli schemi del provvedimento giurisdizionale ⁽³⁵¹⁾, si interrogò in ordine alla possibilità di riconoscere, quale elemento essenziale anche dei provvedimenti amministrativi, la sussistenza di un accertamento, quale momento logico o giuridico o logico-giuridico, idoneo alla *res* giudicata ⁽³⁵²⁾. Tale tentativo di tendenziale *reductio ad unitatem*, sotto il concetto di *Rechtskraft*, degli atti dello Stato (ossia dei provvedimenti amministrativi e di quelle giurisdizionali con estensione ai primi della cosa giudicata sostanziale) ha registrato diverse posizioni.

⁽³⁵¹⁾ Cfr. M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, cit., c. 170.

⁽³⁵²⁾ Dà atto di tali orientamenti M.S. GIANNINI, voce *Accertamento (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958. Per gli sviluppi del dibattito v. anche M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, cit., p. 810.

Nella sua primissima elaborazione, il giudicato dell'atto amministrativo, sebbene pieno e assoluto come quello giurisdizionale, veniva limitato solo ad alcune tipologie di provvedimenti, adottati dall'amministrazione nell'esercizio di una attività sostanzialmente giurisdizionale ossia quei provvedimenti chiamati *Verwaltungsbehördliche Entscheidungen*, identificabili con le nostre decisioni amministrative ⁽³⁵³⁾. Successive elaborazioni, nella letteratura austro-tedesca, hanno esteso la portata della cosa giudicata alla generalità dei provvedimenti amministrativi (*Verfügungen*), ma sempre muovendo dal presupposto di un mero ampliamento al diritto amministrativo di una categoria propria del processo civile.

Una rinnovata e originale interpretazione del fenomeno si rinviene, invece, nel pensiero di Adolf Merkl. Nell'elaborazione di quest'ultimo Autore, il «giudicato degli atti amministrativi» gode di autonomia dogmatica rispetto al tradizionale giudicato dei provvedimenti giurisdizionali e, quindi, è da valutare come fenomeno originariamente a sé stante. Il giurista viennese ritiene, innanzitutto, di non poter accogliere l'idea secondo la quale «il giudicato, muovendo dal campo giudiziario, si estende a poco a poco alla pubblica amministrazione e la pervade fin nei settori più periferici», perché «un giudicato così ottenuto, nel campo amministrativo, perde in intensità ciò che guadagna in estensione» ⁽³⁵⁴⁾. Invita, quindi, a partire dalla consapevolezza che «l'efficacia di giudicato degli atti amministrativi non sia meno certa di quella degli atti giurisdizionali; non, però, come effetto di una qualificazione giurisdizionale presa a prestito dall'amministrazione e che resterebbe del resto limitata ad un settore amministrativo affine alla giurisdizione, ma come risultato di un processo di pensiero che, al di là di ogni riferimento alla giurisdizione, parte dal concetto di diritto e abbraccia tanto l'ambito della giurisdizione quanto quello della pubblica amministrazione, come un tutto indivisibile e da trattare unitariamente» ⁽³⁵⁵⁾.

⁽³⁵³⁾ V. E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Neudruck der Ausgabe, Wien, 1886 (ried. Scientia Verlag Aalen, 1964), p. 83 ss.

⁽³⁵⁴⁾ A. MERKL, *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in *Il duplice volto del diritto. Il sistema Kelseniano e altri saggi*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1987, p. 325 ss., spec. pp. 328-329.

⁽³⁵⁵⁾ *Ivi*.

Conclude, pertanto, affermando che «non esiste il problema di un'efficacia di giudicato che nel campo dell'amministrazione sia meno autoctona che in quello della giurisdizione, giacché essa defluisce dalla stessa fonte e s'incanala allo stesso modo di queste due forme similari di applicazione del diritto»⁽³⁵⁶⁾.

La dottrina italiana successiva (sia del processo civile che della scienza dell'amministrazione pubblica) non ha inteso aderire *funditus* a una simile impostazione. La letteratura gius-pubblicistica ha seguito tutt'altra strada, preferendo costruire la teoria dell'atto amministrativo sugli schemi privatistici del negozio giuridico anziché rifarsi, come la dottrina tedesca, «agli schemi processuali dell'atto giurisdizionale»⁽³⁵⁷⁾.

Neppure tra gli studiosi del processo civile, tale impostazione sistematica ha trovato largo séguito. Il Liebman, pur ritendendo «interessante» l'impostazione del Merkl (a cui sembra, peraltro, rifarsi nel delineare il concetto di «imperatività» o «efficacia naturale degli atti statali»), non ne condivide, poi, i risultati in punti di estensione degli effetti della cosa giudicata sostanziale all'atto amministrativo⁽³⁵⁸⁾. Sicché chi, tra i pochi studiosi italiani, si è approcciato al tema ha finito per dissolvere il concetto di *Rechtskraft* (con i correlati tentativi di unificazione dogmatica) nell'idea di «imperatività degli atti statali» (comune a sentenze e provvedimenti amministrativi) e non in quella di

⁽³⁵⁶⁾ *Ivi.*

⁽³⁵⁷⁾ Lo rileva M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, cit., c. 170, escludendo egli stesso che si possa parlare di un giudicato dell'atto amministrativo. Invero, l'attenzione della dottrina giuspubblicistica italiana verso la teoria generale dell'atto amministrativo non è particolarmente risalente, come rileva anche F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 35 ss., il quale dà atto di una tendenziale indifferenza verso il tema da parte della c.d. letteratura preorlandiana, ossia precedente agli studi di Vittorio Emanuele Orlando e Oreste Ranelletti. Non è, tra l'altro, un caso che quest'ultimo Autore, il quale ha dato un essenziale contributo alla teoria dell'atto amministrativo specie nella materia delle autorizzazioni e delle concessioni, avesse una approfondita formazione privatistica e gius-romanistica, sviluppata presso la Scuola di Vittorio Scialoja (come rileva ancora F. FRACCHIA, *op. cit.*, spec. pp. 77-78), sebbene nel suo percorso teorico sia approdato ad affermare la sostanziale irriducibilità dell'atto amministrativo al contratto e al rifiuto dell'estensione delle categorie del diritto privato al diritto amministrativo in ragione della naturale sovra-ordinazione dell'Amministrazione rispetto al privato e della primazia dell'interesse pubblico (*ivi*, p. 83-84). Per la tendenza ad assimilare l'atto amministrativo al negozio giuridico nella letteratura successiva a Ranelletti, v. ancora i riferimenti in F. FRACCHIA, *op. cit.*, p. 107-108, spec. nota 6, e p. 117 ss.

⁽³⁵⁸⁾ E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, cit., p. 107 ss.

cosa giudicata, che ha continuato ad essere prerogativa esclusiva delle sentenze⁽³⁵⁹⁾.

La prospettiva del Merkl – che muove peraltro proprio dal superamento della tradizionale distanza tra amministrazione e giurisdizione che vedremo essere oggi indotta anche dalla giurisprudenza soprannazionale⁽³⁶⁰⁾ – potrebbe assumere una straordinaria attualità ed essere di ausilio all'interpretazione del fenomeno che qui ci interessa se si fosse disposti a rileggerla, però, nella sua ortodossa impostazione iniziale. Una simile soluzione ermeneutica richiederebbe, in primo luogo, di tradurre il *Rechtskraft* dell'atto amministrativo non nella prospettiva di una «pallida ombra» del giudicato giurisdizionale (da qui naturalmente differirebbe alla luce della diversa disciplina) ma come una qualità, propria e autoctona, di tutti o almeno di alcuni dei provvedimenti amministrativi (specie di quelli che contengono un accertamento in senso tecnico come le decisioni amministrative⁽³⁶¹⁾).

La eco di una simile impostazione teorica si avverte in alcuni ordinamenti, come quello tedesco, che già riconoscono da tempo a taluni atti amministrativi una particolare «forma di “persistenza”»⁽³⁶²⁾. Non sorprende,

⁽³⁵⁹⁾ Cfr. M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, cit., c. 170, secondo cui con il termine «*Rechtskraft* dell'atto amministrativo» gli autori tedeschi «intendevano non tanto l'efficacia di cosa giudicata, quanto quel concetto di “imperatività” che poi, da noi, doveva essere portato dal Liebman alla sua maggior trasparenza».

Una eco della possibilità di immaginare un giudicato anche per l'atto amministrativo sembra permanere, pressoché esclusivamente, nel pensiero di Fazzalari (cfr. E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, cit., p. 1306 ss., spec. p. 1317). L'A. esclude, tra l'altro, che la cosa giudicata sia caratteristica esclusiva dell'attività giurisdizionale (*Ivi*, pp. 1306-1307, ove si legge che «la cosa giudicata non è una caratteristica indefettibile dell'attività giurisdizionale»; ID., *La giurisdizione volontaria*, Cedam, Padova, 1953, spec. pp. 159-160).

⁽³⁶⁰⁾ A. MERKL, *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, cit., p. 329, il quale considera «naturale» il punto di approdo che riconosce l'esistenza di un proprio e autonomo «*Rechtskraft* dell'atto amministrativo» se si muove dalla «concezione che supera la tradizionale distanza tra amministrazione e giurisdizione, che coglie tra queste due funzioni statali in senso materiale solo una differenza di grado e non di qualità, e per rispondere al problema se si tratti di atto giurisdizionale o amministrativo si rimette esclusivamente alla ripartizione di competenze fatta dal diritto positivo».

⁽³⁶¹⁾ Il riconoscimento di un «*Rechtskraft* dell'atto amministrativo» circoscritto alle sole decisioni amministrative – che a noi sembra preferibile – è stato sostenuto, come osservato *supra* da Bernatzik ma osteggiato da Merkel che, invece, propende per una estensione generalizzata a tutti gli atti amministrativi (v. A. MERKL, *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, cit., p. 331).

⁽³⁶²⁾ Così la definisce A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Cedam, Padova, 1994, p. 59, nota 140.

pertanto, la circostanza per cui in Germania, nel recepire la Direttiva in materia *antitrust*, il fenomeno non sembra aver incontrato i medesimi problemi di inquadramento dogmatico: come già rilevato, «il novellato §33b GWB ha espressamente attribuito al provvedimento amministrativo un'efficacia, variamente qualificata come “*Tatbestandswirkung im weiteren Sinne*” o *Feststellungswirkung*, ben distinta dalla *res judicata*, ma sicuramente idonea a vincolare il giudice civile con riguardo ad una porzione significativa della fattispecie costitutiva del diritto soggettivo sottoposto al suo giudizio»⁽³⁶³⁾.

Rapportata al nostro ordinamento, l'idea e la portata di “un giudicato proprio dell'atto amministrativo”, nettamente distinto da quello giurisdizionale (secondo la prospettiva di Merkel), andrà, naturalmente, calibrata con il dato positivo e, in particolare, con gli istituti espressivi della c.d. autotutela amministrativa provvedimentoale: la revoca e l'annullamento d'ufficio di cui, rispettivamente, agli articoli 21 *quater* e 21 *nonies* della l. n. 241 del 1990.

Un raccordo che, tuttavia, non pare di impossibile praticabilità se si muove da una duplice evidenza: da un lato, il «giudicato dell'atto amministrativo» teorizzato da Merkl è, comunque, da considerarsi qualcosa di altro e di diverso dal giudicato giurisdizionale (e non ne deve, quindi, condividere necessariamente la stessa intensità sotto il profilo dell'immodificabilità e irrevocabilità); dall'altro, si osserva che i rimedi di autotutela provvedimentoale tendono a diventare fenomeno ad operatività limitata ed eccezionale a vantaggio delle esigenze di maggiore stabilità del provvedimento amministrativo e di certezza del diritto. Ne è esempio la riforma che, nel 2015, ha inciso sulla disciplina dell'annullamento d'ufficio del provvedimento (art. 21 *nonies*), rimettendo in discussione i tradizionali rapporti tra stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo, a netto vantaggio della prima caratteristica⁽³⁶⁴⁾.

⁽³⁶³⁾ M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 491.

⁽³⁶⁴⁾ Il problema del rapporto tra stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo era noto già alla citata letteratura estera sul *Rechtskraft* dell'atto amministrativo: Merkel, ad esempio, contesta la posizione di autori come Tezner che immaginavano un *Rechtskraft* dell'atto amministrativo idoneo a resistere alle sopravvenute esigenze di interesse pubblico (v., al riguardo, A. MERKL, *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, cit., p. 332).

L'antitesi stabilità-contendibilità di un atto è rimasta quindi centrale in qualsiasi indagine, sia di diritto pubblico che di diritto privato che abbia a che fare con la certezza. Come

In ogni caso, pur continuando ad affrontare il tema nella restrittiva prospettiva teorica interna (che disconosce qualsiasi possibilità di giudicato dell'atto amministrativo), andrà considerato che riconoscere un potere dichiarativo autonomo in capo all'amministrazione, pur disconoscendo la capacità di tale accertamento di divenire *res iudicata*, non sembra configurare un indice di insormontabile contraddizione. Ciò sembra imporre, però, più a monte, l'adesione a quella prospettiva che, nella letteratura del processo civile, invita a tenere distinta l'immutabilità della decisione che configura la cosa giudicata dalla funzione dichiarativa che essa assolve, ben potendo quindi l'accertamento essere prerogativa propria anche di organi non giurisdizionali (come lo è per i privati nel negozio di accertamento) sebbene tale accertamento non possa essere suggellato dall'autorità di cosa giudicata ⁽³⁶⁵⁾. Proprio con riferimento alle sentenze, si è osservato che «l'effetto di accertamento o costitutivo che una sentenza può produrre è ben diversa cosa della possibilità maggiore o minore che esso, una volta prodotto, possa essere contestato, infirmato o revocato» ⁽³⁶⁶⁾.

Assolutizzando una simile considerazione, è agevole dedurre che non sembra esservi un'astratta incompatibilità a che un accertamento in senso tecnico sia contenuto in un provvedimento diverso da quello giurisdizionale, come quello amministrativo, a prescindere dalla idoneità o meno del provvedimento al giudicato. Se a ciò si associa l'idea per cui la creazione di un vincolo in capo

osserva M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit., spec. p. 330 «sia in diritto privato che in diritto pubblico, la stabilità si pone in una relazione antitetica rispetto alla contendibilità dell'atto precettivo: maggiori sono gli spazi entro i quali gli atti possono essere contestati dagli interessati, minore è la loro stabilità e viceversa».

Sul tema, v. la bibliografia citata *supra* nota 281.

⁽³⁶⁵⁾ Cfr., in tal senso, le note considerazioni di E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, cit., p. 3 ss., il quale considera un «errore di logica» identificare l'autorità della cosa giudicata «con l'efficacia di accertamento della sentenza» (p. 23).

Nella prospettiva di tenere scisso il concetto di accertamento da quello di giudicato, criticando l'inadeguatezza della lettera dell'art. 2909 c.c. si pone più nettamente E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, cit., spec. pp. 1309-1310, secondo cui occorre «vagliare la correttezza tecnica della formulazione dell'art. 2909 c.c., il quale riferisce appunto la cosa giudicata all'accertamento. [...] Non è certo da oggi che si lamenta la inadeguatezza della formulazione in discorso: soprattutto perché, presa alla lettera, essa lascia senza l'usbergo della incontrovertibilità precipui effetti della sentenza, come quelli costitutivi. E non è di poco momento il merito di chi ha ricondotto tali effetti sotto l'egida del giudicato. L'ulteriore passo consiste, se non sbaglio, nel rendersi conto che la cosa giudicata non cade mai sull'accertamento [...]».

⁽³⁶⁶⁾ E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, cit., p. 25.

al giudice è effetto diretto, non tanto del giudicato quanto dell'accertamento in sé (Fornaciari), sembra trovare spiegazione, sotto il profilo dogmatico, il fenomeno sotteso alla previsione dell'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017 e prima ancora alla tendenza pretoria incline ad avvertire "l'autorevolezza" dell'accertamento delle Autorità indipendenti (es. dottrina della prova privilegiata).

8. Riepilogo e transizione.

In definitiva, alla luce di quanto finora osservato, prima di passare agli altri profili del tema, è possibile fissare le seguenti conclusioni intermedie:

a) le Autorità amministrative indipendenti trovano un inquadramento costituzionale, anche con riferimento all'esercizio di poteri di vigilanza e sanzionatori che implicano un procedimento contenzioso finalizzato all'attuazione della legge, nell'ambito delle pubbliche amministrazione, non essendo ammissibile, in quanto costituzionalmente incompatibile ed esclusa dalla giurisprudenza, una loro qualificazione né in termini di giudici speciali né in termini di organi para-giurisdizionali (quale *tertium genus* tra giurisdizione e amministrazione);

b) alcuni dei provvedimenti delle Autorità indipendenti (tra cui quelli sanzionatori), pur essendo soggetti alla disciplina generale della l. n. 241 del 1990, presentano dei significativi tratti di specialità, espressamente riconosciuti anche dalla letteratura amministrativistica. Nell'indagare e identificare tali profili di specialità, ci si accorge dell'astratta possibilità di qualificare tali provvedimenti come specie del più ampio *genus* delle decisioni amministrative (o provvedimenti amministrativi contenenti un "capo" autonomo di accertamento) in ragione di due caratteristiche particolari: *i.* risultando innanzitutto portatori di un accertamento giuridico in senso tecnico, che si distingue, in termini qualitativi, dall'accertamento pre-giuridico tipico della generalità degli atti amministrativi (Giannini); *ii.* essendo «formati in maniera contenziosa» (Nigro);

c) quale *species* del più ampio *genus* dell'accertamento giuridico (che annovera già in sé l'accertamento negoziale e quello giurisdizionale), l'accertamento amministrativo, così come delineato, presenta le caratteristiche

proprie della categoria generale: tende come *risultato* alla rimozione di un'eventuale situazione di incertezza; ha come *finalità/funzione* la fissazione della realtà preesistente secondo la rappresentazione fornita dall'accertamento stesso; in ultimo, ha come *effetto* la produzione di un qualche tipo vincolo;

d) l'analisi condotta ha, poi, consentito di osservare che il vincolo oggetto di indagine deriva proprio dalla particolare natura dell'accertamento contenuto nel provvedimento amministrativo e non dalla capacità o meno del provvedimento stesso di formare cosa giudicata. Sotto quest'ultimo profilo, si potrebbe anche immaginare, sulla scia del pensiero di Merkl e della scuola di Vienna, a un "giudicato" proprio del provvedimento amministrativo che conferisce a questo una certa stabilità, a condizione di non confonderlo con il giudicato dei provvedimenti giurisdizionali; ma, come rilevato, la questione, per quanto suggestiva, non ha particolari conseguenze ai nostri fini, se non quella di chiarire che nella dogmatica tedesca, ove è stato concepito, il giudicato dell'atto amministrativo è qualcosa di diverso e altro da quello giurisdizionale;

e) il vincolo che deriva (quale effetto) dall'accertamento può assumere un diverso livello di intensità, secondo quattro stadi, che vanno, da quello più blando, che si risolve nel contesto probatorio, di fissazione rimovibile a mezzo di prova contraria a quello più intenso di fissazione definitiva e incontestabile della realtà accertata;

f) per i provvedimenti amministrativi di accertamento (o decisioni amministrative), formati in maniera contenziosa e contenenti un accertamento in senso tecnico (in ragione delle caratteristiche sopradescritte), l'intensità del vincolo si accresce, alla stessa stregua delle sentenze, in ragione della possibilità o meno dell'atto di essere ancora oggetto di impugnazione e si pone tendenzialmente al di fuori del mero vincolo probatorio. La decisione dell'*Authority* che può ancora formare oggetto di impugnazione si colloca, infatti, al terzo stadio (fissazione della realtà accertata fino a che l'accertamento non venga rimosso mediante l'apposito strumento predisposto dall'ordinamento); decorsi i termini per l'impugnazione davanti all'autorità giudiziaria competente o per l'annullamento d'ufficio, l'intensità del vincolo di cui è portatore l'accertamento (in senso tecnico) contenuto nella decisione amministrativa si intensifica, tendendo verso (pur non integrando pienamente) il quarto stadio (fissazione definitiva e incontestabile della realtà accertata).

Per quanto tale tendenza sia un effetto naturale e fisiologico dell'accertamento, il legislatore può variamente intervenire a calibrare il vincolo in argomento; e ciò è auspicabile specie quando occorre considerare altri valori, di rilievo costituzionale, che entrano in gioco (è quanto avviene ad esempio con l'efficacia *extramoenia* delle sentenze penali, espressamente esclusa nell'ambito del procedimento penale minorile). Agendo in tal senso, l'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017 ha cristallizzato la tendenza alla massima intensità del vincolo limitatamente ai provvedimenti AGCM che accertano illeciti anticoncorrenziali, fissandone gli ambiti soggettivi e oggettivi di operatività.

Per le decisioni amministrative, contenenti un accertamento di tutte le altre Autorità indipendenti astrattamente idonei ad assumere rilievo su connesse fattispecie civili risarcitorie (v. provvedimenti del Garante privacy o CONSOB) manca ancora una disciplina positiva. In assenza di questa, andrà vagliata la sussistenza di una legalità procedurale astrattamente idonea a compensare tale *vulnus* ed eventualmente a giustificare la tendenza giurisprudenziale ad avvertire come vincolante l'accertamento contenuto nella decisione amministrativa, senza che ciò comporti la palese lesione di altri diritti o garanzie (diritto di difesa, giusto processo, ecc.).

Una simile indagine è altresì utile per vagliare l'effettiva compatibilità anche del vincolo normativizzato di cui all'art. 7 con l'assetto costituzionale.

Non può infatti trascurarsi che, alla stessa stregua dell'accertamento giurisdizionale e diversamente da quello negoziale, l'accertamento amministrativo non proviene dalle parti (e quindi non è diretta espressione della loro volontà, come il negozio giuridico) ma da un soggetto terzo; ciò rende indispensabile la sussistenza di una serie di garanzie a tutela di diritti fondamentali delle parti che "subiscono" gli effetti (specie *in malam partem*) dell'accertamento e che, diversamente, risulterebbero irragionevolmente compressi (legalità procedurale).

Un valido paradigma di riferimento per un simile vaglio sembra si possa individuare, prima ancora che nel dettato costituzionale, nell'art. 6 CEDU e nella correlata giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come si vedrà infatti nel corso del prossimo capitolo, la giurisprudenza sovranazionale segue un approccio meno formalistico nel tracciare la distinzione tra amministrazione e

giurisdizione, ancora non pienamente metabolizzato nel contesto domestico, ma certamente utile per un approccio fattivo allo studio del fenomeno.

CAPITOLO IV

TRA GARANZIE DI “GIUSTO PROCEDIMENTO” E CONTROLLO GIURISDIZIONALE “PIENO”. PRESUPPOSTI DELL’ACCERTAMENTO AMMINISTRATIVO VINCOLANTE

SOMMARIO: 1. La rinnovata visione dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Presupposti per un nuovo paradigma e problematiche emergenti. – 2. Procedimento e processo come forme alternative di “estrinsecazione della funzione” nella dottrina italiana del secondo Novecento. 3. – Il sindacato giurisdizionale “pieno” sulle decisioni amministrative quale garanzia all’affidamento di funzioni giudicanti alle *Authorities*: la “barriera” della discrezionalità tecnica. – 4. (*Segue*) Verso il superamento del limite della discrezionalità tecnica: il controllo delle decisioni delle *Authorities* nella giurisprudenza amministrativa, tra sindacato “forte” e “debole”. – 5. La portata del sindacato del giudice ordinario sulle decisioni Consob, Banca d’Italia e Anac. – 6. Il sindacato sui provvedimenti dell’AGCM nel dato normativo: l’“infelice” formulazione dell’art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017. Un ritorno al passato? – 7. La compatibilità con i *diktat* della Corte EDU del sindacato intrinseco debole e le proposte del Consiglio di Stato verso un “sindacato di maggiore attendibilità”. – 8. Le garanzie di un giusto procedimento come elemento imprescindibile per l’ammissibilità delle decisioni amministrative vincolanti. – 9. Accertamento amministrativo “vincolante” e potere di disapplicazione del giudice ordinario.

1. La rinnovata visione dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Presupposti per un nuovo paradigma e problematiche emergenti.

La circostanza che il legislatore affidi all’Amministrazione uno specifico potere di accertamento a cui riconoscere un potere conformativo esterno non sembra trovare, come osservato, particolari ostacoli teorici.

Anzi, una simile prospettiva trova sicuro conforto nella giurisprudenza della Corte EDU, che ha delineato un rinnovato modello di visione dei rapporti tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, basato su un sostanziale superamento della distinzione meramente formale tra giurisdizione e amministrazione⁽³⁶⁷⁾ a favore di un vaglio di sostanziale aderenza al dettato dell’art. 6 CEDU.

Come si è rilevato nel primo capitolo, la giurisprudenza soprannazionale (specialmente con le sentenze Menarini e Grande Stevens) ammette esplicitamente la possibilità per gli Stati di affidare ad organi aventi natura

⁽³⁶⁷⁾ F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, I, p. 1 ss., spec. p. 7.

amministrativa funzioni di applicazione del diritto (o oggettivamente giurisdizionali) in grado di comportare anche l'irrogazione di sanzioni afflittive sostanzialmente penali ⁽³⁶⁸⁾. Ciò è conseguenza del significato ampio che la Corte EDU attribuisce al concetto di «tribunale» ai fini dell'applicazione della Carta, in grado di ricomprendervi anche le Autorità indipendenti.

L'esercizio da parte di queste ultime di funzioni sostanzialmente giurisdizionali non è, quindi, precluso in astratto dalla Convenzione, a condizione che siano assicurate in sede procedimentale quelle garanzie che l'art. 6 CEDU riconosce per qualsiasi tipologia di processo (connotazione *quasi-judicial* del procedimento amministrativo) o, comunque, in via alternativa – «con un approccio duttile e in una lettura unitaria di procedimento e processo» ⁽³⁶⁹⁾ – che nella successiva fase processuale venga garantito un controllo giurisdizionale pieno sul provvedimento (*full jurisdiction*). In sede sopranazionale, vengono quindi valorizzati criteri interpretativi e relazionali non formali ma «funzionali, sul presupposto della unitarietà sostanziale del potere esercitato (in sede amministrativa) e poi riesercitato (in sede giurisdizionale)» ⁽³⁷⁰⁾.

In tale prospettiva, come correttamente osservato, se l'applicazione del diritto viene rimesso a degli organi non giurisdizionali di per sé non in grado di offrire, nel procedimento, tutte le garanzie del giusto processo, «l'accesso al

⁽³⁶⁸⁾ Cfr., sul punto, M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 52, secondo cui, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, le garanzie poste dall'art. 6 della CEDU «possono essere soddisfatte, non solo da organi giurisdizionali in senso proprio, ma anche da autorità amministrative dotate di caratteristiche di indipendenza e che decidono i casi sulla base di procedure che garantiscano un contraddittorio pieno (Corte EDU 4 aprile 2014 sul ricorso n. 18640/10 caso Grande Stevens e altri c. Italia in materia di sanzioni irrogate dalla Consob). E in effetti numerosi regolamenti e direttive europee settoriali, [...], rimettono agli Stati membri la decisione se affidare la tutela a giudici in senso proprio o ad autorità amministrative di tipo paragiurisdizionale».

⁽³⁶⁹⁾ L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, III, p. 731 ss., spec. pp. 735-736. Per una interessante analisi, sul piano generale, dei rapporti di reciproca strumentalità tra procedimento amministrativo e processo ante affermazione del fenomeno delle Autorità indipendenti v. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 270 ss.

⁽³⁷⁰⁾ F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit., p. 7.

pieno ed effettivo riesame dell'atto davanti ad un giudice terzo ed imparziale diviene la chiave di volta dell'intera costruzione»⁽³⁷¹⁾.

Il rispetto di tali garanzie, seppur dalla giurisprudenza di Strasburgo limitato ai procedimenti che comportano l'irrogazione di sanzioni pecuniarie sostanzialmente afflittive, sembra potersi estendere, per ovvie ragioni garantistiche e, comunque, in un'ottica di maggior tutela, anche a quelle decisioni amministrative, formate «in maniera contenziosa» e contenenti, a prescindere dal dispositivo⁽³⁷²⁾, un capo autonomo di accertamento in grado di assumere una determinata efficacia conformativa esterna⁽³⁷³⁾.

Più di recente, la letteratura tende anche a riconoscere che la questione dell'intensificazione delle garanzie procedurali e del successivo sindacato giurisdizionale, aldilà del circoscritto ambito operativo delineato dalla giurisprudenza CEDU, assume una rilevanza generalizzata, anche quale misura compensativa del *deficit* di legittimazione democratica che riguarda queste particolari amministrazioni svincolate dal potere politico⁽³⁷⁴⁾.

⁽³⁷¹⁾ M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 495.

⁽³⁷²⁾ Quindi non solo ai provvedimenti che irrogano sanzioni pecuniarie ma anche a quelli che irrogano sanzioni ripristinatorie o diffide, previo accertamento dell'illecito.

⁽³⁷³⁾ Le due cose tendono in vero spesso a coincidere giacché sovente il problema si è posto – proprio come avvenuto nella materia *antitrust* – con provvedimenti sanzionatori a cui il legislatore ha riconosciuto effetto conformativo nei giudizi civili in relazione ad alcuni elementi della fattispecie.

Cfr. anche M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., pp. 495-496, che considera «la concreta possibilità di censurare davanti ad un giudice la decisione amministrativa ed ottenerne un controllo completo ed approfondito, in fatto e in diritto» come «elemento imprescindibile affinché possa ammettersi la compatibilità con i principi fondamentali radicati nelle Costituzioni degli Stati membri della sottrazione al giudice civile del suo potere di apprezzamento indipendente dell'illiceità della condotta sanzionata dalla Commissione o dall'Autorità nazionale».

Cfr., più in generale, G. SCARSELLI, *Autorità amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma*, in *Foro it.*, 2003, XI, 5, c. 232 ss., spec. c. 245, il quale, ancor prima delle pronunce della EDU, evidenziava che, in qualsiasi procedimento che si svolga in seno alle Autorità indipendenti e che abbia carattere «plurilaterale o contenzioso, o comunque in grado di incidere su diritti sostanziali dei soggetti (od ancora in grado di comportare una sanzione od altri concreti danni economici per la parte), debbono essere necessariamente garantiti i classici diritti processuali della difesa (e/o del contraddittorio) e della prova».

⁽³⁷⁴⁾ Cfr. ampiamente S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso delle Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, I, p. 97 ss., spec. p. 118 ss. e *infra* spec. nota 390 e paragrafo 8.

In sostanza, si può certamente leggere l'applicazione di tali garanzie in un'ottica funzionale non solo all'irrogazione di una sanzione sostanzialmente penale ma anche e soprattutto alla formazione di un accertamento al cospetto di un organo non legato al potere politico a cui riconoscere un effetto conformativo anche in altri giudizi. Si tratta, quindi, – come da tempo auspicato da un'attenta dottrina – di ergere il principio dell'equo processo EDU a più ampio paradigma di riferimento per la generalità dei procedimenti, assimilabili a quelli giurisdizionali (in quanto svolti in maniera contenziosa e finalizzati ad ottenere un vero e proprio accertamento giuridico), che si svolgono al cospetto delle Autorità indipendenti ⁽³⁷⁵⁾.

2. Procedimento e processo come forme alternative di «estrinsecazione della funzione» nella dottrina italiana del secondo Novecento.

La tendenza all'assimilazione del procedimento al processo, aldilà delle più recenti spinte sovranazionali e dell'ambito specifico in argomento, non sembra, in realtà, del tutto estranea alla nostra tradizione dottrinale. Infatti, come sopra accennato, a partire dalla seconda metà del Novecento, si assiste, da un lato, al definitivo abbandono della tradizionale «concezione separatista» tra procedimento e processo e, dall'altro, all'affermazione della prospettiva di una stretta contiguità oggettiva tra i due istituti.

Volendoci brevemente soffermare su quest'ultimo aspetto, si osserva, in primo luogo, che il ruolo centrale e autonomo del procedimento nel contesto dell'attività amministrativa, quale preconditione per una sua assimilazione al processo, si è andato solo progressivamente affermando. Inizialmente, infatti, il procedimento era considerato «così legato al provvedimento da esserne soltanto

⁽³⁷⁵⁾ Lo mette ben in luce A. CHIZZINI, *L'equo processo CEDU quale quadro di riferimento normativo per i procedimenti davanti alle Autorità indipendenti nazionali (ed alla Commissione europea). Note generali*, in *Il giusto processo civile*, 2012, II, p. 343 ss., il quale opportunamente puntualizza che «a fronte della avvertita “crisi della giurisdizione” non bisogna rimanere limitati alle definizioni formali ma, come sempre avviene nei momenti di cambiamento ed evoluzione, sarà necessario confermarsi nei bisogni reali sottesi alle tutele. Questo [...] impone la piena estensione delle garanzie processuali anche ai procedimenti dinanzi a quelle Autorità, senza che rilevi a detti fini la mera qualificazione formale dell'attività stessa» (p. 346).

Cfr., con riferimento ai procedimenti AGCM, anche G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1011, secondo cui le garanzie di cui all'art. 6 CEDU (specie quelle di terzietà e indipendenza dell'Organo) dovrebbero essere garantite dall'AGCM «indipendentemente dall'accostamento al giudizio penale (per i profili sanzionatori)».

una espressione o un punto di vista della relativa conoscenza» o anche – si è detto – una mera rappresentazione dei «passaggi formali della fattispecie così detta dinamica»; a questa prospettiva, si è successivamente sostituito il riconoscimento di un ruolo ulteriore e centrale al procedimento, anche quale luogo privilegiato di un confronto tra interessi ⁽³⁷⁶⁾ e, quindi, al connesso tema della partecipazione.

Altra tappa fondamentale nella costruzione della teoria generale del procedimento e dei suoi rapporti con il processo è il riconoscimento di un peculiare rapporto con il concetto di «funzione». Una risalente ma autorevole dottrina del diritto amministrativo ha, infatti, osservato come il procedimento e il processo siano riconducibili entrambi al più ampio *genus* del procedimento in senso lato inteso come «forma di estrinsecazione della funzione» ⁽³⁷⁷⁾. Differenze tra i due istituti si registrerebbero solo sotto il profilo soggettivo e teleologico: il procedimento in senso stretto (attraverso cui si esplica tipicamente la funzione amministrativa) si sostanzia in una «successione di più atti, posti in essere tutti dallo stesso soggetto cui compete emanare l'atto finale» o, comunque, da vari organi che «agiscono tutti nella stessa direzione, nel perseguimento cioè dello stesso interesse che l'atto tende a soddisfare, e che è appunto l'interesse dello stesso soggetto che lo emana» ⁽³⁷⁸⁾; caratteristica del processo (attraverso cui si esplica tipicamente la funzione giurisdizionale) è, invece, che «nella trasformazione del potere non solo intervengono soggetti diversi da quello a cui compete emanare l'atto, ma questi perseguono con i loro atti processuali un interesse sostanziale che non è l'interesse dell'autore dell'atto ma quello dei suoi destinatari» ⁽³⁷⁹⁾.

⁽³⁷⁶⁾ Dà conto di un simile mutamento G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 779 ss., spec. p. 780.

⁽³⁷⁷⁾ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 130. La significativa incidenza che il concetto di «funzione», come elaborato da Benvenuti, ha avuto nella costruzione della nuova teoria del procedimento è messa in luce da G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., spec. p. 782 ss., il quale, tuttavia, ritiene che procedimento e processo non siano riconducibili a un unico genere, in quanto «l'uno, vale a dire il procedimento in senso stretto, rientra nell'area del provvedimento; l'altro, il processo, va ricondotto alla funzione, quando non si identifichi completamente con essa» (p. 785).

⁽³⁷⁸⁾ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 132.

⁽³⁷⁹⁾ *Ivi*, p. 135-136, ove si riporta l'esempio della sentenza di cui le parti sono i destinatari e che «è atto emanato prima di tutto nel loro interesse, e solo secondariamente nell'interesse dello Stato alla giustizia».

Tracciata questa distinzione fondamentale, Benvenuti rileva, però, come, da un lato, esistano casi in cui la funzione amministrativa si adatta maggiormente alla forma processuale (è l'esempio dei rimedi amministrativi giustiziali, come il ricorso gerarchico) e, dall'altro, come non vi sia, in astratto, alcun ostacolo teorico (se non mere ragioni di opportunità) a ché la funzione giurisdizionale venga svolta nelle forme di un procedimento e la funzione amministrativa nelle forme di un processo. Ciò comporta anche, come osservato da altra dottrina, la sostanziale indifferenza, ai fini della qualificazione in termini processuali dell'attività espletata, della natura dell'atto finale⁽³⁸⁰⁾.

Tale impianto sembra aver trovato conferma anche nella successiva letteratura processualcivilistica intervenuta sul tema. In particolare, Fazzalari condivide, da un lato, l'idea che procedimento amministrativo e processo siano specie del più ampio *genus* del procedimento in senso lato⁽³⁸¹⁾ e, dall'altro, l'impostazione per cui uno (anche se non l'unico) dei tratti caratteristici distintivi del processo è che «la sequenza di “norme”, nonché degli “atti” da esse disciplinati e delle posizioni soggettive da esse estraibili, in vista del – e compreso il – compimento di un atto finale» è «disposta in modo che all'iter di formazione dell'atto partecipino, oltre al suo autore, coloro nella cui sfera l'atto finale è destinato a svolgere i suoi effetti»⁽³⁸²⁾, nel rispetto imprescindibile del contraddittorio⁽³⁸³⁾. Anche Fazzalari evidenzia che, sebbene il processo sia la forma elettiva della funzione giurisdizionale, non è da considerarsi esclusiva, considerato che si tratta di uno «schema di teoria generale, utilizzabile e utilizzato aldilà della giurisdizione, in qualsiasi settore dell'ordinamento e così, appunto, in quello della pubblica amministrazione»⁽³⁸⁴⁾.

A tale fenomeno, si è associato quello più generale della «processualizzazione del procedimento amministrativo». Al riguardo, si è rilevato che, originariamente, la «concezione classica» della scienza

⁽³⁸⁰⁾ Come osserva G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 786, in ogni caso, il processo non può qualificarsi sulla base dell'atto finale in cui sfocia (provvedimento o sentenza) e non è forma esclusiva dell'attività giurisdizionale. Secondo tale prospettiva, «tutte le volte che si parla di processo si mette l'accento su una serie di garanzie che non si riferiscono al provvedimento finale».

⁽³⁸¹⁾ E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., p. 819.

⁽³⁸²⁾ *Ivi*.

⁽³⁸³⁾ *Ivi*, p. 827.

⁽³⁸⁴⁾ *Ivi*, p. 821 e p. 831, ove si rinvia anche per una prima classificazione teorica delle forme di processo e procedimento rinvenibili nelle varie funzioni di diritto pubblico – legislativa, giurisdizionale e amministrativa – e nelle attività di diritto privato.

dell'amministrazione italiana si basava su un'ideale «indifferenza» tra procedimento e tutela giurisdizionale, in parte attenuata solo dal legislatore dell'Ottocento (l.n. 2248/1865 e l. 31 marzo 1889 istitutiva della IV sez. del Consiglio di Stato) ma senza un grande seguito in sede pretoria e dottrinale ⁽³⁸⁵⁾. A tale «concezione separatista», si affianca o succede, la c.d. «concezione dell'alternatività», in forza della quale procedimento e processo restano separati ma il primo tende ad acquisire una «struttura paragiurisdizionale e una funzione giustiziale che lo assimilano alla tutela giurisdizionale e lo fanno ad essa concorrente» ⁽³⁸⁶⁾. Tale modello, tipico della tradizione giuridica americana e austriaca (dove, sin da subito, «è prevalso il metodo della realizzazione della giustizia attraverso l'amministrazione»), si è progressivamente affermato anche in Germania e in Italia, inducendo spinte verso la «“processualizzazione” dell'amministrazione», conseguenza inevitabile della trasformazione dell'amministrazione nella generale trasformazione dello stato moderno ⁽³⁸⁷⁾. Come osserva ancora Nigro, è evidente che, con una struttura paragiurisdizionale e con il precipuo fine di perseguire una esigenza di giustizia, «il procedimento è destinato ad entrare in concorrenza con il processo giurisdizionale – al quale, per definizione, nella ottocentesca separazione dei poteri e degli scopi, spetta di esercitare la “giustizia” – e a dimostrare la generale validità del modello di alternatività per i rapporti tra l'uno e l'altro» ⁽³⁸⁸⁾.

3. Il sindacato giurisdizionale “pieno” sulle decisioni amministrative quale garanzia all'affidamento di funzioni giudicanti alle Authorities: la “barriera” della discrezionalità tecnica.

Tracciate le linee teoriche fondamentali del fenomeno della «processualizzazione del procedimento amministrativo» e volendo riportare l'attenzione all'esperienza delle *Authorities*, appare opportuno analizzare i potenziali elementi di tensione del fenomeno attuale con il dato costituzionale e con la giurisprudenza delle Corti soprannazionali (specie quella EDU) nel tentativo di individuarne i necessari correttivi nel forgiare tale paradigma.

⁽³⁸⁵⁾ Sul punto, v. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 252 ss.

⁽³⁸⁶⁾ *Ivi*, spec. p. 257.

⁽³⁸⁷⁾ *Ivi*, p. 260.

⁽³⁸⁸⁾ *Ivi*, p. 262.

A tale riguardo, le principali questioni che vengono in rilievo sono le seguenti:

a) ci si chiede, innanzitutto, quale debba essere l'intensità del controllo giurisdizionale sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti destinati ad avere, astrattamente, un'efficacia vincolante nel contesto di altri procedimenti (come quelli civili risarcitori) o, in alternativa, quali siano le garanzie procedurali che occorre garantire già in sede procedimentale, per ritenere il fenomeno compatibile con il paradigma di cui all'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo;

b) ci si interroga altresì circa la sussistenza o meno del potere in capo al giudice ordinario di disapplicare la decisione amministrativa palesemente illegittima, anche al fine di fugare i dubbi di asserita incompatibilità del modello rispetto all'art. 101 Cost.

Affrontando la prima questione, ci si accorge che il tema dell'intensità del controllo giurisdizionale sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti si interseca con altri due profili di indagine rilevanti: i) l'individuazione del perimetro del sindacato del giudice amministrativo sui profili di discrezionalità tecnica di cui sono portatori, più in generale, gli atti amministrativi; ii) la conciliabilità di un sindacato intrinseco "forte" sui provvedimenti delle *Authorities* con il rispetto del principio di separazione dei poteri.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, la giurisprudenza, specie quella amministrativa, si è trovata a dover costantemente ricercare un punto di equilibrio, un baricentro tra le contrapposte esigenze: da un lato, quella di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale anche al fine di sopperire alle carenze che alcuni procedimenti in seno alle *Authorities* palesano; dall'altro, quella di evitare che il giudice possa esercitare, in sede di controllo giurisdizionale, un potere che in realtà la legge riserva alle Autorità garanti, specie quando si tratta di operare valutazioni tecniche complesse o concretizzare concetti giuridici indeterminati.

Non potendo in questa sede soffermarci sulle questioni teoriche che si pongono alla base della nozione di "discrezionalità tecnica" e dei suoi rapporti

con la discrezionalità amministrativa ⁽³⁸⁹⁾, si consideri che la tendenziale equiparazione dei due istituti (ritenuti quali componenti del merito

⁽³⁸⁹⁾ La bibliografia in tema di discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica è alquanto copiosa. Per una panoramica dogmatica sul tema, si segnalano, tra i tanti contributi, quelli di: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995; ID., *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 331 ss.; F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. dir.*, Ann. II – t. 2, 2008, p. 471 ss.

Sulla evoluzione del concetto di discrezionalità, v. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 53 ss., a cui si rinvia anche per l'importante corredo bibliografico sul tema. Questi ultimi Autori distinguono, innanzitutto, tre tipologie di discrezionalità: i) la *discrezionalità amministrativa* che si sostanzia nel «potere di scelta concernente gli interessi»; ii) la *discrezionalità tecnica* che consiste nel «potere di scelta relativo a soluzioni tecniche»; iii) la *discrezionalità organizzativa* che si sostanzia nel «potere di scelta attinente a modalità organizzative» (*ivi*, p. 94).

Tralasciando in questa sede l'analisi degli istituti della discrezionalità amministrativa e di quella organizzativa (in relazione ai quali si rinvia a R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 94 ss.), va evidenziato che il concetto di “discrezionalità tecnica” non è unanimemente accettato dalla dottrina amministrativistica, essendo anzi rifiutato dalla dottrina contemporanea (*ivi*, p. 120). Già M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 42-45, pur ammettendo la classificazione tra discrezionalità in senso proprio (intesa come valutazione di tipo politico in relazione al solo pubblico interesse) e discrezionalità tecnica (intesa come valutazione di tipo scientifico in relazione alle regole e agli insegnamenti delle discipline tecniche), non nasconde che quest'ultima, da un lato, «non sempre conduce a univoca soluzione» alla stregua della valutazione politica e, dall'altro, deve far fronte alla non trascurabile difficoltà di distinguere, più a monte, tra discipline tecniche e non tecniche.

Particolarmente scettico nei confronti della configurabilità della categoria della discrezionalità tecnica si professa già E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, cit., spec. p. 363, secondo cui «nessuno è mai riuscito a dimostrare, che io sappia, che la “discrezionalità tecnica” sia qualcosa di più di una formula verbale, riuscendo chiaro a tutti che criterio empirico (tecnica) e criterio in senso lato di scelta politica (soluzione amministrativa qualificata dal fine del soddisfacimento dell'interesse pubblico volta a volta canonizzato dalla legge) possono concorrere nella medesima situazione restando separati, ma non possono fondersi in unità».

La dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate del fenomeno hanno anche elaborato varie classificazioni interne (distinguendo tra cognizione di fatti semplici e cognizione di fatti complessi; accertamento e valutazione tecnica; accertamento semplice e accertamento complesso; accertamento tecnico e accertamento valutativo; giudizio di esistenza e giudizio di probabilità; valutazione tecnica semplice e valutazione tecnica complessa o opinabile; accertamento tecnico e discrezionalità tecnica; accertamento e apprezzamento; accertamento tecnico e concetto giuridico indeterminato), con il proposito di tenere distinte le valutazioni opinabili da quelle inopinabili (ne danno atto: R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 122-123). In via generale, si osserva che la dottrina più recente sembra orientata, da un lato, a prediligere l'espressione valutazione tecnica in luogo di discrezionalità tecnica e, dall'altro, ad analizzare il fenomeno seguendo un approccio casistico (specie in relazione al profilo pratico della portata

amministrativo) aveva originariamente indotto la giurisprudenza a limitare il proprio controllo soltanto a un sindacato estrinseco sulle decisioni (sia sanzionatorie che regolatorie) delle *Authorities* – considerate espressive di discrezionalità tecnica –, cioè limitato ai soli profili di legittimità e non anche di merito.

Prima di tracciare il quadro evolutivo pretorio relativo alla portata del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle *Authorities*, una premessa di sistema pare opportuna. L'eterogeneità delle funzioni attribuite alle Autorità indipendenti e la frammentarietà del quadro normativo (su cui ci si è ampiamente soffermati nel corso del primo capitolo) comportano, come conseguenza fisiologica, che tali amministrazioni adottino provvedimenti piuttosto eterogenei quanto a ontologia e funzione: alcuni di natura sanzionatoria e altri di natura regolatoria.

I provvedimenti sanzionatori e quelli di regolazione presentano *inter se* inevitabili differenze, ma entrambi sembrano richiedere, parimenti, l'applicazione di un sistema in grado di garantire, in via alternativa, o ferree garanzie procedurali nella fase amministrativa o un successivo sindacato giurisdizionale pieno.

La prima differenza tra le due tipologie di provvedimenti attiene al *momento di esercizio della discrezionalità tecnica*: nell'attività regolatoria, la discrezionalità tecnica viene esercitata *ex ante*, mediante la formulazione di regole dirette a orientare il comportamento futuro degli operatori economici o dei soggetti regolati. Nel contesto dell'attività sanzionatoria, l'esercizio della discrezionalità tecnica avviene, al contrario, *ex post*, nel senso che il provvedimento interviene ad accertare e sanzionare un comportamento già posto in essere dall'operatore economico in violazione delle regole previamente fissate dalla legge o dalla stessa Autorità. Prescindendo dal diverso momento di esercizio della discrezionalità tecnica, si pongono le medesime questioni problematiche: infatti, sia nel caso delle sanzioni sia nel caso della regolazione, il punto centrale è quello dell'elasticità del criterio tecnico utilizzato nell'esercizio del potere, a cui corrisponde la "fisiologica" opinabilità della soluzione tecnica adottata dall'Autorità indipendente.

del sindacato su tali valutazioni), ritenendo non proficua la risoluzione della questione in via meramente astratta (*ivi*, p. 132).

In entrambi i casi, la giurisprudenza si trova, quindi, a dover fissare il baricentro tra l'effettività della tutela giurisdizionale (che richiede un sindacato di piena giurisdizione sull'esercizio della discrezionalità tecnica) e il divieto per il giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio del potere.

La seconda caratteristica riguarda le ragioni di fondo che impongono il rispetto di garanzie idonee a configurare un giusto procedimento o, comunque, un sindacato pieno. A tale riguardo, va precisato che ai provvedimenti regolatori non si applicano i principi della giurisprudenza CEDU elaborati a partire dalle sentenze Menarini e Grande Stevens, i quali riguardano procedimenti sanzionatori sostanzialmente penali; si pone, però, il problema del *deficit* di legittimazione democratica di tali amministrazioni, slegate sia dal potere esecutivo che da quello legislativo.

Avendo tale carenza posto il dubbio in ordine alla legittimità dell'affidamento ad esse di potestà latamente normative, l'attenzione della giurisprudenza si è concentrata comunque sul controllo del rispetto di garanzie procedurali simili a quelle di un giusto processo o, in alternativa, sull'esercizio di un sindacato giurisdizionale pieno.

In sostanza se con riferimento ai provvedimenti sanzionatori afflittivi è stata la giurisprudenza soprannazionale a imporre il doppio rimedio, con riguardo ai provvedimenti regolatori la giurisprudenza domestica l'ha egualmente imposto quale condizione in grado di legittimare i poteri regolatori delle Autorità indipendenti, secondo un'idea di legalità procedurale che compensi le carenze di legalità sostanziale ⁽³⁹⁰⁾. La sussistenza, quindi, di

⁽³⁹⁰⁾ Cfr. anche D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., pp. 30-37.

Sul tema, v. gli indirizzi della giurisprudenza in relazione all'applicabilità del contraddittorio procedimentale, degli oneri di motivazione e, più in generale, delle disposizioni di cui alla l.n. 241/1990 ai procedimenti al cospetto dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. In primo luogo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha già da tempo affermato il c.d. diritto al contraddittorio procedimentale in tema di atti di regolazione dell'AEEG (v., in tal senso: Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Giur. it.*, 2006, VII, p. 1514 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201, in *OneLegale*, secondo cui «l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità indipendenti, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost., è giustificato in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, *ivi*: «nei settori regolati dalle Autorità indipendenti, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal

legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio». Analogamente Tar Lombardia Milano, sez. III, 17 ottobre 2013, nn. 2310, 2311, 2312, 2313, in *OneLegale*). Cfr., più di recente in tal senso: Tar Lombardia, Milano, sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18, in *OneLegale*, secondo cui «alla dequotazione del tipico principio di legalità in senso sostanziale va affiancato il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale, con la conseguente necessità di garantire forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari». Analogamente: Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, in *OneLegale*; Tar Lombardia Milano, sez. II, 13 agosto 2015, n. 1895, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, *ivi*.

Con riferimento alla portata dell'obbligo di motivazione e all'applicazione della l.n. 241 del 1990, v., in primo luogo, il consolidato orientamento del Tar Lombardia, Milano (sez. IV, 18 febbraio 2005, n. 402, in *OneLegale*; sez. IV, 24 marzo 2005, n. 660, in www.giustizia-amministrativa.it; sez. IV, 27 maggio 2005, n. 1144, in *DeJure*; sez. IV, 28 febbraio 2006, n. 528, in *OneLegale*) secondo cui al procedimento di formazione dei provvedimenti regolatori dell'AEEG aventi contenuto generale «non si applicano le garanzie partecipative, a norma dell'art. 13, legge n. 241 del 1990. Esso è invece disciplinato dall'art. 5 della delibera dell'Autorità n. 61/97, che si qualifica come *lex specialis* (ampliativa) rispetto alla legge n. 241 del 1990, e configura la partecipazione a tali procedimenti in termini collaborativi e non codecisionali né paragiurisdizionali. Inoltre, esso non pone alcun obbligo di controdeduzione alle osservazioni presentate dagli interessati».

V., però, il successivo orientamento inaugurato da: Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, IV, p. 377 ss., con commento di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti* e Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, IX, p. 947 ss., con commento di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*. Quest'ultima pronuncia, pur non esprimendosi per una netta integrale applicazione della l.n. 241/1990 ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti (e qui, in particolare, dell'AEEG), rileva che «la legge 7 agosto 1990, n. 241 è legge generale sul procedimento amministrativo, non già nei termini di una codificazione dell'atto e del procedimento, ma piuttosto come individuazione di principi fondamentali cui la successiva normazione, di rango primario e secondario, deve uniformarsi. Pertanto, i principi generali, in tema di partecipazione procedimentale, i quali hanno lo scopo di assicurare, secondo le norme previste dagli speciali ordinamenti di settore, l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere, si pongono come canoni interpretativi della disciplina di settore, non già nel senso di un'interpretazione meramente letterale della legge speciale, ma piuttosto come ricerca del significato che meglio soddisfi le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore». Per Tar Lombardia, Milano, sez. I, 2 settembre 2019, n. 1936, in *OneLegale*: «malgrado la loro natura formalmente amministrativa, i procedimenti innanzi all'Autorità di Regolazione, Energia, Reti e Ambiente sono sottoposti a regole procedurali proprie, volte a garantire adeguatamente il contraddittorio e la partecipazione degli interessati, non essendo conseguentemente dovuta la comunicazione di avvio del procedimento, né l'avviso di cui all'art. 10 bis di cui alla l.n. 241/1990».

Per quanto concerne, più segnatamente, il dovere di motivazione, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, *cit.*, ha evidenziato che: «nonostante ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti (*ivi* compresa l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas) non si applichino le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della p.a. diretta all'emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (artt. 3 e 13, legge n. 241 del

esigenze che impongono un trattamento simile tra le due *species* di provvedimenti consente di tracciare un discorso unitario circa la portata del sindacato giurisdizionale, salvo le precisazioni che si renderanno di volta in volta necessarie.

Ciò premesso, può osservarsi che con riferimento ai provvedimenti dell'AGCM ⁽³⁹¹⁾, il giudice amministrativo riteneva, originariamente, ammissibile un controllo meramente estrinseco: essi, innanzitutto, erano considerati sindacabili solo per vizi di legittimità (in relazione ad incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere in tutte le sue configurazioni), ma non anche per questioni attinenti al merito delle scelte amministrative. Il giudice amministrativo poteva esclusivamente verificare che l'operato dell'amministrazione apparisse logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate ⁽³⁹²⁾; ciò, specialmente, con

1990), deve tuttavia ritenersi che, per l'assenza di responsabilità e di soggezione di dette Autorità nei confronti del Governo, la loro indipendenza e neutralità possa trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale. Anche l'atto di regolazione, pertanto, è un atto che deve essere motivato, nel senso che devono essere indicati i presupposti di fatto e di diritto della decisione e deve essere dotato di giustificazione sostanziale, ma ciò non impone all'autorità di regolazione, la considerazione puntuale e specifica degli argomenti dedotti da ogni operatore del mercato, trattandosi pur sempre di atto generale».

⁽³⁹¹⁾ Anche con riferimento alla più generale questione della portata del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti (specie quelli sanzionatori), l'esperienza dei provvedimenti AGCM è stata emblematica e antesignana e per questo vale la pena accennarne al percorso evolutivo.

⁽³⁹²⁾ V. Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 367 ss., con commento di M. DE BENEDETTO; in *Giust. civ.*, 2000, VII-VIII, parte I, p. 2169 ss., con nota di M. ANTONIOLI, *Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso della posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante*. Tale pronuncia giunge a conclusione di una complessa vicenda avente ad oggetto un provvedimento con cui l'AGCM irrogava una sanzione pecuniaria a un'azienda operativa nel settore della produzione del calcestruzzo per abuso di posizione dominante. L'impresa sanzionata ha, quindi, provveduto ad impugnare il provvedimento dell'Autorità presso il Tar del Lazio, contestando la decisione sotto più profili: in relazione all'individuazione del "mercato geografico di riferimento"; alla sussistenza di una posizione dominante; all'integrazione degli estremi dell'abuso di posizione dominante; alla conseguente quantificazione della sanzione pecuniaria irrogata. Il Tar Lazio ha accolto il ricorso, ricostruendo il fatto e fornendo una diversa valutazione del "mercato rilevante" rispetto a quella proposta dall'Autorità di settore. La questione è giunta, quindi, al cospetto del Consiglio di Stato, che è divenuto, però, a una conclusione diversa rispetto a quella del giudice di prime cure.

riferimento ai c.d. «concetti giuridici indeterminati», come ad esempio la delimitazione che l'AGCM avesse dato, in sede procedimentale, del «mercato rilevante» ai fini della integrazione della fattispecie⁽³⁹³⁾ o anche in relazione alla scelta della sanzione da irrogare (tra mera diffida con funzione inibitoria o sanzione pecuniaria) oppure con riferimento alla graduazione della sanzione pecuniaria fra il minimo ed il massimo edittale⁽³⁹⁴⁾.

4. (Segue) *Verso il superamento del limite della discrezionalità tecnica: il controllo delle decisioni delle Authorities nella giurisprudenza amministrativa, tra sindacato forte e debole.*

La questione viene, però, progressivamente reinquadrata alla luce della rilettura che la stessa giurisprudenza ha iniziato ad operare con riferimento al più generale tema della sindacabilità della discrezionalità tecnica. Se, come accennato, per molto tempo la giurisprudenza amministrativa aveva qualificato la discrezionalità tecnica come merito amministrativo e, in quanto tale, assolutamente insindacabile, una svolta in senso opposto inizia a prospettarsi a partire da una nota decisione della IV Sezione, risalente al 1999⁽³⁹⁵⁾.

Tale pronuncia muove dal presupposto che la c.d. discrezionalità tecnica «è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l'amministrazione,

Sostanzialmente nello stesso senso: Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671, in *DeJure*; Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4118, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 8 novembre 2001, n. 5733, *ivi*.

⁽³⁹³⁾ Cons. Stato, VI, 14 marzo 2000, n. 1348, *cit.*, espressamente afferma che «la delimitazione del “mercato rilevante” ai fini della valutazione della posizione di mercato di un'impresa e della concorrenza appartiene al giudizio di merito riservato all'Autorità garante, nei limiti della legittimità e logicità e della congruenza e corretta motivazione ed istruzione, con riguardo non solo alle caratteristiche merceologiche del prodotto, ma altresì all'area geografica, cui ha riferimento la situazione di mercato analizzata, tenendo in debito conto il numero dei concorrenti, attuali e potenziali, la dinamica dei prezzi del prodotto nell'area di riferimento, i flussi ed i valori delle importazioni da aree diverse».

⁽³⁹⁴⁾ V. Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671, in *DeJure*, la quale ritiene incensurabile «per illogicità la valutazione della gravità dell'illecito da parte dell'Autorità garante, cui spetta il potere discrezionale di apprezzare, in fatto, la graduazione della sanzione fra il minimo ed il massimo edittale, nei limiti del buon esercizio del potere e della ragionevolezza, nonché di determinare l'atto sanzionatorio nei limiti della mera diffida con funzione inibitoria di ulteriori condotte anti concorrenziali, piuttosto che nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie».

⁽³⁹⁵⁾ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro amm.*, 2000, II, p. 422 ss., con nota di L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica.*

per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito»⁽³⁹⁶⁾. La cognizione del giudice può, quindi, senz'altro estendersi anche al merito delle valutazioni tecniche.

La rinnovata prospettiva sembra trovare presto riscontro anche in una serie di innovazioni legislative coeve: prima fra tutte, l'introduzione della consulenza tecnica, inizialmente nella sola giurisdizione esclusiva (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80) e poi anche nella giurisdizione generale di legittimità (l. 21 luglio 2000, n. 205).

Solo due anni più tardi dall'innovativa pronuncia del 1999, i Giudici di Palazzo Spada hanno affrontato il tema, strettamente correlato, dell'intensità del sindacato, tracciando la distinzione tra «sindacato forte» e «sindacato debole» e riconoscendo solo quest'ultimo come modello operativo applicabile ai casi di discrezionalità tecnica.

Più segnatamente, il Collegio ha chiarito che un controllo di tipo “forte” «si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione», mentre nell'ipotesi di un controllo di tipo “debole” «le cognizioni tecniche acquisite (eventualmente) grazie al consulente vengono utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa»⁽³⁹⁷⁾

La giurisprudenza successiva non sottovaluta l'importanza di tali innovazioni e, anche con riferimento ai provvedimenti delle Autorità indipendenti, inizia, seppur molto timidamente, a riconsiderare l'originario indirizzo sopra menzionato. In particolare, una prima pronuncia del 2002 cerca

⁽³⁹⁶⁾ Così Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, cit.

⁽³⁹⁷⁾ Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, in *Giur. it.*, 2002, p. 1084 ss., con nota di S. MIRATE, *Giudici amministrativi e valutazioni tecniche tra nuove conquiste e antiche resistenze*; in *Studium Juris*, 2002, p. 245; in *Foro it.* 2002, III, c. 414.

innanzitutto di delineare un quadro sistematico dei profili del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM che possono formare oggetto di sindacato giurisdizionale ⁽³⁹⁸⁾.

Il giudice amministrativo osserva, in primo luogo, che i provvedimenti dell'Autorità *antitrust* hanno «natura atipica» e si articolano in quattro fasi: a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di “contestualizzazione” della norma posta a tutela della concorrenza, che, facendo riferimento a “concetti giuridici indeterminati” (quali il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza), necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato; c) una terza fase, in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra “contestualizzato”; d) un'ultima fase di applicazione delle sanzioni previste.

In tale contesto, «i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità *antitrust* possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi; ciò presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione». Ciò in ragione del fatto che, «a seguito del progressivo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto controverso (pretesa fatta valere, secondo alcuni), deve ormai ritenersi superato quell'orientamento che negava al giudice amministrativo l'accesso diretto al fatto, salvo che gli elementi di fatto risultassero esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedurali» ⁽³⁹⁹⁾.

Con riferimento, invece, alle fasi sopra indicate sub *b)* e *c)*, consistenti nell'individuazione del parametro normativo e nel raffronto con i fatti accertati, il Consiglio di Stato, valorizzando l'innovativo orientamento del 1999, osserva che l'Autorità esercita, almeno in parte, un'attività discrezionale di carattere tecnico e non amministrativo, essendo quest'ultima ipotizzabile, al più, per i

⁽³⁹⁸⁾ Cons. Stato, 26 febbraio 2002, n. 2199, in *Onelegale*.

⁽³⁹⁹⁾ *Ivi*. La possibilità per il giudice amministrativo di operare una diretta e piena verifica dei fatti posti a fondamento di provvedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti costituisce ormai un dato acquisito nella giurisprudenza amministrativa. Recentemente hanno sindacato il fatto posto a fondamento della decisione dell'AGCM in senso conformativo o modificativo: Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, nn. 743 e 744, in *DeJure*; Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334, *ivi*; Cons. Stato Sez. III, 2 ottobre 2015, n. 4616, *ivi*.

provvedimenti di dispensa o di deroga di cui agli artt. 4 e 25 della l. n. 287 del 90.

Anche se generalmente le valutazioni tecniche non appartengono al merito amministrativo e non possono considerarsi in assoluto sottratte al sindacato giurisdizionale, esse vanno, comunque, in parte tenute distinte dalle c.d. valutazioni tecniche complesse. Infatti, nella decisione viene sottolineato come «la distinzione tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici (attratti nella cognizione del giudice) e i profili dell'opportunità (sottratti al sindacato) non è così netta in presenza di valutazioni complesse dell'amministrazione e dell'applicazione dei c.d. “concetti giuridici indeterminati” e che in tali ipotesi deve escludersi il sindacato giurisdizionale di tipo forte (sostitutivo) ed ammettersi solo il sopra descritto controllo di tipo debole»⁽⁴⁰⁰⁾.

In sostanza, il massimo Consesso riconosce che il sindacato giurisdizionale – il quale, nella sua portata intrinseca, certamente si estende anche alle valutazioni tecniche⁽⁴⁰¹⁾ – tende ad attenuarsi al cospetto delle c.d. «valutazioni tecniche complesse» ovvero di quelle valutazioni che, in quanto espressive di «scienze inesatte ed opinabili di carattere prevalentemente economico» e finalizzate alla definizione di concetti giuridici indeterminati (quali quelli di mercato rilevante, di dominanza, di intesa restrittiva della concorrenza), restano riservate all'Amministrazione. In riferimento alle valutazioni tecniche complesse, quindi, il sindacato del giudice amministrativo è di tipo «debole», essendogli precluso un potere sostitutivo tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità.

⁽⁴⁰⁰⁾ Cons. Stato, 26 febbraio 2002, n. 2199, cit.

⁽⁴⁰¹⁾ Come precisa una sentenza di poco successiva a quella in commento nella parte narrativa: «il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'Autorità *antitrust*, avviene tramite un controllo intrinseco, che consente al giudice di avvalersi anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione ed utilizzando, ove necessario, lo strumento della consulenza tecnica»: Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Giur. it.*, 2004, p. 2178; in *Foro it.*, 2004, III, c. 6, con nota di S. BASTIANON, *Dai buoni pasto ai «concetti giuridici indeterminati»*. Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust; in *Urb. e app.*, 2004, p. 817 ss., con nota di S. MIRATE, *Autorità antitrust e controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche*.

Fanno sostanzialmente applicazione di tale principio: Tar Lazio, sez. I, 16 giugno 2016, n. 6921, in *DeJure*; Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2016, nn. 3769, 3770, 3771, 3772 e 3773, *ivi*; Tar Lazio, 10 febbraio 2016, n. 1934, *ivi*.

Non diversamente dalle conclusioni raggiunte dal tradizionale orientamento restrittivo, la pronuncia del 2002 finisce per sostenere che il giudice non può comunque sostituire l'individuazione dei concetti giuridici indeterminati (come quello del "mercato rilevante") operata dall'Autorità, sostituire la specificazione del parametro normativo violato a quello dell'AGCM o, comunque, modificare l'impostazione dell'indagine (e quindi del provvedimento), ma deve limitarsi a verificarne la legittimità. Specularmente, l'ambito di ricorso alla CTU è limitato «all'accertamento sotto il profilo tecnico di un ben individuato presupposto del fatto» o «ad ampliare la conoscenza del giudice con apporti tecnico- specialistici (ben delimitati nel quesito) appartenenti a campi del sapere caratterizzati da obiettiva difficoltà», senza però che si possa affidare al consulente il compito di «ripercorrere [...] le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale».

Nel contesto della stessa pronuncia, il Consiglio di Stato tiene, però, a tracciare una significativa differenza tra la regola generale sopra descritta – valida per la generalità dei provvedimenti sia di natura sanzionatoria ripristinatoria (es. diffide) sia di natura regolatoria – e quella che deve trovare applicazione specifica per le sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità⁽⁴⁰²⁾. Con riferimento a queste ultime, infatti, «la tutela giurisdizionale deve essere riconosciuta in maniera piena, tenuto conto della vigenza, in materia di sanzioni pecuniarie, del principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 Cost.)»⁽⁴⁰³⁾.

⁽⁴⁰²⁾ In un recente studio, il Consiglio di Stato ha rilevato che «mentre in sede di applicazione di una sanzione i margini di opinabilità delle valutazioni tecniche effettuate e dell'analisi economica svolta sono più stringenti, nell'attività di regolazione tali margini sono più ampi e ciò si riflette sul sindacato giurisdizionale, che non deve poter sindacare in modo pieno fatti e valutazioni, ma deve arrestarsi di fronte a scelte di merito sul contenuto della regolazione da adottare, che non può fare direttamente il giudice» (Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato, *Autorità Indipendenti e sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁽⁴⁰³⁾ *Ivi.* Cfr., anche, Cons. Stato sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, cit., secondo cui «il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato può spingersi fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità, anche attraverso un accertamento della congruità della sanzione». Secondo F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit., p. 19: «in materia di sanzioni amministrative il

Pertanto, al cospetto delle sanzioni pecuniarie sostanzialmente afflittive – anche in ragione di quanto, poi, imposto dalla giurisprudenza di Strasburgo al fine di considerare il provvedimento compatibile con l’art. 6 CEDU – «è consentito al giudice amministrativo un controllo più penetrante, che si spinge fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall’Autorità e si fonda ovviamente sulla base dei parametri normativi di riferimento» ⁽⁴⁰⁴⁾. Si tratta, quindi, dell’estensione anche al giudice amministrativo dei poteri che l’art. 7, commi 10 e 11, della l. 1 settembre 2011, n. 150 (che ha sostituito l’art. 23 della l. n. 689 del 1981), con riferimento alle sanzioni amministrative generali, riconosce al giudice ordinario, prevedendo che quest’ultimo, con la sentenza che accoglie l’opposizione, può annullare in tutto o in parte il provvedimento opposto, mentre quando rigetta l’opposizione determina l’importo della sanzione.

Con la nota sentenza relativa alla c.d. vicenda dei buoni pasti Consip ⁽⁴⁰⁵⁾, il Consiglio di Stato ritorna sui suoi passi e rimedita (o quanto meno specifica), in parte, il punto di approdo del precedente del 2002. Riprendendo l’impianto sistematico delineato da quella pronuncia, viene ribadito che il sindacato del giudice amministrativo non è un mero sindacato di tipo estrinseco ma è un sindacato intrinseco, che non incontra alcun limite con riguardo all’accertamento dei fatti oggetto di indagine; è altresì condivisa la conclusione per cui in relazione ai provvedimenti irrogativi di sanzioni pecuniarie il sindacato del giudice amministrativo è da considerarsi pieno e sostitutivo.

modello della *full jurisdiction* pare allora espressamente quello di un sindacato giurisdizionale appellatorio puro (invece che cassatorio): il provvedimento sanzionatorio deve essere visto come una “decisione [...] resa dall’organo inferiore. Lo schema logico, cioè, è quello di due soggetti pubblici che, in continuità tra loro, esercitano un potere qualitativamente identico, con conseguente piena sostituibilità della scelta dell’organo inferiore (l’Amministrazione) da parte dell’organo superiore (il giudice di *full jurisdiction*)».

⁽⁴⁰⁴⁾ Cons. Stato, 26 febbraio 2002, n. 2199, cit.

L’esercizio di tale potere modificativo della sanzione, con riferimento alle sanzioni pecuniarie irrogate dall’AGCM, è avvenuto in vario modo. In alcuni casi, il giudice amministrativo ha provveduto direttamente alla rideterminazione della sanzione (Tar Lazio, 29 marzo 2012, n. 3025, confermata da Cons. Stato, VI, 23 giugno 2014, n. 3167; Tar Lazio, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 8752, in *OneLegale*; Cons. Stato, VI, 20 dicembre 2010, n. 9306, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, *ivi*). In altre ipotesi, il Consiglio di Stato ha invece ritenuto opportuno limitarsi a dettare i criteri per la rideterminazione delle sanzioni, demandando comunque all’Autorità la concreta nuova quantificazione «in rinnovazione del procedimento per la parte in esame, per modo che siano presi in dettagliata considerazione tutti gli elementi rilevanti» (così Cons. Stato, VI, 11 luglio 2016, n. 3047, in *DeJure*).

⁽⁴⁰⁵⁾ Cons. Stato sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, cit.

Il *quid novi* riguarda, invece, l'intensità del sindacato sulle valutazioni tecniche e sulla determinazione dei concetti giuridici indeterminati effettuata dalle Autorità.

A tale riguardo, la pronuncia, da un lato, ridimensiona il riferimento alle valutazioni tecniche complesse, dall'altro, invita a non enfatizzare eccessivamente (o quanto meno a meglio intendere) la dicotomia sindacato forte/sindacato debole ⁽⁴⁰⁶⁾. Più concretamente, nel verificare *ex post* l'operato dell'Autorità, il giudice amministrativo può spingersi a controllare «l'analisi economica compiuta dall'Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame)» ⁽⁴⁰⁷⁾.

Pertanto, il riferimento al concetto di sindacato debole, valorizzato nelle precedenti pronunce, non è, in ogni caso, da intendersi nel senso di limitare il potere giurisdizionale di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata; è da interpretarsi, invece, come «limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli,

⁽⁴⁰⁶⁾ Ciò emerge in diversi passi della pronuncia, dove si legge: «in una prospettiva di armonizzazione con il sistema comunitario (oggi imposta a seguito del processo di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza, avviato dal citato regolamento CE n. 1/2003), appare preferibile raffrontare non gli istituti o le terminologie giuridiche (sindacato “debole” o “forte”), ma comparare i modi attraverso cui i problemi vengono risolti [...]. In definitiva, ciò che rileva non è, quindi, la qualificazione del controllo come “forte” o “debole”, ma l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia *antitrust*, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità *antitrust* sia stato correttamente esercitato».

In dottrina, critica la dicotomia sindacato forte/debole S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti*, cit., p. 104, secondo cui «il sindacato non può essere forte o debole: è semplicemente commisurato alla consistenza della situazione soggettiva, poiché il giudice è tenuto a tutelare la situazione soggettiva “pienamente” e “profondamente” tramite un sindacato che dovrà spingersi sino al punto nel quale la situazione contiene una pretesa nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo».

⁽⁴⁰⁷⁾ Cons. Stato sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, cit.

proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere»⁽⁴⁰⁸⁾.

In sostanza, il giudice «non può sostituirsi ad un potere già esercitato», ma «deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro "contestualizzato"»⁽⁴⁰⁹⁾.

Alla luce di questa precisazione, si estende anche proporzionalmente e progressivamente la portata applicativa della CTU, ritenuta in astratto ammissibile per la verifica, oltre che dei fatti, degli elementi rilevanti ai fini dell'analisi economica e delle valutazioni complesse effettuate dall'Autorità⁽⁴¹⁰⁾. Anche con riferimento ai provvedimenti dell'AGCOM, il Consiglio di Stato, nel richiamare la giurisprudenza intervenuta in materia *antitrust*, ha evidenziato che il giudice amministrativo «deve poter sempre verificare, anche mediante l'ausilio della c.t.u., se la p.a. abbia fatto buon governo delle regole tecniche e dei procedimenti applicativi che essa ha deciso, nell'ambito della propria discrezionalità, di adottare per l'accertamento o la disciplina di fatti complessi e se la concreta applicazione di quelle regole a quei fatti, una volta che esse siano prescelte dalla p.a., avvenga *iuxta propria principia*»⁽⁴¹¹⁾. Ciò, specifica ancora la pronuncia, in ragione della circostanza che «la p.a., anche nell'accertamento di fatti complessi alla stregua di «concetti giuridici indeterminati (cd. *unbestimmte Rechtsbegriffe*)» o di «regole tecnico-scientifiche opinabili», debba ispirarsi ad un rigore metodologico e ad una coerenza applicativa che non possono non essere suscettibili di verifica e di controllo da parte del giudice amministrativo, nel loro intrinseco svolgimento, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico»⁽⁴¹²⁾.

⁽⁴⁰⁸⁾ *Ivi.*

⁽⁴⁰⁹⁾ *Ivi.*

⁽⁴¹⁰⁾ In tale senso: Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 595, in *OneLegale*; Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 632 ss., con nota di M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*.

⁽⁴¹¹⁾ Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013 n. 1645, in *OneLegale*.

⁽⁴¹²⁾ *Ivi.*

La giurisprudenza amministrativa successiva sembra essersi sostanzialmente assestata su questa linea di indirizzo ⁽⁴¹³⁾, che è stata, anzi, estesa come modello al sindacato relativo ai provvedimenti di altre Autorità (come, a titolo esemplificativo, per i provvedimenti regolatori dell’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas ⁽⁴¹⁴⁾ o dell’Autorità garante delle Comunicazioni

⁽⁴¹³⁾ Cfr., *ex multis*, oltre alle più recenti sentenze richiamate nelle note precedenti anche: Tar Lazio, sez. I, 16 giugno 2016, n. 6921; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123, in *Foro amm.*, 2015, IX, p. 2269 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2016, nn. 3769, 3770, 3771, 3772 e 3773, in *DeJure*; Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559, in *Foro amm.*, 2019, VII-VIII, p. 1252; Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2019, n. 2979, in *Giur. it.*, 2019, XI, p. 2503 ss., con nota di M. ROFFI, *Sindacato giurisdizionale e provvedimenti sanzionatori dell’AGCM*.

⁽⁴¹⁴⁾ V. Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2011, n. 5519, in *OneLegale*, la quale, con riferimento alla definizione e alla fissazione dei criteri di determinazione dei parametri di «cogenerazione» (da intendersi come la produzione combinata di energia elettrica e calore alle condizioni definite dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas, che garantiscono un significativo risparmio di energia rispetto alle produzioni separate) ha ribadito che «il sindacato giurisdizionale in materia può svolgersi anche – e in primo luogo – con la verifica dell’attendibilità delle valutazioni tecniche compiute dall’Amministrazione rispetto alla correttezza dei criteri utilizzati e applicati, con la precisazione che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell’ambito di opinabilità, poiché altrimenti all’apprezzamento opinabile dell’Amministrazione sostituirebbe quello proprio e altrettanto opinabile». Il Consiglio di Stato ha, pertanto, riconosciuto la ragionevolezza delle determinazioni assunte dall’Autorità, «poiché dall’esame delle valutazioni tecniche poste a base della delibera di aggiornamento non emergono vizi di illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti, né elementi tali da far ritenere che sia stato superato l’ambito di opinabilità secondo i correnti criteri tecnico-scientifici, trattandosi di valutazioni rispettose dei margini di opinabilità/plausibilità propri dei giudizi connotati da ampia discrezionalità tecnica, quali quelli in esame».

Cfr. altresì Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888, in *OneLegale*, secondo cui il sindacato giurisdizionale non può «limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell’istruttoria)» ma deve «estendersi, invece, dall’esatta rappresentazione dei fatti all’attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio – costituzionale e comunitario – di effettività della tutela giurisdizionale. Tale principio impone che l’esercizio della discrezionalità tecnica sia verificabile nel giudizio di legittimità, sotto i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario; sia l’apprezzamento dei fatti che i profili tecnici, sottostanti al provvedimento, sono quindi censurabili, quando risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte».

V. anche Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 2016, n. 3552, in *OneLegale*; Cons. Stato sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 779, in *Foro amm.*, 2020, I, p. 51 ss.

In dottrina, sulla classificazione dei provvedimenti dell’ARERA e il relativo sindacato: E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell’ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull’ambito del sindacato giurisdizionale*, 11 marzo 2019, in www.giustizia-amministrativa.it.

(⁴¹⁵)). Neppure la giurisprudenza di legittimità sembra aver sconfessato tale assetto, come invece sembrerebbe sostenere il Consiglio di Stato (⁴¹⁶).

5. *La portata del sindacato del giudice ordinario sulle decisioni Consob, Banca d'Italia e Anac.*

Per quanto concerne, invece, i provvedimenti sanzionatori della Consob e della Banca d'Italia, l'assenza di particolari profili di discrezionalità e opinabilità delle valutazioni tecniche nelle loro decisioni ha notevolmente circoscritto il problema dell'intensità del sindacato giurisdizionale del giudice ordinario, a cui spetta la giurisdizione. La Suprema Corte è giunta addirittura ad affermare che la natura vincolata del provvedimento sanzionatorio Consob e l'immodificabilità del suo contenuto rende irrilevanti gli eventuali vizi del procedimento amministrativo previsto dall'art. 195 del d.lgs. n. 58 del 1998, che si svolge innanzi alla Consob, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241 del 1990 (⁴¹⁷).

Lo stesso vale anche per le sanzioni irrogate dall'ANAC, in riferimento alle quali ci si trova, sovente, al cospetto di condotte a forma vincolata, in cui il

(⁴¹⁵) Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013 n. 1645, cit.

In letteratura, sul sindacato degli atti dell'AGCOM, v.: B. CAROTTI-A. PRETO, *Il sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti: il caso dell'Agcom*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, I, p. 123 ss.

(⁴¹⁶) Il riferimento è a quanto si legge nello Studio dell'Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato dal titolo "Autorità Indipendenti e sindacato giurisdizionale", cit., p. 19: dalla Cassazione sarebbe arrivato «un segnale parzialmente contrario» rispetto allo sviluppo evolutivo della giurisprudenza amministrativa.

In verità, una simile conclusione sembra essere il frutto di un equivoco di fondo circa il concetto di sindacato forte, che, nella relazione dell'Ufficio studi, sembra essere inteso nella più tenue forma del controllo di logicità e congruità; quello stesso che la prima giurisprudenza amministrativa considerava come sindacato debole in opposto al potere sostitutivo (non ammesso) qualificato come sindacato forte.

Cass., Sez. Un., 17 marzo 2008, n. 7063, in *Giur. it.*, 2008, p. 2052 ss., ha, infatti, concluso che «in sede di giudizio avverso sanzioni pecuniarie applicate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non è consentito al Giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, *id est* l'esercizio, da parte del suddetto Giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza».

V. anche, più di recente, Cass., sez. un., 20 gennaio 2014 n. 1013, in *OneLegale*; Cass., Sez. Unite, 1 febbraio 2016, n. 1836, *ivi*.

(⁴¹⁷) Cass., sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433, in *OneLegale*.

parametro normativo di riferimento non contiene concetti giuridici indeterminati. In ogni caso, in relazione alle stesse, il giudice amministrativo è fornito di giurisdizione nel merito, sicché egli potrà comunque esercitare un sindacato pieno sugli elementi costitutivi dell'illecito, sulla sussistenza di scriminanti, sulla dosimetria della sanzione, sostituendosi anche all'Amministrazione nella quantificazione della sanzione ⁽⁴¹⁸⁾.

Va però considerato che la natura sostanzialmente penale di alcune delle sanzioni irrogate in forza del T.u.f. o del T.u.b., impone di vagliare il rispetto dell'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte EDU. A tal proposito, la Cassazione ha ribadito l'alternatività delle soluzioni (connotazione in senso *quasi-judicial* del procedimento amministrativo o successivo sindacato giurisdizionale pieno), ribadendo che il *deficit* di alcune garanzie nel contesto del procedimento amministrativo sanzionatorio Consob previsto dall'art. 187 *septies* del d.lgs. n. 58 del 1998 (come l'omessa previsione della trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative, e la conseguente impossibilità di interloquire) non si pone in contrasto con l'art. 6 CEDU come interpretato dalla sentenza Grande Stevens essendo soggetto il provvedimento ad un successivo sindacato giurisdizionale pieno, attuato nell'ambito di un giudizio dinanzi alla Corte d'appello che assicura le garanzie del giusto processo ⁽⁴¹⁹⁾.

Il giudice ordinario può infatti avvalersi, anche in via officiosa, di tutti i mezzi di prova previsti dall'ordinamento processuale civile che ritenga necessario ammettere o dispiegare (come espressamente prevedono, con riferimento ai provvedimenti Consob, gli artt. 187 *septies*, comma 6 *bis*, e 195, comma 7, d.lgs. n. 58 del 1998) nonché, nell'accogliere l'opposizione, annullare in tutto o in parte il provvedimento o ridurre l'ammontare o la durata della sanzione, ai sensi del comma 7 *bis* dell'art. 195.

⁽⁴¹⁸⁾ Il sindacato pieno è stato esercitato dal g.a. anche sulle sanzioni non pecuniarie, e segnatamente sulla sanzione inibitoria dell'iscrizione nel casellario informatico, dove il giudice ha verificato, in fatto, gli elementi costitutivi della condotta, e segnatamente la sussistenza della "falsa dichiarazione" sotto il profilo dell'elemento soggettivo del falso (Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2009, n. 4504, in *OneLegale*), o l'elemento soggettivo della colpa grave (Tar Lazio, Roma, sez. III, 2 dicembre 2015 n. 13653, in *DeJure*).

⁽⁴¹⁹⁾ Con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Consob: Cass., sez. II, 13 gennaio 2017, n. 770, in *OneLegale*; Cass., sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210, *ivi*.

Il principio è anche ribadito, con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, da: Cass., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25141, in *OneLegale*.

6. *Il sindacato sui provvedimenti dell'AGCM nel dato normativo: l'«infelice» formulazione dell'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017. Un ritorno al passato?*

Con riferimento alla materia *antitrust*, il delineato punto di approdo dell'evoluzione giurisprudenziale è stato messo in crisi dall'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017. Nell'articolo appena menzionato, è stata, infatti, inserita una previsione che non trova riscontro nel testo della Direttiva europea e che così dispone: «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione».

Così come formulata, la disposizione, anziché recepire l'evoluzione giurisprudenziale in materia (come sembrava essere la reale intenzione dei *conditores*), presenta delle ambiguità tali da far aumentare il rischio di entropia giurisprudenziale o di regressioni rispetto al punto di approdo sopradescritto⁽⁴²⁰⁾.

Si è avuto modo, infatti, di osservare che le valutazioni tecniche demandate all'AGCM presentano quasi sempre «un oggettivo margine di opinabilità», in quanto espressive di «scienze inesatte ed opinabili di carattere prevalentemente economico». Se, quindi, si esclude la sindacabilità delle scelte opinabili, come sembrerebbe emergere da una lettura testuale della norma, i margini di sindacato sulle valutazioni tecniche compiute dall'AGCM sarebbero, per il giudice amministrativo, pressoché inesistenti.

Il Consiglio di Stato ha, quindi, suggerito una lettura costituzionalmente orientata della disposizione, che conduca alla «conclusione che con essa il legislatore abbia solo voluto ribadire la natura non sostitutiva del sindacato giurisdizionale, ovvero che, in presenza di più soluzioni tecniche alternative,

⁽⁴²⁰⁾ Di «maldestro intervento» che, se preso alla lettera, «finirebbe per riportare indietro le lancette dell'orologio rispetto allo stesso *acquis* giurisprudenziale nazionale, in cui la sindacabilità intrinseca della valutazione tecnica è ormai pacifica» parla, in letteratura, M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 498.

Di una «certa ambiguità» circa il modo in cui sono state recepite le posizioni della giurisprudenza da parte della disposizione parla D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, cit., p. 53.

tutte opinabili, quella contenuta nel provvedimento, una volta che ha superato il test di attendibilità intrinseca, deve essere privilegiata»⁽⁴²¹⁾.

La dottrina ha anche evidenziato che, pur aderendo alla summenzionata lettura “conservativa”, «la scelta di fissare in una formula rigida l’intensità dello scrutinio sull’operato dell’Autorità risulta», comunque, «criticabile, perché rischia di frapporre ulteriori ostacoli all’evoluzione in senso ampliativo»⁽⁴²²⁾ del sindacato sulle valutazioni tecniche.

In definitiva, volendo tracciare un quadro sintetico complessivo, può rilevarsi che il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’Autorità indipendenti assume vari livelli di intensità a seconda della ontologia propria degli atti e della relativa funzione assoluta:

⁽⁴²¹⁾ Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato, *Autorità Indipendenti e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 25.

V. anche: Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. ind.*, 2020, I, p. 15 ss., con nota di S. GORZA, *Il caso Avastin/Lucentis tra contraddizioni ed omissioni*; in *Foro it.*, 2019, X, parte III, c. 498 ss., con nota di L. ARNAUDO e R. PARDOLESI, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*; in *Dir. proc. amm.*, 2020, III, p. 740 ss., con nota di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*. In tale pronuncia, il Consiglio di Stato ha evidenziato che la disposizione di cui all’art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, «– la quale, letta “a contrario”, sembrerebbe addirittura implicare che il sindacato del giudice del ricorso non si estenda ai profili tecnici che presentano “un oggettivo margine di opinabilità” – deve essere interpretata in senso costituzionalmente conforme agli artt. 24 e 113, e 117, primo comma, della Costituzione (quest’ultimo parametro in relazione all’art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell’uomo). Nonostante l’evidente imprecisione linguistica, il precetto riveste una mera funzione didascalica: quella cioè di richiamare il giudice amministrativo al dovere di accertamento “diretto” di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere senza in alcun modo esentarlo (per quanto la formula impiegata sia involuta) dal contemporaneo dovere di accertamento “critico” degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria. È del resto implausibile che il legislatore abbia voluto, con una espressione così incerta ed apodittica, revocare in dubbio il modello processuale invero consolidatosi da tempo e faticosamente nel diritto vivente. Tale interpretazione della disposizione è l’unica conforme al principio della tutela piena ed effettiva “secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” (art. 1 del c.p.a.)».

In dottrina, nello stesso senso, S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso delle Autorità indipendenti*, cit., pp. 106-107; M. NEGRI, *L’efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., pp. 498-499, secondo cui «è plausibile piuttosto che il legislatore avesse l’intenzione di codificare la prassi consolidata del Consiglio di Stato, ratificata anche dalla Corte di cassazione, circa il controllo di pura “attendibilità” e non sostitutivo sul requisito del “mercato rilevante” ed è certamente in questo senso che la disposizione deve essere letta: in modo da porla in linea, almeno con gli orientamenti espressi della Corte di cassazione e dalla giurisprudenza amministrativa, se non anche con i principi sanciti dalla Corte EDU».

⁽⁴²²⁾ Così M. NEGRI, *L’efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 499.

a) per i provvedimenti sanzionatori che non presuppongono un accertamento contenente valutazioni tecniche complesse o la concretizzazione di c.d. concetti giuridici indeterminati, il sindacato del giudice amministrativo o di quello ordinario (in base ai rispettivi ambiti di giurisdizione) è un sindacato pieno. Il controllo giurisdizionale è un sindacato di merito che consente al giudice dell'opposizione di sostituirsi all'Amministrazione anche nella determinazione del *quantum* della sanzione.

Tale sindacato, particolarmente penetrante, permette di poter ritenere tale modello conforme anche ai canoni dell'art. 6 CEDU secondo la lettura offerta dalla Corte EDU, allorché si tratti di sanzioni sostanzialmente penali alla luce dei c.d. criteri *Engel*.

La possibilità di un controllo giurisdizionale pieno rafforza altresì le garanzie di difesa e contraddittorio di cui sono portatori i soggetti che in un diverso procedimento “subiscono” l'effetto conformativo dell'accertamento contenuto nel provvedimento amministrativo, oggetto di sindacato.

b) per i provvedimenti, sanzionatori e regolamentari, che, al contrario, presuppongono un accertamento contenente valutazioni tecniche complesse o la concretizzazione di concetti giuridici indeterminati, la questione dell'intensità del sindacato giurisdizionale presenta profili più problematici, dovendosi trovare un esatto punto di mediazione tra l'effettività della difesa e il rispetto delle prerogative dell'amministrazione nella integrazione della fattispecie legale, espressione del principio di separazione dei poteri.

Il punto di approdo della giurisprudenza sui provvedimenti dell'AGCM, poi esteso anche ad altre Autorità amministrative indipendenti, si concretizza nel dato per cui: il sindacato del giudice dell'opposizione non incontra alcun limite per quanto concerne i fatti, che possono essere integralmente riesaminati anche attraverso l'ausilio di una CTU; il controllo sulle valutazioni tecniche complesse o sulla specificazione data dall'Autorità dei concetti giuridici indeterminati è, *de facto*, un sindacato intrinseco di tipo “debole” ossia limitato a un vaglio di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità ed attendibilità della scelta dell'amministrazione. È invece esclusa la possibilità per il giudice di esprimere proprie autonome scelte sostitutive dell'amministrazione (c.d. sindacato forte).

L'intervento legislativo operato dall'art. 7, d.lgs. n. 3 del 2017, con specifico riferimento ai provvedimenti AGCM, nonostante l'infelice formulazione letterale, ha inteso sostanzialmente confermare tale assetto.

7. La compatibilità con i diktat della Corte EDU del sindacato intrinseco debole e le proposte del Consiglio di Stato verso un «sindacato di maggiore attendibilità».

Delineato lo stato dell'arte, ci si chiede se tale forma di sindacato, intrinseco ma debole, sia realmente compatibile con i *diktat* della giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 6 CEDU. Alla risposta affermativa di una parte della dottrina e della giurisprudenza, si contrappone un orientamento incline a rivendicare l'affermazione di un sindacato ancor più penetrante, anche, eventualmente, attraverso il riconoscimento al giudice del ricorso di un vero e proprio potere sostitutivo.

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, pur sostenendo che non si possa giungere ad affermare il passaggio ad una forma di sindacato forte, ritiene comunque opportuno e maggiormente compatibile con l'art. 6, § 1, CEDU «il passaggio da un sindacato intrinseco di attendibilità (quello oggi generalmente praticato), ad un tipo di sindacato che si potrebbe definire di maggiore attendibilità». In questa prospettiva, «il giudice dovrebbe verificare se la scelta compiuta dall'Autorità risulti la più attendibile tra quelle prospettate. Con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell'Autorità, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall'impresa sanzionata»⁽⁴²³⁾.

8. Le garanzie di un giusto procedimento come elemento imprescindibile per l'ammissibilità delle decisioni amministrative vincolanti.

⁽⁴²³⁾ Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato, *Autorità Indipendenti e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 28.

Tale proposta dell'Ufficio Studi ha ricevuto effettivo accoglimento in Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, cit., senza però trovare significativo seguito nella giurisprudenza successiva che, al contrario, sembra sminuirne il rilievo (cfr. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso delle Autorità indipendenti*, cit., pp. 106-107).

La particolare attenzione prestata dalla letteratura al tema dell'intensità del sindacato giurisdizionale sembra aver lasciato un po' più in sordina la diversa, seppur correlata, questione del rafforzamento delle garanzie procedurali. Ciò presumibilmente in ragione del fatto che la giurisprudenza ha sovente ritenuto pienamente colmati i *vulnera* procedurali in ragione del successivo controllo giurisdizionale, specie con riferimento ai procedimenti sanzionatori rilevanti in forza dell'art. 6 CEDU, in conformità delle statuizioni della CEDU.

In realtà, la questione del rispetto delle garanzie di difesa, del contraddittorio e di terzietà dell'organo giudicante nel procedimento appare di cruciale rilievo, a prescindere dalla portata del successivo sindacato⁽⁴²⁴⁾ e della natura sostanzialmente afflittiva o meno del provvedimento finale. Ciò anche in ragione del fatto che il modello dell'unitarietà sostanziale del potere esercitato (in sede amministrativa) e poi riesercitato (in sede giurisdizionale) e, quindi, di compensazione delle garanzie tra le due sedi non sempre è stato adottato dalla Corte EDU. In alcune sentenze che hanno riguardato la *Commissions de operations de bourse* e la *Commission Bancaire* francesi, il giudice di Strasburgo ha censurato le carenze procedurali (nella fattispecie: assenza della garanzia della pubblica udienza e di un accesso integrale al fascicolo dell'accusa), senza vagliare se tali *vulnera* avessero trovato o meno compensazione nel successivo giudizio giurisdizionale⁽⁴²⁵⁾.

In sostanza, come evidenziato con specifico riferimento all'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle *Authorities*, le garanzie dell'equo processo «dovrebbero essere assicurate, almeno in prima approssimazione e di regola, innanzitutto nel procedimento amministrativo, visto che le stesse vengono emanate con pienezza di conseguenze e di esecutività all'esito di questa fase (e non di quella giurisdizionale che è successiva e meramente eventuale)»⁽⁴²⁶⁾.

⁽⁴²⁴⁾ Cfr., al riguardo, le condivisibili osservazioni di A. CHIZZINI, *L'equo processo CEDU quale quadro di riferimento normativo per i procedimenti davanti alle Autorità indipendenti nazionali (ed alla Commissione europea). Note generali*, cit., p. 350.

⁽⁴²⁵⁾ V. Corte EDU, 20 gennaio 2011, ric. n. 7798/08, V. c. Francia; Corte EDU, 19 maggio 2009, ric. n. 25041/07, M. c. Francia; Corte EDU, 11 settembre 2009, ric. n. 5242/2004, D. c. Francia.

⁽⁴²⁶⁾ Così M. ALLENA, *La potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti come luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela dettati dal diritto sovranazionale europeo*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Allena e S. Cimini, RULES Research Unit Law and Economics Studies, 2014,

Pertanto, in un sistema ottimale, già nel procedimento amministrativo di irrogazione della sanzione dovrebbe essere realizzato l'«equo processo» di cui all'art. 6 CEDU con tutti i suoi caratteri: adesione a un modello accusatorio e non inquisitorio del procedimento; parità delle armi; netta distinzione tra fase istruttoria e fase decisoria; piena accessibilità agli atti e ai documenti istruttori; informazione tempestiva dei motivi d'accusa; pubblicità dell'udienza; piena terzietà e indipendenza dell'organo giudicante e via discorrendo.

L'estensione di simili garanzie formali, che tradizionalmente «caratterizzano l'estrinsecarsi della giurisdizione», anche all'attività amministrativa, al di là delle mere qualificazioni formali, è considerato come un «punto ineluttabile delle evoluzioni degli attuali ordinamenti»⁽⁴²⁷⁾. L'approccio inteso a valorizzare, in maniera pienamente compensativa rispetto ai *vulnera* procedurali, il successivo controllo giurisprudenziale – aldilà dell'effettiva intensità del sindacato –, è apparso giustamente «insoddisfacente», in quanto «solo un pieno ed effettivo contraddittorio, sui profili di fatto e sui profili di diritto, che abbia capacità di permeare a sé ogni fase endoprocedimentale alle Autorità indipendenti può davvero dirsi rispettoso di quel cuore di tutele che l'art. 6 esprime»⁽⁴²⁸⁾.

Più in generale, va poi ricordato, come già sopra rilevato, che, anche con riguardo ai provvedimenti di natura regolatoria e a quelli sanzionatori non aventi natura afflittiva, il rafforzamento di forme di consultazione e di contraddittorio procedimentale rafforzato rappresentano una misura compensativa del *gap* democratico delle Autorità⁽⁴²⁹⁾.

online in
https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/241952/319590/WP%2B15%2BAllena_Cimini.pdf

⁽⁴²⁷⁾ Così A. CHIZZINI, *L'equo processo CEDU quale quadro di riferimento normativo per i procedimenti davanti alle Autorità indipendenti nazionali (ed alla Commissione europea). Note generali*, cit., p. 350, il quale conclude condivisibilmente che «limitare oggi il discorso a una rigida alternativa giurisdizione-amministrazione, con quanto ne consegue per le riconosciute tutele procedurali, lascerebbe profondamente insoddisfatti, soprattutto non consentirebbe di cogliere lo spirito dei tempi, lo *Zeitgeist* e le necessità pratiche che ne derivano».

⁽⁴²⁸⁾ In tal senso ancora A. CHIZZINI, *L'equo processo CEDU quale quadro di riferimento normativo per i procedimenti davanti alle Autorità indipendenti nazionali (ed alla Commissione europea). Note generali*, cit., p. 361, il quale, quindi, appare perplesso al cospetto delle conclusioni raggiunte dalla CEDU già nella sentenza Menarini.

⁽⁴²⁹⁾ Lo rileva S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso delle Autorità indipendenti*, cit., pp. 106-107.

In questa prospettiva, è stata valutata la peculiare intensità che il contraddittorio assume nei procedimenti al cospetto delle Autorità amministrative indipendenti. Si è a tale riguardo osservato che «il contraddittorio costituisce una fonte succedanea di legittimazione (la cosiddetta democrazia procedurale) atta a bilanciare, sia pur in modo imperfetto, la mancanza di un collegamento diretto delle Autorità al circuito Parlamento-Governo (democrazia rappresentativa) e dunque a compensare, sotto forma di garanzie del contraddittorio (legalità procedurale), la caduta di legalità sostanziale» ⁽⁴³⁰⁾.

Ecco, quindi, che, con specifico riferimento alla disciplina delle Autorità indipendenti, si amplifica e diventa ancora più centrale il tema della

⁽⁴³⁰⁾ M. CLARICH-L. ZANETTI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., p. 359.

In giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; Tar Lazio, Sez. II, 14 gennaio 2002, n. 250, in *Foro Amm.*, TAR, 2002, 243, con nota di ROMANI, *Sul servizio universale nel settore delle telecomunicazioni*; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201, cit., secondo cui «l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità indipendenti, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost., è giustificato in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, cit., aggiunge che: «nei settori regolati dalle Autorità indipendenti, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio». V. anche Tar Lombardia, Milano, sez. III, 17 ottobre 2013, n. 2310, 2311, 2312, 2313, cit.

Più di recente, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18, cit., ha ribadito che «alla dequotazione del tipico principio di legalità in senso sostanziale va affiancato il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale, con la conseguente necessità di garantire forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari. Il rispetto della legalità in senso procedimentale nell'ambito della legittimazione dell'esercizio delle attività di regolazione delle Autorità indipendenti non ammette lo svolgimento ex post di un giudizio controfattuale (o di prognosi postuma) circa gli esiti che la pur doverosa partecipazione - in concreto omessa - avrebbe prodotto laddove fosse stata correttamente ammessa». Nello stesso senso già Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, cit.; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 13 agosto 2015, n. 1895, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, cit.

Per Tar Lombardia, Milano, sez. III, 2 aprile 2014, n. 864, cit., «il principio di democraticità del procedimento amministrativo, cui sono preordinate le garanzie partecipative, deve essere assicurato nella sostanza e non già nella mera forma, con la conseguenza che ogni qualvolta l'interessato sia stato informato dell'esistenza di un procedimento diretto ad incidere sulla propria sfera giuridica e sia stato messo in condizione di utilmente rappresentare le sue deduzioni, così da integrare la nozione di partecipazione, non può ritenersi violato alcun canone del giusto procedimento (l.n. 241/1990)».

partecipazione e del contraddittorio procedimentale quale nuovo paradigma generale dell'*agere* amministrativo. Si tratta di un tema che, come sopra rilevato (v. paragrafo 2 in questo capitolo), aveva già attirato l'attenzione e l'interesse della dottrina amministrativistica italiana della seconda metà Novecento, particolarmente sensibile al fenomeno della c.d. «“processualizzazione” dell'amministrazione»⁽⁴³¹⁾.

Riportando, comunque, il discorso ai provvedimenti sanzionatori, la questione sembra, in sostanza, meritevole di essere riconsiderata alla stregua di quanto opportunamente osservato da una parte della letteratura del processo civile, secondo cui «è proprio nella dinamica della formazione del provvedimento che deve essere riconosciuta la possibilità d'incidere con parità di armi e nel rispetto di quelle garanzie che in sé così efficacemente riassume l'art. 6 CEDU. [...] Il successivo controllo giurisdizionale, che pure deve rimanere, non potrà che essere di portata residuale, idoneo a fornire solo alcuni (per quanto importanti, se non centrali) profili di tutela, ma incapace di dare quella pienezza di rimedi che il libero esercizio dei diritti richiede nella complessità del presente»⁽⁴³²⁾.

Non potendo in questa sede compiutamente analizzare i correttivi che andrebbero apportati a ciascun procedimento di ciascuna Autorità indipendente,

⁽⁴³¹⁾ Il riferimento è ancora a M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, cit., spec. p. 260 ss., secondo il quale ai mutamenti che ha subito il nostro modello di amministrazione, con il superamento della concezione separatista tra procedimento e processo verso il modello austro-americano dell'alternatività (v. *supra* nota 324), si è accompagnato anche un diverso assetto del modo di amministrare a cui partecipano o chiedono di partecipare sempre più soggetti esterni. L'amministrazione si presenta, quindi, ormai «dappertutto (e non più solo in Austria e negli Stati Uniti) come un sottosistema politico al quale è “delegata” [...] una parte di potere politico». Tale mutamento ha comportato l'affermarsi di una «nuova e più adeguata “legalità” o “giuridicità”, la quale non può che essere ormai che una legalità procedimentale. Il procedimento viene così visto come il metodo di realizzazione di una nuova legalità: non una legalità-legittimità, ma una legalità-giustizia, perché non si tratta più (o non si tratta più soltanto o prevalentemente) di controllare o assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessati coinvolti, ad un giusto e originale assetto di tali interessi» (261-262).

Sull'affermazione del principio di partecipazione degli interessati al procedimento, quale istituto mutuato da altri ordinamenti, v. E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., p. 820 ss.

⁽⁴³²⁾ A. CHIZZINI, *L'equo processo CEDU quale quadro di riferimento normativo per i procedimenti davanti alle Autorità indipendenti nazionali (ed alla Commissione europea). Note generali*, cit., p. 361

è possibile, però, individuare alcuni profili generali su cui sembra necessario intervenire.

Innanzitutto, viene in rilievo il dato per cui non esiste, allo stato attuale, una disciplina unitaria e uniforme dei procedimenti innanzi alle Autorità indipendenti, giacché ognuna di queste ha una propria procedura e delle autonome regole.

Tale circostanza, come già osservato da tempo dalla dottrina, ha reso l'assetto della disciplina procedimentale delle *Authorities* «insoddisfacente», per una serie di ragioni ⁽⁴³³⁾: *i*) in primo luogo, lo stillicidio di fonti primarie e secondarie intervenute a disciplinare i procedimenti delle singole Autorità ha reso il quadro normativo di difficile lettura e ricostruzione sistematica; *ii*) *in secundis*, il conio e la sussistenza di «scelte procedurali sensibilmente diverse tra loro» ha comportato un riconoscimento difforme di certe garanzie ai soggetti partecipanti ai procedimenti di peculiare intensità in alcuni casi e pressoché assenti in altri; *iii*) alla luce della specialità di questi procedimenti e dei relativi provvedimenti finali (maggiormente affini a quelli giurisdizionali), risulta sicuramente insufficiente il quadro normativo generale delineato dalla l. n. 241 del 1990.

Non potendo in questa sede affrontare compiutamente il tema prendendo ad analisi i profili procedimentali per ciascuna Autorità e per ogni singola tipologia di procedimento, ci si limiterà ad alcune sommarie e generali considerazioni di sistema, citando solo alcuni dei profili più rilevanti e fornendo solo qualche esempio delle principali criticità finora riscontrate.

In primo luogo, si avverte la necessità di intensificare ulteriormente le garanzie di terzietà e indipendenza di alcune Autorità, specie con riferimento ai rapporti tra Ufficio inquirente, che cura l'istruttoria, e organo giudicante, che assume la decisione. Come si è rilevato *supra*, la Corte costituzionale ha, ad esempio, riscontrato un ostacolo al riconoscimento della qualifica di «giudice ai limitati fini» all'AGCM nell'assenza di una netta separazione tra gli uffici inquirenti e il Collegio giudicante, «attesa l'esistenza, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della l. n. 287 del 1990, di un nesso funzionale tra Segretario e

⁽⁴³³⁾ V., al riguardo, G. SCARSELLI, *Autorità amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma*, cit., c. 241.

Presidente, cui il primo “risponde” anche del funzionamento dei servizi e degli uffici medesimi»⁽⁴³⁴⁾.

Analogo problema si è posto con riguardo ai procedimenti sanzionatori Consob, in riferimento ai quali si evidenzia da tempo l’assenza di una piena separazione tra organo che svolge l’istruttoria e organo decisorio⁽⁴³⁵⁾. A tale riguardo, la giurisprudenza amministrativa, pur avendo rilevato che la fase procedimentale non sarebbe di per sé necessariamente sottoposta all’applicazione dei principi del giusto processo stante il pieno controllo giurisdizionale successivo, ha riconosciuto che è senz’altro auspicabile una riforma maggiormente orientata in quella direzione, anche se «una reale separazione soggettiva tra funzione istruttoria e funzione decisoria (nel modo necessario per assicurare il rispetto della c.d. imparzialità oggettiva come tratteggiato dalla Corte EDU) non è praticabile *de jure condito* nel nostro ordinamento»⁽⁴³⁶⁾.

Come evidenziato dalla dottrina, «costituiscono indice di non effettiva separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie sia la sussistenza di una relazione gerarchica tra organo decidente e organo istruttorio, sia la presenza di elementi di commistione tra organo decidente e organo istruttorio»⁽⁴³⁷⁾. Oltre a queste ipotesi di interrelazione strutturale, si ritiene che costituisca «figura sintomatica della carenza di separazione strutturale tra attività istruttoria e decisoria» anche la possibilità di motivazione *per relationem* della decisione con rinvio alla relazione istruttoria⁽⁴³⁸⁾.

La soluzione a questa come ad altre problematiche procedurali è individuata dal Consiglio di Stato in un «radicale ripensamento del sistema delle Autorità indipendenti»⁽⁴³⁹⁾. A tale riguardo, una maggiore organicità di disciplina, anche attraverso la previsione di una normazione unitaria generale, che disciplini in maniera uniforme anche i procedimenti finalizzati ad ottenere

⁽⁴³⁴⁾ Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, cit.

⁽⁴³⁵⁾ Cfr., sul tema, E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d’Italia*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 123 ss.

⁽⁴³⁶⁾ Cons. Stato, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, IV, p. 511 ss., con commento di RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*.

⁽⁴³⁷⁾ Così E. BINDI-P. LUCCARELLI-A. PISANESCHI, *Le sanzioni della Banca d’Italia e della Consob*, cit., p. 560.

⁽⁴³⁸⁾ *Ivi*.

⁽⁴³⁹⁾ Cons. Stato, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596, cit.

decisioni amministrative e la successiva fase di controllo giurisdizionale, potrebbe essere in gran parte risolutiva in una prospettiva *de iure condendo* ⁽⁴⁴⁰⁾.

Più a monte, una parte della letteratura ha auspicato altresì la *reductio ad unitatem* dei metodi di nomina dei componenti delle Autorità, prendendo a modello di riferimento la magistratura, in modo da rafforzarne l'indipendenza ⁽⁴⁴¹⁾. In tale contesto, le nomine dei vertici delle autorità garanti dovrebbero essere completamente slegate dal potere politico ed avvenire mediante concorso pubblico presieduto da commissioni indipendenti, in cui siano rappresentate anche le categorie economiche interessate ⁽⁴⁴²⁾.

Oltre a tale profilo, andrà vagliata ed effettivamente assicurata anche l'autonomia finanziaria, contabile, organizzativa e gestionale di tutte le *Authorities*. Si è, al riguardo, osservato che in una legge organica di riforma della materia sarebbe necessario affermare «il principio, effettivo ed intoccabile, dell'autonomia finanziaria delle *Authorities*, da realizzarsi o con tecniche di autofinanziamento o con la creazione di fondi che non possono essere soggetti a mutamenti» ⁽⁴⁴³⁾.

9. Accertamento amministrativo «vincolante» e potere di disapplicazione del giudice ordinario.

⁽⁴⁴⁰⁾ Ritiene «non impossibile, ed anzi doveroso, immaginare tanto una disciplina unitaria in un'unica fonte normativa di tutti i procedimenti delle *Authorities*, quanto la fissazione di regole comuni di garanzie valevoli per tutti i consociati (e per tutti i centri economici) che entrano in contatto con esse»: G. SCARSELLI, *Autorità amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma*, cit., c. 244, a cui si rinvia anche per alcune interessanti proposte ricostruttive che tengono debitamente conto delle diverse tipologie di procedimento. L'A. ritiene che l'auspicata riforma organica debba operare su due livelli: uno costituzionale, attraverso una previsione nella Carta fondamentale che riconosca espressa dignità alle *Authorities* e prevedendo, attraverso una riserva di legge, che vengano fissate le regole generali della materia e la possibilità di istituirne nuove; uno di legislazione ordinaria, nel contesto della quale venga adottata la legge di riforma organica contenente i principi regolatori della materia. Sulla necessità di una regolamentazione unitaria delle Autorità innanzitutto sul piano costituzionale, v. anche G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 7, il quale evidenzia, tra gli inconvenienti del proliferare disorganico delle *Authorities*, il frequente determinarsi «di sovrapposizioni di competenze tra l'una o l'altra autorità ovvero suddivisioni di competenze non facilmente giustificabili» (come avviene nella materia della tutela della concorrenza).

⁽⁴⁴¹⁾ Sempre G. SCARSELLI, *Autorità amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma*, cit., c. 239.

⁽⁴⁴²⁾ *Ivi.*

⁽⁴⁴³⁾ *Ivi.*

Affrontata la questione della portata del sindacato giurisdizionale e delle garanzie procedimentali, occorre, ora, concentrare l'attenzione su un altro profilo controverso: se la decisione amministrativa adottata dalle *Authorities*, ormai non più contestabile in sede giudiziale per decorso dei termini di impugnazione e avente una efficacia (anche solo parzialmente) conformativa in un successivo giudizio civile (come gli accertamenti AGCM *ex art. 7*), possa o meno essere oggetto di disapplicazione da parte del giudice civile.

La questione, seppur non di particolare rilevanza pratica ⁽⁴⁴⁴⁾, assume invece una peculiare incidenza teorica perché il riconoscimento al giudice ordinario del potere di disapplicare la decisione amministrativa illegittima consente di superare le perplessità sollevate in dottrina circa la legittimità costituzionale, rispetto all'art. 101 Cost., di un vincolo per il giudice al provvedimento dell'Autorità indipendente.

Come noto, la disapplicazione rappresenta «lo strumento istituzionale attraverso il quale il giudice civile esercita una cognizione anche sulla legittimità dell'azione amministrativa» ⁽⁴⁴⁵⁾ e trova il proprio riferimento normativo generale nell'assetto dei rapporti tra giudice ordinario e pubblica amministrazione delineato dagli artt. 4 e 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2284, allegato E.

In base a tali disposizioni, il giudice ordinario non può revocare o annullare l'atto amministrativo illegittimo, ma, conoscitane incidentalmente l'illegittimità, può al più disapplicarlo con riferimento al caso di specie.

La riconduzione delle decisioni delle *Authorities* nel novero dei provvedimenti amministrativi non pone in astratto limiti in ordine all'operatività, nei loro riguardi, dell'istituto della disapplicazione. Qualche dubbio è emerso, con riferimento ai provvedimenti AGCM vincolanti per il giudice civile *ex art. 7*, d.lgs. n. 3 del 2017, se si guarda alla *ratio* della norma che mira a costruire un efficace coordinamento tra il binario pubblicistico e quello privatistico. Infatti, è evidente che, in astratto, una disapplicazione indiscriminata e sistematica del

⁽⁴⁴⁴⁾ La dottrina ha, infatti, rilevato come quasi tutti i provvedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti vengono generalmente impugnati, sicché nel successivo giudizio civile assume efficacia conformativa non il provvedimento amministrativo bensì la sentenza del giudice amministrativo che si è pronunciata sulla opposizione.

⁽⁴⁴⁵⁾ Così A. TRAVI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, I, p. 4.

provvedimento AGCM accertativo dell'illecito anticoncorrenziale vanificherebbe lo scopo precipuo perseguito dal legislatore, ossia la creazione e l'intensità del vincolo.

Sebbene l'articolato del d.lgs. n. 3 del 2017 non abbia assunto espressa posizione sul punto, ammettere l'ancora della disapplicazione per i provvedimenti amministrativi di accertamento – alla stessa stregua di quanto avviene per gli altri atti della pubblica amministrazione – può apparire come una necessaria compensazione all'oggettiva compressione del diritto di difesa subita, nel giudizio civile, dal soggetto destinatario di un atto vincolante *ex lege* e, al contempo, come un'importante valvola di decompressione per i nutriti dubbi di legittimità costituzionale (*ex art. 101 cost.*) in ordine all'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di un accertamento amministrativo vincolante per il giudice civile.

In vero, a ben vedere tali dubbi paiono eccessivamente enfatizzati (se non addirittura infondati) specie nel caso in cui (come per i provvedimenti AGCM) il vincolo trova fondamento nella legge. In questi casi, infatti il giudice non è direttamente soggetto alla decisione dell'Autorità indipendente, ma alla legge che contempla il vincolo. Si potrebbe, quindi, immaginare anche un totale sacrificio del potere di disapplicazione del giudice ordinario, purché sia la legge a cristallizzare espressamente il vincolo, dopo aver garantito a pieno le garanzie procedurali di cui si è parlato appena sopra. Più realistici appaiono i dubbi quando il vincolo è di elaborazione pretoria, giacché, in questo caso, il giudice non applica la legge (assoggettandosi esclusivamente al volere di questa) ma soggiace a una decisione amministrativa *motu proprio*, ponendosi in potenziale contrasto con la previsione di cui all'art. 101 Cost.

In ogni caso, anche la Relazione illustrativa che accompagna il d.lgs. n. 3 del 2017 si preoccupa di evitare potenziali contrasti. In essa, si legge che «il principio di soggezione del giudice (solo) alla legge non ammette che il giudice civile davanti al quale viene proposta un'azione di responsabilità, sulla base della constatazione della violazione delle regole di concorrenza contenuta in una decisione dell'autorità garante semplicemente inoppugnabile, sia ad essa, comunque, vincolato, anche di fronte a una evidente illegittimità»⁽⁴⁴⁶⁾.

Sebbene la Relazione, in più passaggi, sembri voler circoscrivere il ricorso all'istituto della disapplicazione alle sole «non meglio precisate ipotesi

⁽⁴⁴⁶⁾ Relazione illustrativa al d.lgs. n. 3 del 2017, in www.camera.it, p. 11.

di invalidità particolarmente grave»⁽⁴⁴⁷⁾, nel silenzio della legge, non sembra che si possa ritenere configurato un modello speciale di disapplicazione, derogatorio rispetto a quello generale delineato dalla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo.

De *iure condito*, va rilevato che tale potere generale di disapplicazione deve essere comunque esercitato dal giudice ordinario *cum grano salis*, vagliando il rispetto del principio di buona fede e del divieto di abuso del processo, quali limiti all'«inaccettabile incoerenza nel comportamento di chi prima non impugni il provvedimento [...] nei relativi termini decadenziali, e poi pretenda di disconoscere gli effetti di accertamento sul piano risarcitorio»⁽⁴⁴⁸⁾.

Ciò non toglie che il legislatore, in una prospettiva *de iure condendo*, potrà operare un diverso bilanciamento rispetto a quello sotteso alla regola generale, coniano un'ipotesi di disapplicazione eventualmente limitata ai soli casi più gravi di illegittimità (purché espressamente individuati), probabilmente più in linea con lo spirito della Direttiva europea⁽⁴⁴⁹⁾.

Anzi, in una prospettiva sistemica generale, ove si addivenisse a una regolamentazione unitaria dei procedimenti e dei provvedimenti delle *Authorities*, si potrebbe immaginare un modello di disapplicazione comune a queste fattispecie, in grado di coniugare in maniera più calzante la stabilità dell'accertamento amministrativo (e la sua relativa efficacia conformativa) con il diritto di difesa delle parti e l'indipendenza cognitiva del giudice.

⁽⁴⁴⁷⁾ Così M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., p. 499

⁽⁴⁴⁸⁾ F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 61.

⁽⁴⁴⁹⁾ Cfr. M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, cit., pp. 502-504.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'analisi condotta nei capitoli precedenti consente, ora, di tracciare un quadro sistematico dei rapporti tra Autorità amministrative indipendenti e giurisdizione ordinaria civile e di vagliare anche la compatibilità dell'assetto delineato con il quadro costituzionale, secondo i propositi che hanno indotto il presente studio. A tal fine, va innanzitutto premesso che l'eterogeneità e la complessità del fenomeno, come emersa dall'analisi storico-evolutiva delineata al capitolo I, conferma le oggettive difficoltà di una considerazione unitaria delle funzioni e dell'organizzazione della frammentata galassia delle Autorità indipendenti. È stato, comunque, possibile individuare alcuni tratti comuni che consentono delle generali considerazioni di sistema e a tali aspetti si è dovuta circoscrivere, inevitabilmente, il corso dell'indagine.

Innanzitutto, è emerso, quale imprescindibile punto di partenza, che le Autorità amministrative indipendenti non possono che essere inquadrare nel novero delle pubbliche amministrazioni; neppure può trovare spazio nel nostro ordinamento un *tertium genus* (v. capitolo III, paragrafo 2). Tale soluzione appare quella maggiormente compatibile con il dato costituzionale e l'unica in grado di evitare un contrasto diretto con l'art. 102 Cost., che vieta l'istituzione di giudici straordinari o speciali. Di qui, anche l'impossibilità di accogliere la categoria, dal perimetro evanescente, della «paragiurisdizionalità», a cui sovente la letteratura ha fatto genericamente ricorso per qualificare attività latamente giurisdizionali affidate *ex lege* alle *Authorities*.

Le stesse funzioni ricondotte a tale categoria meritano di essere distinte e meglio individualizzate. La classificazione dei punti di contatto emergenti può essere complessivamente operata ricercando la prevalenza di affinità con le due tradizionali funzioni attribuite alla giurisdizione ordinaria: quella di risoluzione dei conflitti e quella dell'applicazione della legge al caso concreto/attuazione del diritto. Si è, infatti, osservato come alle *Authorities* viene talora affidato il compito di dirimere controversie tra soggetti terzi privati, su istanza degli stessi soggetti interessati e mediante l'instaurazione di un contraddittorio "orizzontale"; tale attività è solo mediamente collegata alla funzione propria di vigilanza assoluta dalle Autorità. In altre occasioni, le Autorità, anche d'ufficio,

svolgono un ruolo maggiormente assimilabile alla funzione di attuazione della legge nel caso concreto, attraverso l'accertamento, in maniera contenziosa, dell'eventuale violazione della normativa di settore con correlato potere di irrogare sanzioni, all'esito di un contraddittorio "verticale".

Come è emerso dal primo capitolo, il compito di risolvere controversie tra privati avviene sostanzialmente attraverso quattro distinti modelli: *i.* l'istituzione di Camera arbitrali presso le *Authorities* (v. Camera arbitrale ANAC e Camera di conciliazione ed arbitrato Consob – quest'ultima non più operante –); *ii.* il supporto tecnico, nel settore bancario, finanziario e assicurativo, a procedure decisorie non giurisdizionali (v. ABF, ACF e Arbitro IVASS); *iii.* la predisposizione di strumenti conciliativi (v. AGCOM–CoReCom, ARERA e ART); *iv.* la predisposizione di procedimenti amministrativi giustiziali alternativi alla giurisdizione ordinaria (v. reclamo al Garante per la protezione dei dati personali).

Nella risoluzione di conflitti inter-privati, le Autorità indipendenti preservano la loro natura amministrativa e svolgono direttamente o indirettamente un'attività latamente riconducibile alla c.d. «amministrazione pubblica del diritto privato», che non pone, allo stato, particolari problemi di compatibilità con la nostra Carta fondamentale. Tutti e quattro i modelli, come si è osservato *supra* al cap. 1 paragrafo 4.5 (a cui si rinvia per le più analitiche considerazioni), appaiono conformi ai diversi parametri costituzionali che vengono astrattamente in gioco (art. 24 Cost., art. 3 Cost., art. 102 Cost.). Risultano, al contrario, rafforzati alcuni valori: nonostante qualche perplessità circa il proliferare di forme di giurisdizione condizionata, si realizza, infatti, nel complesso, un allargamento del *parterre* di strumenti che l'ordinamento offre per la tutela dei diritti, così corroborando il diritto di accesso alla giustizia. Si alimentano altresì reciprocamente le interconnessioni tra *private* e *public enforcement* a vantaggio del principio di buon andamento imposto alle p.a. dall'art. 97 Cost.

Maggiori nodi problematici sono emersi, invece, con riferimento ai punti di contatto tra Autorità indipendenti e giurisdizione ordinaria civile in relazione all'esercizio della funzione di vigilanza e sanzionatoria vera e propria svolta dalle prime.

Si è, innanzitutto, osservato che l'ordinamento riconosce tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti sanzionatori e regolatori delle Autorità indipendenti, così ponendo in una posizione di sostanziale "soggezione" le *Authorities* rispetto al potere giurisdizionale (v. capitolo I, paragrafi 5, 5.1, 5.2, 5.3). Si tratta di un assetto fisiologicamente rispondente all'affermazione della natura amministrativa delle Autorità indipendenti e tipica del nostro paradigma costituzionale, che impedisce di riconoscere alle Autorità la funzione di applicazione ultima del diritto. Il quadro del riparto giurisdizionale con riferimento al controllo sugli atti delle Autorità indipendenti risulta però, allo stato, frammentato: *i.* la cognizione sui provvedimenti (compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati) della maggior parte delle Autorità indipendenti è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 c.p.a.; *ii.* la cognizione sui provvedimenti della Consob, della Banca d'Italia, del Garante della Privacy e i provvedimenti sanzionatori ANAC in ipotesi di omessa adozione dei piani anticorruzione, dei programmi triennali di trasparenza e dei codici di comportamento è devoluta, invece, alla cognizione del giudice ordinario. In una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe senz'altro opportuno l'accentramento in capo a un solo giudice della cognizione degli atti di tutte le Autorità indipendenti, sia per evitare disallineamenti tra provvedimenti finali e atti endo-procedimentali (come oggi avviene con riferimento alla Consob e alla Banca d'Italia) sia per garantire una maggiore uniformità circa la portata del sindacato da esercitare.

Se il riconoscimento di una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti (seppur rimesso talora alla giurisdizione ordinaria talaltra a quella amministrativa) conferma, in ogni caso, la sussistenza di un rapporto di fisiologica soggezione delle *Authorities* al potere del giudice, un vero e proprio capovolgimento di tale assetto si profila allorquando i provvedimenti adottati nell'esercizio della funzione di vigilanza (e sanzionatoria) dalle *Authorities* vengono prodotti nell'ambito degli eventuali giudizi civili risarcitori, parallelamente azionati da soggetti che si ritengono danneggiati dalla condotta illecita già accertata dall'Autorità di settore. In questi casi, infatti, in ragione anche della particolare complessità tecnica della materia trattata, il giudice ordinario sembra "subire l'autorevolezza" dell'accertamento contenuto nei

provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti. Di conseguenza, si pongono una serie di problemi di inquadramento sistematico di un simile fenomeno (v. capitolo I, paragrafo 6).

Come compiutamente osservato nel capitolo II, emblematica, al riguardo, è la vicenda dei provvedimenti AGCM che accertano violazioni del diritto della concorrenza. In seno alla giurisprudenza di legittimità, si è progressivamente affermata la tendenza a qualificare il provvedimento AGCM come “prova privilegiata” nel successivo giudizio civile risarcitorio, che ha finito per assumere gradualmente efficacia vincolante. L’entrata in vigore del d.lgs. n. 3 del 2017 – in attuazione della Direttiva Ue 2014/104/UE – ha consacrato normativamente tale vincolo, senza dissolvere, però, i diversi profili di criticità sia sul piano teorico sia su quello applicativo (v. capitolo II, parte I).

Dal punto di vista teorico, la letteratura si è sforzata nel cercare di inquadrare questo vincolo *sui generis* nelle tradizionali categorie del diritto processuale. Sono, quindi, emerse tesi che hanno variamente inteso valorizzare le affinità con le consolidate categorie del giudicato o della prova legale oppure riportare la questione nell’alveo del diritto sostanziale (v. capitolo II, parte II). Nessuna di tali assimilazioni, esplorata nel dettaglio, è apparsa, in realtà, pienamente persuasiva. Al contrario, il fenomeno, nella sua originalità, sembra assumere una dignità dogmatica autonoma – così come avviene nel sistema tedesco –, in ragione, da un lato, della natura amministrativa delle Autorità e delle peculiarità di cui sono portatori alcuni provvedimenti di queste amministrazioni e, dall’altro, dall’opportunità di una ricostruzione teorica potenzialmente estensibile anche all’esperienza di altre *Authorities* (v. capitolo II, paragrafo 14).

Si è quindi cercato di delineare un inquadramento dogmatico unitario del fenomeno. A tal fine, i punti di partenza sembrano potersi rinvenire, da un lato, nella teoria generale dell’accertamento giuridico, dall’altro, nella ricostruzione della categoria dell’accertamento amministrativo, come offerta dalla dottrina giuspubblicistica. Nel corso del terzo capitolo, è parso quindi opportuno soffermarci su questi due aspetti. Si è osservato che alcuni provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti (tra cui quelli sanzionatori), ferma la loro natura amministrativa e la loro riconduzione al paradigma della l. n. 241 del

1990, presentano delle caratteristiche ontologiche peculiari. In essi, infatti, l'accertamento spesso non ha una funzione meramente logico-strumentale ma si distingue dal più generico accertamento contenuto nella generalità degli atti amministrativi per due ordini di ragioni. Da un lato, la produzione di certezza tende ad assumere, in tali provvedimenti, il valore di bene giuridico autonomo rispetto agli altri effetti del provvedimento (costitutivo o sanzionatorio), così accostandosi il fenomeno all'accertamento amministrativo concepito da Giannini; dall'altro, presenta la caratteristica di essere un accertamento formato in maniera contenziosa, così esprimendo un punto di contatto con le decisioni amministrative descritte da Nigro.

Alla luce di tali presupposti sembra si possa concepire un accertamento amministrativo che si declina quale *species* del più ampio *genus* dell'accertamento giuridico (che annovera già in sé l'accertamento negoziale e quello giurisdizionale). In quanto tale, l'accertamento amministrativo presenta le caratteristiche proprie della categoria generale di riferimento: tende come *risultato* alla rimozione di un'eventuale situazione di incertezza; ha come *finalità/funzione* la fissazione della realtà preesistente secondo la rappresentazione fornita dall'accertamento stesso; in ultimo, ha come *effetto* la produzione di un qualche tipo vincolo che può assumere un diverso livello di intensità: da quello più blando di fissazione rimovibile a mezzo di prova contraria a quello più intenso di fissazione definitiva e incontestabile della realtà accertata.

Quest'ultimo rappresenta il modello ordinario, in assenza di specifiche deroghe normative, in ragione della fisiologica propensione dell'accertamento alla definitività. Ciò giustifica, sul piano teorico, la tendenza, emersa già nel diritto vivente, a riconoscere un particolare effetto vincolante alle decisioni delle Autorità indipendenti, anche in assenza di una specifica disposizione normativa (si pensi all'elaborazione della teoria della prova privilegiata e all'inclinazione pretoria a rinvenire assimilazioni con il giudicato giurisdizionale). In sostanza, già sulla base di tali considerazioni di teoria generale del diritto sembra giustificarsi il vincolo del giudice ordinario, positivizzato o meno, all'accertamento contenuto nei provvedimenti delle *Authorities*.

Delineato tale scenario, va però considerato che, alla stessa stregua dell'accertamento giurisdizionale e diversamente da quello negoziale, l'accertamento amministrativo non proviene dalle parti ma da un soggetto terzo; ciò rende indispensabile la sussistenza di una serie di garanzie a favore delle parti interessate da tale accertamento. Si è, quindi, cercato di spostare l'attenzione sull'assetto delle garanzie procedurali affinché il riconoscimento all'accertamento amministrativo di un'efficacia vincolante e conformativa esterna possa ritenersi, oltre che "fisiologica", ammissibile sul piano costituzionale.

Il paradigma di partenza è sembrato individuabile nell'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Innanzitutto, si è osservato come, compatibilmente agli impulsi provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, le decisioni amministrative, formate in maniera contenziosa, dovrebbero rispettare tutte le garanzie proprie del giusto processo, specie (ma non solo) se l'accertamento è funzionale (come spesso avviene) all'irrogazione di una sanzione afflittiva alla luce dei c.d. criteri *Engel*.

Va anche osservato che, in via alternativa, la Corte EDU pone l'accento sul successivo sindacato giurisdizionale a cui sono (potenzialmente) sottoposte le decisioni amministrative. Sull'intensità di tale controllo, specie con riferimento ai profili di valutazione tecnica, si è, in vero, prevalentemente concentrato il dibattito interno.

L'auspicata intensificazione del sindacato giurisdizionale sulle decisioni amministrative non deve, però, indurre a trascurare la centralità della questione del rafforzamento delle garanzie procedurali. Una simile premura è indispensabile allorché, come nel caso che ci interessa, si intenda concentrare l'attenzione, più che sulla natura afflittiva o meno della sanzione irrogata, sulla efficacia conformativa esterna che l'accertamento (autonomo) contenuto nella decisione spiega (o può astrattamente spiegare) nei processi civili. Il rafforzamento delle garanzie procedurali assume, infatti, autonoma rilevanza rispetto al profilo dell'intensità del sindacato giurisdizionale successivo se si considera che non tutte le decisioni amministrative sono, astrattamente, oggetto di impugnazione, ma possono diventare definitive (ed

assumere efficacia conformativa in altri giudizi) anche in ragione del decorso del termine per il ricorso giurisdizionale.

Ponendo l'attenzione sulle garanzie, si osserva che molte sono le problematiche che in relazione alle più diverse Autorità indipendenti si registrano; solo per citarne alcune: carenza di una completa indipendenza dell'Autorità e di una compiuta terzietà del Collegio giudicante che spesso appartiene allo stesso Organo cui afferisce l'Ufficio inquirente; necessità di un rafforzamento del contraddittorio e delle garanzie procedurali e via di seguito. Il rafforzamento di simili garanzie in relazione a tutte le *Authorities* sembra elemento imprescindibile per riconoscere un'efficacia vincolante generalizzata alle decisioni amministrative delle Autorità.

Inoltre, sebbene appaia eccessivo considerare indispensabile il riconoscimento del potere di disapplicazione per ritenere la disciplina conforme all'art. 101 Cost., si conviene sulla opportunità di predisporre quantomeno una disciplina specifica di tale potere in relazione alle decisioni amministrative delle Autorità indipendenti, eventualmente anche in deroga al modello generale di cui alla l. n. 2248 del 1865. Ciò al fine di meglio calibrare le esigenze di stabilità del vincolo e quelle di non soggezione del giudice ordinario alla decisione amministrativa palesemente illegittima. Tale premura può essere, senz'altro, attenuata se si garantisce alla parte che "subisce" l'accertamento un giusto procedimento già in sede amministrativa.

Proprio al fine di garantire una maggiore uniformità di disciplina sia con riferimento all'accennato rafforzamento in senso "giurisdizionale" delle garanzie procedurali sia con riguardo alla portata del potere di disapplicazione, è certamente opportuno, in una prospettiva *de iure condendo*, predisporre una disciplina unitaria delle *Authorities*. In essa si potrebbero compiutamente individuare, in maniera puntuale, i provvedimenti idonei ad assumere – per esigenze di «competizione cooperativa (*co-operation*)» – un intenso valore «conformativo» nell'ambito dei correlati processi civili, in quanto afferenti, sotto il profilo sostanziale, a una tassativa categoria di provvedimenti amministrativi di accertamento. Di tali provvedimenti si potrebbe, poi, predisporre una disciplina armonizzata sia con riferimento al loro processo di formazione (prestando attenzione alle garanzie procedurali che le *Authorities*

devono osservare e alla portata del loro successivo controllo giurisdizionale) sia con riguardo alla portata del vincolo nei giudizi civili connessi.

In sostanza, è opportuno, in una ottica di armonizzazione del fenomeno, superare ogni divario tra i provvedimenti con efficacia dichiarativa autonoma dell'AGCM, la cui efficacia vincolante è legalmente tipizzata, e quelli delle altre Autorità indipendenti, priva di specifica disciplina. I primi risultano *vincolanti ex lege* in relazione a una porzione di fattispecie nei giudizi civili risarcitori in cui si discute dell'accertamento delle medesime condotte. I secondi – che, per ragioni oggettive o soggettive, sfuggono all'ambito di applicazione di detta disciplina – restano ancora in balia dell'empiria dogmatica e della creatività giurisprudenziale, le quali spesso ricorrono a formule evanescenti come la categoria della prova privilegiata o a presunzioni giurisprudenziali (si veda il richiamo alla prova privilegiata della Cassazione con riferimento al provvedimento della Banca d'Italia nel contesto della vicenda delle fideiussioni ABI o ai provvedimenti non opposti del Garante privacy nei connessi processi civili risarcitori).

In attesa dell'auspicata disciplina e in una più immediata prospettiva *de iure condito*, tenendo saldo il paradigma della giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 6 CEDU, occorrerà almeno uno sforzo giurisprudenziale all'affermazione di un sindacato giurisdizionale quanto più possibile intenso sui provvedimenti delle *Authorities*, quantomeno nei termini di un sindacato di maggiore attendibilità laddove vengono in rilievo profili di discrezionalità tecnica. Ciò già al solo fine di fugare i dubbi di legittimità del vincolo, positivizzato, del provvedimento AGCM.

Nei casi in cui il vincolo non è neppure cristallizzato in una norma (quindi al di fuori dei casi di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017) e al netto dei discutibili artifici pretori della prova privilegiata o del principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi, è da ritenersi che le decisioni delle altre *Authorities* sono in grado, allo stato, di generare, al più, un vincolo meramente probatorio (I stadio di intensità). Infatti, in assenza di una specifica previsione normativa (legalità sostanziale) e in carenza di rafforzate garanzie procedurali in grado di sopperire a tale *vulnus* (legalità procedurale), esse, pur potendolo in via teorica, non risultano, in concreto, idonee a generare un

vincolo in grado di comportare una fissazione definitiva e indiscutibile della realtà accertata, capace, a sua volta, di conformare una (diversa ma connessa) fattispecie (o una porzione di essa).

Sullo sfondo si pone, in sostanza, un rilevante bilanciamento tra esigenze e diritti, che gli interpreti, oggi, e il legislatore, (si auspica) al più presto, sono chiamati ad effettuare. Se su un piatto della bilancia si pongono le segnalate garanzie individuali a veder tutelato il proprio diritto di difesa in un giusto processo/procedimento, sull'altro si pesa l'esigenza superindividuale di un efficace rafforzamento, nei vari settori, della cooperazione tra *public* e *private enforcement*. Quest'ultimo aspetto porta con sé una serie di corollari, non trascurabili:

i. in primo luogo, alla stessa stregua di quanto accade nel rapporto tra sentenze, vi è la necessità di evitare un conflitto (anche solo logico) tra l'accertamento di una determinata vicenda sostanziale contenuto in un provvedimento amministrativo di accertamento e quello contenuto nella sentenza del giudice civile;

ii. in secondo luogo, l'esercizio della funzione giurisdizionale esce sicuramente rafforzato, in termini di efficienza ed effettività, laddove integrato, in alcuni settori, con la più complessa attività delle *Authorities*, sovente chiamate in maniera pressoché esclusiva a conformare concetti giuridici indeterminati contenuti nella normativa settoriale. Anche laddove le Autorità non siano chiamate a integrare la disciplina normativa, si avverte, recondito, un sentimento di particolare «deferenza» da parte del giudice ordinario nei confronti dell'accertamento dell'Autorità di settore, specie quando entrano in gioco particolari competenze tecniche; tale «deferenza» porta, nella prassi, all'elaborazione di categorie di dubbio fondamento teorico, come la prova privilegiata e la presunzione di legittimità degli atti amministrativi;

iii. il coordinamento tra binari consente di meglio garantire e rafforzare l'effettività della tutela dei soggetti «deboli» operanti nei settori regolamentati che subiscono gli effetti di asimmetrie informative e di oggettive difficoltà di accesso alla prova nell'esercizio dei propri diritti (specie di natura risarcitoria);

iii. last but not least, vi è l'esigenza di un efficace coordinamento tra le funzioni di *public enforcement*, rimesse alle *Authorities* di settore, e quelle di

private enforcement, di competenza della giurisdizione ordinaria, in quanto aspetti complementari di una efficace azione di vigilanza del settore di riferimento.

In sostanza, l'elaborazione e l'intensificazione – in tutti gli ambiti – di meccanismi di *co-operation* tra *enforcement* amministrativo ed *enforcement* privato sembra rendere più efficiente il sistema nel suo complesso: l'azione pubblica, stante la maggior competenza tecnico settoriale dell'Autorità e i più incisivi poteri inquisitori, ottimizza le possibilità degli attori più deboli dei settori regolamentati (tra cui gli utenti) di ottenere una tutela effettiva in sede civile, in ragione delle asimmetrie informative e delle difficoltà oggettive di accesso alla prova; l'azione privata, in maniera complementare, svolge anche mediatamente, in una prospettiva più ampia e generale, una funzione di rafforzamento dell'attività pubblicistica di *enforcement* e di efficienza dei settori regolamentati.

Questo aspetto lascia emergere come le ragioni che sottendono alla necessità di un maggior coordinamento del *public* e del *private enforcement* sono quindi le medesime che inducono, come si è visto, a sviluppare modelli di ADR in seno alle Autorità indipendenti. Questa chiusura del cerchio, oltre che giustificare i vari punti di contatto tra *Authorities* e giurisdizione ordinaria, lascia emergere l'intrinseca (sebbene casuale) ragionevolezza del nuovo sistema integrato di tutela dei diritti, che fa, appunto, della reciproca cooperazione tra *public* e *private enforcement* il suo perno fondamentale.

INDICE BIBLIOGRAFICO DEGLI AUTORI CITATI

A.

AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, il Mulino, Bologna, 1996.

AA.VV., *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. Rossi Dal Pozzo e B. Nascimbene, Giuffré, Milano, 2009.

AA. VV., *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Cedam, Padova, 2011.

AA. VV., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, a cura di G. Falcon e D. De Pretis, Cedam, Milano, 2011.

AA. VV., *ABF e supervisione bancaria*, a cura di F. Capriglione e M. Pellegrini, Cedam, Padova, 2012.

AA. VV., *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

AA.VV., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di P. Manzini, Giappichelli, Torino, 2017.

AA. VV., *Il private enforcement antitrust dopo il di lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di B. Sassani, Pacini, Pisa, 2017.

AA. VV., *Arbitro bancario e finanziario*, diretto da G. Conte e a cura di L. Balestra, R. Di Raimo, D. Maffei, M. Maggiolo, M. Marinaro, R. Natoli, S. Pagliantini, G. Recinto, Giuffré, Milano, 2021.

ABBADESSA G., *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio “ne bis in idem”*, nota a Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Giur. comm.*, 2014, IV, p. 546 ss.

AFFERNI G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, commento a Corte giust., 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, in *Danno e resp.*, 2007, I, p. 26 ss.

AFFERNI G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, nota a Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Danno e resp.*, 2007, VII, p. 764 ss.

ALESSI R., *Sub art. 33. Competenza giurisdizionale*, in R. Alessi-G. Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato. Commento alla L. 10 ottobre 1990, n. 287 ed al Regolamento CEE n. 4064/ 89 del 21 dicembre 1989*, Giappichelli, Torino, 1991, p.169 ss.

ALLENA M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni CONSOB alla prova dei principi CEDU*, nota a Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, XI, p. 1053 ss.

ALLENA M., *La potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti come luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela dettati dal diritto sovranazionale europeo*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Allena e S. Cimini, RULES Research Unit Law and Economics Studies, 2014, online in https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/241952/319590/WP%2B15%2BAllena_Cimini.pdf.

ALLENA M., *L'Annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milano, 1935.

ALLORIO E., *Natura della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, p. 215 ss.

ALUNNI S., *Arbitrato per le controversie finanziarie: replica felice di un ADR di natura controversa*, in *Il giusto processo civile*, 2019, III, p. 903 ss.

AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, III, p. 645 ss.

AMENDOLAGINE V., *La nullità della clausola conforme allo schema ABI derogatoria dell'art. 1957 c.c.*, commento a Trib. Reggio Emilia, 3 novembre 2021, in *Contratti*, 2022, I, p. 13 ss.

ANDRIOLI V., voce *Prova*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Utet, Torino, 1967.

ANTONIOLI M., *Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso della posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348, in *Giust. civ.*, 2000, VII-VIII, parte I, p. 2169 ss.

ARNAUDO L. e PARDOLESI R., *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Foro it.*, 2019, X, parte III, c. 498 ss.

AULETTA F., *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Società*, 2011, I, p. 83 ss.

ATTARDI A., *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, I, p. 1 ss.

B.

BARALIS G., *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione «dichiarata» dal cedente e atti dispositivi*, in *Studi e materiali del C.N.N.*, 2008, p. 519 ss.

BARALIS G., *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, VI, p. 1369 ss.

BARONE A., *Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria*, nota a App. Milano, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 276 ss.

BARTOLOMUCCI P., *L'Arbitro Bancario Finanziario: il procedimento*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 55 ss.

BARTOLOMUCCI P., *L'art. 187 ter c.ass. e l'istituzione di un organismo di risoluzione alternativa delle controversie assicurative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, II, p. 400 ss.

BASTIANON S., *Antitrust e risarcimento del danno: atto secondo*, commento a App. Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602 ss.

BASTIANON S., *"Interesse pubblico" e antitrust: qualche osservazione*, nota a Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Danno e resp.*, 2000, I, p. 57 ss.

BASTIANON S., *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*, commento a Corte giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd. C. Crehan*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1151 ss.

BASTIANON S., *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, commento a Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Danno e resp.*, 2003, IV, p. 390 ss.

BASTIANON S., *Dai buoni pasto ai «concetti giuridici indeterminati». Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2004, III, c. 6 ss.

BASTIANON S., *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolatenti"*, nota a Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr. giur.*, 2007, V, p. 641 ss.

BASTIANON S. – ROSCIONI G., *Antitrust e risarcimento del danno tra cassazione e giurisprudenza di merito*, commento a App. Torino, 6 luglio 2000, n. 1061, in *Danno e resp.* 2001, I, p. 44 ss.

BATTINI S., *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, III, p. 947 ss.

BENIGNI E., *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Giappichelli, Torino, 2014.

BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.

BERLINGUER A., *ABF tra giudizio e media-conciliazione*, in *Riv. arb.*, 2013, I, p. 19 ss.

BERNATZIK E., *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Neudruck der ausgabe, Wien, 1886 (ried. Scientia Verlag Aalen, 1964).

BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 779 ss.

BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Giuffrè, Milano, 1997.

BIAVATI P., *Gli arbitrati nei lavori pubblici: la procedura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, I, p. 31 ss.

BIAVATI P., *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, I, p. 97 ss.

BINDI E.–LUCCARELLI P. – PISANESCHI A., *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *Giur. comm.*, 2021, III, 1, p. 553 ss.

BINDI E. – PISANESCHI A., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, Giappichelli, Torino, 2018.

BOCHICCIO F., *Il controllo dell'antitrust sulle condizioni economiche delle polizze assicurative: ma la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori coincidono?*, commento a Provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 28 luglio 2000, n. 8546, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 661 ss.

BOSCHETTI B.L., *Sanzioni della Banca d'Italia e giurisdizione del g.o.: una storia (in)finita?*, nota a Cass., sez. un., 2 ottobre 2019, n. 24609, in *Giur. it.*, 2020, IV, p. 922 ss.

BOZZI G. M., *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, nota a Corte europea

diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens* e altri c. Italia, in *Cass. penale*, 2014, IX, p. 3099 ss.

BRUNETTI L., *La procedura sanzionatoria Consob ai sensi dei nuovi artt. 187-bis e 195 t.u.f. e l'opposizione alle sanzioni avanti il giudice ordinario ex artt. 195 e 196 t.u.f.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, II, p. 195 ss.

BUTTAZZI B., *Il procedimento davanti alla autorità garante per la concorrenza e il mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, II, p. 579 ss.

C.

CAIANIELLO V., *Profili pubblicistici della Commissione nazionale per la società e la borsa*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1974, p. 105 ss.

CAIANIELLO V., *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Cedam, Padova, 1985.

CAIANIELLO V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, I, 2, p. 341 ss.

CALAMANDREI P., *Il concetto di «lite» nel pensiero di F. Carnelutti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 3 ss.

CALAMANDREI P., *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, p. 15 ss.

CALVO R., *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contratti*, 2005, II, p. 181 ss.

CAMILLI E.L. – CAPRITE P. – PARDOLESI R. – RENDA A., *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, X, p. 229 ss.

CAMILLI E.L., *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 1, p. 240 ss.

CANALE G., *I consumatori e la tutela antitrust*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. it.*, 2005, VIII-IX, p. 1675 ss.

CANDIAN A., *L'Arbitro per le Controversie Assicurative*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, a cura di D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 497 ss.

CANDINI A., *Gli strumenti di tutela*, in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. Finocchiaro, Zanichelli, Bologna, 2017.

CAPACCIOLI E., *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, I, 1975, p. 349 ss.

CAPOBIANCO E., *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium.it*.

CAPOBIANCO E., *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di M. Pennasilico, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012, p. 247 ss.

CAPOBIANCO E., voce *Arbitro bancario finanziario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg., Utet, Torino, 2012, p. 35 ss.

CAPONI R., *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in *Riv. arb.*, 2000, IV, p. 663 ss.

CAPONI R., *Il giudicato civile dimensionato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, III, p. 941 ss.

CAPPELLETTI M. – GARTH B., *Access to Justice: A World Survey*, Milano, 1978.

CAPPELLETTI M. – WEISNER J., *Access to Justice: Promising Institutions*, Milano, 1979.

CAPPELLETTI M. – GARTH B., *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives*, Milano, 1979.

CAPRIGLIONE F., voce *Banca d'Italia*, in *Enc. diritto*, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 243 ss.

CAPRIGLIONE F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 261 ss.

CAPRIGLIONE F. – MONTEDORO G., voce *Società e Borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. diritto*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002 p. 1022 ss.

CARETTI P., *I Corecom nel sistema locale delle comunicazioni*, in *Le Regioni*, 2005, III, p. 339 ss.

CARETTI P., *L'incerta identità dei CORECOM*, in *Le Regioni*, 2010, III, p. 497 ss.

CARLEO R., *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Riv. arb.*, 2017, I, p. 21 ss.

CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, La Litotipo editrice universitaria, Padova, 1926.

- CARNELUTTI F., *Lite e funzione processuale (postilla)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 23 ss.
- CARNELUTTI F., *Lite e processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 99 ss.
- CARNELUTTI F., *Scuola italiana del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, XIII, I, p. 1 ss.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Cedam, Padova, 1938.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, 2° ed., Roma, 1946, p. 23 ss.
- CARNELUTTI F., *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1947, (ristampa 1992).
- CAROTTI B. – PRETO A., *Il sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti: il caso dell'Agcom*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, I, p. 123 ss.
- CARPAGNANO M., *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, commento a Corte giust., 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, in *Danno e resp.*, 2007, I, p. 34 ss.
- CARPAGNANO M., *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*, nota a Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Danno e resp.*, 2007, VII, p. 755 ss.
- CARPI F., *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Giuffrè, Milano, 1974.
- CARPI F., *Art. 824 bis. Efficacia del lodo*, in *Arbitrato*, 3° ed., commentario diretto da F. Carpi, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 721 ss.
- CARPI F., *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, III, p. 811 ss.
- CARRATTA A., *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, a cura di L. Lupària, L. Marafioti, G. Paolozzi, Giappichelli, Torino, 2020.
- CARRESI F., *La transazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di Vassalli, IX, 3, Utet, Torino, 1966, p. 182 ss.
- CARRIERO G.L., *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contr. e impr.*, 2018, I, p. 35 ss.
- CARRIERO G.L., *L'Arbitro Bancario Finanziario presso la Banca d'Italia: genesi, struttura e funzioni*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 1 ss.

CASSETTA E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2021.

CASSATELLA A., *L'annullamento d'ufficio. Modelli in comparazione*, in *Diritto e formazione*, 2004, p. 66 ss.

CASSATELLA A., *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, nota a Tar Trentino Alto Adige, Trento, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Foro amm. TAR*, 2010, III, p. 810 ss.

CASSATELLA A., *Las A.D.R. y la protección de los inversores en Italia: el caso del Árbitro de las controversias financieras de la Consob*, in *Vías Extrajudiciales de Protección del Inversor e Instrumentos en la Financiación de Empresas*, a cura di B. Belando Garín e C. Boldó Roda, Thomson Reuters, 2018, p. 163 ss.

CASSATELLA A., *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento sul processo penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, III, p. 492 ss.

CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, il Mulino, Bologna, 1996, p. 217 ss.

CASTELLI L., *Disciplina antitrust e illecito civile*, Giuffrè, Milano, 2012.

CASTRONOVO C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, P. 469 ss.

CAVALLONE B., *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679 ss.

CAVALLONE B., *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. Rossi Dal Pozzo e B. Nascimbene, Giuffrè, Milano, 2009, p. 31 ss.

CERRATO A., *La "reviviscenza" della competenza giurisdizionale del giudice ordinario nell'opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob*, nota a Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Giur. it.*, 2013, VI, p. 1347 ss.

CHIEPPA R., *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, commento a Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20, in *Giur. cost.*, 2013, I, p. 337 ss.

CHIEPPA R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 2016, IV, p. 314 ss.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, 3° ed., Jovene, Napoli, 1923.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, 4° ed., Jovene, Napoli, 1925 (ristampa 1965).

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1935.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Jovene, Napoli, 1936.

CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Soc. ed. Foro italiano, Roma, 1930.

CHIZZINI A., *L'intervento adesivo*, vol. I, Cedam, Padova, 1991.

CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Cedam, Padova, 1994.

CHIZZINI A., *L'equo processo CEDU quale quadro di riferimento normativo per i procedimenti davanti alle Autorità indipendenti nazionali (ed alla Commissione europea). Note generali*, in *Il giusto processo civile*, 2012, II, p. 343 ss.

CIAMPANI E., «Parallel proceedings» tra organi comunitari ed autorità interne: il ruolo della sospensione per pregiudizialità, in *Int'l Lis*, 2002, p. 60 ss.

CINTIOLI F., voce *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. dir.*, Ann. II – t. 2, 2008, p. 471 ss.

CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giustamm.it*, 2013.

CIPOLLA M.G., *Le presunzioni nell'ordinamento tributario*, in *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di Patti-Poli, Giappichelli, Torino, 2022, p. 152 ss.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio*, Giappichelli, Torino, 2006.

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna, 2005.

CLARICH M., *Manuale di giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 2021.

CLARICH M.–PISANESCHI A., *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, nota a Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Giur. comm.*, 2012, 6, II, p. 1157 ss.

CLARICH M.–ZANETTINI L., *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinnanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 1, p. 358 ss.

COLACURCI M., *La nozione di “materia penale” nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, nota a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Cass. pen.*, 2, 2016, p. 794 ss.

COLANGELO G., *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell’antitrust comunitario*, commento a Corte giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd. C. Crehan*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 454 ss.

COLANGELO G., *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*, commento a Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Dir. industriale*, 2003, III, p. 175 ss.

COLANGELO G., *Antitrust, cartelli e consumatori: l’epilogo dell’affaire rc auto*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Dir. industriale*, 2005, II, p. 188 ss.

COLOMBO A., *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi d’investimento*, in *Società*, 2007, I, p. 8 ss.

COMI E., *La giurisdizione sull’impugnazione delle sanzioni inflitte dalla Consob ai promotori finanziari*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6474, in *Foro amm. CDS*, 2008, VII-VIII, p. 2221 ss.

COMOGLIO L.P., *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, XIX, tomo I, diretto da Rescigno, Utet, Torino, 1985.

COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, 3° ed., Utet, Milanofiori Assago, 2010.

COMOGLIO P., *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Il giusto processo civile*, 2016, I, p. 195 ss.

COMOGLIO P., *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, III, p. 991 ss.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, 12° ed., Giappichelli, Torino, 2019.

CONSOLO C., *Le S.U. aprono alle domande «complanari» ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria con cui si cumuleranno*, commento a Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Corr. giur.*, 2015, VII, p. 961 ss.

CONSOLO C. – STELLA M., *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell’arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.*, 2011, XII, p. 1652 ss.

CONSOLO C.–STELLA M., *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, I, p. 121 ss.

CONSOLO C.–STELLA M., *L'“arbitro bancario finanziario” e la sua “giurisprudenza precognitrice”*, in *Le Società*, 2013, II, p. 185 ss.

CONSOLO C.–STELLA M., *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, commento a Corte cost., (ord.) 21 luglio 2011, n. 218, in *Corr. giur.*, 2011, XII, p. 1652 ss.

COSTANTINO G., *La istituzione dell'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Aa.Vv., Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, Napoli, 2010, p. 297 ss.

COSTANTINO G., *Note su Authorities e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, I, p. 26.

COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, I - parte generale, Società editrice libraria, Milano, 1910.

D.

DALFINO D., *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle “fattispecie preliminari”*, Giappichelli, Torino, 2008.

DALFINO D., *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, IV, p. 1297 ss.

DALFINO D., *L'Abf e i principi del processo civile: contestazione, “contumacia”, onere della prova*, in *Il Processo*, 2019, I, p. 27 ss.

DALFINO D., *Forme di tutela e oggetto del processo*, in *Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di U. Ruffolo, Giuffré, Milano, 2021, p. 19 ss.

DALFINO D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, 2° ed., Zanichelli editore, Bologna, 2022.

DE CAROLIS B., *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Ed. Banca d'Italia, n. 70, giugno 2011, p. 7 ss.

DE CRISTOFARO M., *Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*, in *Int'l Lis*, 2015, III, p. 123 ss.

DE CRISTOFORO M., *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2015, I, p. 100 ss.

DEL GATTO S., *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, commento a Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, IX, p. 947 ss.

DELLI PRISCOLI L., *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno e resp.*, 2005, X, p. 949 ss.

DELLI PRISCOLI L., *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, commento a Cass., sez. I, 26 agosto 2005, n. 17398, in *Giur. comm.*, 2006, 2, II, p. 253 ss.

DELLI PRISCOLI I., *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, III, 2, p. 226 ss.

DENTI V., *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, III, p. 709 ss.

DEL PRATO E., *Illecito e rifiuto di esecuzione di clausole contrattuali: un altro rimedio in forma specifica contro l'abuso di autonomia?*, commento a Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, III, p. 665 ss.

DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. proc. amm.*, 2020, III, p. 740 ss.

DE MARIA M., *Delle presunzioni (art. 2727-2729)*, in *Il Codice civile*, commentario diretto da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2014

DE MARI M., *Prime riflessioni intorno alla competenza dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 275 ss.

DE MINICO G., *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Jus*, 1996, III, p. 375 ss.

DENTI V., *I giudicati sulla fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1326 ss.

DENTI V., *Tre interventi sul disegno di legge governativo di provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile. Una difesa d'ufficio*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 171 ss.

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995.

DE PRETIS D., *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 331 ss.

DE PRETIS D. – CORTESE F., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di G. Falcon, Cedam, Milano, 2010, p. 331 ss.

DESANA E., *Procedimento CONSOB e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio*, nota a Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens* e altri c. Italia, in *Giur. it.*, 2014, VII, p. 1642 ss.

DE SANTIS A.D., *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, VI, p. 1495 ss.

DESARIO M.S., *Profili di impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, IV, p. 492 ss.

DI FEDERICO G., *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di P. Manzini, Giappichelli, Torino, 2017, p. 62 ss.

DI MAJO A., *Atti e comportamenti nella tutela risarcitoria contro la p.a.*, nota a Corte cost. n. 191 del 2006, in *Corr. giur.*, 2006, VII, p. 922 ss.

DI MAJO A., *Il danno e il reato (tornando a Carnelutti!)*, nota a Cass., sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Corr. giur.*, 2011, V, p. 644 ss.

DI SEREGO C., *Il processo senza lite*, Cedam, Padova, 1930.

DI SERI C., *L'Autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali*, commento a Corte cost., 15 marzo 2013, n. 41, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, VIII-IX, p. 835 ss.

DI RAIMO R., *L'Arbitro per le controversie finanziarie; i primi orientamenti*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 407 ss.

DI VIA L., *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Merc. conc. reg.*, 2007, II, p. 229 ss.

E.

ENRIQUES L., *Il ruolo delle autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. dir. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, II, p. 695 ss.

F.

FABBIO P., *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, I, p. 193 ss.

FABBRINI G., *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Giuffrè, Milano, 1964.

FACCIOLI M., «*Presunzioni giurisprudenziali*» e responsabilità sanitaria, in *Contr. e impr.*, 2014, I, p. 79 ss.

FAILLACE S., *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust*, commento a Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Contr. e impr.*, 2022, II, p. 480 ss.

FALZEA A., voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 205 ss.

FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Cedam, Padova, 1953.

FAZZALARI E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1304 ss.

FAZZALARI E., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 819 ss.

FEDERICO A., *L'Arbitro Bancario Finanziario: gli orientamenti e i dialoghi con la giurisprudenza*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 184 ss.

FEDERICO R., *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, commento a Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Corr. giur.*, 2018, VIII-IX, p. 1063 ss.

FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 1996.

FERRI G., voce *Banca d'Italia*, in *Enc. diritto*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 1 ss.

FINOCCHIARO G., *Solo con la questione di legittimità costituzionale si può contestare la strada scelta dal legislatore*, commento a Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Guida al diritto*, 2003, V, p. 68 ss.

FINOCCHIARO G., *L'Arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Giuffré, Milano, 2012.

FINOCCHIARO G., *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in *Dir. ind.*, 2016, p. 221 ss.

FINOCCHIARO G., *Arbitrato bancario finanziario*, in *Enc. Treccani-Diritto online*.

FINOCCHIARO G., *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie: il procedimento*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 318 ss.

FONDERICO G., *Il caso "Alrosa" e la proporzionalità nella decisione con impegni*, nota a Corte giust. Ue, 29 giugno 2010, causa n. 441/07, Commissione europea c. Alrosa Company Ltd, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, III, p. 250 ss.

FRACCHIA F., *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Jovene, Napoli, 1996.

FRACCHIA F. – VIDETTA C., *La tecnica come potere*, commento a Tar Lazio, 5 luglio 2001, n. 6139 e Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, p. 482 ss.

FRANCIONI F. (ED.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford University Press, New York, 2007.

FRATEA C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, internazionalistici e interni*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015.

FREGO LUPPI S.A., *Provvedimenti Consob e giurisdizione: il caso delle sanzioni interdittive*, nota a Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 683 ss.

FRIGNANI A., *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con sé stessa*, in *Merc. conc. reg.*, 2013, III, p. 429 ss.

G.

GAMBARO E. – LANDI N., *Nuovi sviluppi sulla nozione di giurisdizione nazionale ex art. 234 Trattato Ce*, commento a Corte giust. Comunità Europee, 31

maggio 2005, causa n. 53/03, Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri, in *Dir. ind.*, 2005, V, p. 485 ss.

GARDINI G., *L'attività di conciliazione dei Corecom*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2008, VI, p. 26 ss.

GARDINI G., *Le "definizioni delle controversie" tra operatori della comunicazione e utenti: natura giuridica, imputazione, tutela giurisdizionale delle parti*, nota a Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2011, n. 6786, in *Giur. it.*, 2012, V, p. 1163 ss.

GERACI A., *Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante*, in *Dir. ind.*, 2015, VI, p. 537 ss.

GHIARA A., *Sub art. 651. Efficacia della sentenza penale di condanna nel giudizio civile o amministrativo di danno*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, VI, Utet, Torino, 1991, p. 442 ss.

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939.

GIANNINI M.S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, c. 172.

GIANNINI M.S., voce *Accertamento (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 219 ss.

GIANTURCO E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, Barbera editore, Firenze, 1921.

GILIBERTI B., *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I, della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2016, I, p. 77 ss.

GIORDANO R. (a cura di), *In tema di controversie con gestori telefonici*, in *Giur. merito*, 2008, X, p. 2552 ss.

GIORGIANNI M., *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939.

GIORGIANNI M., voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. diritto*, I, 1958, p. 227 ss.

GIOVAGNOLI R., *Atti amministrativi e potere della concorrenza. Il potere della legittimazione a ricorrere dell'AGCM*, in *Giustamm.it*, 2012.

GIOVANNINI A., *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario domestico*, nota a Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014,

ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens* e altri c. Italia, in *Rass. Tributaria*, 2014, V, p. 1155 ss.

GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bononia University Press, Bologna, 2007.

GIOVANNINI M., *I poteri giustiziali delle autorità indipendenti*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 133 ss.

GIUSTI A., *Sanzioni amministrative e giurisdizione piena del giudice amministrativo*, nota a Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94, in *Giur. it.*, 2014, XI, p. 2538 ss.

GOISIS F., *Il potere di iniziativa dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, commento a Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20, in *Dir. proc. amm.*, 2013, II, p. 465 ss.

GOISIS F., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, I, p. 1 ss.

GOISIS F., *L’efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, I, p. 45 ss.

GOISIS F., *La disapplicazione come strumento di estensione del giudicato eliminatorio in materia sanzionatoria antitrust?*, commento a Cons. Stato, 19 dicembre 2019, n. 8568, in *Dir. proc. amm.*, 2020, III, p. 756 ss.

GOLIA M., *Mutatio libelli e cumulo progressivo di domande alternative subordinate: il revirement delle sezioni unite sull’azione generale di arricchimento*, commento a Cass., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, I, p. 359 ss.

GOLIA M., *La circolazione dell’accertamento dall’atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di “prova privilegiata”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, II, p. 279 ss.

GOLIA M., *L’arbitrato amministrato ANAC. Assetto e prospettive di un modello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

GOLIA M., *Onere della prova e presunzioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, I, p. 243 ss.

GORZA S., *Il caso Avastin/Lucentis tra contraddizioni ed omissioni*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. ind.*, 2020, I, p. 15 ss.

GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Giuffrè, Milano, 1996.

GOZZI M., *Respinto il ricorso dell'antitrust sul procedimento disciplinare notarile*, commento a Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Notariato*, 2019, II, p. 181 ss.

GRANIERI M., *Il garante dei dati personali e il baricentro (sbilanciato) della tutela forte dei diritti della personalità*, commento a Cass., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2680 ss.

GRECO G., *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, V, p. 999 ss.

GRIMALDI P., *Danni anticoncorrenziali nei contratti stipulati dal contraente finale*, commento a Corte giust., 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, in *Obbl. e contr.*, 2007, VIII-IX, p. 709 ss.

GUCCIONE A.V. – RUSSO C.A., *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, III, p. 475 ss.

GUIZZI G., *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'adr")*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, V, p. 665 ss.

GUIZZI G., *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le Società*, 2011, X, p. 1218 ss.

H.

HAZAN M., *I rimborsi dei premi RCA*, commento a Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Contratti*, 2003, X, p. 897 ss.

I.

IANNOTTA L., *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, III, p. 731 ss.

INZITARI B., *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno e resp.*, 2005, V, p. 495 ss.

IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 625 ss.

J.

JAEGER N., *Le controversie individuali del lavoro*, 4° ed., Cedam, Padova, 1936.

K.

KOCH K.F., *Access to Justice: the anthropological perspective patterns of conflict management: essays in the ethnography of law*, Milano, 1979.

KOMNINOS A.P., *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford and Portland, Oregon, 2008.

L.

LA CHINA S., *Sub. art. 33. Competenza giurisdizionale*, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, a cura di V. Alfèrni, Cedam, Padova, 1994, p. 647 ss.

LANCELLOTTI F., *Sul concorso delle azioni (vicende dottrinali ed autonomia di nozione)*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 373 ss.

LARICCIA S., *Limiti costituzionali alla «discrezionalità» del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*, osservazioni a Corte cost. n. 204 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, IV, p. 2181 ss.

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002.

LENER R., *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie presso la Consob: genesi struttura e funzione. Differenze rispetto al modello dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 281 ss.

LESSONA C., voce *Concorso di azioni*, in *Dig. it.*, VIII, Utet, Torino, 1892.

LIBERTINI M., *Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, V, p. 443 ss.

LIBERTINI M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, V, I, p. 649 ss.

LIBERTINI M., *I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, XII, p. 1287 ss.

LIBERTINI M., *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, II, p. 195 ss.

LIBERTINI M., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corr. giur.*, 2005, VIII, p. 1093 ss.

LIBERTINI M., *Le Decisioni «patteggiate» nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, XII, p. 1283 ss.

LIBERTINI M., *Il “private enforcement” e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 2007, I, p. 356 ss.

LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*, commento a Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 632 ss.

LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014.

LIBONATI B., *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno e resp.*, 2005, V, p. 495 ss.

LIEBMAN E.T., *L’efficacia della sentenza penale nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 5 ss.

LIEBMAN E.T., *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Morano editore, Napoli, 1962, p. 54 ss.

LIEBMAN T.E., *Efficacia e autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Giuffrè, Milano, 1962.

LIEBMAN T.E., *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1984.

LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

LIPARI N., *Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 515 ss.

LIPARI N., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1 ss.

LOMBARDI R., *Autorità garanti e controllo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2000, V, parte II, p. 225 ss.

LOMBARDINI I., *Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?*, in *Riv. arb.*, 2016, IV, p. 715 ss.

LOMBARDINI I., *L’arbitrato nel nuovo «codice dei contratti pubblici» (d.lgs. n. 50 del 2016) (Parte I)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, I, p. 283 ss.

LOMBARDINI I., *L'arbitrato nel nuovo «codice dei contratti pubblici» (d.lgs. n. 50 del 2016) (Parte II)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, II, p. 713 ss.

LUISO F.P., *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza sui terzi*, Giuffrè, Milano, 1981.

LUPOI M.A., *L'Arbitro per le controversie finanziarie: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 393 ss.

LUZZI F.F., *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e «aurea aequitas» (ovvero delle convergenze parallele)*, in *Foro it.*, 2004, II, 1, c. 475 ss.

M.

MAISANO M. S., *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*, commento a a Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 1, p. 309, ss.

MALAGOLI E., *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 2014/ 104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. impresa/ Europa*, 2015, I, p. 390 ss.

MAMELI B., *Annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale a confronto*, in *Giur. it.*, 2016, XII, p. 2805 ss.

MANELLI M., *Le Sezioni Unite n. 41994/2021 sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus e la conversione del contratto ex art. 1424 c.c.*, commento a Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Contratti*, 2022, IV, p. 455 ss.

MANES V., *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, nota a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Cass. pen.*, 2015, VI, p. 2204 ss.

MANETTI M., *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, nota a Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens* e altri c. Italia, in *Giur. cost.*, 2014, III, p. 2942B ss.

MANTELERO A., *Per qualche lira in più o del danno al consumatore nei contratti a valle di un'intesa anticoncorrenziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, I, p. 329 ss.

MARSICO G.M., *Sulla nullità c.d. "Antitrust" dei contratti fideiussori "a valle"*, commento a Cass., I sez., ord. 30 aprile 2021, n. 11486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, VI, p. 1253 ss.

MARZIALE G., *L'arbitro bancario finanziario: luci e ombre*, in *Contratti*, 2016, I, p. 50 ss.

MARZOCCO A.M., *Tentativo obbligatorio di conciliazione e tutela giurisdizionale nelle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, III, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, pp. 23-76

MARZOCCO A.M., *Sulla obbligatorietà o facoltatività del tentativo di conciliazione in caso di mancanza o di inoperatività del Co.re.com. (ed una questione connessa)*, nota a Cass. civ., sez. III, 27 giugno 2011, n. 14103 e Trib. Salerno, sez. II, 1 giugno 2011, in *Le Corti Salernitane*, 2011, pp. 248-259.

MARZOCCO A.M., *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche. Contributo allo studio della giurisdizione condizionata*, Dike giuridica editrice, Roma, 2012.

MARZOCCO A. M., *Conciliazione tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche: il tentativo è obbligatorio per legge, ma non dalla stessa data in ogni regione (ora con il suggello delle sezioni unite)*, nota a Cass., sez. VI, ord., 28 febbraio 2020, n. 5464, in *Foro it.*, 2020, VI, p. 1964 ss.

MARZOCCO A.M., *Condizione di procedibilità e giurisdizione condizionata nel tentativo di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche: riflessioni sull'intervento delle sezioni unite*, nota a Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241, in *Foro it.*, 2021, I, 1, c. 292 ss.

MARZONA N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, il Mulino, Bologna, 1996, p. 87 ss.

MASTRODONATO M., *La legittimazione dei consumatori alla richiesta di risarcimento dei danni da condotta anticoncorrenziale*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. it.*, 2005, XI, p. 2062 ss.

MATTARELLA B.G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 679 ss.

MATTARELLA B.G., *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 2016, p. 291 ss.

MAZZONI A., *L'impugnativa giurisdizionale dei provvedimenti sanzionatori emanati dalla Consob nei confronti dei promotori finanziari ex art. 196, d. legis. n. 58/1998*, nota a Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383, in *Nuova giur. civ.*, 2002, IV, 1, p. 470 ss.

MEALE A., *La legittimazione all'impugnazione della lex specialis*, commento a Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *Urb. app.*, 2018, VI, p. 785 ss.

MENCHINI S., *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, III, p. 869 ss.

MENTO S., *Le Autorità indipendenti e il rinvio pregiudiziale*, commento a Corte giust. Comunità Europee, 31 maggio 2005, causa n. 53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, XII, p. 1275 ss.

MERKL A., *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in *Il duplice volto del diritto. Il sistema Kelseniano e altri saggi*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1987, p. 325 ss.,

MERLIN E., *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, commento a Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Riv. dir. proc.*, 2016, III, p. 807 ss.

MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, il Mulino, Bologna, 2000.

MESSINEO F., *Istituto di credito e banche di diritto pubblico*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1937, I, p. 1 ss.

MESSINEO F., *Operazioni di banca e di borsa*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1954.

MICHELI G. A., *L'onere della prova*, 2° ed., Cedam, Padova, 1966.

MIDIRI M., *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità della Concorrenza*, commento a Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20, p. 342 ss.

MINAFRA N., *Il tentativo di conciliazione presso il Corecom e presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura: la Cassazione ne dichiara la piena alternatività*, nota a Cass., sez. III, ord., 24 ottobre 2018, n. 26913, in *Foro it.*, 2019, III, 1, c. 914.

MINERVINI E., *L'arbitro bancario finanziario. Una nuova "forma" di ADR*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.

MINERVINI E., *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. notariato*, 2016, II, p. 241 ss.

MIRANDA M.–RITTER L., *Concorrenza, autorità comunitarie, giudici nazionali*, commento a Corte giust. CE, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 209 ss.

MIRRA V., *I sistemi di “Alternative Dispute Resolution” trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l’introduzione del nuovo “Arbitro per le Controversie Finanziarie”*, in *Riv. arb.*, 2016, IV, p. 693 ss.

MIRRA V., *Il nuovo sistema ADR in ambito Consob: l’Arbitro per le Controversie Finanziarie, tra alte aspettative e primi riscontri operativi*, in *Riv. arb.*, 2018, IV, p. 615 ss.

MIRATE S., *Giudici amministrativi e valutazioni tecniche tra nuove conquiste e antiche resistenze*, commento a Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, in *Giur. it.*, 2002, p. 1084 ss.

MIRATE S., *Autorità antitrust e controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Urb. e app.*, 2004, p. 817 ss.

MOLLO F., *Gli orientamenti dell’Arbitro bancario finanziario tra complementarietà e alternative di tutela*, in *Contr. e impr.*, 2019, IV, p. 1328 ss.

MONGILLO V., *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione di innocenza*, nota a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. cost.*, 2015, II, p. 421 ss.

MONTEMAGGI S., *Pratiche anticoncorrenziali: tutela risarcitoria del consumatore finale*, commento a Cass., sez. I, 26 agosto 2005, n. 17398, in *Nuova giur. civ.*, 2006, VII-VIII, p. 667 ss.

MONTI S., *Le decisioni dell’AGCM e il danno da illecito anticoncorrenziale*, nota a Cass., sez. I, 4 ottobre 2021, n. 26869, in *Contratti*, 2022, III, p. 299 ss.

MOSCA V., *Recenti sviluppi nelle azioni civili antitrust stand-alone: il caso Viaggiare c. Ryanair*, nota a Trib. Milano, sez. spec. in materia di imprese, 4 giugno 2013, in *Danno e resp.*, 2014, III, p. 310 ss.

MOTTO A., *Le Sezioni Unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, commento a Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3190 ss.

MUSI E., *Le violazioni delle regole della concorrenza e la tutela giurisdizionale del consumatore*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno e resp.*, 2005, X, p. 949 ss.

N.

NAPOLITANO G., *L'evoluzione della disciplina procedurale della regolazione energetica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, VI, p. 707 ss.

NARDO G. N., *Note in tema di giudicato*, in www.judicium.it (29 novembre 2017).

NASTI I., *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, commento a Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Corr. giur.*, 2003, III, p. 339 ss.

NEGRI M., *Configurazione debole (nel caso assicurazione r.c.a.) del controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato?*, commento a Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Corr. giur.*, 2003, IV, p. 491 ss.

NEGRI M., *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda rc auto)*, commento a Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Corr. giur.*, 2003, VI, p. 747 ss.

NEGRI M., *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci e ombre di un atteso grand arrêt*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corr. giur.*, 2005, III, p. 333 ss.

NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Giappichelli, Torino, 2006.

NEGRI M., *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, II, p. 476 ss.

NEGRI M., *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni del risarcimento del danno antitrust*, in *Int'Lis*, 2014, II, p. 72 ss.

NERVI A., *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza (note in margine a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207)*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Riv. dir. civ.*, 2005, IV, p. 495 ss.

NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1953.

NIGRO M., voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. diritto*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 810 ss.

NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 252 ss.

NIVARRA L., *“Interesse pubblico” e antitrust: qualche osservazione*, nota a Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Danno e resp.*, 2000, I, p. 57 ss.

O.

ODORISIO E., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 209 e 210 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, VI, p. 1607 ss.

OPPO G., *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 543 ss.

ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, I, p. 3 ss.

OSTI C., *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*, commento a Tar Lazio, 5 luglio 2001, n. 6139 e Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, p. 482 ss.

OSTI C., *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, nota a App. Milano, 18 luglio 1995, in *Danno e resp.*, 1996, I, p. 105 ss.

P.

PACE L.F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2018.

PACINI M., *Sanzioni dell'AGCM e processo equo*, nota a Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, XII, p. 1327 ss.

PAGNI I., *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corr. giur.*, 2005, III, p. 333 ss.

PAGNI I., *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà e E. Gabrielli, Utet, Torino, 2011, p. 525 ss.

PALMIERI A., *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni “extravagantes” per un illecito inconsistente*, commento a Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, IV, 1, c. 1121 ss.

PALMIERI A., *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale*, in *Foro it.*, 2011, 10, 1, c. 2675 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal... si lagni e chiedi i danni»*, commento a Corte giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd. C. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, IV, 1, p. 1014 ss.

PASQUARELLI F., *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 2016, III, p. 256.

PARDOLESI R., *Sul "nuovo che avanza" in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio di informazioni*, commento a Tar Lazio, 5 luglio 2001, n. 6139 e Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, p. 482 ss.

PARDOLESI R., *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, II, 1, c. 469 ss.

PARODO F., *La tutela del diritto alla protezione dei dati personali: l'effettività dei rimedi e il ruolo nomofilattico del Comitato europeo per la protezione dei dati personali*, in *Federalismi*, 2021, n. 25, p. 106 ss.

PASSARO M., voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. diritto*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 143 ss.

PATTI S., *Prove*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Zanichelli, Bologna, 2015.

PATTI S., *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, III, p. 891 ss.

PERA A. – CODACCI PISANELLI G., *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, I, p. 69 ss.

PEREZ R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 115 ss.

PERFETTI L., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro amm.*, 2000, II, p. 422 ss.

PERICU G., *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, I, p. 1 ss.

PICARDI N., *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, III, p. 807 ss.

PICARDI N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano 2007.

PICARDI N., *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2011, II, p. 43 ss.

PIERUCCI A., *L'Arbitro Bancario e Finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2014, IV, p. 811 ss.

PIGA F. – SEGNI A.M., voce *Società e Borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. diritto*, XLII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 1130 ss.

PILETTA MASSARO A., *Private antitrust enforcement e decisioni con impegni al vaglio della Cassazione*, nota a Cass., sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5381, in *Giur. it.*, 2021, I, p. 98 ss.

PIRAS A., voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 ss.

PISAPIA A., *La garanzia fideiussoria, l'illecito c.d. "antitrust" e la nullità del contratto*, commento a Trib. Terni 20 novembre 2020, n. 760, in *Contratti*, 2021, VI, p. 679 ss.

PISTOLESE G.R., *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime d'esperienza*, Cedam, Padova, 1935.

POLICE A. – DAIDONE A., *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della corte costituzionale come giudice del riparto*, nota a Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Giur. it.*, 2013, III, p. 684 ss.

POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007.

POLLICINO M.C., *La legittimazione ad agire dell'ANAC*, commento a Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6787, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, IV, p. 509 ss.

PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli editori, Firenze, 1997.

PRIMERANO G.A., *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017.

PROTO PISANI A., *Opposizione di terzo ordinaria*, Jovene, Napoli, 1965.

PROTO PISANI A., *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 54 ss.

PUCCINI L., *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958.

PULITANÒ D., *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. 49/2015*, nota a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2015, II, p. 318 ss.

Q.

QUADRI E., *L'«Arbitro Bancario Finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, VI, 2, p. 305 ss.

QUADRI E., *I provvedimenti tipici dell'ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, 11 marzo 2019, in www.giustizia-amministrativa.it.

QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bononia University Press, Bologna, 2016.

R.

RABAI M., *L'atto di rigetto degli impegni antitrust al vaglio del Consiglio di Stato*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2011, n. 4393), in *Dir. proc. amm.*, 2012, III, p. 1034 ss.

RABAI B., *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 165 ss.

RAGANELLI B., *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, IV, p. 511 ss.

RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano 1998.

REDENTI E., *Giudizio civile con pluralità di parti*, Società editrice libraria, Milano, 1911.

REDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1938.

RESCIGNO M., *La conciliazione e l'arbitrato in materia finanziaria amministrati dalla Consob fra regole procedurali e diritto sostanziale*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, I, p. 85 ss.

RICCI E.F., voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, I, Utet, Torino, 1987, p. 123 ss.

RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Giuffrè, Milano, 1999.

RICCI G.F., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 409 ss.

RISSO F., *Gli impegni per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, in *Foro amm. CDS*, 2012, V, p. 1349 ss.

RIZZINI BISINELLI S. – AMORUSO G., *Competenza giurisdizionale sulle sanzioni irrogate dalla Consob ai promotori*, nota a Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383, in *Società*, 2002, II, p. 195 ss.

RIZZINI BISINELLI S., *Competenza del giudice ordinario in materia di sanzioni inflitte dalla Consob*, nota a Cass., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703, in *Società*, 2005, I, p. 49 ss.

RIZZO G., *L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale in ambito di servizi di comunicazioni elettroniche tra operatori di telecomunicazione e utenti finali*, nota a Corte di Giustizia Ue, sez. IV, 18 marzo 2010, Cause riunite nn. 317/08, 318/08, 319/08 e 320/08, in *Corriere Giur.*, 2010, X, p. 1289 ss.

ROBLES M., *La "nuova" proprietà: ovvero il "governo" dei diritti nel "dialogo" tra le Corti*, nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2009, n. 75909, in *Giur. it.*, 2009, XI, p. 2398 ss.

ROCCO A., *La sentenza civile*, Fratelli Bocca Editori, Torino 1906.

ROFFI M., *Sindacato giurisdizionale e provvedimenti sanzionatori dell'AGCM*, Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2019, n. 2979, in *Giur. it.*, 2019, XI, p. 2503 ss.

ROMAGNOLI G., *Rilevanza "esterna" dell'accertamento delle intese assicurative da parte dell'Autorità garante della concorrenza ed il mercato*, in *Danno e resp.*, 2008, I, p. 115 ss.

ROMANI E., *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, I, p. 261 ss.

ROMANO TASSONE A., *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, IV, p. 867 ss.

ROMANO A.A., *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti* (relazione tenuta al XXXIII Convegno nazionale dell' AISPC tenutosi a Milano presso l'Università Cattolica nelle date del 17 e 18 giugno 2022), consultabile nel testo provvisorio all'indirizzo web <https://aispc.it/news-eventi/>

ROSSI G., «Take Courage»! *La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, commento a Corte giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75 ss.

S.

SABBATELLI I., *R.c. auto: rimborsi e tutela dei consumatori*, commento a Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, V, 1, p. 678 ss.

SACCO R., *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2005, p. 1.

SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, in *Federalismi.it*, 2012, XII.

SANGIOVANNI V., *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Società*, 2012, VIII-IX, p. 953 ss.

SANTISE M., *Direttiva ue 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2015, XII, p. 1267 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, I, p. 1 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1157 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *La transazione*, Jovene, Napoli, 1975.

SARACENO M., *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 217 ss.

SATTA S., *Gli effetti secondari della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, p. 251 ss.

SCARSELLI G., *La tutela dei diritti dinanzi alle Autorità garanti*, I, Giuffrè, Milano, 2000.

SCARSELLI G., *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, commento a Tar Lazio, 5 luglio 2001, n. 6139 e Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, p. 482 ss.

SCARSELLI G., *Autorità amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma*, in *Foro it.*, 2003, XI, 5, c. 232 ss.

SCOCA F.G., *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, osservazioni a Corte cost. n. 204 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, IV, p. 2181 ss.

SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.

SCODITTI E., *Il consumatore e l'antitrust*, commento a Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, IV, 1, c. 1127 ss.

SCODITTI E., *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, commento a Corte giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd. C. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75 ss.

SCOGNAMIGLIO A., *La legittimazione del denunciante ad impugnare le delibere di non avvio dell'istruttoria e di archiviazione adottate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro amm.*, 1999, V, 2, p. 1149 ss.

SCOGNAMIGLIO A., *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*, nota a Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 3, II, p. 245 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Gli effetti del contratto*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, Utet, Torino, 1991, vol. IV, tomo I, 29 ss.

SCOTTI A., voce *Abf e rapporti bancari*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg., Utet, Torino, 2012, p. 1 ss.

SCREPANTI S., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, commento a Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, IV, p. 377 ss.

SCUFFI M., *I rapporti tra il giudizio civile ed i procedimenti amministrativi*, in M. Tavassi–M. Scuffi, *Diritto processuale antitrust. Tutela giurisdizionale della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 171 ss.

SCUFFI M., *Riflessioni a margine della Dir. 104/2014 (e del D.lgs. 3/ 2017) sull'azione di classe*, in *Dir. ind.* 2017, I, p. 5 ss.

SELVAGGI C., *Disciplina della concorrenza e del mercato. Problemi di giurisdizione e di competenza*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1993, I, p. 243 ss.

SERGES G., *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*, nota a Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Giur. cost.*, 2012, III, p. 2204 ss.

SERGES G., *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, nota a Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94, in *Giur. cost.*, 2014, II, p. 1681 ss.

SICCHIERO G., *La dottrina costituzionale del «giudice a limitati fini»*, commento a Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Giur. it.*, 2019, II, p. 283 ss.

SIRAGUSA M., *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, I, p. 297 ss.

SIRENA P., *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, IX, p. 1370 ss.

STELLA M., *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari in Italia e in Europa*, Cedam, Padova, 2016.

SOLDATI N., *La Camera arbitrale presso la CONSOB per le controversie tra investitori e intermediari*, in *Contratti*, 2009, IV, p. 423 ss.

SOLDATI N., *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, in *Contratti*, 2016, XI, p. 1056 ss.

SOLDATI N., *La Insurance Distribution Directive: verso un ulteriore sistema di risoluzione delle controversie presso l'IVASS*, in *Federalismi.it*, 18 dicembre 2019.

SOLDATI N., *L'Arbitro Bancario Finanziario: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XV, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 141 ss.

SOLDATI N., *La terza riforma dell'Arbitro bancario finanziario*, in *Contr. e impr.*, 2020, IV, p. 1541 ss.

SOLDATI N., *L'arbitro per le controversie finanziarie (ACF) tra ruolo di regolazione del mercato finanziario e di conformazione degli intermediari*, in *Contr. e impr.*, 2022, II, p. 449 ss.

SORICELLI G., *Il giudice a quo oltre la giurisdizione: il caso delle Autorità amministrative indipendenti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.

STELLA P., *L'enforcement nei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008.

STELLA M., *La prima pronuncia di un Tribunale italiano in un caso di c.d. follow-on antitrust litigation e sul valore delle decisioni della Commissione CE in materia*, nota a Trib. Milano, sez. I, 8 maggio 2009, in *Int'l Lis*, 2009, III-IV, p. 149 ss.

T.

TABARRINI C., *L'indipendenza delle ADR incardinate nelle Autorità di Vigilanza*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, I, p. 239 ss.

TARUFFO M., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, III, p. 733 ss.

TARUFFO M., *La prova nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012.

TEDOLDI A., *Processo civile e giudicato "alla deriva"*, in *Il giusto processo civile*, 2013, IV, p. 1059 ss.

TESAURO G. – TODINO M., voce *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. diritto*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 112 ss.

TESAURO C., *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Merc. conc. reg.*, 2011, III, p. 427 ss.

TONETTI A., *L'autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, VI, p. 589 ss.

TONOLETTI B., *L'accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 2001.

TORRICELLI S., *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso delle Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, I, p. 97 ss.

TRAVAGLINO G., *Norme per la tutela della concorrenza e soggetti destinatari*, commento a Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corr. merito*, 2005, V, p. 550 ss.

TRAVIA A., voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 524 ss.

TRAVIA A., *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, I, p. 4.

TRIMARCHI M., *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, III, p. 321 ss.

TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

TROISE MANGONI W., *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffrè, Milano, 2012.

TURCHINI V., *L'antitrust non è un giudice. Nemmeno «ai limitati fini»*, commento a Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, IV, p. 467 ss.

U.

UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Autorità Indipendenti e sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it

V.

VALERINI F., *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, a cura di B. Sassani, Pacini, Pisa, 2017, p. 121 ss.

VALLEBONA A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988.

VANACORE V., *Le Autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*, commento a Cass., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, in *Giur. it.*, 2003, p. 856 ss.

VENANZONI A., *Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA)*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, III, p. 597 ss.

VERDE G., *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, 1971, XI, c. 178 ss.

VERDE G., *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, III, p. 715 ss.

VERDE G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, IV, p. 739 ss.

VIGANÒ F., *La Consulta e la tela di Penelope*, nota a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2015, II, p. 333 ss.

VIGONI D., *L'effetto vincolante del giudicato penale in altri settori dell'ordinamento*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, IV-V, p. 912 ss.

VILLA G., *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, III, p. 301 ss.

VILLA G., *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, IV, p. 441 ss.

VILLATA R. – RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017.

VINCIGUERRA G., *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte EDU*, nota a Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Dir. e prat. trib.*, 2015, II, p. 282 ss.

VINCRE S., *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, IV-V, p. 1153 ss.

VOTANO G., *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fideiussioni "a valle": la pronuncia delle Sezioni Unite*, nota a Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Contratti*, 2022, II, p. 145 ss.

VOZZA V., *Rc auto e intese anticoncorrenziali: la presunzione legale del provvedimento sanzionatorio*, nota a Cass., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904, in *Danno e resp.*, 2015, II, p. 151 ss.

Z.

ZACCONE C. – ROMANO F., *Il concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: le fattispecie di cui agli artt. 185 e 187 ter, TUF alla luce di una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, nota a Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, IV, p. 147 ss.

ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni CONSOB, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, nota a Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Giur. it.*, 2014, V, p. 1196 ss.

ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, nota a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Osservatorio AIC*, maggio 2015.

ZANOBINI G., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, Società editrice libraria, Milano, 1918.

ZOPPINI A., *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 26 ss.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bononia University Press, Bologna, 2011.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *L'efficacia ultra partes del lodo arbitrale*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bononia University Press, Bologna, 2012, p. 464 ss.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Effetti riflessi del giudicato e garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, I, p. 289 ss.

ZULIANI M., *Rilevanza probatoria delle decisioni prese e delle istruttorie svolte dall'AGCM nei giudizi per risarcimento dei danni da abuso di posizione dominante*, nota a Cass., sez. I, 4 ottobre 2021, n. 26869, in *Danno e resp.*, 2022, II, p. 204 ss.

