

LA DISCREZIONALITA' TECNICA E IL SINDACATO GIURISDIZIONALE DELLE AUTORITA' INDIPENDENTI

dell'Avv. Prof. Adriano Tortora.

1. Premessa. Brevi cenni sulla natura delle Autorità indipendenti - 1.1. Gli atti delle Autorità Amministrative Indipendenti: tutela e riparto di giurisdizione. - 2. Discrezionalità tecnica e confini del sindacato giurisdizionale. - 3. Il controllo giudiziale in merito alla legittimità dei provvedimenti adottati dalle Autorità Indipendenti. – 4. Conclusioni.

1. Premessa. Brevi cenni sulla natura delle Autorità indipendenti.

Le Autorità Indipendenti¹ sono enti pubblici preposti alla tutela di interessi costituzionalmente rilevanti in ambito economico e sociale, in vista della quale svolgono funzioni amministrative in ambiti sensibili o di alto contenuto tecnico. In ragione degli interessi tutelati, godono non solo di una peculiare posizione di indipendenza nei confronti del Governo, ma anche di ampia autonomia organizzativa, finanziaria e contabile.

Tale posizione è atta a garantirne e preservarne la “neutralità”, caratteristica che rappresenta, allo stesso tempo, il connotato tipico delle Autorità in questione ed il tratto differenziale rispetto alla Pubblica Amministrazione, le cui determinazioni sono improntate al diverso criterio della “imparzialità”, correlato alla cd. “funzionalizzazione” tipica dell’attività amministrativa.

¹ Sui caratteri delle autorità amministrative indipendenti si vedano in generale, fra gli altri, M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative indipendenti* (dir. amm.), in Enc. Giur. Treccani, IV, 1995, 1 ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in Riv. trim. pubb., 1996, 133 ss.; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in Riv. trim. pubb., 1998, 645 ss.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in Enc. Giur. Aggiornamenti, VI, 143 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

Occorre rilevare come l'assenza di una regolamentazione organica in materia abbia, da un lato, reso difficile il compito di definire in modo unitario i poteri esercitati dalle *Authorities* e, dall'altro, sollevato dubbi circa la legittimità stessa della relativa istituzione. La frammentazione della disciplina, unitamente all'assenza di disposizioni costituzionali che ne fondano espressamente i poteri o l'esistenza, dunque, ha comportato la necessità di affrontare talune problematiche di grande interesse.

A titolo esemplificato, si ricordi come siano sorte perplessità in ordine alla compatibilità delle Autorità indipendenti con il principio di separazione dei poteri, giacché esse si posizionano certamente al di fuori della tradizionale ripartizione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) e dell'ambito di operatività dell'art. 95 della Costituzione.

In particolare, all'indipendenza di tali Autorità dal Governo ed alla connaturale equidistanza rispetto al potere pubblico e privato consegue il necessario azzeramento degli interessi pubblici di settore, i quali – nell'ambito che ci occupa – rilevano piuttosto *sub specie* di interessi diffusi facenti capo ai consumatori collettivamente intesi ed agli utenti, per la cui partecipazione al procedimento non è necessaria l'interposizione delle strutture rappresentative².

Sul punto, allora, la dottrina si è divisa tra coloro che, valorizzando a tal fine le disposizioni costituzionali che tutelano gli interessi del settore di riferimento, si sforzano di dare una – ancorché tacita – copertura costituzionale all'istituzione delle Autorità indipendenti e coloro che, al contrario, ritengono superflua la ricerca di una siffatta legittimità, giacché la rispettiva istituzione si radicherebbe direttamente nell'adempimento degli obblighi comunitari.

² Sulla partecipazione ai procedimenti di *adjudication* si veda M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit., 59 ss.; E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *www.astrid-online.it*, 2007. 23 Per un quadro d'insieme sulla tutela giurisdizionale di fronte agli atti delle amministrazioni indipendenti si veda R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative*, CEDAM, 2010, 91 ss.

Un altro importante aspetto – anch'esso oggetto di un ormai sopito dibattito – ha avuto riguardo alla possibilità di riconoscere alle Autorità indipendenti un carattere propriamente giurisdizionale.

Nonostante i primi dubbi, è prevalsa rapidamente la tesi favorevole ad attribuire alle medesime una natura amministrativa, con la conseguente possibilità di azionare la tutela giurisdizionale avverso i relativi atti.

Gli argomenti a sostegno di tale conclusione sono molteplici e tutti fortemente validi, i quali tendono ad evidenziare, da un lato, come non possa attribuirsi valore di cosa giudicata a decisioni adottate da organi non giurisdizionali e, dall'altro, come non possa escludersi il ricorso giurisdizionale avverso i provvedimenti delle Autorità *de quibus* atteso che, ai sensi dell'art. 113 Cost., la tutela davanti agli organi di giustizia amministrativa contro gli atti della Pubblica Amministrazione non può essere limitata a particolari mezzi di impugnazione o a particolari categorie di atti.

1.1. Gli atti delle Autorità Amministrative Indipendenti: tutela e riparto di giurisdizione.

Già da tali premesse, dunque, è possibile comprendere la particolarità che contraddistingue le Autorità indipendenti nel nostro ordinamento, rappresentando esse *«un modello di amministrazione diverso rispetto a quelli tradizionali, che viene introdotto da un lato per rendere più efficace e dall'altro per collocare al di fuori della sfera dell'indirizzo politico l'intervento amministrativo in settori economici e sociali particolarmente rilevanti, caratterizzati da una grande dinamicità dei mercati e da un continuo progresso tecnologico, rispetto ai quali le usuali modalità operative della pubblica amministrazione si rivelano inadeguate»*³.

³ Sul punto, v. M. BOMBARDELLI, *Le Autorità Amministrative Indipendenti, Report Annuale – 2013 – Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013.

Com'è ovvio, le peculiarità brevemente suesposte hanno immediati riflessi anche in ordine al contenzioso relativo agli atti delle Autorità indipendenti.

Pur non mancando norme di settore che fanno rientrare nell'alveo della giurisdizione ordinaria talune controversie⁴, occorre evidenziare come il legislatore abbia preferito attribuire la maggior parte delle stesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. I), infatti, quest'ultimo conosce delle «*controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dagli Organismi di cui agli articoli 112-bis, 113 e 128-duodecies del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione [i cui compiti sono stati attribuiti in parte all'Anac⁵ ed in parte al Dipartimento della funzione pubblica], dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209*»⁶.

⁴ A titolo esemplificativo, si pensi alle controversie aventi ad oggetto gli atti del Garante della Privacy, ai sensi dell'art. 145, d.lgs. n. 196/2003.

⁵ Non mancano, tuttavia, disposizioni che richiamano la giurisdizione ordinaria, come per il caso delle sanzioni ANAC in ipotesi di omessa adozione dei piani anticorruzione (v. art. 19, c. 5-bis, d.l. n. 90/2014).

⁶ Sul punto, la Corte Costituzionale ha sancito l'illegittimità degli artt. 133 comma 1 lett. I), 135 comma 1 lett. c) e 134 comma 1 lett. c), c.p.a. «*nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del g.a. con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio - sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob)*», nonché dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'allegato numero 4, c.p.a., giacché «*tali norme violano l'art. 76 cost. in quanto, trattandosi di una delegazione di mero riassetto normativo i principi debbono essere interpretati in senso restrittivo. In particolare attribuendo le controversie relative*

2. Discrezionalità tecnica e confini del sindacato giurisdizionale.

I limiti e le modalità di esercizio del sindacato giurisdizionale sono stati oggetto di una vera e propria evoluzione nel corso degli anni; evoluzione, questa, inevitabilmente connessa alle problematiche relative alla corretta qualificazione della cd. discrezionalità tecnica⁷, altra caratteristica tipica delle *Authorities* in questione.

Il concetto in esame, in particolare, si distingue nettamente dalla tradizionale nozione di “discrezionalità amministrativa”⁸.

Quest’ultima – solitamente desunta dal mero raffronto con il concetto della vincolatività⁹, altra accezione tipica dell’attività della Pubblica Amministrazione – ricorre ogniqualvolta la disposizione legislativa si limiti ad attribuire all’Amministrazione il potere di agire, lasciando alla medesima un’ampia facoltà di scelta circa *l’an*, il *quando*, il *quomodo* ed il *quid* dell’azione, demandando, in via definitiva, ad essa la scelta del miglior mezzo per la realizzazione del pubblico interesse.

La discrezionalità tecnica, invece, si concretizza in valutazioni proprie dell’organo amministrativo che, pur basate su concetti richiamati dalla norma, sono improntate ad un criterio orientativo diverso da quello tradizionale, consistente in regole scientifiche – non già esatte e non opinabili, bensì – inesatte ed opinabili, strumentali alla definizione dei cd. concetti giuridici indeterminati.

Data l’evidente peculiarità della discrezionalità così intesa, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogati in ordine alla possibilità di dare

alle sanzioni inflitte dalla Consob, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il legislatore delegato non ha tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, formatasi specificamente sul punto, come prescritto dalla legge di delega (art. 44, commi 1 e 2, l. n. 69 del 2009)», cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 162 del 27.06.2012; relativamente alle sanzioni di Banca d’Italia, cfr. Corte Cost., sentenza n. 94 del 15.04.2014.

⁷ Per maggiori approfondimenti, v. L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 4, 2014, p. 1372.

⁸ Sul punto, v. più dettagliatamente L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, pp. 28 e ss.

⁹La dicotomia discrezionalità-vincolatività è stata valorizzata anche come criterio utile per il riparto di giurisdizione, ritenendo che a fronte di un’attività vincolata sorgerebbe per il privato un diritto soggettivo azionabile dinanzi al G.O. mentre, in caso di attività discrezionale, il medesimo vanterebbe un mero interesse legittimo, esercitabile dinanzi al G.A..

spazio, nel nostro ordinamento, ad un simile concetto, nonché ai limiti del sindacato giurisdizionale esercitabile su di essa.

In passato, accanto a coloro che negavano *in nuce* l'esistenza della discrezionalità tecnica¹⁰, vi era chi la assimilava alla discrezionalità amministrativa, evidenziando l'assoluta impossibilità, per il giudice, di penetrare in ambiti demandati in via esclusiva alla Pubblica Amministrazione¹¹.

La tesi prevalente, pertanto, era fautrice della insindacabilità giurisdizionale delle valutazioni tecniche compiute dalla P.A., poiché – si sosteneva – rientranti nelle competenze specialistiche della medesima in virtù delle garanzie di imparzialità da essa offerte e della sua posizione di preminenza rispetto al privato¹². Detto orientamento, dunque, attribuiva al controllo del giudice natura meramente "estrinseca", escludendo che il medesimo potesse applicare e ripetere le valutazioni tecniche con le stesse cognizioni specialistiche usate dalla P.A.

Il primo superamento di tale concezione, è avvenuto con la storica sentenza n. 601 del 1999, con la quale il Consiglio di Stato ha riconosciuto per la prima volta la possibilità di un sindacato "intrinseco" del giudice amministrativo in merito alla discrezionalità tecnica dell'Amministrazione.

Più in particolare, si è affermato come quest'ultimo abbia sempre – in assenza di una espressa riserva a favore della P.A. – la possibilità di accedere in modo pieno e diretto ai fatti posti alla base del provvedimento, atteso che è solo la cd. opportunità (i.e., la valutazione dell'interesse pubblico) ad attenersi all'ambito del merito amministrativo e ad essere, per ciò solo, insindacabile. A diversa conclusione, invece, deve giungersi in presenza di «*una norma tecnica cui una norma*

¹⁰Cfr., M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.

¹¹Cfr., *ex pluribus*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 5.11.1993, n. 801; id., 12.03.1996, n. 305; id., 23.03.1998, n. 358.

¹² V., al riguardo, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 573 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1992, 685.

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... Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo. Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo.»¹³.

Si perviene, così, ad una definitiva separazione tra il concetto di "discrezionalità amministrativa" e quello di "discrezionalità tecnica", l'unica a poter essere soggetta ad un controllo in sede giurisdizionale, finalizzato a dare piena tutela alle situazioni giuridiche private coinvolte.

A seguito della citata sentenza n. 601/1999 – pur non mancando voci di segno contrario, tese a ribadire l'insindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali dell'Amministrazione, al di fuori dei casi di palese difetto di motivazione, manifesta irragionevolezza o di travisamento dei fatti¹⁴ - dottrina e giurisprudenza hanno spostato l'attenzione sulla intensità di tale controllo.

In particolare, ci si è chiesti se quest'ultimo debba qualificarsi "forte" o "debole" e, dunque, se ed in che misura sia tale da consentire o meno l'esercizio di un potere sostitutivo da parte del giudice relativamente alle valutazioni tecniche compiute dall'Amministrazione.

¹³ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 9.04.1999, n. 601, con nota di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato, nota a Cons. Stato 9 aprile 1999, n. 601*, in *Diritto Processuale Amministrativo*. In materia, v. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 199 ss.

¹⁴Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.03.2004, n. 1341; id., Sez. VI, 09.08.2005, n. 4218.

Nello specifico, in caso di sindacato intrinseco "forte", il giudice potrebbe sovrapporre il proprio giudizio tecnico a quello della P.A.; al contrario, in caso di sindacato intrinseco "debole" (non sostitutivo), egli potrebbe censurare le sole valutazioni tecniche manifestamente inattendibili, vagliandone l'attendibilità sul piano scientifico tramite un controllo di cd. ragionevolezza tecnica.

È bene evidenziare fin da ora non solo come la prevalente giurisprudenza tenda ad escludere – come meglio si dirà nel prosieguo della trattazione – l'ammissibilità di un sindacato pienamente sostitutivo da parte del giudice amministrativo, ma anche il superamento del binomio "forte/debole" relativo al medesimo.

3. Il controllo giudiziale in merito alla legittimità dei provvedimenti adottati dalle Autorità Indipendenti.

La medesima evoluzione avutasi in relazione alla nozione di discrezionalità tecnica ha interessato anche il sindacato esercitato dal giudice amministrativo circa i provvedimenti delle Autorità Indipendenti, la cui problematica è stata affrontata soprattutto con riguardo agli atti adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

L'orientamento sorto a seguito della sentenza n. 601/1999, infatti, ha portato a riconoscere la natura intrinseca del sindacato giudiziale anche relativamente ad essi. Si è affermato, in particolare, come tali provvedimenti siano assoggettabili esclusivamente ad un controllo di legittimità nell'ambito del quale il sindacato giudiziale non incontrerebbe limiti, potendo essere esercitato sia relativamente ai vizi di incompetenza e di violazione di legge, che ai vizi dell'eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche.

Tale tesi poggia non solo sulla ormai riconosciuta differenza tra la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità tecnica, ma anche sulla riflessione effettuata in materia di articolazione dei provvedimenti adottati da tali *Authorities* nell'esercizio delle proprie competenze.

È noto, infatti, che detti provvedimenti sono articolati in più parti, corrispondenti alle fasi del controllo svolto dall'Autorità, consistendo, specificamente, in: «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"... 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 dalla disciplina vigente». ¹⁵

Orbene, mentre – come detto – il giudice amministrativo ha pieno accesso al fatto, potendosi sostituire alla Pubblica Amministrazione nella verifica della sua sussistenza, la fase *sub b)* comporta *ex se* la presenza di limiti al sindacato giudiziale. D'altronde, la cd. "contestualizzazione" di concetti giuridici indeterminati ed il confronto tra i fatti accertati ed il parametro normativo così risultante implicano valutazioni di tipo tecnico, rette dal criterio proprio della discrezionalità tecnica (i.e. l'opinabilità della valutazione), che attribuisce al giudice non già un potere sostitutivo circa gli apprezzamenti effettuati dall'Autorità, ma la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte da essa compiute.

La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – solo perché opinabile – in una questione di opportunità, potendo, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici svolgersi in base alla verifica diretta della attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

In questa prospettiva, allora, il controllo giudiziale in merito ai presupposti di fatto andrebbe effettuato mediante l'ausilio della consulenza tecnica di cui all'art. 67 c.p.a., che consente la ripetizione

¹⁵Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 23.04.2002, n. 2199.

della valutazione tecnica operata dall'amministrazione così da vagliarne la ragionevolezza e la coerenza logica (fermo restando che il giudice non può spingersi fino a censurare valutazioni ragionevoli, ancorché opinabili, o a sostituirsi a valutazioni riservate esclusivamente all'Amministrazione)¹⁶.

In conclusione, dunque, il giudice amministrativo può senza dubbio valutare la verità dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità, senza che la conoscibilità del fatto storico possa subire limitazioni di sorta, al fine di verificare che il potere spettante all'Autorità amministrativa – e ad essa pur sempre in prima battuta rimesso – sia stato correttamente esercitato.

Orbene, chiarito come il giudice amministrativo possa spingersi sino alla valutazione della stessa analisi economica svolta dall'Autorità, va rilevato che il sindacato giudiziale esercitato in materia sia di tipo "debole", attesa che la possibilità per il giudice di *«verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate»*¹⁷.

In tal modo, si esclude l'ammissibilità di un potere sostitutivo esercitato dal giudice, non potendo esso trovare spazio in ordine a valutazioni rette dal criterio della mera opinabilità.

Ciò, com'è chiaro, non comporta il ritorno all'esercizio di un sindacato di tipo "estrinseco".

Sul punto, il Consiglio di Stato, valorizzando la rilevanza del sindacato giurisdizionale nel modello impugnatorio, ha rilevato come esso si estenda sia alle scelte tecniche compiute dalle Autorità Indipendenti sia all'applicazione della corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta.

¹⁶ Cfr. Cassazione Civile, Sezioni Unite, 20.01.2014, n. 1013.

¹⁷ Così, Consiglio di Stato, Sez. VI, 26.07.2001, n. 4118.

Anche ragioni di effettività della tutela giurisdizionale impongono di concludere nel senso suddetto, posto che il giudice, al fine di addivenire alla soluzione della controversia, deve potersi avvalere anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla stessa scienza specialistica applicata dall'Amministrazione.

L'unica preclusione per il giudice medesimo è, dunque, quella di esercitare direttamente il potere attribuito dal legislatore all'Autorità amministrativa. Anche sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come i limiti alla ammissibilità dell'esercizio di tale potere sostitutivo dovrebbero ricavarsi dalle «*esigenze di efficienza e di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost.*» e dalla «*rilevanza della materia della tutela della concorrenza affidata dal legislatore ad un'Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza*»¹⁸.

Appare opportuno ricordare come la qualificazione del sindacato giudiziale come "debole" abbia sollevato preoccupazioni in ordine alla possibilità che ciò possa in qualche modo intaccare il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Tuttavia – in disparte la considerazione per cui difficilmente l'inammissibilità di un potere sostitutivo del giudice potrebbe tradursi in una limitazione dell'effettività delle situazioni giuridiche oggetto dell'apprezzamento tecnico-discrezionale dell'Autorità – proprio la giurisprudenza amministrativa ha ormai superato la dicotomia "sindacato forte/debole", evidenziando che «*con l'espressione sindacato "di tipo debole" la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso porre solo un limite alla*

¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 15.05.2015, n. 2479.

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, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere. 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"»¹⁹.

Sulla base di tali premesse, il sindacato del giudice amministrativo è stato qualificato come *«forte, pieno ed effettivo, tendente a 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, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'autorità antitrust sia stato correttamente esercitato»²⁰.*

Per quanto concerne, poi, la posizione della Cassazione, quest'ultima, pur riconoscendo la sindacabilità delle valutazioni tecniche sotto il profilo della ragionevolezza, della logicità e della coerenza, ha escluso la possibilità, per il giudice amministrativo, di esercitare un sindacato di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, rilevando come quest'ultimo si risolverebbe, sul piano concreto, in una sovrapposizione della propria valutazione a quella dell'Amministrazione²¹.

Più in particolare, le Sezioni Unite hanno evidenziato che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'A.G.C.M. è

¹⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 02.03.2004, n. 926.

²⁰ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 06.05.2014, n. 2302.

²¹ Cfr., *ex multis*, Cassazione civile, Sezioni Unite, 17.03.2008, n. 7063 e, più di recente, id., sentenza n. 1013/2014, cit.

circoscritto alla verifica diretta dei fatti posti a fondamento degli stessi, nonché di quei profili tecnici che ineriscono alla relativa legittimità. Tuttavia, secondo gli Ermellini, allorquando a detti profili tecnici conseguano valutazioni ed apprezzamenti opinabili, il sindacato giurisdizionale può risolversi solo in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, dovendosi limitare alla verifica del rispetto di detti margini di opinabilità insiti nelle valutazioni tecniche rimesse alle autorità indipendenti.

Sul versante amministrativo, ad ogni modo, è ormai predominante l'orientamento che riconosce in capo al giudice amministrativo un sindacato di legittimità *«pieno e particolarmente penetrante (in superamento della distinzione tra forte e debole, secondo Cons. Stato, VI, 10 dicembre 2014, n. 6050 per il principio di effettività anche comunitaria in relazione alla specificità della controversia) e si svolge tanto con riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati»*²².

Dunque, tranne allorquando si versi in materia di provvedimenti sanzionatori, il sindacato esercitato dal giudice amministrativo resta di mera legittimità, dovendo egli valutare i fatti al fine di verificare la legittimità della ricostruzione di essi operata dall'Autorità, nonché accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate ed applicate²³. Resta fermo – è chiaro – il limite della relatività delle valutazioni scientifiche o dell'analisi economica, sicché oggetto del controllo del giudice è esclusivamente la valutazione che si

²² Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 2479/2015, cit.; id., 08.04.2014, n. 1673; id., 21.05.2012, n. 2722.

²³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 30.06.2016, n. 2947.

pone al di fuori dei margini di opinabilità, rimanendo esclusa ogni arbitraria sostituzione di una propria valutazione parimenti opinabile²⁴.

Conclusioni.

Alla luce di tali considerazioni – coerenti anche con i principi della Cedu e con la giurisprudenza comunitaria formatasi in ordine alle competenze riconosciute alla Commissione europea in materia di concorrenza²⁵ –, può rilevarsi come, a tutt'oggi, l'unico effettivo spazio di autonomia riservato alle Autorità indipendenti e sottratto al sindacato del giudice amministrativo sia il diretto esercizio del potere, cui non può in alcun modo sostituirsi il giudice medesimo.

Al riguardo, ci si è anche chiesti se, in ragione dell'evoluzione avutasi nel corso degli anni in ordine alle forme ed alle modalità del controllo giurisdizionale, sia corretto a tutt'oggi identificare il tema del sindacato esercitato sugli atti delle Autorità Indipendenti con quello del sindacato sulla discrezionalità tecnica. Alcuni Autori²⁶ hanno evidenziato come a tale quesito non possa che darsi risposta negativa, rilevando che – stante la piena valutazione del fatto storico riconosciuta ormai univocamente al G.A. – il concetto stesso di "fatto storico" sia venuto ad assumere un'estensione tale da comprendere anche ogni circostanza (ancorché tecnica) utile a valutare il corretto esercizio del potere da parte dell'Amministrazione²⁷. Com'è stato affermato, infatti, "la

²⁴ Cfr. Consiglio di Stato, n. 2302/2014, cit.. Appare opportuno ricordare che i principi in esame sono stati di recente recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, il cui articolo 7 ("Effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza") testualmente recita: "... 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 medesima". Sul punto, v. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733.

²⁵ La Corte di Giustizia ha in più occasioni affermato che il controllo esercitato dal giudice comunitario deve limitarsi alla verifica del rispetto delle regole procedurali e di motivazione, nonché della correttezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di manifesti errori di valutazione o di sviamento di potere, senza poter sostituire le proprie valutazioni economiche a quelle dell'Autorità emanante il provvedimento contestato (cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, 3.05.2012, n. 285/11, Legris Industries; id., 6.10.2009, n. 501, 513, 515, 519/06, P. GlaxoSmithKline).

²⁶ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del Giudice amministrativo sugli atti delle Autorità Indipendenti*, par. 3, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ Al riguardo, in particolare, è stato evidenziato che "[il fatto che] un giudizio sia stato formulato alla stregua di una scienza, in luogo di legittimare una riserva di amministrazione, costituisce all'opposto la premessa della sua verificabilità", v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 2017, p. 179.

*peculiarità (e anche la complessità) tecnica delle valutazioni poste a fondamento degli atti di regolazione e di quelli sanzionatori, quindi, lungi dal rappresentare un ostacolo alla piena giustiziabilità delle posizioni giuridiche sottese, deve piuttosto rappresentare un elemento idoneo a rafforzare gli strumenti di indagine e intervento*²⁸.

Inoltre, le qualificazioni del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità Indipendenti in termini di “estrinseco/intrinseco” e di “forte/debole” hanno certamente contribuito all’evoluzione della tematica in esame, consentendo il superamento della originaria insindacabilità degli atti medesimi.

Va rilevato, tuttavia, come detta evoluzione, originariamente incentrata sulla possibilità stessa di assoggettare tali provvedimenti al vaglio del G.A., abbia avuto conseguenze di ben più ampio respiro.

Sul punto, basti evidenziare come recentemente, la dottrina si sia chiesta se non sia ormai giunto il momento di «*passare da un sindacato intrinseco di attendibilità ad uno di maggiore attendibilità*»²⁹, attribuendo al giudice il potere di comparare – per l’appunto – l’attendibilità della valutazione dell’Autorità con quella delle ricostruzioni offerte delle parti, consentendogli, in tal modo, di «*ritenere che la valutazione dell’Amministrazione, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall’impresa sanzionata*»³⁰.

In definitiva, da quanto suesposto, si comprende come la materia *de qua* sia interessata da continui sviluppi, i quali, pur avendo radici comuni nella ormai riconosciuta sindacabilità degli atti delle Autorità indipendenti, sono giunti ad involgere molteplici profili, riguardanti più propriamente gli strumenti con cui essa debba essere esercitata,

²⁸ Così, C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹ V. R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2017.

³⁰ *Ibid.*

conformemente al principio di effettività della tutela ed all'art. 24 della Costituzione.