



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SIENA  
SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA  
SEZIONE DI DIRITTO PUBBLICO COMPARATO**

*Tesi di dottorato in cotutela con l'Université de Strasbourg  
Con il sostegno dell'Università italo-francese*

**I POTERI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI DI NATURA  
ECONOMICA ED I DIRITTI PROCEDIMENTALI DEI PRIVATI.**

**Le funzioni giustiziali dell'Autorità garante della concorrenza  
e del mercato, del *Conseil de la concurrence* e la Convenzione  
europea dei diritti dell'uomo.**

**COORDINATORE DELLA SCUOLA DI DOTTORATO  
Prof.ssa Tania Groppi**

**TUTOR**

**Prof.ssa Florence Benoit-Rohmer (Strasburgo)**

**Prof. Angelo Barba (Siena)**

**CANDIDATO  
Giorgio Giuliano**

**Anno Accademico 2007-2008**





UNIVERSITÀ  
ITALO  
FRANCESE

UNIVERSITÄ  
FRANCO  
ITALIENNE

**UNIVERSITE DE SIENNE  
ECOLE DOCTORAL EN DROIT ET ECONOMIE  
SECT. DROIT PUBLIC COMPARE**

**Thèse doctorale en cotutelle avec l'Université de Strasbourg  
Avec le soutien de l'Université franco italienne**

***LES POUVOIRS DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES  
INDÉPENDANTES ÉCONOMIQUES ET LES DROITS DE  
PROCEDURE DES PARTICULIERS.***

***Les compétences contentieuses de l'Autorità garante della  
concorrenza e del mercato, du Conseil de la concurrence et la  
Convention européenne des droits de l'homme.***

***DIRECTEUR DE L'ECOLE DOCTORALE A SIENNE***  
**M.me Tania Groppi**

**TUTOR**

**M.me Florence Benoit-Rohmer (Strasbourg)**

**M. Angelo Barba (Sienne)**

***CANDIDAT A LA SOUTENANCE***  
**Giorgio Giuliano**

**2007-2008**



## Sommario

|                                                                                                                                                                               |   |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SIENA.....                                                                                                                                         | 1 |
| SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA.....                                                                                                                               | 1 |
| SEZIONE DI DIRITTO PUBBLICO COMPARATO .....                                                                                                                                   | 1 |
| <i>Tesi di dottorato in cotutela con l'Université de Strasbourg</i> .....                                                                                                     | 1 |
| <i>Con il sostegno dell'Università italo-francese</i> .....                                                                                                                   | 1 |
| I POTERI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI DI NATURA ECONOMICA ED I DIRITTI<br>PROCEDIMENTALI DEI PRIVATI. ....                                                                     | 1 |
| LE FUNZIONI GIUSTIZIALI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL<br>MERCATO, DEL <i>CONSEIL DE LA CONCURRENCE</i> E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI<br>DIRITTI DELL'UOMO..... | 1 |
| COORDINATORE DELLA SCUOLA DI DOTTORATO .....                                                                                                                                  | 1 |
| Prof.ssa Tania Groppi.....                                                                                                                                                    | 1 |
| TUTOR.....                                                                                                                                                                    | 1 |
| Prof.ssa Florence Benoit-Rohmer (Strasburgo) .....                                                                                                                            | 1 |
| Prof. Angelo Barba (Siena).....                                                                                                                                               | 1 |
| CANDIDATO.....                                                                                                                                                                | 1 |
| Giorgio Giuliano .....                                                                                                                                                        | 1 |
| Anno Accademico 2007-2008 .....                                                                                                                                               | 1 |
| UNIVERSITE DE SIENNE .....                                                                                                                                                    | 3 |
| ECOLE DOCTORAL EN DROIT ET ECONOMIE.....                                                                                                                                      | 3 |
| SECT. DROIT PUBLIC COMPARE .....                                                                                                                                              | 3 |
| Thèse doctorale en cotutelle avec l'Université de Strasbourg .....                                                                                                            | 3 |
| Avec le soutien de l'Université franco italienne .....                                                                                                                        | 3 |

|                                                                                                                                   |          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>LES POUVOIRS DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ÉCONOMIQUES<br/>ET LES DROITS DE PROCEDURE DES PARTICULIERS. ....</b> | <b>3</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|

|                                                                                                                                                                                          |          |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>LES COMPETENCES CONTENTIEUSES DE L'AUTORITA GARANTE DELLA<br/>CONCORRENZA E DEL MERCATO, DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE ET LA<br/>CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. ....</b> | <b>3</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|

|                                                     |          |
|-----------------------------------------------------|----------|
| <b>DIRECTEUR DE L'ECOLE DOCTORALE A SIENNE.....</b> | <b>3</b> |
|-----------------------------------------------------|----------|

|                                |          |
|--------------------------------|----------|
| <b>M.me Tania Groppi .....</b> | <b>3</b> |
|--------------------------------|----------|

|                   |          |
|-------------------|----------|
| <b>TUTOR.....</b> | <b>3</b> |
|-------------------|----------|

|                                                      |          |
|------------------------------------------------------|----------|
| <b>M.me Florence Benoit-Rohmer (Strasbourg).....</b> | <b>3</b> |
|------------------------------------------------------|----------|

|                                      |          |
|--------------------------------------|----------|
| <b>M. Angelo Barba (Sienne).....</b> | <b>3</b> |
|--------------------------------------|----------|

|                                       |          |
|---------------------------------------|----------|
| <b>CANDIDAT A LA SOUTENANCE .....</b> | <b>3</b> |
|---------------------------------------|----------|

|                               |          |
|-------------------------------|----------|
| <b>Giorgio Giuliano .....</b> | <b>3</b> |
|-------------------------------|----------|

|                       |          |
|-----------------------|----------|
| <b>2007-2008.....</b> | <b>3</b> |
|-----------------------|----------|

|                       |          |
|-----------------------|----------|
| <b>SOMMARIO .....</b> | <b>V</b> |
|-----------------------|----------|

|                           |           |
|---------------------------|-----------|
| <b>INTRODUZIONE. ....</b> | <b>XI</b> |
|---------------------------|-----------|

|                                                            |          |
|------------------------------------------------------------|----------|
| <b>1 I MODELLI DI AUTORITÀ INDIPENDENTI ITALIANE. ....</b> | <b>1</b> |
|------------------------------------------------------------|----------|

|                                |          |
|--------------------------------|----------|
| <b>1.1 Cenni storici. ....</b> | <b>1</b> |
|--------------------------------|----------|

|                          |          |
|--------------------------|----------|
| <b>1.1.1 Italia.....</b> | <b>1</b> |
|--------------------------|----------|

|                           |          |
|---------------------------|----------|
| <b>1.1.2 Francia.....</b> | <b>3</b> |
|---------------------------|----------|

|                                                                   |          |
|-------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>1.2 Missione dell'Autorità e deficit rappresentativo. ....</b> | <b>5</b> |
|-------------------------------------------------------------------|----------|

|                                                                                                                       |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1.3 La tutela di diritti in applicazione della legge quale interesse pubblico assegnato alle<br/>Autorità.....</b> | <b>10</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                           |           |
|-------------------------------------------|-----------|
| <b>1.4 La natura dei loro poteri.....</b> | <b>16</b> |
|-------------------------------------------|-----------|

|                                                         |           |
|---------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1.5 La tecnica di adozione delle decisioni. ....</b> | <b>16</b> |
|---------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                                                          |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>2 I POTERI DI INCHIESTA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI E LA<br/>COMPATIBILITÀ CON L'ART. 6 CEDU.....</b> | <b>19</b> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                        |           |
|----------------------------------------|-----------|
| <b>2.1 L'esperienza francese. ....</b> | <b>19</b> |
|----------------------------------------|-----------|

|             |                                                                                                                               |    |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.2         | L'elaborazione della nozione di tribunale operata dalla Corte EDU: il "tribunale dotato di pienezza di giurisdizione".        | 19 |
| 2.2.1       | In materia di diritti ed obbligazioni di carattere civile.                                                                    | 20 |
| 2.2.1.1     | La sentenza <i>Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio</i> ed i procedimenti disciplinari a carico di medici.            | 20 |
| 2.2.1.2     | Il controllo di legittimità delle decisioni amministrative.                                                                   | 23 |
| 2.2.1.3     | La giurisprudenza <i>Zumtobel</i> .                                                                                           | 25 |
| 2.3         | Le garanzie di natura sostanziale.                                                                                            | 31 |
| 2.3.1       | "...tribunale indipendente e imparziale..."                                                                                   | 32 |
| 2.3.1.1     | Autorità e metodo inquisitorio: critica.                                                                                      | 32 |
| 2.3.1.2     | Indipendenza e imparzialità dell'Autorità: la normativa italiana.                                                             | 34 |
| 2.3.1.3     | La composizione del <i>Conseil de la concurrence</i> .                                                                        | 35 |
| 2.3.1.4     | Indipendenza e imparzialità del giudice: la giurisprudenza CEDU.                                                              | 35 |
| 2.3.1.5     | L'(in)separazione delle funzioni inquirenti e giudicanti.                                                                     | 41 |
| 2.3.1.5.1   | Le sentenze del <i>Conseil constitutionnel</i> .                                                                              | 41 |
| 2.3.1.5.2   | La tendenziale separazione fra funzioni di indagine e funzioni di giudizio nel diritto francese della concorrenza: la DGCCRF. | 42 |
| 2.3.1.5.3   | La giurisprudenza della CEDU sulla separazione delle funzioni.                                                                | 44 |
| 2.3.2       | "...costituito per legge..."                                                                                                  | 45 |
| 2.3.3       | "...sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti..."                                                   | 46 |
| 2.3.3.1     | La nozione di accusa.                                                                                                         | 49 |
| 2.3.4       | La fase preistruttoria e l'impulso al procedimento.                                                                           | 50 |
| 2.3.4.1     | L'AGCM.                                                                                                                       | 50 |
| 2.3.4.1.1   | L'archiviazione delle segnalazioni ed i poteri oppositivi dei privati.                                                        | 51 |
| 2.3.4.1.2   | Segnalazioni e silenzio dell'Autorità.                                                                                        | 53 |
| 2.3.4.1.3   | Le operazioni di concentrazione.                                                                                              | 54 |
| 2.3.4.2     | Il <i>Conseil de la Concurrence</i> .                                                                                         | 54 |
| 2.3.4.2.1   | Problematiche sulla <i>saisine d'office</i> .                                                                                 | 57 |
| 2.3.4.2.1.1 | In particolare: incompatibilità di alcuni profili con l'art. 6-1 CEDU.                                                        | 57 |
| 2.3.4.2.2   | Le concentrazioni economiche.                                                                                                 | 58 |
| 2.3.5       | L'attivazione dell'Autorità.                                                                                                  | 58 |
| 2.3.5.1     | I soggetti che partecipano al procedimento (art. 7 comma 1 lett. a) e b) Dpr 217/1998).                                       | 59 |

|             |                                                                                                                                                             |    |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.3.5.1.1   | L'AGCM.....                                                                                                                                                 | 59 |
| 2.3.5.1.2   | Il <i>Conseil de la concurrence</i> . ....                                                                                                                  | 60 |
| 2.3.5.1.3   | L'assistenza di un difensore: l'art. 6-3 c) della CEDU. ....                                                                                                | 61 |
| 2.3.5.2     | I requisiti del provvedimento di avvio del procedimento e gli oneri di notifica. ....                                                                       | 62 |
| 2.3.5.2.1   | L'AGCM.....                                                                                                                                                 | 62 |
| 2.3.5.2.1.1 | Il regime per le operazioni di concentrazione. ....                                                                                                         | 63 |
| 2.3.5.2.2   | Il <i>Conseil de la Concurrence</i> . ....                                                                                                                  | 64 |
| 2.3.5.2.3   | La CEDU: l'art. 6-3 a).....                                                                                                                                 | 65 |
| 2.3.5.3     | I diritti partecipativi. ....                                                                                                                               | 66 |
| 2.3.5.3.1   | Il diritto di essere sentiti.....                                                                                                                           | 68 |
| 2.3.5.3.1.1 | L'AGCM. ....                                                                                                                                                | 68 |
| 2.3.5.3.1.2 | Il <i>Conseil de la Concurrence</i> . ....                                                                                                                  | 69 |
| 2.3.5.4     | Il deposito di atti e documenti scritti.....                                                                                                                | 70 |
| 2.3.5.5     | Il diritto di accesso ai documenti in possesso dell'Autorità (art. 13 Dpr 217/1998). ....                                                                   | 70 |
| 2.3.5.5.1   | La disciplina italiana. Il <i>favor</i> legislativo nei confronti dei documenti contenenti informazioni industriali e commerciali. ....                     | 70 |
| 2.3.5.5.1.1 | I soggetti. ....                                                                                                                                            | 70 |
| 2.3.5.5.1.2 | La prevalenza della riservatezza sull'accesso per alcune categorie di documenti nella disciplina procedimentale avanti l'Antitrust... ....                  | 71 |
| 2.3.5.5.1.3 | ...e la prevalenza dei diritti di difesa (tra cui l'accesso) a livello di sistema, anche nel caso di informazioni di natura commerciale o industriale. .... | 74 |
| 2.3.5.5.2   | Il <i>Conseil de la concurrence</i> .....                                                                                                                   | 79 |
| 2.3.5.5.3   | L'accesso al dossier secondo la giurisprudenza CEDU. ....                                                                                                   | 80 |
| 2.3.5.5.3.1 | L'accesso al proprio dossier indicatore di un equo processo ex art. 6 CEDU. ....                                                                            | 80 |
| 2.3.5.5.3.2 | La tutela dei documenti di carattere professionale: l' art. 8 CEDU.. ....                                                                                   | 85 |
| 2.3.5.5.3.3 | La proprietà intellettuale: art. 1 Prot. 1.....                                                                                                             | 86 |
| 2.3.5.6     | I poteri istruttori. ....                                                                                                                                   | 88 |
| 2.3.5.6.1   | La richiesta di informazioni e l'esibizione di documenti. ....                                                                                              | 89 |
| 2.3.5.6.1.1 | L'AGCM. ....                                                                                                                                                | 89 |
| 2.3.5.6.1.2 | Il <i>Conseil de la concurrence</i> . ....                                                                                                                  | 90 |



|             |                                                                                                                                                           |     |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.3.5.6.2   | Le ispezioni (art. 10 Dpr 217/1998).....                                                                                                                  | 90  |
| 2.3.5.6.2.1 | L'istituto dell'ispezione amministrativa in Italia: diffusione e funzione. ....                                                                           | 90  |
| 2.3.5.6.2.2 | La disciplina delle ispezioni ordinate dall'AGCM.....                                                                                                     | 93  |
| 2.3.5.6.2.3 | Le ispezioni per la tutela della concorrenza disciplinate dal Code de commerce francese. ....                                                             | 94  |
| 2.3.5.6.2.4 | Lo status giuridico dei funzionari delle Autorità.....                                                                                                    | 97  |
| 2.3.5.6.2.5 | L'art. 8 della CEDU. ....                                                                                                                                 | 99  |
| 2.3.5.6.2.6 | Le sanzioni nel caso di mancata comunicazione dei documenti: l'art. 10 comma 2 Dpr 217/1998 e la compatibilità con l'art. 6-1 CEDU (sentenza Funke). .... | 104 |
| 2.3.5.7     | Le perizie (art. 11 Dpr 217/1998).....                                                                                                                    | 105 |
| 2.3.5.7.1   | AGCM.....                                                                                                                                                 | 105 |
| 2.3.5.7.2   | Il <i>Conseil de la Concurrence</i> . ....                                                                                                                | 105 |
| 2.3.5.8     | La presunzione di innocenza.....                                                                                                                          | 106 |
| 2.3.5.9     | I poteri cautelari.....                                                                                                                                   | 107 |
| 2.3.5.9.1   | L'AGCM.....                                                                                                                                               | 107 |
| 2.3.5.9.2   | Il <i>Conseil de la concurrence</i> . ....                                                                                                                | 108 |
| 2.3.5.9.3   | Le possibili violazioni della CEDU. ....                                                                                                                  | 109 |
| 2.3.6       | La chiusura del procedimento.....                                                                                                                         | 109 |
| 2.3.6.1     | AGCM.....                                                                                                                                                 | 109 |
| 2.3.7       | Le decisioni conclusive ed i poteri sanzionatori.....                                                                                                     | 111 |
| 2.3.7.1     | AGCM.....                                                                                                                                                 | 111 |
| 2.3.7.1.1   | La natura delle decisioni delle Autorità.....                                                                                                             | 114 |
| 2.3.7.2     | Il <i>Conseil de la concurrence</i> . ....                                                                                                                | 114 |
| 2.3.7.2.1   | La decisione di condanna (art. L464-2) e gli <i>engagement</i> . ....                                                                                     | 114 |
| 2.3.7.2.2   | La decisione di non luogo a procedere (art. L464-6).....                                                                                                  | 118 |
| 2.3.7.3     | I programmi di clemenza. ....                                                                                                                             | 118 |
| 2.3.7.3.1   | La <i>procédure de clémence</i> avanti al <i>Conseil de la concurrence</i> .....                                                                          | 119 |
| 2.3.7.3.1.1 | <i>Procédure de clémence</i> e diritti procedurali.....                                                                                                   | 123 |

### **3 IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DELLE DECISIONI DELL'AUTORITÀ.125**

|     |                 |     |
|-----|-----------------|-----|
| 3.1 | In Italia. .... | 125 |
|-----|-----------------|-----|

|          |                                                                                                                                    |            |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2      | In Francia. ....                                                                                                                   | 134        |
| 3.3      | Le sanzioni amministrative e l'art. 6-1 CEDU: il caso austriaco.....                                                               | 139        |
| 3.4      | Un esempio di incompatibilità sistematica con la CEDU: il sistema austriaco di controllo giurisdizionale di legittimità.....       | 141        |
| 3.5      | La risposta dell'Austria alle condanne di Strasburgo. ....                                                                         | 142        |
| <b>4</b> | <b>CONCLUSIONI.....</b>                                                                                                            | <b>145</b> |
| <b>5</b> | <b>APPENDICE.....</b>                                                                                                              | <b>151</b> |
| <b>6</b> | <b>RESUME EN FRANÇAIS.....</b>                                                                                                     | <b>153</b> |
| 6.1      | Autorités administratives indépendantes : une introduction.....                                                                    | 153        |
| 6.1.1    | La qualification normative.....                                                                                                    | 154        |
| 6.1.2    | La légitimation.....                                                                                                               | 154        |
| 6.1.3    | La mission. ....                                                                                                                   | 155        |
| 6.1.4    | Les pouvoirs.....                                                                                                                  | 155        |
| 6.1.5    | Le problème du contrôle juridictionnel des décisions des AAI italiennes. ....                                                      | 156        |
| 6.2      | Les arrêts de la Cour EDH. ....                                                                                                    | 156        |
| 6.2.1    | La jurisprudence <i>Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique</i> en matière de droits et obligations de caractère civil..... | 156        |
| 6.2.2    | Le volet civil et les sanctions administratives. ....                                                                              | 157        |
| 6.2.3    | Le volet pénal et les sanctions administratives. ....                                                                              | 159        |
| 6.2.4    | Les condamnations contre l'Autriche et la réforme du contentieux administratif autrichien. ....                                    | 160        |
| 6.3      | La procédure contentieuse devant les Autorités italienne et française. ....                                                        | 160        |
| 6.4      | Commentaire.....                                                                                                                   | 162        |
| <b>7</b> | <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>                                                                                                           | <b>163</b> |

## Introduzione.

Il dibattito sulle Autorità indipendenti è sempre stato di grande attualità. Diversi sono i profili che vengono analizzati dalla dottrina italiana, da aspetti più meramente privatistici quali le potestà delle Autorità indipendenti nell'intervenire sull'autonomia privata delle parti<sup>1</sup>, ad aspetti più pubblicistici e processuali. Copiosa è la dottrina che ha avuto modo di occuparsi del tema, e che ha dato del fenomeno letture molto diverse.

Un assunto di partenza è che le Autorità indipendenti non sono ordinarie amministrazioni: esse sfuggono alla concezione weberiana di amministrazione verticale ripartita per ministeri fedele realizzatrice delle direttive governative, innovandone profondamente la stessa natura<sup>2</sup>. Tuttavia, sono figure organizzatorie che non hanno ricevuto dalla dottrina una precisa definizione; sufficiente concordia è stata raggiunta solo nel precisare di che cosa non si tratti. Ciò precisato, cominciano però i - molti - dubbi.

Vi è chi definisce le Autorità indipendenti - MERUSI e PASSARO - l'esempio di una nuova *"tecnica di governo"* di alcuni settori pubblici, con il fine di tutelare determinati diritti fondamentali<sup>3</sup>, mentre AMATO<sup>4</sup> le definisce un *"fenomeno"* giuridico caratterizzato dalla storica rinuncia dello Stato al diretto intervento in economia. Si potrebbero paragonare le Autorità indipendenti a *"cunei"* che si inseriscono profondamente nella vita amministrativa dello Stato sottraendole settori di intervento, consacrando l'evoluzione – evidenziata da CARINGELLA – della PA *"da un modello piramidale ad un modello policentrico"*<sup>5</sup>. CAIANIELLO ritiene che le Autorità indipendenti sfuggano all'amministrazione, rappresentando in realtà perfino *"nuovi poteri pubblici non [...] più preposti alla cura di un interesse pubblico, [e che] dovrebbero assumere quel carattere arbitrale che deve essere necessariamente esercitato al*

---

<sup>1</sup> Cfr. Gregorio GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006.

<sup>2</sup> Per la diversità delle Autorità indipendenti rispetto alle ordinarie amministrazioni, cfr. Vincenzo CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, pag. 17, in cui è tratteggiata una tripartizione della vita amministrativa dello Stato, articolata in amministrazione tradizionale, amministrazioni indipendenti che esercitano funzioni amministrative (CSM), amministrazioni indipendenti che esercitano funzioni neutrali.

<sup>3</sup> Cfr. la ricostruzione operata da Fabio MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 2/2002, pagg. 181-207, che spinge questa lettura fino a considerare la posizione pretensiva del privato avanti alle Autorità indipendenti come un diritto soggettivo, e non un interesse legittimo.

<sup>4</sup> Giuliano AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, pagg. 645 ss.

<sup>5</sup> Francesco CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, pagg. 870 ss.

*riparo da ogni influenza politica*<sup>6</sup>; e sostiene che *“La collocazione dei nuovi organismi non sarebbe più nello Stato - persona, perché essi non sarebbero titolari di interessi pubblici, bensì nello Stato - ordinamento, dovendo in una posizione di terzietà garantire il rispetto delle regole nei confronti di tutti i soggetti che siano portatori di interessi, sia generali che settoriali che particolari”*<sup>7</sup>. Su questo filone si era collocata anche la riflessione di Rita PEREZ, che contesta dettagliatamente la stessa denominazione di “Autorità amministrativa indipendente”:

- “Autorità”: questa parola *“parrebbe evocare quel diverso modo di essere dei pubblici poteri [...], ma poi non serve a qualificare i nuovi organismi, sia sotto il profilo soggettivo [...], sia sotto quello degli atti posti in essere o del loro ambito di operatività [...]. Se ne deve concludere che il termine non possiede alcun valore giuridico”*<sup>8</sup>.
- “amministrativa”: *“è proprio sotto il profilo della varietà degli «atti autoritativi» di cui si servono [le Autorità] che esse appaiono di incerta collocazione, certamente non inquadrabili nell’ambito dell’organizzazione amministrativa”*<sup>9</sup>.
- “indipendente”: l’autrice riscontra una contraddittorietà fra l’indipendenza di cui le Autorità sono connotate, e la proclamata appartenenza all’amministrazione con l’uso dell’aggettivo “amministrativa”; in realtà è proprio *“l’indipendenza [...] la caratteristica principale per escludere la loro natura amministrativa”*<sup>10</sup>.

Un filone di interpretazione si concentra sulle situazioni giuridiche incise dai provvedimenti delle Autorità, che costituiscono lo *speculum* dell’interesse pubblico delle ordinarie amministrazioni.

La giurisprudenza amministrativa italiana, dal canto suo, si è molto concentrata sulle tecniche di adozione delle decisioni (discrezionalità amministrativa/discrezionalità tecnica).

Un altro crinale di interpretazione concerne i poteri delle Autorità, *“amministrativi, (quasi) giurisdizionali e normativi”*<sup>11</sup>; senza soffermarsi sulla nota *“crisi della legge”* che da tempo

---

<sup>6</sup> CAIANIELLO, *op. cit.*, pag. 33.

<sup>7</sup> IDEM.

<sup>8</sup> Rita PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1996, pagg. 124-125.

<sup>9</sup> IDEM, pag. 126.

<sup>10</sup> IDEM.

<sup>11</sup> Francesco RIGANO, *Le Autorità indipendenti nel sistema costituzionale*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2002, pag. 363.

aleggia nella dottrina italiana, è indubbio che l'attribuzione di poteri normativi ad alcune Autorità indebolisce ulteriormente lo storica doppia coppia istituzionale Parlamento-Governo e legge-regolamento<sup>12</sup>.

Vi è poi il problema dell'ancoraggio costituzionale<sup>13</sup> delle Autorità: e qui si va da tesi che esigono una revisione costituzionale per rendere le Autorità compatibili con il sistema costituzionale<sup>14</sup> a tesi che le considerano un modello di amministrazione alternativo a quello ministeriale<sup>15</sup> e che traspare dalla Costituzione<sup>16</sup>: senza considerare che le Autorità indipendenti sono in gran parte frutto della trasposizione della normazione comunitaria a livello interno<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> In tema di potestà regolamentare, ad esempio, la Costituzione della V<sup>a</sup> Repubblica francese contiene una disposizione, l'art. 21, che ascrive espressamente al Primo Ministro l'esercizio del potere regolamentare (mentre non è così nella Costituzione italiana): questo problema è stato affrontato dal *Conseil constitutionnel* d'oltralpe già negli anni ottanta in diverse decisioni (nn. 83-164 del 19 gennaio 1984 ed 86-217 del 18 settembre 1986), da ultima la n. 88-248 del 17 gennaio 1989 (su cui vedi più sotto, pagg. 41 ss.), con cui è stato riconosciuto che non è contraria alla Costituzione "l'attribuzione ad un'Autorità pubblica diversa dal Primo Ministro la cura di fissare norme che consentano di applicare una legge, a condizione che tale abilitazione non riguardi che misure di portata limitata sia per il campo d'applicazione che per il contenuto" (considerando 30) (per una ricognizione della giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* sulle leggi istitutive di alcune Autorità amministrative indipendenti cfr. più sotto, pagg. 41 ss.).

<sup>13</sup> Su quello valoriale, cfr. pag. XI e nota 403. Occorre precisare che il punto della compatibilità delle Autorità con la Costituzione non è influenzato solamente dalla loro novità, ma discende dalle interpretazioni che di volta in volta ricevono le disposizioni costituzionali sull'amministrazione: vedi le tre concezioni di pubblica amministrazione (un'amministrazione servente del Governo (art. 95), un'amministrazione imparziale (art. 97) ed un'amministrazione autonomistica (art. 5 Cost.) formulate da Mario NIGRO come citato in Marcello CLARICH, Guido CORSO, Vincenzo ZENO ZENCOVICH, *Le autorità indipendenti: un catalogo delle questioni aperte*, su [www.isimm.it](http://www.isimm.it). Cfr. anche nota 15.

<sup>14</sup> Cesare PINELLI, *La disciplina delle Autorità indipendenti*, su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), pag. 3. L'Autore non si sofferma sulle disposizioni che si assumono violate; *nulla quaestio* sul deficit rappresentativo su cui tanta dottrina si appunta (vedi pag. 5), e che è violazione di uno dei principi fondamentali dell'ordinamento, quello democratico.

<sup>15</sup> Le Autorità indipendenti violerebbero infatti il principio della responsabilità ministeriale dell'amministrazione (art. 95 comma 2 Cost.), componente essenziale del principio democratico: in CAIANIELLO, *op. cit.*, pag. 15; Giorgia PAVANI, *Le Autorità amministrative indipendenti in Italia*, su [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it) e Maurizio ALOISE, *Le Autorità amministrative indipendenti*, su [www.opinioiuris.it](http://www.opinioiuris.it). *Contra* Filippo DURANTE, *La legittimazione delle Autorità indipendenti ad essere parte nei conflitti di attribuzione*, su [www.ambienteditto.it](http://www.ambienteditto.it). Secondo Filippo LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle Autorità indipendenti*, in Sabino CASSESE e Claudio FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, pag. 20, è invece proprio la loro missione di tutela della legge (su cui diffusamente vedi pagg. 10 ss.) che consente alle Autorità di superare le censure di incostituzionalità in relazione al parametro dell'art. 95 comma 2 Cost., che si applicherebbe solamente alle amministrazioni dotate di discrezionalità amministrativa. Per RIGANO, *op. cit.*, pag. 365, potrebbe essere l'art. 5 Cost. sul decentramento amministrativo a poter rendere compatibili le Autorità.

<sup>16</sup> Roberto GAROFOLI, *Procedimento, accesso ed autorità indipendenti*, in Francesco CARINGELLA, Roberto GAROFOLI, M. Teresa SEMPREVIVA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003, pagg. 307 ss. Cfr. LONGO, *op. cit.*, pag. 17.

<sup>17</sup> Fabio MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in Franco GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Il Mulino, Bologna, 2001, pagg. 26 ss. Una diversa, ma molto interessante, ricostruzione del rapporto fra Autorità antitrust e Costituzione è offerta da Carlo PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d.*

Insomma, un “*erompere*” (per riprendere un grande classico<sup>18</sup> sulle Autorità) cui però non è facile trovare formule definitorie, anche per la grande confusione normativa che le caratterizza<sup>19</sup>.

Oltre alla classificazione, difficoltà sorgono anche in relazione a quali soggetti di diritto pubblico possano essere qualificate Autorità indipendenti. Prescindendo da indizi formali quali la denominazione, in Italia la dottrina è pacifica nel considerare Autorità indipendenti i seguenti soggetti:

- Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)
- Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM o antitrust)
- Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)
- Autorità indipendente per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
- Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali
- Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB)
- Garante per la protezione dei dati personali

Confusione sussiste anche sui requisiti per qualificare un organo amministrativo come Autorità indipendente<sup>20</sup> e, *last but not least*, sul problema – anch’esso aperto – del sindacato giurisdizionale.

Emerge, quindi, una grande incertezza su che cosa siano le Autorità. In questo lavoro ci si propone di dimostrare, attraverso lo studio della giurisprudenza della Corte EDU, che alle

---

*legge antitrust*), in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1996, pagg. 29-70. L’Autore non collega la genesi delle Autorità esclusivamente ai vincoli comunitari, ma la lega anche al comma 2 dell’art. 41 ed al concetto di “utilità sociale” ivi espresso, che, nella contestualizzazione odierna del ruolo dello Stato dell’economia, esprime ormai l’obbligo che le attività economiche siano svolte in regime di concorrenzialità: vedi IDEM, pagg. 55 ss. nonché la nota 159 per una rassegna delle varie interpretazioni e posizioni dottrinali sull’utilità sociale di cui all’art. 41 Cost.

<sup>18</sup> Alberto PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997.

<sup>19</sup> Per proposte di riforma cfr. Filippo PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in CASSESE e FRANCHINI (a cura di), *I garanti, cit.*, pag. 31 ss.

<sup>20</sup> Cfr. Sabino CASSESE e Claudio FRANCHINI, *Presentazione*, in CASSESE e FRANCHINI (a cura di), *I garanti, cit.*, pag. 11: “Alcuni tratti comuni costituiscono una nota caratteristica di queste autorità. In primo luogo, esse non fanno pienamente parte dell’esecutivo, essendo sottratte agli indirizzi di governo. In secondo luogo, non sono collocate in un ordine gerarchico, ma sono punti di un ordinamento organizzativo reticolare. In terzo luogo, sono collegate ad organi stranieri equivalenti, superando, così, i limiti territoriali dello Stato al quale appartengono. Infine, per la cura di interessi collettivi di particolare rilevanza svolgono funzioni che sono in parte amministrative, in parte normative e in parte giurisdizionali”.

Autorità indipendenti può essere applicato l'art. 6 della CEDU nell'interpretazione che ne ha dato la Corte EDU quando si trovino a svolgere attività di risoluzione delle controversie.

Innanzitutto verranno sottoposti a verifica tutti i passaggi procedurali che disciplinano lo svolgimento di un'istruttoria da parte dell'Autorità antitrust ai fini dell'irrogazione di sanzioni per violazione delle norme sulla concorrenza. Poi, sarà la volta del successivo controllo giudiziario vigente in Italia sulle decisioni dell'Autorità antitrust ad essere analizzato rispetto a quella giurisprudenza CEDU che ha elaborato il diritto ad un tribunale dotato di pienezza di giurisdizione in alcune delle sue decisioni: un contributo interessante è offerto in questo senso da alcuni casi che riguardano l'ordinamento austriaco.

Tuttavia, a chi scrive non sembrava che la sola analisi della compatibilità fra istruttoria procedimentale avanti l'Autorità antitrust italiana e giurisprudenza CEDU fosse sufficiente; occorreva anche una conferma che la giurisprudenza CEDU è applicabile anche ad istruttorie di natura amministrativa. Tale conferma arriva dall'analisi del sistema francese, in cui il controllo del giudice sulle decisioni del *Conseil de la concurrence* è un controllo molto più invasivo, ove si applica ormai pacificamente l'art. 6 (ed a volte anche l'art. 8) della CEDU alle procedure istruttorie.

Infine, un'annotazione di natura pratica: nel corso della stesura ci si è resi conto che affrontare l'esame di tutte le Autorità indipendenti italiane in comparazione con la Francia (ove le Autorità indipendenti sono molte di più, anche per un problema definitorio non secondario) sarebbe stato un compito troppo ampio: ci si è, quindi, limitati all'esame dell'Autorità antitrust italiana e del *Conseil de la Concurrence* francese, che, in quanto autorità con compiti di regolazione, fra cui fondamentale è la potestà sanzionatoria, presentano indubbi aspetti di interesse.





## 1 I modelli di Autorità indipendenti italiane.

Le Autorità indipendenti presenti nel nostro ordinamento sono state oggetto di vari tentativi di sistematizzazione tramite l'approntamento di modelli, che sono:

- Due per PAJNO (un modello procedimentale-partecipativo ed un modello di regolazione)<sup>21</sup> e per CINTIOLI (un'attività di vigilanza ed una di regolazione)<sup>22</sup>. Alcune Autorità compendiano tutti questi modelli (è il caso dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas o l'Autorità garante per i dati personali), altre invece uno solo (l'Autorità antitrust)
- Due per RIGANO (un modello di tutela di diritti e libertà e un modello di regolazione)<sup>23</sup>
- Tre per AMATO (un modello di Autorità votato esclusivamente all'aggiudicazione quale l'Autorità antitrust, un modello con competenze schiettamente amministrativistiche quale l'AEEG, un modello che compendia funzioni di aggiudicazione e funzioni schiettamente amministrativistiche quale l'AGCOM)<sup>24</sup>

Ad ogni modo si può ben condividere l'opinione di PAJNO secondo cui si tratta di attività riconducibili sotto l'etichetta di *"finalità di regolazione in senso ampio"*<sup>25</sup>.

### 1.1 Cenni storici.

#### 1.1.1 Italia.

La nascita delle Autorità indipendenti in Italia è controversa, e varia a seconda dell'impianto modellistico proposto. Escludendo la "rifondazione" della Banca d'Italia nel

---

<sup>21</sup> Alessandro PAJNO, *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, su [www.giur.uniroma3.it](http://www.giur.uniroma3.it), pagg. 3 ss. Altrove sempre PAJNO (*L'esercizio di attività in forme contenziose*, in CASSESE e FRANCHINI (a cura di), *I garanti*, cit., pagg. 108 ss., non pone però questa distinzione in termini netti, bensì si riferisce alla "prevalenza" dell'una o dell'altra.

<sup>22</sup> Fabio CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 326, il quale ritiene che i due modelli possano essersi ricondotti ad un *unum* unitario. *Contra* LONGO, *op. cit.*, pagg. 21-22.

<sup>23</sup> RIGANO, *op. cit.*, pag. 363.

<sup>24</sup> Cfr. AMATO, *op. cit.*, pagg. 647 ss., che per aggiudicazione intende la potestà di "decidere casi concreti applicando la legge".

<sup>25</sup> Cfr. PAJNO, *L'esercizio di attività*, cit., in CASSESE e FRANCHINI (a cura di), *I garanti*, cit., pag. 108.

quadriennio 1936-1940<sup>26</sup>, su cui la dottrina è divisa nel qualificarla “Autorità indipendente”, la prima, vera Autorità indipendente introdotta nel nostro ordinamento è stata la Consob<sup>27</sup>, con quella che potremmo definire (prendendo a prestito un’espressione cara ai costituzionalisti) la “prima ondata” nell’introduzione di queste nuove figure istituzionali<sup>28</sup>. Tuttavia, è il 1990 che inaugura la “fioritura”<sup>29</sup> di questo fenomeno, con l’istituzione della Commissione di garanzia dell’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali<sup>30</sup> e dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (o Autorità antitrust)<sup>31</sup>, mentre negli anni successivi vengono istituite l’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici<sup>32</sup> (ora Autorità indipendente per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), l’Autorità per l’energia elettrica e il gas (AEEG)<sup>33</sup>, il Garante per la protezione dei dati personali<sup>34</sup> e l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)<sup>35</sup>. Le ragioni della loro nascita sono diverse, e saranno in parte indagate più sotto, pagg. 5 ss.: ad ogni modo, in poco meno di un decennio si assiste al fenomeno di arretramento dello Stato da importanti settori tradizionalmente di sua competenza, una “fuga dall’amministrazione”<sup>36</sup>.

---

<sup>26</sup> R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375 successivamente modificato dal R.D.L. 17 luglio 1937, n. 1400. I due decreti furono poi trasposti, rispettivamente, nelle leggi 7 marzo 1938, n. 141 e 7 aprile 1938, n. 636 (identiche nel contenuto). La legge 10 giugno 1940, n. 933, che apportò alcune modificazioni, completò il quadro originario. Fabio MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000, pagg. 45 ss., nega che la Banca d’Italia sia un’Autorità indipendente in tutte le proprie funzioni. *Contra* cfr. CAIANIELLO, *op. cit.*, pag. 19: “E’ la Banca d’Italia quella che può invece accostarsi alla figura delle «Autorità indipendenti» di più recente istituzione in ragione di alcune sue funzioni”.

<sup>27</sup> Legge 7 giugno 1974, n. 216, e legge 4 giugno 1985, n. 281.

<sup>28</sup> Tuttavia l’istituzione della Consob non fu immediatamente percepita dalla dottrina come uno spartiacque: Vedi CAIANIELLO, *op. cit.*, pagg. 1 ss., che ricorda quanto, all’inizio, fosse contrario a dare una configurazione giuridica nuova alla Consob, i cui membri ed il cui funzionamento interno erano condizionati in profondità dal Governo a tal punto da ricordare “*modelli tradizionali di organizzazione amministrativa*” (in IDEM, *op. cit.*, pag. 6, e più specificatamente pagg. 28 ss.).

<sup>29</sup> Alberto PERA, *Autorità di regolazione e controllo nei settori economici*, in GRASSINI (a cura di), *op. cit.*, pag. 97.

<sup>30</sup> Legge 12 giugno 1990 n. 146.

<sup>31</sup> Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>32</sup> Legge 11 febbraio 1994, n. 109.

<sup>33</sup> Legge 14 novembre 1995, n. 481.

<sup>34</sup> Legge 31 dicembre 1996, n. 675.

<sup>35</sup> Legge 31 luglio 1997, n. 249.

<sup>36</sup> Vincenzo CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in GRASSINI (a cura di), *op. cit.*, pagg. 49-50.

### 1.1.2 Francia.

L'ordinamento transalpino è stato il primo ordinamento europeo ad adottare la nuova figura istituzionale delle Autorità, che tuttavia non nasce dal nulla ma può vantare almeno due antecedenti istituzionali. Nel 1953, infatti, il *Décret* n°53-707 del 9 agosto 1953 "relativo al controllo dello Stato sulle imprese pubbliche nazionali ed alcuni organismi d'oggetto economico o sociale" aveva introdotto una *Commission technique des ententes* di natura consultiva, sostituita poi da una *Commission de la concurrence* con *Loi* n°77-806 del 19 luglio 1977 "relativa al controllo delle concentrazioni economiche ed alla repressione delle intese illecite e dell'abuso di posizione dominante". Anche quest'ultimo organo manteneva una funzione consultiva, in particolare nei confronti del Ministro dell'economia cui le segnalazioni della *Commission* erano indirizzate. Alla fine degli anni Settanta si è assistito oltralpe all'esplosione delle Autorità indipendenti, in maniera pragmatica ma non casuale. In un primo tempo, il fenomeno si è prefissato di tutelare i cittadini da eccessive invasioni della sfera privata da parte delle nuove tecnologie (è il caso della *Commission nationale de l'informatique et des libertés*<sup>37</sup>). E', invece, solo verso la metà degli anni ottanta che si assiste al rafforzamento dei poteri delle Autorità più prettamente economiche, in linea con l'avvento delle nuove politiche di economia pubblica basate sulle ri-privatizzazioni delle società miste. Il Governo Chirac II, dopo la vittoria della destra (RPR-UDF) alle elezioni politiche del 1986, decide di ridare impulso all'iniziativa privata smantellando per quanto possibile la politica di nazionalizzazioni inaugurata dalla presidenza Mitterrand all'inizio del mandato. In questo contesto si inserisce anche la creazione del *Conseil de la concurrence*, fondato sulle ceneri della *Commission de la concurrence* ma che presenta funzioni che lo rendono molto diverso dal suo predecessore. Il *Conseil de la Concurrence* nasce tramite l'*Ordonnance* 86-1243 del 1° dicembre 1986, adottata in seguito a delega della legge 86-793 che autorizzava il Governo a prendere provvedimenti di natura economica e sociale<sup>38</sup>. Di poco precedente era stata la creazione di un ufficio

---

<sup>37</sup> Legge 78-17 del 6 gennaio 1978.

<sup>38</sup> Fattispecie prevista dall'art. 38 della Costituzione della Quinta Repubblica. E' bene ricordare che l'*Ordonnance* 86-1243 non è stata mai ratificata (come invece prescrive l'art. 38 comma 2) dal Parlamento, ciononostante è stata riconosciuta efficace dalla giurisprudenza poiché ad essa si sono riferite numerose leggi successive: per approfondire cfr. Guy CANIVET, *Concurrence – Institutions nationales* in *Juris-classeur de Procedure civile*, fasc. 390.

amministrativo che in Francia gioca tutt'ora un ruolo molto importante nella disciplina della concorrenza: la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)*, creata con *Décret* n. 85-1152 del 5 novembre 1985.

Emerge quindi che la Francia affianca, ad un'Autorità indipendente che ripercorre il classico modello europeo (se così si può dire), anche un tipico organo ministeriale che rientra nella tradizionale organizzazione amministrativa francese e che è espressamente deputato all'implementazione della concorrenza, una caratteristica in Italia sconosciuta. Tale parallelismo (su cui vedi anche più sotto, pagg. 42 ss.) cosa comporta? Innanzitutto emerge una considerazione di carattere generale, ovvero il ruolo e l'importanza della concorrenza del mercato in Francia, un'importanza che data addirittura dal 1945, data dell'adozione dell'*Ordonnance* 45-1484 con cui il legislatore pose già alcune norme a tutela della concorrenza, e che rimase il testo di riferimento per questo settore, nonostante successive modifiche, fino all'entrata in vigore dell'*Ordonnance* 86-1243 sopra ricordata. Ma, se vista con gli occhi dell'osservatore italiano, la novità rappresentata da un'Autorità indipendente economica in un Paese istituzionalmente così centralizzato e verticale va ridimensionata: accanto a questa nuova figura, quasi in guisa di tutore, è stato infatti inserito un classico organo amministrativo che ha impedito che la pubblica amministrazione perdesse del tutto il controllo di questo settore così importante dell'economia. La presenza di due autorità pubbliche di controllo e regolazione dell'economia (il *Conseil de la concurrence* e la *DGCCRF* presso il Ministero dell'economia) è stata tuttavia fonte di perplessità per il ruolo giocato dagli organi ministeriali, nonché per l'eccessivo dispendio di risorse per alimentare due soggetti distinti le cui competenze, nei casi di istruttoria, tendono a sovrapporsi.

Molto recentemente questa bipartizione è stata di nuovo oggetto di proposte di riforma: la *Commission pour la libération de la croissance française (Commission Attali)*, infatti, ha dedicato nel suo *Rapport*<sup>39</sup> alcune delle sue proposte (dalla 187 alla 190) proprio alla riforma del sistema di regolazione dell'economia, con l'obiettivo di concentrare in un'unica Autorità indipendente, di nuova istituzione e denominata "*Autorité de la concurrence*", tutti i compiti relativi all'implementazione della concorrenza. Ne dovrebbe risultare, di conseguenza, la spoliazione dell'apparato statale ministeriale di quegli ultimi

---

<sup>39</sup> Su [www.liberationdelacroissance.fr](http://www.liberationdelacroissance.fr).

poteri di governo dell'economia, già fatto compiuto nella maggior parte degli altri paesi europei ai cui sistemi la Commissione si ispira (vedi dettagliatamente più sotto, pag. 44 ss.).

## 1.2 Missione dell'Autorità e deficit rappresentativo.

L'indipendenza istituzionale di cui godono le Autorità indipendenti ha ingenerato in dottrina un ampio dibattito su quali siano le condizioni per rendere questi soggetti compatibili con l'ordinamento: il dibattito ha soprattutto individuato il problema del "deficit democratico" delle Autorità, ovvero un'insufficiente raccordo con i tradizionali poteri dello Stato, ma soprattutto la loro attitudine a sfuggire ai reciproci controlli che i vari poteri esercitano l'uno nei confronti dell'altro.

Innanzitutto, vi è chi ritiene che le Autorità siano invece sufficientemente raccordate al legislativo: la loro soggezione alla legge, infatti, le renderebbe responsabili di fronte al Parlamento, che ne potrebbe sempre cambiare la disciplina e prevedere forme più strette di raccordo e collaborazione<sup>40</sup>.

La maggior parte della dottrina ritiene, invece, che le Autorità indipendenti siano caratterizzate da un insuperabile deficit rappresentativo<sup>41</sup>. Anche in questo caso, però, le risposte a questa critica sono molto diverse; la maggior parte dei commentatori ritiene che il difetto di investitura democratica delle Autorità possa essere risolto tramite l'esaltazione dei diritti procedimentali dei privati<sup>42</sup>. Ai poteri fondati sulla discrezionalità dell'amministrazione deve fare da contraltare un allargamento dei diritti partecipativi<sup>43</sup>, che per essere efficaci devono necessariamente essere collocati "*nelle fasi che precedono l'adozione di provvedimenti aventi natura esecutiva*"<sup>44</sup>. Esigenza tanto più

---

<sup>40</sup> CERULLI IRELLI, *op. cit.*, in GRASSINI (a cura di), *op. cit.*, pag. 54.

<sup>41</sup> In effetti, la disciplina della maggior parte delle Autorità è priva di indicazioni sull'esercizio di un eventuale potere di scioglimento: in PEREZ, *op. cit.*, pagg. 142 ss.

<sup>42</sup> Cfr. MERUSI, *Giustizia amministrativa*, *op. cit.*, pag. 196; PAJNO, *Il giudice delle Autorità*, *op. cit.*, pag. 4;

<sup>43</sup> Vedi Mario SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto amministrativo*, 2/2002, pag. 306.

<sup>44</sup> *IDEM*, pag. 309. Sabino CASSESE (*La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/2007, pagg. 14 ss.) elenca tre motivi che militano a favore della partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: 1) Consentire all'amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi sui quali essa deve basare le sue scelte 2) permettere al privato di far valere i suoi diritti fin dalla fase preparatoria della decisione 3) assicurare il coinvolgimento dei privati interessati nel processo decisionale.

avvertita nel caso delle Autorità indipendenti; dell'Autorità antitrust, ad esempio, i cui poteri di "polizia economica"<sup>45</sup> esorbitano da quelli di un'amministrazione tradizionale.

Vi è, invece, chi ritiene che sufficiente garanzia di rispetto degli "standard democratici" da parte delle Autorità sia il successivo controllo affidato ad un giudice, il cui sindacato è in grado di relativizzare il problema del deficit democratico<sup>46</sup> perché sottopone comunque a controllo giurisdizionale l'attività delle Autorità impedendo abusi a danno dei privati.

Nella dottrina francese, come in quella italiana, si associa la comparsa delle Autorità indipendenti alla crisi dello Stato, ovvero all'incapacità dell'amministrazione tradizionale di poter gestire determinati settori in maniera imparziale; da ciò l'esigenza di riassegnare al mercato il controllo di determinati settori pubblici – privatizzandoli. Partendo da quest'ottica parte della dottrina sembra accettare il deficit di legittimità delle Autorità indipendenti come dato incontrovertibile<sup>47</sup>. Tale orientamento è influenzato anche dalle scelte del legislatore di istituire, accanto alle *Autorités administratives indépendantes* o

---

<sup>45</sup> Da Marcello CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in CASSESE e FRANCHINI (a cura di), *I garanti*, cit., pagg. 160-161.

<sup>46</sup> "Se le scelte dell'Autorità sono verificate in modo intenso dal giudice, il problema tuttora irrisolto di una legittimazione democratica dell'Autorità diventa meno grave, anche in presenza di atti di regolazione: baricentro del sistema diventa il giudice", in Aldo TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, su [www.cesifin.it](http://www.cesifin.it), pag. 8. Una lettura parzialmente diversa del ruolo della giurisdizione è offerta da Giacinto DELLA CANANEA, *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in Fabio FRANCIOSI (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 81, in cui si prende atto che l'"erompere" delle Autorità indipendenti ha modificato l'"offerta di giustizia", rendendo il giudice "l'istituto saliente, ai fini della tutela, non più l'unico. [...] Di conseguenza, cambia inevitabilmente anche la posizione dei giudici nell'ordinamento". Vedi anche più sotto, pag. 9 e nota 57.

<sup>47</sup> Ciò si spiega con la consuetudine tipicamente francese all'alta dirigenza tecnocratica non elettiva. Quanto all'importazione del modello dagli Stati Uniti cfr. Martine LOMBARD, *La régulation dans un Etat de droit*, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (a cura di), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences po et Dalloz, Parigi, 2004, su [www.regulation.sciences-po.fr](http://www.regulation.sciences-po.fr), pag. 29, nonché Elisabeth ZOLLER, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie*, in *Revue française de droit administratif*, 4/2004, pagg. 757-771, ove viene congruamente confutata l'idea che le Autorità indipendenti siano state importate *sic et simpliciter* dagli Stati Uniti. L'indipendenza (intesa come irresponsabilità politica/non legittimazione democratica) che correde le *Authorities* in Europa non avrebbe, infatti, nulla a che fare né con gli Stati Uniti né con il modello comunitario. Negli Stati Uniti, infatti, le *Independent Agencies* subiscono un controllo da parte del Presidente (trasmissione di rapporti, analisi di impatto), e la loro attività di normazione di carattere generale può essere bloccata dal Congresso tramite un veto legislativo (dalla procedura, tuttavia, piuttosto articolata). Molto dibattuto e non ancora risolto è, negli Stati Uniti, il rapporto fra Autorità e sovranità del Congresso, sul quale si rimanda diffusamente a ZOLLER, *op. cit.*

AAI, le *Autorités publiques indépendantes* o API<sup>48</sup>. Alcune Autorità indipendenti d'oltralpe, infatti, sono state recentemente riqualificate in quanto il legislatore ha deciso di conferire loro la cosiddetta "*personnalité morale*", ovvero la capacità giuridica; ciò le ha rese capaci di stare in giudizio e le ha conferito maggiore autonomia nella gestione delle risorse finanziarie; tuttavia, tra API ed i modelli di AAI più avanzati sembrano esserci più analogie che differenze, e ciò evidenzia così un processo in cui, al di là delle qualificazioni normative, le Autorità si sono ormai allontanate dalle manifestazioni della politica all'interno delle strutture statali, e cominciano ormai a prendere le distanze dalle stesse strutture dello Stato<sup>49</sup>.

Il problema del rafforzamento dei diritti di partecipazione, e soprattutto del contraddittorio, è in realtà un problema che affligge non solo le procedure avanti le Autorità, ma più in generale la pubblica amministrazione, prescindendo dalla sua organizzazione o dalla sua legittimazione. In realtà, esaltare il deficit rappresentativo delle Autorità appare piuttosto una reazione forse eccessiva<sup>50</sup> della dottrina all'affacciarsi nel panorama giuridico di un organo che sfugge alle tradizionali classificazioni, e nei confronti del quale non si sono ancora elaborati dei validi modelli. E' facile constatare che gli ordinamenti pluralisti annoverano organi e funzioni amministrative le cui attività sfuggono ad un controllo immediato da parte dei consociati: anzi, è il sistema amministrativo ad essere nel suo complesso svincolato da un diretto controllo dell'elettorato, proprio in ossequio al principio di separazione dei poteri; il cosiddetto "controllo democratico" dell'amministrazione rimane sicuramente di attualità, ma ciò non giustifica parlarne solo per le sole Autorità indipendenti. L'amministrazione pubblica (nelle sue varie articolazioni) detiene poteri autoritativi ugualmente cogenti, se non di più; ma il suo strutturale "deficit rappresentativo" non è mai stato messo seriamente in discussione da parte della dottrina, in quanto da contraltare farebbe il tradizionale collegamento con l'organo politico di vertice. Che il diverso atteggiamento verso le Autorità sia ipoteticamente da ricercare nella confusione

---

<sup>48</sup> Vedi Michel DEGOFTE, *Les Autorités publiques indépendantes*, in *Actualité juridique de droit administratif*, 12/2008, pagg. 622-629.

<sup>49</sup> Vedi DEGOFTE, *op. cit.*, pag. 623.

<sup>50</sup> Vedi tuttavia i timori in CAIANIELLO, *op. cit.*, pagg. 41 ss., sul pericolo che organismi non rappresentativi possano prendere decisioni politiche.

fra poteri normativi e paragiurisdizionali, che la normale amministrazione non detiene, cui si affianca un problema di legittimazione?<sup>51</sup>

Insomma, il problema di una rappresentanza democratica delle Autorità potrebbe apparire capzioso, a meno di non estenderlo alla totalità della pubblica amministrazione. Nel caso delle Autorità, un modello di nomina dei membri che rispondesse ad esigenze diverse da quelle della competenza (e probabilmente in ultima istanza politiche), o un modello di responsabilità verso organi di natura politica aprirebbe infatti le porte a pesanti ingerenze che avrebbero nefasti effetti sulla bontà dell'attività dell'Autorità stessa<sup>52</sup>.

Analoga sorte per il rafforzamento dei diritti di partecipazione, e soprattutto del contraddittorio: un problema che affligge le procedure avanti le Autorità, ma più in generale la pubblica amministrazione, prescindendo dalla sua organizzazione o legittimazione. Ciò significa separare le due questioni della legittimazione e della partecipazione: non è, infatti, possibile sovrapporre alla fonte del potere l'esercizio di esso.

Per quanto concerne la legittimità delle Autorità, ovvero il loro legame con istanze politiche, si tratta di un dato che va valutato in relazione alle singole sensibilità nazionali: tuttavia non è opportuno renderlo un aspetto dirimente per l'apprezzamento delle attività delle Autorità indipendenti. La questione della legittimità di un organo si fa rilevante ove le scelte che deve adottare non siano condivise e non facciano parte del patrimonio politico-istituzionale di un determinato paese; le Autorità indipendenti, invece, svolgono funzioni e compiti che sono unanimemente condivisi dalle forze politiche, e che proprio per questo possono essere ormai affidati a enti diversi<sup>53</sup>. Di più, l'istituzione delle Autorità di regolazione costituisce un vero e proprio *turning point* nella ridefinizione dei compiti pubblici: *“gli obiettivi dell'intervento non sono più «altri» rispetto a quelli del mercato, ma gli stessi: il passaggio dallo Stato produttore a quello*

---

<sup>51</sup> Cfr. più sotto, pag. 147 e note 409 e ss.

<sup>52</sup> Proprio la competenza e padronanza tecnica delle problematiche del settore regolato sarebbe fonte di legittimazione secondo CINTIOLI, *Giudice amministrativo*, op. cit., pag. 332.

<sup>53</sup> Un'altra interpretazione – più maliziosa – dei rapporti fra classe politica e Autorità indipendenti è che, in questo modo, la politica può, agli occhi dei cittadini, addossare alle Autorità la responsabilità di scelte impopolari o controverse: cfr. Mark THATCHER, *Concurrence ou complémentarité? A propos de la délégation des pouvoirs*, in *Revue française d'administration publique*, 1/2004, pag. 51.



regolamentatore corrisponde al fatto che l'efficienza è divenuta il criterio guida dell'intervento pubblico"<sup>54</sup>. Un'interpretazione più maliziosa ascrive invece alla comparsa del bipolarismo in Italia la nascita delle Autorità indipendenti: la sottrazione di importanti settori dell'amministrazione dalla politica e la loro consegna alle Autorità (per la nomina dei componenti delle quali la legge prevede di norma degli accordi *bipartisan*: vedi più sotto sull'AGCM, pagg. 34 ss.) costituirebbe una sorta di garanzia dell'opposizione, in caso di mutamenti di maggioranza, a ritagliarsi degli spazi decisionali<sup>55</sup>.

La fuga dalla politica rappresenta comunque una precisa scelta di politica pubblica<sup>56</sup>, che però non significa rendere le Autorità acefale: è, infatti, il controllo giurisdizionale a operare un controllo sul loro operato ed a censurarne le eventuali illegittimità<sup>57</sup>. Ciò è tanto più vero nel caso di quelle Autorità, come l'Antitrust in Italia, incaricate di rimediare alle violazioni delle regole di concorrenzialità del mercato in via successiva: la loro sottrazione ai canoni dell'investitura democratica, infatti, può essere ben bilanciata ove le Autorità indipendenti possano assicurare ai privati solide garanzie procedurali<sup>58</sup>.

Del resto, la scelta dello Stato di "*legarsi le mani*"<sup>59</sup> risponde ad una diversa esigenza: la credibilità dell'azione di regolazione del mercato, la cui concorrenzialità è ormai vista

---

<sup>54</sup> Alberto PERA, *op. cit.*, pag. 98. Ciò non deve necessariamente significare, tuttavia, uno snellimento delle strutture pubbliche, anzi: "*Lo Stato, avendo per così dire «metabolizzato» gli enti pubblici, ha perduto la sua unitarietà, ma frammentandosi [...] è diventato oggi più «ingombrante». Sono, infatti, aumentati i soggetti che costituiscono la pubblica amministrazione [...] e sono cresciuti gli interessi, spesso confliggenti, perseguiti dallo Stato [...], divenuto oggi un organismo multifunzionale [...] e multiorganizzativo*", in PEREZ, *op. cit.*, pagg. 116-117.

<sup>55</sup> Su tale fenomeno negli Stati Uniti cfr. Antonio LA SPINA e Sabrina CAVATORTO, *Le Autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, pag. 22.

<sup>56</sup> LONGO, *op. cit.*, pag. 15. Per CAIANIELLO, *op. cit.*, pag. 37, le Autorità indipendenti sono "*espressione di un rapporto nuovo tra Stato e Società*".

<sup>57</sup> Rendendole nello stesso tempo compatibili con il dato costituzionale: in CINTIOLI, *Giudice amministrativo*, *op. cit.*, pag. 369. L'importanza del controllo giurisdizionale sull'attività delle Autorità è, inoltre, confermata anche dai dubbi che sui loro atti possa essere esercitato il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: cfr. (per una risposta positiva) Leopoldo MAZZAROLLI, *Ricorso straordinario e amministrazioni indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 3/2002, pagg. 393-411. Vedi, inoltre, più sopra, nota 46.

<sup>58</sup> Cfr. Marcello CLARICH, *Autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2005, pagg. 96-97.

<sup>59</sup> Per usare un'espressione di Michele POLO, *Le Autorità indipendenti: un'analisi economica e una proposta di riordino*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2002, pag. 378.

come implementazione dei diritti costituzionali dei cittadini. Le imprese che vedano la loro attività regolata e disciplinata da un organo non politico bensì altamente tecnico sono meno mal disposte a piegarsi a quelle regole rispetto ad un organo dell'amministrazione tradizionale, le cui decisioni sono sempre colorate da motivazioni politiche che le rendono poco credibili<sup>60</sup> per gli operatori economici, terrorizzati da improvvisi mutamenti di politica pubblica .

Le opinioni di merito su questo "governo di saggi" sono varie: si va da una convinta condivisione del modello<sup>61</sup> al più cupo timore<sup>62</sup>. Ma la comparsa delle Autorità indipendenti diviene una scelta obbligata anche per un dato giuridico: solo soggetti di questo tipo, infatti, garantiscono sufficienti standard di indipendenza e neutralità dalla politica a fronte di una Costituzione – quella italiana - che assegna invece alla politica un ruolo forte ed attivo all'interno dell'amministrazione di stampo tradizionale<sup>63</sup>.

### **1.3 La tutela di diritti in applicazione della legge quale interesse pubblico assegnato alle Autorità.**

Tutti i tentativi di sistematizzazione delle Autorità sono uniti dall'interesse pubblico che esse hanno il fine di tutelare: esso viene perseguito in via immediata tramite l'attività di regolazione, con l'adozione di provvedimenti normativi a carattere generale ed astratto (la promozione della concorrenza, ad esempio), mentre *"rappresenta invece un 'criterio' tecnico (o 'il' criterio tecnico)"*<sup>64</sup> se e quando la legge affidi loro la competenza per le controversie fra privati. In questo caso la caratteristica sostanziale delle Autorità è proprio nel mutato interesse pubblico che sono chiamate a svolgere: l'applicazione della legge per la tutela di diritti inviolabili dei consociati.

L'analisi della l. 287/1990 mostra che il ruolo dell'Autorità antitrust è ben lontano da quello di amministrazione attiva; l'art. 12 comma 1 della legge sui presupposti di

---

<sup>60</sup> Andrea BOITANI, *Costi e benefici dei diversi modelli di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2002, pag. 389.

<sup>61</sup> LOMBARD, *La régulation*, cit., pag. 26 ss.

<sup>62</sup> Martin COLLET, *La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un Etat en crise ?* in AA.VV., *Les autorités administratives indépendantes*, La documentation française, Paris, 2007, pag. 7.

<sup>63</sup> CAIANIELLO, *op. cit.*, pag. 8.

<sup>64</sup> TRAVI, *Autorità*, *op. cit.*, pag. 3.

apertura dell'istruttoria impone all'Autorità di "verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3". Si tratta di un'attività che non presenta i caratteri della classica attività amministrativa, ma è limitata al controllo del rispetto della legge. Lo scopo che l'Autorità si prefigge mediante attività di accertamento delle pratiche anticoncorrenziali consiste nell'impedire la lesione di un diritto controllando il rispetto delle disposizioni che regolano un mercato anticoncorrenziale. L'Autorità antitrust persegue, quindi, un interesse pubblico che è esclusivamente quello al rispetto della legge, e non uno specifico interesse assegnato dall'ordinamento quale quelli dell'amministrazione tradizionale<sup>65</sup>, che rispetto alla cura degli interessi a lei assegnati è parte interessata<sup>66</sup>.

Ciò comporta anche una diversa portata delle sanzioni eventualmente irrogate dalle Autorità. Com'è noto, la scriminante fra sanzioni amministrative e sanzioni penali consiste, da un punto di vista teorico, nella diversità del grado di offensività della fattispecie considerata dalla norma incriminatrice: un'offensività che viene repressa da norme penali quando il legislatore la ritenga dannosa per l'insieme dell'ordinamento giuridico, mentre ricorrono le sanzioni amministrative se la violazione sia rilevante limitatamente a quel settore di diritto disciplinato dall'organo amministrativo che irroga la sanzione<sup>67</sup>. L'amministrazione che irroga la sanzione riveste, tuttavia, molto spesso

---

<sup>65</sup> "Il regime concorrenziale non si esprime in un complesso di regole positive, ma in una enunciazione di principi a contenuto eminentemente negativo, che devono presiedere ai comportamenti" in Filippo SATTA, *La nuova giurisdizione esclusiva: le regole del processo*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Atti del XLIX convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, su [www.provincia.lecco.it](http://www.provincia.lecco.it), pag. 124.

La problematica dell'identificazione dell'interesse pubblico perseguito dalle Autorità indipendenti è in realtà più complessa, ma esula dalle finalità di questo lavoro. Anche in questo settore la dottrina non è concorde: cfr. Luisa TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità indipendenti*, in CASSESE e FRANCHINI (a cura di), *I garanti*, cit., pag. 61, che forse offre la ricostruzione più convincente identificando un doppio aspetto dell'interesse pubblico delle Autorità: da un lato "un riflesso di interessi collettivi (nel senso di imputabili ad una collettività di individui, nella loro qualità di imprenditori, di consumatori, di risparmiatori, di investitori) e, per altro verso, [...] un interesse mediato, in quanto risultante da un rapporto giuridico trilaterale fra il privato sottoposto al controllo, l'amministrazione deputata al controllo e il privato beneficiario del controllo". Ciò comporta, prosegue l'Autrice a pag. 67, che "l'interesse pubblico non è più un archetipo, ma un risultato": un mutamento molto importante. Di questa opinione anche Franco Gaetano SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): vedi nota 337.

<sup>66</sup> CAIANIELLO, *op. cit.*, pag. 16.

<sup>67</sup> Vedi Maria Alessandra SANDULLI, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1992, sub voce *Sanzione*. IV *Sanzioni amministrative*.

anche ruoli attivi: in questo senso si può affermare che un organo amministrativo è dotato di potestà sanzionatorie in quanto esso ha competenza sulla disciplina – o parte di essa - di quel settore. I compiti che l'Autorità antitrust deve assolvere sono differenti, in quanto il suo compito si limita a correggere le storture del mercato indagando ed adottando provvedimenti nei confronti di quei soggetti che ne violino i principi di concorrenzialità, ma non interviene in quei settori in forme diverse, di regolazione ad esempio. Nello specifico, l'Autorità antitrust non ha fra i propri fini il perseguimento di un interesse pubblico particolare assegnatole dal legislatore<sup>68</sup>, ma solo quello di tutela dell'ordine pubblico tramite il rispetto della legge.

Ma l'attenuazione concettuale della distinzione fra sanzioni amministrative e sanzioni penali è stata, in realtà, operata dallo stesso legislatore con alluvionali interventi normativi, rendendo sempre più intercambiabili le une con le altre<sup>69</sup>.

L'essenza della unicità dell'Autorità nel panorama degli organi amministrativi è proprio questo: l'attivazione della procedura in caso di presunta infrazione, promossa anche d'ufficio<sup>70</sup>.

Per analizzare questa peculiarità sembra opportuno partire da un'interessante tesi esposta qualche anno addietro da MERUSI<sup>71</sup>. Proprio perché le Autorità hanno il compito di tutelare un diritto, la loro attività non è definibile come discrezionale in senso tradizionale. Esse, infatti, secondo l'autore hanno l'obbligo giuridico di mirare alla tutela di quella situazione giuridica, non possono scegliere se tutelarla oppure no. Ciò conduce, quindi, ad escludere che siano dotate di quella potestà discrezionale in senso proprio; la loro discrezionalità è, invece, nei mezzi per rendere la tutela la più effettiva possibile. Questa ricostruzione si focalizza perciò sulla definizione della situazione giuridica che si vuole tutelare: la tutela di un diritto esclude la discrezionalità amministrativa classica, e

---

<sup>68</sup> Cfr. Paolo LAZZARA, *Discrezionalità tecnica ed Autorità indipendenti*, in FRANCIOSI (a cura di), *op. cit.* pag. 135.

<sup>69</sup> Renato RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Il Foro italiano*, 2000/V, coll. 152 ss.

<sup>70</sup> Vedi *infra*, pag. 58 ss. Questa tesi è combattuta da Paolo LAZZARA, *Il procedimento davanti l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Provvedimenti e tutela giurisdizionale*, in Paolo LAZZARA (a cura di), *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001, pagg. 374 ss., secondo il quale l'attività delle Autorità indipendenti sarebbe quindi connotata della "doverosità" ma non dell'"obbligatorietà".

<sup>71</sup> Vedi MERUSI, *Giustizia amministrativa*, *op. cit.*

ammette solo quella tecnica. Da qui, il vaglio del successivo controllo giurisdizionale volto a verificare che quella discrezionalità sia stata usata *secundum ius*.

Le critiche portate all'interpretazione sopra esaminata si appuntano sul ruolo indefinito che il suo autore lascerebbe all'interesse legittimo, definito *“una manifestazione [del diritto fondamentale] quando si tratta di tutelare un diritto fondamentale nei confronti dell'esercizio del potere”*<sup>72</sup>.

In effetti, questa tesi sembra identificare la tutela della situazione giuridica soggettiva esibita dal cittadino con l'interesse ultimo che l'ordinamento ha affidato alle autorità. Tutto l'ordinamento giuridico si caratterizza per la presenza di diritti esercitabili liberamente; così, anche l'amministrazione si prefigge il fine ultimo, tramite l'esercizio delle proprie potestà autoritative, di tutelare determinati diritti: si pensi al diritto alla salute protetto mediante il rispetto anche delle prescrizioni urbanistiche<sup>73</sup>. Tuttavia, non bisogna dimenticare che la pubblica amministrazione tradizionale agisce secondo gli strumenti pubblicistici per effettuare *“una mediazione, una valutazione complessiva degli interessi pubblici primari, degli interessi pubblici secondari, nonché di tutti gli interessi privati, più o meno rilevanti, che vengono in considerazione con riferimento alla fattispecie in questione”*<sup>74</sup>: questo è vero nel caso di un'amministrazione attiva o di controllo, ma è uno schema applicabile anche ad un'Autorità indipendente quale l'Autorità antitrust, garante dell'esclusivo rispetto della legge? L'interesse generale perseguito è, in questo caso, *“la promozione dei diritti del cittadino”*<sup>75</sup> tramite il rispetto della legge: in altre parole, il legislatore ha affidato all'Autorità dei poteri che non considerano affatto né l'interesse privato né l'interesse pubblico, ma solo la tutela della legge.

La tesi che vede le Autorità indipendenti guardiane di diritti soggettivi, con tutto ciò che discende anche sul piano procedimentale, ha mietuto alcuni consensi<sup>76</sup>. Soprattutto, un

---

<sup>72</sup> IDEM, pag. 187.

<sup>73</sup> Orientamento giurisprudenziale da ultimo fatto proprio da Consiglio di Stato, sez. IV, 18 giugno 2008, n. 3029, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>74</sup> CARINGELLA, *op. cit.*, pag. 345.

<sup>75</sup> Antonio ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 3/2002, pag. 473.

<sup>76</sup> IDEM, *op. cit.*, e Giuliano SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, in *Il Foro italiano*, 2002/III, coll. 488-493.

tassello ulteriore a questa teoria è costituito dalla conformazione dei poteri delle Autorità, essenzialmente repressivi una volta che un'infrazione venga accertata.

Ma tutela della legge, nel concreto, cosa significa?

Significa preservare le attribuzioni compiute dall'ordinamento in tema di diritti<sup>77</sup>. Le Autorità non sono state create per conformare un determinato contesto normativo a superiori interessi pubblici, ma sono nate proprio per mantenere, garantire, tutelare situazioni giuridiche soggettive già esistenti<sup>78</sup>, le cui fonti sono direttamente in Costituzione e che non necessitano di essere implementate tramite la *longa manus* dell'amministrazione bensì tutelate da indebite violazioni, che intervengono quando uno dei consociati (anche la PA stessa<sup>79</sup>) abusi a scapito degli speculari diritti altrui<sup>80</sup>; paradigma inevitabile per tale verifica è proprio la norma positiva, che acquista il significato di "*confine di liceità per l'agire privato*"<sup>81</sup>.

Nel caso del modello partecipativo-procedimentale di cui più sopra applicato all'Autorità antitrust, questa deve tutelare l'esercizio di un diritto di "libertà di iniziativa economica" ex art. 41 Cost.<sup>82</sup> mediante un'attività che si cala in vicende già alla base conflittuali.

Per agire congruamente in questo contesto, l'Autorità deve essere necessariamente connotata dalla neutralità, diversa dall'imparzialità proprio perché sinonimo di

---

<sup>77</sup> "Assicurare le (pari) condizioni di svolgimento della libertà di tutti i soggetti potenzialmente interessati: libertà di accesso al mercato per gli imprenditori, libertà di scelta per i consumatori, libero accesso alle informazioni rilevanti per i risparmiatori e gli investitori e così via", in TORCHIA, *op. cit.*, pag. 60.

<sup>78</sup> "Un assetto già dato", in IDEM, pag. 57, che a pag. 62 sottolinea la ritrovata dimensione pubblicistica dell'autonomia privata.

<sup>79</sup> Carlo MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle Autorità indipendenti*, in CASSESE e FRANCHINI (a cura di), *I garanti*, *cit.*, pag. 44. Vedi anche nota 7.

<sup>80</sup> Di abusi parla SATTA, *op. cit.*, pag. 124. Cfr. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, *op. cit.*, pag. 137: "Se l'attività di «garanzia» deve essere funzionale alla libertà economica, bisogna concludere nel senso che la prima non può contraddire la seconda: non può cioè «conformare» le relazioni intersoggettive verso un interesse «esterno» o superiore (di volta in volta determinato), rimanendo confinata ad un intervento ripristinatorio ed esecutivo (in senso ampio) di un assetto di interessi dato". Di "margini di libertà predeterminati" parla TORCHIA, *op. cit.*, pag. 57.

Per un curioso saggio sul ruolo di avvocati e giuristi nel creare distorsioni del mercato cfr. Daniel HURSTEL, *The role of the lawyer in the restoration of market confidence*, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (a cura di), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Presses de Sciences po et Dalloz, Parigi, 2004, pagg. 25-34, su [www.regulation.sciences-po.fr](http://www.regulation.sciences-po.fr). L'Autore analizza molto acutamente la professione del difensore nel garantire la fruibilità di un diritto nella maniera più completa possibile, comprimendo contemporaneamente altrui posizioni giuridiche soggettive.

<sup>81</sup> LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, *op. cit.*, pag. 135.

<sup>82</sup> MERUSI, *Giustizia amministrativa*, *op. cit.*, pag. 182. Analogamente SCOCA, *op. cit.*

indifferenza riguardo gli interessi in gioco, sia pubblici che privati (mentre l'imparzialità denota un agire teso al perseguimento di un dato interesse pubblico)<sup>83</sup>.

Una conferma della tesi finora esposta giunge proprio dall'analisi dell'ordinamento francese, di cui conviene anticipare alcuni aspetti. La funzione inquirente con la conseguente attività investigativa viene, infatti, affidata alla *Direction Generale de la Concurrence, de la Consommation et de la Repression des Fraudes (DGCCRF)*, organo del Ministero dell'Economia. Oltre a questa funzione, la *DGCCRF* svolge anche ruoli di amministrazione attiva (su cui vedi più sotto, pagg. 42 ss.). Proprio la confusione di funzioni amministrative in senso classico e funzioni inquirenti di pratiche anticoncorrenziali, svolte da un classico organo amministrativo, fa ragionare dottrina e giurisprudenza di discrezionalità amministrativa della *DGCCRF* (vedi più sotto, pagg. 54 ss.) nel dare corso ad una segnalazione di pratiche scorrette. Un elemento incompatibile con una concezione giustiziale dell'attività pubblica in tema di concorrenza, che tuttavia è facilmente spiegabile proprio per l'appartenenza della *Direction* alla tradizionale organizzazione ministeriale. I compiti di amministrazione attiva affidatili, infatti, esercitano un influsso anche sulla funzione repressiva, che va a ricoprire un ruolo di strumentalità ed il cui esercizio viene valutato all'interno del contesto più generale delle funzioni e delle attività che l'ufficio sta in quel momento ricoprendo. Si tratta di una carenza nella difesa dei diritti dei cittadini, la cui protezione è vincolata a valutazioni di opportunità dell'amministrazione: un dato che, invece, mancherebbe nelle Autorità indipendenti. Come? Proprio la loro composizione e le garanzie di imparzialità ed indipendenza di cui i membri sono tributarie (vedi più sotto, pagg. 34 ss.), la loro sottrazione al circuito governativo ed il loro quasi esclusivo ruolo di repressione ne accentuerebbero i profili di soggezione alla legge espungendo valutazioni di opportunità. Del resto, il potere di "*saisine d'office*" (che per il *Conseil de la concurrence* è riconosciuto al *Rapporteur* a norma dell'art. L450-5 comma 2) riconosciuto a diverse Autorità indipendenti può ben essere concepito come un elemento fondamentale di autonomia e di imparzialità nella valutazione delle infrazioni<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> CINTIOLI, *Giudice amministrativo*, op. cit., pag. 344. TORCHIA, op. cit., pag. 64.

<sup>84</sup> Sebbene MARTIN COLLET, *De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation*, in FRISON-ROCHE (a cura di), *Les régulations économiques*, op. cit., pagg. 44 ss.,

## 1.4 La natura dei loro poteri.

Protezione dei diritti. Come?

In questo momento entra in gioco il problema della partecipazione e dei privati alle decisioni delle Autorità che li riguardano direttamente. Diritti di partecipazione il cui ruolo non è *“la prestazione finale di un bene”* ma che, però, *“sono [...] altrettanto essenziali per la costruzione di un potere pubblico effettivamente adeguato”*. La particolare funzione di garante di diritti fondamentali si esplica, infatti, essenzialmente in un’attività oggettivamente di mediazione fra opposte situazioni giuridiche; tale mediazione va, però, risolta applicando la legge. E’ per questa ragione che la partecipazione ha un valore tanto più pregnante: consente all’Autorità di valutare a fondo le rispettive posizioni permettendole di individuare quella che deborda. Così contestualizzati, diverso significato assumono anche i poteri di conciliazione<sup>85</sup> che il legislatore ha assegnato ad alcune Autorità quali l’AEEG o l’AGCOM e che ricadono negli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie ultimamente sempre più usati: un significato potenzialmente dirompente, che conferma il ruolo istituzionale delle Autorità: terzietà e neutralità; è, infatti, proprio la neutralità con cui le Autorità si trovano ad operare nel mondo giuridico che, secondo CAIANIELLO, le rende incompatibili con l’amministrazione tradizionale, cui solo l’imparzialità<sup>86</sup> è familiare. Una partecipazione che, quindi, esige un rafforzamento che ben può essere offerto dai diritti procedurali elaborati dalla Corte di Strasburgo.

## 1.5 La tecnica di adozione delle decisioni.

Dalla giurisprudenza sull’attività dell’Autorità antitrust (vedi più sotto, pagg. 125 ss.) parrebbe qualificabile come discrezionalità tecnica. D’altro canto, se si aderisce alla tesi per cui alle Autorità indipendenti è demandata esclusivamente la tutela della legge, la sua tecnica di decisione non può essere definita che come tale<sup>87</sup>. Non si ritiene

---

ritenga che in realtà l’attivazione d’ufficio è un esempio di poteri di discrezionalità di cui le Autorità sarebbero dotate.

<sup>85</sup> Su cui cfr. DELLA CANANEA, *op. cit.*, *passim*.

<sup>86</sup> Ovvero *“comportarsi nei confronti di tutti i soggetti dell’azione amministrativa senza discriminazioni arbitrarie”* perseguendo tuttavia interessi pubblici specifici che, invece, sono preclusi ad un agire neutrale: in CAIANIELLO, *op. cit.*, pagg. 16-17.

<sup>87</sup> Vedi nota 417.



opportuno affrontare in questa sede che in maniera divulgativa le problematiche sulle caratteristiche della discrezionalità tecnica, affrontate congruamente e diffusamente dalla dottrina.

L'Autorità indipendente è un soggetto di diritto che applica tecniche e nozioni tipicamente extragiuridiche, o che vanno integrate da conoscenze appartenenti a scienze non giuridiche. Tale conformazione deriva dalla genericità delle leggi istitutive delle Autorità: leggendo gli articoli 2 e 3 della l. 287/1990, ad esempio, si capisce che si tratta di disposizioni molto late, che vanno necessariamente integrate dall'interprete<sup>88</sup>. Tali integrazioni sono, poi, necessariamente eseguite attraverso l'utilizzo di conoscenze per lo più economiche, incarnate nei cosiddetti "concetti giuridici indeterminati". L'essenza della discrezionalità tecnica risiede proprio nella scelta di applicare al caso di specie un determinato concetto giuridico indeterminato, che si compone anche di elementi extragiuridici<sup>89</sup>. All'Autorità antitrust l'ordinamento lascia ampia libertà di apprezzamento sull'applicazione di teorie economiche di concorrenza e regolazione: la scelta fra diverse teorie economiche fra loro alternative ma tutte ugualmente valide sarebbe, in Italia, passibile di "*giudizio di compatibilità e di ragionevolezza*", ma non potrebbe essere oggetto di valutazione del giudice tramite consulenza tecnica d'ufficio<sup>90</sup>. Consulenza tecnica d'ufficio che, al contrario, può ben essere utilizzata per verificare se quella conoscenza economica sia stata correttamente applicata, e ciò tramite la verifica della corretta valutazione dei presupposti di fatto<sup>91</sup>.

Quella qui disegnata appare dunque come un'amministrazione dotata di un margine relativamente sindacabile di scelta di quali tecniche economiche applicare al caso di specie; una volta operata tale scelta, tuttavia, la discrezionalità che permane in capo all'Autorità è quella esclusivamente tecnica, di applicazione della legge, su cui invece il giudice ben può intervenire e sostituirsi<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. PEREZ, *op. cit.*, pag. 135.

<sup>89</sup> Cfr. Salvatore VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>90</sup> MERUSI, *Giustizia amministrativa, op. cit.*, pagg. 191 ss.

<sup>91</sup> IDEM.

<sup>92</sup> *Contra* SCOCA, *op. cit.*



## **2 I poteri di inchiesta delle Autorità indipendenti e la compatibilità con l'art. 6 CEDU.**

### **2.1 L'esperienza francese.**

L'applicazione dei principi ex art. 6 CEDU alle Autorità indipendenti è un tema sul quale in Francia il dibattito è più maturo. Nel 1999, infatti, la Corte di Cassazione in adunanza plenaria ha adottato alcune decisioni con le quali ha riconosciuto che le prescrizioni dell'art. 6 CEDU si applicano anche alle procedure avanti le Autorità amministrative indipendenti.

La Corte di appello e la Corte di cassazione hanno avuto modo ormai in molteplici decisioni di pronunciarsi sulle procedure paracontenziose avanti le Autorità e sulla loro compatibilità con la CEDU. Un'analisi della sua giurisprudenza mostra, innanzitutto, una maggiore consapevolezza del significato e della portata dell'art. 6 CEDU, che viene ormai ripreso direttamente a parametro per l'analisi dell'azione amministrativa.

### **2.2 L'elaborazione della nozione di tribunale operata dalla Corte EDU: il "tribunale dotato di pienezza di giurisdizione".**

In questo paragrafo sono presentate le diverse decisioni CEDU che hanno fondato il diritto di un cittadino a vedere, almeno in uno dei gradi della procedura, la propria causa esaminata da un soggetto che offrisse tutti i requisiti elaborati a partire dall'art. 6 CEDU. Come si può vedere, si tratta di una garanzia da proteggere sia nel caso di contestazioni su diritti ed obbligazioni di carattere civile, sia nel caso di accuse in materia penale.

Si tratta di un esame necessario per valutare se i sistemi di controllo delle decisioni delle Autorità che sono previsti nei due ordinamenti (vedi più sotto, pagg. 125 ss.) siano compatibili con la giurisprudenza CEDU.

## 2.2.1 In materia di diritti ed obbligazioni di carattere civile.

### 2.2.1.1 La sentenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio*<sup>93</sup> ed i procedimenti disciplinari a carico di medici.

La nozione di “tribunale dotato di pienezza di giurisdizione” (*tribunal jouissant de la plénitude de juridiction*) o “organo giudiziario di piena giurisdizione” (*organe judiciaire de pleine juridiction*) è stata inizialmente utilizzata dalla Corte in materia di procedimenti disciplinari nei confronti di medici.

Le due sentenze decisive in materia sono state *Ringeisen c. Austria*<sup>94</sup> e *König c. Germania*<sup>95</sup>. Con la prima la Corte ha ritenuto che possa rientrare nel “*volet civil*” anche una controversia fra un privato e l’amministrazione in relazione alla proprietà di un fondo, per il trasferimento del quale era indispensabile l’assenso dell’amministrazione, tuttavia negato. Con la seconda decisione la Corte EDU estende la giurisdizione della Corte ai procedimenti disciplinari nei confronti di medici, con la motivazione che, sebbene l’esercizio di quella professione abbia alcuni aspetti rilevanti per il diritto pubblico (la Corte parla di “*grande importanza sociale*”<sup>96</sup>), non di meno si tratta di una professione il cui carattere essenziale rimane privato: la limitazione dell’esercizio di tale professione da parte delle autorità pubbliche incide, quindi, su “diritti e doveri di carattere civile” e consente all’art. 6 di entrare in gioco.

La scelta della CEDU di sottoporre a controllo di convenzionalità i procedimenti disciplinari degli ordini professionali ha permesso poi alla Corte di sindacarne la congruità in riferimento ai parametri dell’art. 6. Per quanto riguarda il diritto di accesso ad un tribunale, cardine del filone giurisprudenziale in commento è la sentenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio*<sup>97</sup>. Il caso di specie fu promosso alla Corte da tre medici belgi la cui condotta era stata oggetto di una sanzione disciplinare irrogata dal locale Ordine dei medici. Nella specie, il procedimento sanzionatorio (disciplinato

---

<sup>93</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 23 giugno 1981, sentenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio*, 43. Si precisa che, ove non vi sia diversa indicazione, le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo sono state consultate su [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>94</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 16 luglio 1971, sentenza *Ringeisen c. Austria*, 13.

<sup>95</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 28 giugno 1978, sentenza *König c. Germania*.

<sup>96</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 28 giugno 1978, sentenza *König c. Germania* cit., § 93.

<sup>97</sup> Sentenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio*, cit.

dall'*Arrêté Royal* del 6 febbraio 1970) prevedeva - e prevede tutt'ora - due gradi di giudizio davanti ad organi di giustizia interna (Consiglio provinciale e Consiglio d'appello), ed un successivo ricorso per Cassazione.

I ricorrenti, tramite il loro ricorso alla Corte EDU, censuravano la compatibilità delle procedure sanzionatorie di cui erano stati oggetto con l'art. 6-1 CEDU. La Corte, innanzitutto, prende in considerazione le procedure avanti il Consiglio d'appello dell'Ordine dei medici e avanti la Corte di Cassazione, tralasciando invece il primo grado della suddetta procedura avanti il Consiglio provinciale; ciò perché *“La Corte non ritiene indispensabile indagare su cosa sia avvenuto avanti il Consiglio provinciale. L'articolo 6-1, se consacra il «diritto ad un tribunale», non obbliga gli Stati contraenti a assoggettare le «contestazioni su diritti ed obbligazioni di carattere civile» a procedure che si svolgano, in ognuna delle fasi, davanti a dei «tribunali» conformi alle sue numerose prescrizioni. Imperativi di elasticità ed efficacia, assolutamente compatibili con la protezione dei diritti dell'uomo, possono giustificare un intervento preliminare di organi amministrativi o corporativi, e a fortiori di organi giurisdizionali che non soddisfino interamente tutti gli aspetti di quelle prescrizioni; un sistema tale può giustificarsi sulla base della tradizione giuridica di molti stati membri del Consiglio d'Europa”*<sup>98</sup>.

La Corte, al contrario, esamina la compatibilità del Consiglio d'appello dell'Ordine e della Corte di Cassazione con l'art. 6-1 CEDU sotto il profilo del loro carattere di *“tribunale”, “stabilito dalla legge”, “indipendente e imparziale”,* e se il procedimento si era svolto *“pubblicamente”*<sup>99</sup>. Questa verifica conduce a rinvenire una violazione dell'art. 6 in ciascuno degli organi giudicanti esaminati. Per quanto concerne il Consiglio d'appello, è la mancanza di pubblicità della procedura ad essere censurata, mentre la Corte di cassazione non è idonea a soddisfare i requisiti di un tribunale proprio per l'esclusione delle doglianze di merito dal suo controllo, a nulla servendo che la procedura sia, in questa sede, pubblica<sup>100</sup>.

La Corte EDU, in questo caso, riconosce che un organo di natura giurisdizionale (segnatamente, la Corte di cassazione belga) possa non conoscere del fatto ma solo del

---

<sup>98</sup> Sentenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio* cit., § 51 a).

<sup>99</sup> Sentenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio* cit., § 54.

<sup>100</sup> Sentenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio* cit., § 60.

diritto della causa sottoposta al suo esame, ed essere cionondimeno compatibile con l'art. 6-1; tuttavia, questo controllo deve inserirsi in una procedura più articolata, in cui almeno un grado di essa sia stato svolto avanti ad un'autorità che abbia rispettato tutte le prescrizioni inerenti ad un giusto processo. Tale aspetto, nella specie, è mancato, privando quindi i ricorrenti del diritto ad un "tribunale dotato di piena giurisdizione" (*un tribunal jouissant de la plénitude de juridiction*) (la cui pubblicità delle udienze è considerata un elemento essenziale) e provocando una violazione della CEDU da parte del Belgio<sup>101</sup>.

La sentenza *Albert et Le Compte c. Belgio*<sup>102</sup> affronta una specie identica (tra l'altro, uno dei ricorrenti è lo stesso di *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*); anche in questo procedimento la Corte EDU conferma la violazione del sistema procedimentale sanzionatorio dell'Ordine dei medici belga verso la CEDU.

La giurisprudenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*<sup>103</sup> ha, dunque, inaugurato un filone giurisprudenziale che ha esteso l'applicazione dell'art. 6 CEDU<sup>104</sup>. Il significato di "organe judiciaire de pleine juridiction" era limitato, nei casi di specie, alla mancanza di pubblicità del procedimento avanti ad organi cui la Corte, per il resto, applicava i principi ex art. 6. In quelle sentenze la Corte precisa la definizione di "organo giudiziario di piena giurisdizione" in maniera più garantista, allargando il proprio scrutinio ad altri requisiti.

Lungo è l'elenco delle sentenze che da allora hanno rinvenuto nello svolgimento di alcuni procedimenti interni di natura disciplinare violazioni della CEDU: ciò è potuto accadere grazie alla porta aperta da *König c. Germania*<sup>105</sup> e soprattutto *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio*<sup>106</sup>. In particolare, quattro sono le sentenze della Corte EDU che fanno ben emergere il problema: di esse due concludono per la violazione dell'art. 6, due per la non violazione, ma riguardano tutte il sistema di disciplina interna dell'ordine dei medici di Francia, composto da un primo grado (il Consiglio regionale), da

---

<sup>101</sup> Sentenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio* cit., § 61.

<sup>102</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 1983, sentenza *Albert et Le Compte c. Belgio*, 48.

<sup>103</sup> Sentenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio* cit.

<sup>104</sup> Per verificare l'importanza di tale giurisprudenza nell'estendere garanzie più propriamente processual-penalistiche a nuovi ambiti, cfr. il numero monografico della *Revue internationale de droit pénal*, 3-4/2004, titolato *Les principes du procès pénal et leur mise en œuvre dans les procédures disciplinaires*.

<sup>105</sup> Sentenza *König c. Germania* cit.

<sup>106</sup> Sentenza *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio* cit.

un grado di appello (la sezione disciplinare del Consiglio nazionale dell'Ordine dei medici) e da un terzo grado cassatorio avanti il Consiglio di stato.

In *Diennet c. Francia*<sup>107</sup> i primi due gradi di giudizio del procedimento disciplinare sono stati caratterizzati dall'assenza di pubblicità senza che vi fossero le ragioni di cui all'art. 6 CEDU. Tale violazione si riflette anche sul Consiglio di stato transalpino, ritenuto non idoneo a soddisfare i requisiti di un tribunale perché non sarebbe in grado di *"apprezzare la proporzionalità fra colpa e sanzione"*<sup>108</sup>.

In *Gautrin c. Francia*<sup>109</sup> la constatazione che i primi due gradi erano stati svolti avanti autorità non imparziali e secondo una procedura – anche in questo caso – a porte chiuse travolge anche la compatibilità del Consiglio di stato con la CEDU.

In *Cosson c. Francia*<sup>110</sup>, invece, la Corte, proprio in virtù della rispondenza all'art. 6 CEDU della procedura in primo ed in secondo grado, ritiene compatibile anche quella in terzo svoltasi avanti al Consiglio di stato (non violazione). E non violazione viene anche riscontrata in *Gubler c. Francia*<sup>111</sup>, in cui l'infondatezza della censura di imparzialità della sezione disciplinare di secondo grado esibita dal ricorrente rende automaticamente compatibile il controllo di legittimità del Consiglio di stato.

Cosa si deduce? La Corte EDU ritiene che una totale applicazione dell'art. 6 richieda un controllo sia di diritto che di fatto: qualora esso sia presente in uno dei gradi di una procedura giurisdizionale, il controllo di legittimità viene ammesso. Se, tuttavia, le due fasi precedenti o il solo grado di appello siano state caratterizzate da violazioni della Convenzione, tale violazione si ripercuote quasi automaticamente anche sul giudizio di legittimità.

#### **2.2.1.2 Il controllo di legittimità delle decisioni amministrative.**

In materia di *"volet civil"*, poi, vi sono sentenze che si occupano più propriamente dei sistemi di giustizia amministrativa.

---

<sup>107</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 settembre 1995, sentenza *Diennet c. Francia*, 325-A.

<sup>108</sup> Sentenza *Diennet c. Francia* cit., § 34.

<sup>109</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 maggio 1998, sentenza *Gautrin c. Francia*, 72, in *Recueil*, 1998-III.

<sup>110</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 luglio 2006, sentenza *Cosson c. Francia*, § 24.

<sup>111</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 luglio 2006, sentenza *Gubler c. Francia*.

La causa *Obermeier c. Austria*<sup>112</sup> costituisce un esempio significativo di questa giurisprudenza; il caso di specie concerne il licenziamento di un invalido civile. L'aspetto che in questa sede vale la pena di considerare, e che d'altronde è analiticamente esaminato anche dalla Corte, riguarda i poteri del giudice sulla congruità del licenziamento.

In Austria, la "Legge sui rapporti di lavoro" (*Arbeitsverfassungsgesetz*) prevede la giurisdizione di appositi Tribunali del lavoro su tutte le questioni relative al rapporto di lavoro (dalla costituzione all'estinzione). Tuttavia, la "Legge sull'impiego delle persone invalide" (*Invalideeinstellungsgesetz*) sottopone il licenziamento di una persona invalida alla previa autorizzazione del Consiglio per le persone invalide (*Invalidenausschuss*), il quale, insieme all'impresa interessata, dispone un'istruttoria per valutare l'opportunità della misura: ciò per evitare che il licenziamento possa avere funzione discriminatoria.

Il caso di specie affronta diverse questioni, che occorre brevemente analizzare: il ricorrente (sig. Obermaier) subì inizialmente una sospensione dal proprio posto di lavoro, ed in seguito un vero e proprio licenziamento. Contro i provvedimenti del datore di lavoro il ricorrente ha incardinato due distinti procedimenti: quello per contestare la sospensione avanti il giudice ordinario, quello contro il licenziamento avanti il giudice amministrativo. Prescindendo dagli sviluppi del giudizio avviato in sede ordinaria, avanti la giurisdizione amministrativa i motivi di censura riguardarono l'autorizzazione del Consiglio per le persone invalide, contro cui il ricorrente aveva proposto appello in secondo (presso il *Landeshauptmann* o governatore del *Land* Alta Austria) ed in terzo grado (presso il *Verwaltungsgerichtshof*), come prescritto dalla Legge austriaca sul procedimento amministrativo. Secondo la Corte questo tipo di controllo non rispetta le esigenze della Convenzione, più specificamente del suo art. 6: nella sentenza si contesta, infatti, la qualifica di tribunale sia al Consiglio che al Presidente del *Land*, in quanto privi dei requisiti di indipendenza e imparzialità. La si riconosce, invece, al *Verwaltungsgerichtshof*: tuttavia, la Corte ritiene che questa istanza sia contraria all'art. 6 perché *"la Corte amministrativa ha lei stessa affermato di poter solamente verificare se le autorità amministrative hanno esercitato il proprio potere in maniera compatibile*

---

<sup>112</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 1990, *Obermeier c. Austria*, 179.



con l'oggetto e lo scopo della legge". Secondo la Corte questo procedimento rappresenta una lesione della garanzia dell'art. 6 in quanto "il congedo di una persona handicappata nella maggioranza dei casi, compreso quello di specie, sfugge ad un reale controllo dei tribunali"<sup>113</sup>. Traspare quindi un atteggiamento critico della Corte nei confronti di tribunali giurisdizionali che conoscano della sola legittimità di un atto amministrativo, il merito lasciandolo all'amministrazione.

#### 2.2.1.3 La giurisprudenza *Zumtobel*<sup>114</sup>.

La sentenza *Zumtobel c. Austria*<sup>115</sup> apre un filone di tre sentenze della Corte che sembra formulare, partendo da una specie analoga, conclusioni differenti. Nel caso di specie, il ricorrente cita l'Austria avanti la Corte poiché il *Verwaltungsgerichtshof* non avrebbe controllato il merito della decisione con cui il *Land* del Voralberg, al termine di un'istruttoria interna cui partecipavano funzionari dell'amministrazione dei ponti e strade, gli interessati e tre esperti, decideva l'espropriazione della proprietà del ricorrente ai fini della costruzione di una strada regionale. Il procedimento seguito dall'amministrazione è un tipico esempio di attività tecnica, che lascia al giudice amministrativo un sindacato che necessariamente – e comprensibilmente – non può estendersi fino alla valutazione della congruità delle scelte tecniche: ciò viene chiaramente affermato nella sentenza<sup>116</sup>. Tali limiti al sindacato del *Verwaltungsgerichtshof* lo rendono quindi un tribunale che soddisfa i requisiti ex art. 6. Ma c'è altresì un ulteriore elemento che conferma tale compatibilità: dagli atti del processo risultava che il ricorrente ha presentato avanti al giudice solo motivi di censura inerenti la legittimità della procedura: tali censure sono state analizzate dalla Corte austriaca in maniera approfondita, e compito della Corte EDU è limitarsi a valutare le sole violazioni della Convenzione sollevate dal ricorrente<sup>117</sup>. La Corte ha, quindi, concluso per la non violazione. La non violazione in *Zumtobel*<sup>118</sup> non è, in realtà,

---

<sup>113</sup> Sentenza *Obermaier* cit., §70.

<sup>114</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 settembre 1993, sentenza *Zumtobel c. Austria*, 268-A.

<sup>115</sup> Sentenza *Zumtobel* cit.

<sup>116</sup> Sentenza *Zumtobel* cit., § 31.

<sup>117</sup> Sentenza *Zumtobel* cit., § 32.

<sup>118</sup> Sentenza *Zumtobel* cit.

contraddittoria rispetto a quanto sopra esposto; la Corte di Strasburgo, infatti, non rinviene violazione esaminando non la normativa in astratto applicabile sui poteri della Corte amministrativa suprema austriaca, bensì se vi è stata, nella specie, corrispondenza fra quanto chiesto dal ricorrente e quanto pronunciato dal giudice. Ciò corrisponde perfettamente alla tecnica di giudizio della Corte EDU, tesa a rinvenire violazioni nel concreto svolgersi del potere.

Di differente impostazione sono le due sentenze che seguono.

Anche l'affare *Fischer c. Austria*<sup>119</sup> si risolve in una non violazione. Si tratta di una specie relativa alla revoca dell'autorizzazione per l'esercizio di attività di smaltimento rifiuti, motivata dall'amministrazione (nella persona del *Landeshauptmann* del Land Bassa Austria) per l'eccessivo inquinamento del terreno ove la discarica insisteva, nonché di una vicina falda freatica. L'interessato (sig. Fischer) ha ritualmente presentato appello presso il Ministero federale per l'agricoltura e foreste, che ha rigettato la domanda. Essa è stata poi oggetto di un ulteriore ricorso presso il *Verwaltungsgerichtshof*, che tuttavia non ha avuto esito migliore del precedente.

Conclusasi la fase avanti le autorità nazionali, il ricorrente ha presentato ricorso avanti la Corte per violazione della CEDU. Ebbene, la Corte utilizza inizialmente una motivazione prossima a quella contenuta nella sentenza *Zumtobel*<sup>120</sup>: il sindacato della Corte amministrativa per valutare il caso di specie era ristretto, in quanto è la stessa natura dell'attività dell'amministrazione controllata a impedire che la Corte operi un penetrante controllo<sup>121</sup>. Tale, limitato giudizio non ha però impedito al *Verwaltungsgerichtshof* di esaminare tutte le doglianze oppostegli, estendendo la sua cognizione anche ad elementi di fatto ed al merito della controversia. A riprova di ciò la Corte allega alla sua sentenza la parte motiva della decisione del *Verwaltungsgerichtshof*<sup>122</sup>, da dove in effetti emerge che il giudice nazionale (in virtù dei numerosi documenti depositati avanti a sé) ha conosciuto della questione in maniera particolarmente penetrante ed approfondita. Non vi è, perciò, violazione del diritto all'accesso ad un tribunale ex art. 6.

---

<sup>119</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 aprile 1995, *Fischer c. Austria*, 312.

<sup>120</sup> Sentenza *Zumtobel* cit.

<sup>121</sup> Sentenza *Fischer* cit, § 34.

<sup>122</sup> Sentenza *Fischer* cit, § 13.

Sempre nella scia della giurisprudenza *Zumtobel* si pone anche la sentenza *Ortenberg c. Austria*<sup>123</sup>; nel caso di specie il ricorrente lamenta una lesione dei propri diritti apportata dal Piano regolatore comunale che ha destinato a zona residenziale il territorio circostante la sua abitazione. Il ricorrente propone, quindi, inutilmente ricorso avanti gli organi comunali competenti, poi avanti l'organo di appello (il Governo del *Land* della Bassa Austria), infine avanti il *Verwaltungsgerichtshof*, ma in tutte le fasi del giudizio si vede respinti i ricorsi<sup>124</sup>.

In questo caso ci si trova di fronte ad un'attività di natura discrezionale nei confronti della quale la Corte amministrativa austriaca svolge un'attività di controllo successivo limitata alla verifica del rispetto della legge da parte dell'amministrazione<sup>125</sup>. All'interno di questo stretto spazio, tuttavia, la Corte EDU riconosce che il giudice amministrativo nazionale ha analizzato le doglianze punto per punto, spingendosi anche (sempre in virtù della documentazione allegata) ad analizzare il merito della violazione lamentata<sup>126</sup>; conclude quindi per la non violazione dell'art. 6.

Le ultime due decisioni in commento hanno un'importanza non secondaria; esse confermano le riserve della giurisprudenza di Strasburgo nei confronti delle giurisdizioni di legittimità. Sia la sentenza *Fischer* che la sentenza *Ortenberg*, infatti, salvano il *Verwaltungsgerichtshof* quando questi spinga molto il proprio esame all'interno della vicenda, formulando quasi un giudizio di merito. Ciò gli è stato permesso dalle allegazioni estremamente dettagliate occorse durante il giudizio interno, che hanno consentito al giudice una grande precisione nell'esaminare le doglianze anche indagando indirettamente sulle circostanze di fatto sottostanti. Ecco, quindi, che ancora una volta viene confermata l'importanza delle fasi amministrative antecedenti al giudizio, la cui congruità con i *dicta* della Corte di Strasburgo è essenziale anche per il controllo di legittimità.

---

<sup>123</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Ortenberg c. Austria*, 295-B.

<sup>124</sup> E così succede anche nell'autonomo giudizio avanti il *Verfassungsgerichtshof* (Corte costituzionale), in cui il ricorrente aveva esibito altre e diverse violazioni.

<sup>125</sup> Sentenza *Ortenberg* cit., § 33.

<sup>126</sup> Sentenza *Ortenberg* cit., § 34.

L'affare *Kilián c. Repubblica Ceca*<sup>127</sup> porta all'attenzione della Corte EDU il diniego di autorizzazione edilizia opposto dall'amministrazione comunale di Brno al ricorrente (*Kilián*), il quale è ricorso all'organo dell'amministrazione che funge da grado di appello nella procedura in questione, e che ha confermato la decisione precedente. Il ricorrente ha quindi attivato la procedura giurisdizionale avanti il tribunale regionale, organo giudiziario ordinario di primo grado cui il legislatore ha affidato anche l'esame delle istanze contro le decisioni dell'amministrazione. Tuttavia, il codice di procedura civile ceco (che disciplina anche la competenza giudiziaria *de qua*) esclude la cognizione delle istanze che lamentino illegittimità del procedimento amministrativo; in base a questo profilo, il tribunale ha pronunciato l'estinzione della causa.

La Corte EDU ritiene che la decisione del tribunale sia stata contraria al diritto di accesso ad un tribunale ex art. 6 CEDU, proprio perché gli organi dei gradi precedenti non costituiscono tribunali a norma dell'art. 6 CEDU.

Ma come la Corte è giunta all'idea di tribunale che percorre costantemente la propria giurisprudenza? E' la sentenza *Golder c. Regno Unito*<sup>128</sup> a precisare il significato dell'art. 6 ed i contorni della nozione di tribunale. Servendosi delle disposizioni della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati, in particolar modo dell'art. 31 c. 3 c)<sup>129</sup>, e dando al Preambolo della Convenzione EDU validità normativa<sup>130</sup>, la Corte costruisce un concetto di giudice che deve rispettare contestualmente tutte le garanzie ex art. 6; non solo quindi, "costituito per legge", ma anche indipendente, imparziale e che ponga in essere procedure con le garanzie di cui alla Convenzione<sup>131</sup>.

La Corte, quindi, si va orientando verso un concetto di tribunale che abbia una natura sostanzialmente di garanzia, almeno in una delle fasi di un processo. Ciò, tuttavia, non significa impedire all'amministrazione di disciplinare almeno una parte del

---

<sup>127</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 dicembre 2004, *Kilián c. Repubblica ceca*.

<sup>128</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 febbraio 1975, sentenza *Golder c. Regno Unito*, 18.

<sup>129</sup> Il quale recita che, ai fini dell'interpretazione dei trattati, verrà tenuto conto, oltre che del contesto, "di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti".

<sup>130</sup> Sentenza *Golder c. Regno Unito* cit., § 34.

<sup>131</sup> Sentenza *Golder c. Regno Unito* cit., § 36. La Corte confuta in questo modo le tesi del Governo britannico, tese ad interpretare riduttivamente le disposizioni dell'art. 6 CEDU.

procedimento che irroga una sanzione. Con la sentenza *Öztürk c. Germania*<sup>132</sup>, infatti, la Corte rende ammissibile la contestazione di “infrazioni penali” e l’applicazione delle relative sanzioni operate dall’amministrazione per ragioni di speditezza, a condizione che non sia negato un successivo controllo da parte di un tribunale che soddisfi le garanzie ex art. 6<sup>133</sup>.

Un altro caso di infrazione all’art. 6 CEDU è stato dalla Corte dichiarato nell’affare *Credit Industriel c. Repubblica Ceca*<sup>134</sup>. Nel caso di specie, il ricorrente - presidente del consiglio di amministrazione del “Credit Industriel”, una società bancaria ceca – sollecita l’esame della Corte sulla procedura di amministrazione controllata della Banca disposta dalla Banca nazionale ceca. Tale misura precauzionale era dettata dai dubbi sulla solidità finanziaria dell’istituto. La successiva procedura - che si svolge avanti la giurisdizione ordinaria - è stata ritenuta dalla Corte non conforme alla Convenzione. In effetti, la società bancaria in questione aveva presentato ricorso contro la decisione di porla sotto amministrazione controllata. Questo ricorso si era svolto attraverso diversi gradi di giudizio ivi incluso il controllo della Corte costituzionale, in quanto nel frattempo erano intervenute delle modifiche legislative alla procedura di amministrazione controllata. Ebbene, ai nostri fini la Corte ha ritenuto che il controllo dei giudici sulla correttezza e sul rispetto delle garanzie nel corso della procedura di amministrazione controllata non fosse conforme con l’art. 6, in quanto non si estendeva al merito della procedura.

Nell’affare *Terra Woningen B.V. c. Paesi Bassi*<sup>135</sup> la violazione dell’art. 6 si consuma perché il giudice ha fatto affidamento, per conoscere i fatti, su conoscenze tecniche esterne senza procedere ad un’autonoma cognizione. Il caso di specie concerne le procedure che, nei Paesi Bassi, disciplinano il calmieramento delle locazioni di immobili. Un mercato in principio libero, ma le cui distorsioni possono essere corrette grazie alla *Huurcommissie* o Commissione degli affitti, che può valutare l’equità di una locazione servendosi di una serie di indicatori; contro la decisione della Commissione si può

---

<sup>132</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 21 febbraio 1984, sentenza *Öztürk c. Germania*, 73.

<sup>133</sup> Sentenza *Öztürk c. Germania* cit., § 56.

<sup>134</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 21 ottobre 2003, sentenza *Credit Industriel c. Repubblica Ceca*, in *Recueil*, 2003-XI.

<sup>135</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 17 dicembre 1996, sentenza *Terra Woningen B.V. c. Paesi Bassi*, in *Recueil*, 1996-IV.

proporre appello al *Kantonrechter* o Giudice cantonale. Ebbene, nella specie la società ricorrente (proprietaria di alcuni immobili) si servì della suddetta procedura per verificare la congruità del canone di locazione che aveva concordato con l'affittuario, e che era da questi stato portato all'attenzione degli organi di giustizia di cui sopra per una riduzione. Nell'esame della procedura di appello, che è quella di cui viene contestata la "convenzionalità", la Corte EDU si spinge molto in avanti nell'elaborazione del concetto di tribunale; l'immobile locato, infatti, faceva parte di un complesso che si trovava in una zona fortemente inquinata, che giustificava una revisione verso il basso della quota concordata. Il Giudice di appello, per fissare un giusto canone, si è servito delle indagini tecniche sull'inquinamento del sito prodotte dall'amministrazione, senza disporre di proprie. Ebbene, per la Corte EDU ciò ha significato per un tribunale che deteneva tutti i requisiti alla luce della CEDU rinunciare a conoscere di essenziali dati di fatto, privandosi quindi di una parte dei propri poteri giurisdizionali che l'hanno reso incompatibile con l'art. 6<sup>136</sup>.

Così, in *Chevrol c. Francia*<sup>137</sup> viene contestata la compatibilità con l'art. 6-1 CEDU della procedura con cui il Consiglio di Stato francese si rivolgeva al Ministero degli Affari esteri per l'interpretazione di atti internazionali poco chiari. Nel caso di specie, risultava oscura la formulazione di una dichiarazione d'intenti fra la Francia e l'Algeria, stipulata il 19 marzo 1962. In questi casi, quindi, una risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato (la prima decisione in materia è del 1823) ammetteva che, sul punto, si potesse chiedere un parere preliminare al Ministero degli Affari esteri, la cui interpretazione era ritenuta vincolante. Tale giurisprudenza, tuttavia, è stata recentemente abbandonata nel caso di dubbi inerenti i trattati internazionali (mentre è stata conservata dalla Corte di cassazione). Essa rimane invece per altri tipi di atti normativi internazionali: nel caso di specie, per la dichiarazione di intenti in oggetto (sul reciproco riconoscimento dei titoli di abilitazione alla professione medica) il Consiglio di Stato ha ritenuto di fare appello all'amministrazione per la sua corretta interpretazione, non essendo un trattato internazionale ma una serie di norme sulla reciprocità dei titoli professionali nei due paesi. Tale pratica, tuttavia, è stata ritenuta illegittima dalla Corte EDU, poiché la

---

<sup>136</sup> Sentenza *Terra Woningen B.V. c. Paesi Bassi* cit., §§ 54-55.

<sup>137</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 maggio 2003, sentenza *Chevrol c. Francia*, 2003-III.

dichiarazione di intenti si risolveva, per tenore e contenuto, in un trattato internazionale. Il giudice, quindi, avrebbe dovuto disporre direttamente l'applicazione, senza ricorrere al parere dell'amministrazione; in questo modo, infatti, la ricorrente (che si era vista negare il riconoscimento da parte delle autorità francesi del proprio diploma di medico rilasciato dall'amministrazione algerina) non ha potuto giovare dei diritti procedurali per dimostrare le proprie ragioni, così come non le sono state offerte occasioni per opporre nei confronti del Ministero degli affari esteri che ha formulato il parere. La Corte EDU ha, perciò, ritenuto che la Francia abbia nel caso di specie violato l'art. 6-1 CEDU.

Come si evince dagli esempi sopra riportati, la Corte EDU ha ritenuto applicabili i principi ex art. 6 anche ad organi che non sono tribunali in senso tecnico, ma piuttosto organi dell'amministrazione. A priori, quindi, non si ravvisano impedimenti per tentare di applicare queste disposizioni anche alla procedura che si svolge avanti le Autorità antitrust. Come si vedrà, infatti, in Francia ciò è ormai un dato acquisito.

### 2.3 Le garanzie di natura sostanziale.

#### ***“Articolo 6 CEDU. Diritto a un equo processo.***

*1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.”*

L'evolversi della giurisprudenza di Strasburgo in merito ai requisiti che un tribunale deve offrire per rispettare l'art. 6-1 della CEDU annoverano, tra gli altri, la necessità che esso

conosca sia del diritto che del fatto. Circostanza confermata da una Raccomandazione del Consiglio d'Europa - Rec(2004)20 - al Principio 4e § 68. Questo principio è tuttavia temperato dal successivo § 70, che ammette che *“l'articolo 6, paragrafo 1 della CEDU non sembra vietare un sistema in virtù del quale il tribunale deve fondarsi sui fatti stabiliti dall'autorità amministrativa”*. Si ammette, quindi, che una giurisdizione che si limita a conoscere della legalità di un procedere dell'amministrazione, senza sostituirsi ad essa, presenti comunque sufficienti profili di garanzia del cittadino per rientrare nella qualificazione di tribunale così come offertaci dalla Corte. Tuttavia, prosegue la Raccomandazione, la procedura che si svolge avanti l'amministrazione deve:

- offrire garanzie sull'adozione della decisione
- formarsi su prove sufficientemente solide
- evitare di giungere ad una decisione che un'altra amministrazione, agendo in maniera corretta, non avrebbe adottato

E' evidente come la compatibilità con la CEDU di un giudizio basato sulla legittimità dell'agire amministrativo dipenda dalle modalità di svolgimento del procedimento avanti l'amministrazione.

Le Autorità indipendenti svolgono attività istituzionali complesse e tra loro differenti; tra di esse rientra anche l'attività di sanzione dei comportamenti antigiusuridici. La loro attività sanzionatoria (quando ne sono provviste) è un compito molto complesso e delicato: ciò spiega come la giurisprudenza amministrativa italiana esiti a sostituirsi al potere amministrativo nella valutazione dell'antigiuridicità di un comportamento.

### **2.3.1 “...tribunale indipendente e imparziale...”.**

#### **2.3.1.1 Autorità e metodo inquisitorio: critica.**

Con l'attribuzione all'Autorità antitrust di competenze esercitabili “in negativo”, con risultati fondamentalmente sanzionatori, emerge avvertita l'esigenza di separare la fase inquisitoria dalla fase decisoria, pena il rischio di contravvenire alle disposizioni sull'imparzialità del giudice. In effetti, l'art. 14 l. 287/1990 sembra operare un'embrionale separazione delle funzioni tra funzione istruttoria e funzione giudicante, precisata e dettagliata dal DPR 217/1998. Dalla lettura di questo testo emerge diffusamente l'idea che sia la fase preistruttoria che quella successiva all'apertura dell'istruttoria siano condotte dagli uffici tecnici dell'Autorità.



La fase preistruttoria viene condotta dagli uffici tecnici dell'Autorità in modo informale e senza necessità di comunicazione a soggetti esterni all'amministrazione<sup>138</sup>; si tratta di un'attività, che può essere stimolata sia d'ufficio sia a istanza di parte, tesa a verificare che le segnalazioni che siano venute in qualche modo in possesso dell'Autorità siano effettivamente fondate. Nella pratica, stante la natura essenzialmente indiziaria delle segnalazioni, questa attività ha il mero scopo di accertare il loro *fumus*, poiché assolutamente inibito è l'esercizio dei poteri marcatamente istruttori senza un preventivo avvio di un procedimento.

Al termine della fase preistruttoria, secondo l'art. 6 comma 1 DPR 217/1998, è l'Autorità a deliberare, *"valutate le proposte degli uffici, sull'avvio dell'istruttoria"*. Il collegio entra quindi in gioco solo una volta che le indagini tecniche siano state, sebbene sommariamente, svolte: a questo punto, subentra l'Autorità, la quale sceglie di aprire una formale istruttoria, che sarà però condotta sempre dagli uffici tecnici.

Se interrogativi sulla bontà del sistema inquisitorio che guida gli atti dell'Autorità sono stati solo sporadicamente posti dalla dottrina<sup>139</sup>, la giurisprudenza amministrativa ha dovuto farvi i conti nella decisione n. 1397 (vedi più sotto, pagg. 133 ss.) che si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 24 e 97 Cost. per la concentrazione in capo all'Autorità di funzioni istruttorie e decisorie. Nel respingere la questione come infondata, il Consiglio di Stato ha precisato come la natura non giurisdizionale dell'Autorità antitrust non richieda l'applicazione dei tipici principi del processo accusatorio, lasciando di conseguenza libertà al legislatore di porre in essere la procedura più opportuna.

Ma il problema di una più chiara distinzione fra funzione di indagine e funzione di giudizio sarà molto probabilmente destinato a riproporsi, proprio alla luce di una qualificazione alla luce dell'art. 6 CEDU.

---

<sup>138</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 652, nonché Consiglio di Stato, sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>139</sup> Cfr. Luciano PANZANI, *Autorità indipendenti e giudici*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2002, pagg. 417-418.

### 2.3.1.2 *Indipendenza e imparzialità dell'Autorità: la normativa italiana.*

I cinque componenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a norma dell'art. 10 comma 2 l. 287/1990, sono *"nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica"* fra *"persone di notoria indipendenza"*. Il Presidente deve aver ricoperto *"incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo"*, mentre gli altri quattro componenti sono scelti *"tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità"*. Il mandato dura sette anni e non è rinnovabile.

Per quanto concerne le modalità di designazione dei componenti delle Autorità indipendenti, il nostro ordinamento è privo di un sistema unitario, le leggi che disciplinano le Autorità prevedendo sistemi di nomina di volta in volta diversi. Seguendo l'opinione di chi ritiene che il procedimento di nomina dei membri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato mantenga un deficit democratico, si potrebbero ipotizzare dubbi di compatibilità con la Convenzione, atteso che l'assetto bipolare del nostro sistema parlamentare, con i presidenti delle camere entrambi espressione della maggioranza, potrebbe privare della necessaria indipendenza i membri dell'organo<sup>140</sup>. Figlia delle prassi della prima Repubblica, la nomina congiunta dei membri da parte dei presidenti di Camera e Senato richiedeva infatti la necessaria collaborazione fra forze politiche eterogenee, e le obbligava a convergere su personalità che, lungi dall'appartenenza politica, potessero offrire competenze riconosciute nel settore. Una procedura che proteggeva e che anche nell'attuale contesto protegge le Autorità dalle ingerenze della politica in maniera forse più effettiva rispetto all'elezione parlamentare perché meno idonea all'applicazione di meccanismi di spartizione politica delle cariche<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Più diffusamente cfr. Cecilia NARDELLI, *Il potere di nomina delle Autorità Indipendenti dei Presidenti di Camera e Senato della Repubblica italiana: un modello ormai superato?*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it).

<sup>141</sup> Vedi CERULLI IRELLI, *op. cit.*, pag. 56, che, peraltro, suggerisce di superare lo splendido isolamento in cui versano i Presidenti delle Camere quando nominano i membri delle Autorità tramite procedure di consultazione di categorie professionali e rappresentanti di soggetti organizzati.

La legge 287 ha cercato di garantire ai componenti dell'Autorità la necessaria indipendenza, ma da un punto di vista funzionale rimane il dubbio che i membri dell'AGCM possano svolgere la loro attività con la dovuta serenità.

#### **2.3.1.3 La composizione del Conseil de la concurrence.**

L'art. L461-1 regola la composizione del *Conseil de la concurrence* francese. I suoi membri ammontano a diciassette, ed il mandato ha una durata di sei anni (rinnovabile - comma 5). La nomina è di competenza del Ministro dell'economia (comma 1), ma per i componenti devono essere rispettate le seguenti indicazioni (comma 2):

- Otto membri devono provenire dal *Conseil d'Etat*, dalla *Cour de cassation*, dalla *Cour des comptes* o da altre corti ordinarie o amministrative.
- Quattro membri devono essere scelti per la loro competenza in materia economica o di tutela della concorrenza e del consumatore (all'interno di una lista preparata dalla categoria precedente – comma 4).
- Cinque membri devono provenire dal mondo della produzione, della distribuzione, dell'artigianato, dei servizi o delle professioni liberali.

Il *Conseil* è dotato anche di un presidente e di tre vicepresidenti: tre di essi devono essere scelti nella prima categoria, il quarto nelle altre due.

Il *Code de commerce* disciplina anche i casi di decadenza e di incompatibilità ed astensione (art. L461-2).

Varie sono le composizioni in cui può deliberare il *Conseil* (art. L 461-3 comma 1): oltre alla formazione plenaria, è prevista la costituzione di sezioni e la possibilità che il presidente ed i tre vicepresidenti siedano in "*commission permanente*"<sup>142</sup>.

Dall'esame della composizione emerge che il *Conseil* ha minori garanzie di indipendenza dagli altri poteri rispetto alla nostra Autorità antitrust, sia perché la legge assegna un'importanza preponderante ai membri che vengono dalla magistratura, sia perché le nomine sono adottate da un membro dell'Esecutivo.

#### **2.3.1.4 Indipendenza e imparzialità del giudice: la giurisprudenza CEDU.**

Occorre, innanzitutto, premettere che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo esita a definire chiaramente le nozioni di indipendenza e imparzialità, trovandosi a volte nella

---

<sup>142</sup> Sul quorum funzionale cfr. *Décision Conseil de la Concurrence*, 9 maggio 2007, n. 07-D-15.

difficoltà di applicare le relative nozioni ai casi di specie esaminati. Ad esempio, nell'affare *Langborger c. Svezia*<sup>143</sup> la Corte ha modo di affermare che “*a volte, risulta disagevole distinguere l'imparzialità dall'indipendenza*”, spingendo la dottrina a parlare piuttosto di due aspetti dello stesso “*principio di obiettività*”<sup>144</sup>.

I componenti di un tribunale devono obbedire al diritto ed alla propria coscienza<sup>145</sup>, senza pressioni esterne che possano turbarli<sup>146</sup>: nell'interpretazione dell'art. 6 a questo riguardo si potrebbe distinguere fra un'indipendenza di natura organizzatoria ed una di natura procedurale. Il primo aspetto riguarda la composizione dell'organo, ed è una verifica che la Corte compie solitamente a priori sulla base dei dati normativi che regolano la funzione dei componenti del tribunale, ovvero le procedure di nomina, le assegnazioni, i trasferimenti, le promozioni ed i procedimenti disciplinari dei componenti degli organi giudiziari<sup>147</sup>.

L'indipendenza dei membri di un tribunale è, però, connotata anche da un profilo funzionale, inerente l'adozione delle decisioni. Una volta verificata l'indipendenza organizzatoria, la Corte utilizza abitualmente questa seconda declinazione dell'indipendenza per fare un penetrante esame concreto del contesto in cui il giudice si trova a dover operare, delle pressioni informali che possa ricevere, della capacità che ha avuto di giudicare *secundum ius* l'affare. L'indipendenza funzionale si pone come parametro in relazione a quei tribunali che non siano composti – in tutto o in parte – da magistrati di carriera, ma anche da funzionari pubblici o da soggetti privati, e che quindi sono più a rischio, potendo essere in vario modo influenzati a causa del loro ambiente di provenienza. Questo secondo aspetto può effettivamente confondersi con il requisito

---

<sup>143</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 1989, sentenza *Langborger c. Svezia*, 155, § 32.

<sup>144</sup> Franz MASCHER, *La notion de “tribunal” au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Actes du colloque du 22 mars 1996 en la Grande Chambre de la Cour de cassation, organisé par l'Institut des hautes études européennes*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pag. 34.

<sup>145</sup> MASCHER, *op. cit.*, pag. 35. Vedi anche *incidenter tantum* la sentenza *H. c. Belgio*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 novembre 1987, § 51.

<sup>146</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 ottobre 1982, sentenza *Piersack c. Belgio*, 53, § 27.

<sup>147</sup> “Per stabilire se un organo può passare per «indipendente» ai fini dell'art. 6 §1, bisogna prendere in considerazione, segnatamente, il modo di designazione e la durata del mandato dei propri membri, l'esistenza di una protezione contro le pressioni esterne e la questione di sapere se ci sia o no una parvenza di indipendenza” in Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 ottobre 2007, sentenza *Forum Maritime S.A. c. Romania*, §§ 115-116, 118.

dell'imparzialità, che però sembra più orientato al vaglio della situazione del singolo componente del tribunale. Il profilo dell'imparzialità può essere scisso in due, precisamente, in imparzialità di natura oggettiva ed imparzialità di natura soggettiva. La seconda non dà adito a problemi interpretativi particolari; la prima è chiamata in causa quando lo stesso giudice possa trovarsi a giudicare dello stesso caso di specie in gradi o fasi diversi del processo, oppure possa addirittura trovarsi a rivestire la qualifica di parte e giudice insieme (tale era il caso di specie in *Demicoli c. Malta*<sup>148</sup>).

Per la Corte, *“il requisito dell'imparzialità [...] riveste due aspetti. Bisogna innanzitutto che il tribunale non manifesti dal punto di vista soggettivo nessun partito preso o pregiudizio personale. Poi, il tribunale deve essere oggettivamente imparziale, ovvero offrire sufficienti garanzie per escludere al riguardo ogni dubbio legittimo”*<sup>149</sup>.

Una delle censure che potrebbe colpire un procedimento avanti l'Autorità per incompatibilità dell'art. 10 l. 287/1990 relativo all'AGCM con la Convenzione riguarderebbe innanzitutto la composizione dell'organo. La garanzia del successivo comma 3, infatti, potrebbe non essere sufficiente prescrivendo che i membri dell'Autorità *“non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura. I dipendenti statali sono collocati fuori ruolo per l'intera durata del mandato”*. La Corte di Strasburgo ha avuto modo di censurare in diverse occasioni casi in cui un'autorità amministrativa non aveva le caratteristiche di un tribunale ex art. 6 poiché i suoi membri avevano contatti più o meno stretti con le amministrazioni di provenienza<sup>150</sup>; è un'eventualità che potrebbe colpire - anche se in maniera remota - anche un procedimento avanti l'Antitrust, visto che proprio il divieto di rinnovare il mandato dei membri dell'Autorità rende più probabile che qualcuno dei membri dell'Autorità possa di nuovo trovarsi a giudicare di

---

<sup>148</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 agosto 1991, sentenza *Demicoli c. Malta*, 210.

<sup>149</sup> Si tratta di una definizione ormai consolidata in numerose sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, completata anche dall'affermazione per cui *“strettamente legate sono le nozioni di indipendenza ed imparzialità oggettiva”*. L'ultima in ordine di tempo è nella sentenza *Forum Maritime S.A. c. Romania* cit.

<sup>150</sup> E' proprio il caso di *Bryan c. Regno Unito*, in cui il primo grado del procedimento inerente l'opposizione di un privato ad una decisione urbanistica era condotto da un ispettore ministeriale che non godeva della necessaria indipendenza, essendo soggetto a precise direttive che potevano venire dal Ministero di appartenenza.

un procedimento - ad esempio - in veste di consigliere di Stato. Una censura potrebbe, quindi, colpire non tanto l'indipendenza dell'Autorità o del giudice amministrativo che ne controllerebbe l'operato, quanto l'imparzialità del secondo se di esso fosse membro anche un giudice già componente dell'Authority.

Analizzando più specificamente il campo della giurisdizione amministrativa, la Corte EDU non ha preso una posizione chiara sull'attuazione del principio di imparzialità di un tribunale amministrativo. Vi sono due decisioni che si fronteggiano sull'argomento, entrambe contro il Lussemburgo. La decisione cronologicamente anteriore è l'affare *Procola c. Lussemburgo*<sup>151</sup>, in cui la Corte ha riscontrato una violazione del principio di imparzialità del Consiglio di Stato lussemburghese che, dopo aver dato un parere favorevole ad un progetto di legge in veste consultiva, si è trovato a decidere l'annullamento dello stesso testo tramite un collegio in cui quattro dei suoi cinque membri erano stati già componenti della sezione consultiva. Poco tempo dopo, tuttavia, la Corte si è trovata a dover giudicare ancora una volta di un ricorso promosso contro il Lussemburgo sempre per la violazione dell'art. 6 da parte di un giudice amministrativo; la decisione *Busch c. Lussemburgo*<sup>152</sup> ha stabilito l'inammissibilità di un ricorso in cui si sosteneva l'infrazione del principio di imparzialità del Consiglio di Stato lussemburghese. Esso, infatti, ha giudicato con un collegio il cui Presidente aveva già avuto modo di conoscere la direttiva che nel caso di specie il collegio si trovava a dover applicare, avendo egli partecipato a diverse riunioni ministeriali sull'implementazione della direttiva *de qua*: questa circostanza ha fatto dubitare il ricorrente dell'oggettiva imparzialità del Consiglio.

Si tratta di ipotesi di scuola: la Corte EDU considera, infatti, compatibile con la Convenzione anche l'eventualità che uno stesso soggetto partecipi a due diverse fasi di uno stesso processo. In questo senso è da ricordare la sentenza *Hauschildt c. Danimarca*<sup>153</sup>, in cui un giudice (Larsen), dopo aver irrogato misure cautelari penali nei

---

<sup>151</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 settembre 1995, sentenza *Procola c. Lussemburgo*, 326. Caso segnalato da Jean-Paul COSTA, *Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative*, Paris, Ecole doctorale de droit comparé, 16 mars 2001, pag. 6.

<sup>152</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 aprile 1996, decisione *Busch c. Lussemburgo*.

<sup>153</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 maggio 1989, sentenza *Hauschildt c. Danimarca*, 154. Si tratta di una decisione che ha rappresentato "un punto di svolta nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte relativa all'imparzialità ed in particolare al cumulo, per un magistrato, di funzioni successive" in Frédéric

confronti di un determinato soggetto, è stato membro del collegio giudicante nel successivo processo penale a carico dello stesso soggetto. La Corte analizza l'indipendenza del giudice da due punti di vista, uno soggettivo ed uno oggettivo. Dal punto di vista soggettivo la Corte non ha elementi per mettere in dubbio l'indipendenza del magistrato<sup>154</sup>; sull'indipendenza dal punto di vista oggettivo, la Corte si diffonde in maniera più dettagliata per negare, infine, una violazione dell'art. 6<sup>155</sup>. Innanzitutto, i giudici contestualizzano l'attività di irrogazione di misure cautelari in un contesto in cui l'attività investigativa viene condotta dagli organi di polizia giudiziaria, ed in cui il ruolo del giudice è successivo e spesso di semplice conferma; inoltre, l'irrogazione delle misure cautelari richiede una cognizione della vicenda molto meno rigorosa, e sono sufficienti elementi indiziari anche non verificati. In relazione a questo profilo dell'indipendenza la Corte EDU non ha rinvenuto violazioni (ma le ha rinvenute nella valutazione degli elementi probatori operata dai giudici danesi). E' opportuno, tuttavia, aggiungere che l'imparzialità oggettiva viene esaminata dalla Corte sempre calando gli istituti e la loro operatività nel caso di specie, per valutare se essi si siano dimostrati carenti nel concreto svolgimento della procedura.

Alla luce della sentenza *Hauschildt*, tuttavia, un caso in cui lo stesso soggetto conoscesse di una causa prima in veste di componente di un Authority poi in veste di magistrato potrebbe sicuramente essere censurato avanti la Corte: a maggior ragione, poiché lo scrutinio giurisdizionale è limitato alla legittimità, la presenza di qualcuno che abbia già dato valutazioni sul fatto potrebbe indubbiamente influenzare il collegio.

Per quanto concerne l'indipendenza, innanzitutto è da precisare che la giurisprudenza CEDU non richiede, per qualificarlo come tribunale, che un organo sia composto da magistrati. A questo proposito, una comparazione indubbiamente efficace è quella con la struttura organizzativa del Consiglio di Stato francese, la cui composizione è stata in più occasioni analizzata anche dalla Corte EDU. A differenza del Consiglio di Stato

---

SUDRE, Jean-Pierre MARGÉNAUD, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Adeline GOUTTENOIRE, Michel LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004, pag. 250. Con questa sentenza, infatti, la Corte EDU passa, per valutare l'imparzialità di un tribunale, da un criterio astratto ad uno concreto.

<sup>154</sup> Sentenza *Hauschildt c. Danimarca*, cit., § 47.

<sup>155</sup> Sentenza *Hauschildt c. Danimarca*, cit., § 48 e ss.

italiano, infatti, esso non è composto da magistrati bensì da pubblici funzionari, selezionati attraverso corso-concorso presso l'ENA. La composizione del Consiglio di Stato d'oltralpe è stata ben analizzata da una nota decisione della Corte EDU, *Kress c. Francia*<sup>156</sup>; in questa decisione la Corte mostra molto chiaramente il proprio approccio nei confronti dei casi di specie sottoposti, consistente in una valutazione effettuata in maniera molto concreta. La particolarità dei membri del Consiglio di Stato francese, come già anticipato, è la loro appartenenza alla carriera amministrativa, non giudiziaria<sup>157</sup>. Ciò ha comportato, sulla carta, una riduzione anche molto forte delle garanzie che, al contrario, un ordinamento tende ad accordare alla magistratura; tuttavia, è la stessa Corte a sottolineare l'inverarsi di una prassi – ormai consolidata – che è riuscita a colmare le lacune in modo positivo, ad un punto tale da garantire l'inamovibilità dei consiglieri: si tratta, soprattutto, del funzionamento del Consiglio, cui sovraintende un organo del Consiglio stesso (l'ufficio del Consiglio, composto dal vicepresidente, dai sei presidenti di sezione e dal segretario generale), delle garanzie di inamovibilità, e di quelle legate agli avanzamenti di carriera, limitati ormai dalla prassi all'anzianità<sup>158</sup>. In questa decisione, quindi, la Corte EDU sembra indicare quali siano le (o alcune delle) prerogative di cui un organo giurisdizionale deve essere corredato per essere compatibile con l'art. 6. In effetti, l'Autorità antitrust conserva senza dubbio una propria autonomia in materia di organizzazione, mentre sembra più difficile il rispetto della regola dell'inamovibilità. I componenti dell'Autorità antitrust, infatti, dispongono di una larga autonomia di decisione e di indipendenza da altri soggetti di diritto, siano essi gli organi di rappresentanza politica, i rappresentanti di interessi organizzati o gli stessi soggetti regolati: tuttavia, si tratta di requisiti che non appaiono sufficienti a sedare eventuali dubbi di compatibilità con la CEDU.

---

<sup>156</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2001, sentenza *Kress c. Francia*, in *Recueil*, 2001-VI.

<sup>157</sup> *Code de justice administrative*, art. L 131-1.

<sup>158</sup> Sentenza *Kress* cit., § 35.



### 2.3.1.5 L'(in)separazione delle funzioni inquirenti e giudicanti.

#### 2.3.1.5.1 Le sentenze del *Conseil constitutionnel*.

Altra critica - fondata - che viene mossa alle Autorità è la confusione fra funzioni di regolazione e funzioni giustiziali all'interno delle Autorità. Si tratta di una critica, in realtà, non pienamente avvertita dalla dottrina italiana<sup>159</sup>, ma che tuttavia deve far riflettere alla luce, anche in questo caso, della giurisprudenza CEDU ma soprattutto dell'esperienza francese. Si ricorda, infatti, incidentalmente, che oltralpe il controllo di costituzionalità assume a parametro anche la dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 (che va a comporre il cosiddetto "blocco di costituzionalità").

In Francia questo problema è stato analizzato in maniera più approfondita dal *Conseil constitutionnel* francese, che ha adottato diverse decisioni in cui si è soffermato sulla compatibilità delle leggi istitutive di Autorità amministrative indipendenti con l'art. 16 della Dichiarazione, secondo cui il principio di separazione dei poteri conforma uno Stato di diritto.

La prima decisione in ordine di tempo è la n. 88-248 del 17 gennaio 1989<sup>160</sup>, con cui alcuni parlamentari (servendosi dello strumento della *saisine parlementaire* previsto dalla Costituzione) sollevavano questioni di incompatibilità con l'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino degli articoli 42-1 e 42-2 della legge n. 86-1067 del 30 settembre 1986 sulla libertà di comunicazione, inseriti dalla legge 89-25 del 18 gennaio 1989, che assegnavano al *Conseil superieur de l'Audiovisuel* (CSA) poteri di sanzione amministrativa. Il *Conseil constitutionnel* rifiuta la tesi dell'incompatibilità sulla base diverse argomentazioni: in primo luogo, la particolare importanza dell'art. 11 della Dichiarazione sulla libertà di pensiero e di espressione obbliga il legislatore ad approntare un organo che possa rendere effettiva la tutela di quei diritti, ed in questo senso è legittimo affidare ad un organo amministrativo un potere sanzionatorio che sia

---

<sup>159</sup> Che si è invece approfonditamente soffermata sulla separazione dei poteri che nelle Autorità non troverebbe attuazione. Cfr. PINELLI, *op. cit.*, pag. 2. *Contra* LONGO, *op. cit.*, in CASSESE e FRANCHINI (a cura di), *I garanti, cit.*, pagg. 16 ss., secondo il quale è proprio un'amministrazione soggetta solo alla legge – già prefigurabile in Costituzione - la realizzatrice di una vera separazione dei poteri, perché in grado di limitare le interferenze dell'esecutivo. Per RIGANO, *op. cit.*, pag. 365, è la stessa separazione dei poteri che cade in disuso a favore di due "grandi principi", che reggerebbero le democrazie pluraliste: il principio di maggioranza ed il principio di garanzia.

<sup>160</sup> Su cui Bruno GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires*, in *Revue française de droit administratif*, 4/1989, pagg. 671-682.

strettamente collegato al perseguimento della missione affidatagli, e giustifica anche dal suo forte legame con i poteri di autorizzazione di cui dispone lo stesso CSA (*considerando 27*). Inoltre, la procedura avanti l'amministrazione è corredata da una serie di garanzie a tutela del cittadino che escludono qualunque accusa di natura arbitraria (*considerando 29 e 30*), e la legge ha infine mantenuto la possibilità di proporre un ricorso di piena giurisdizione al Consiglio di Stato (*considerando 31*).

Di poco successiva è la decisione n. 89-260 del 28 luglio 1989 sui poteri della *Commission des operations de bourse (COB)*, adottata in seguito alla *saisine* del *Conseil* su un progetto di legge di riforma (divenuto poi legge 89-531 del 2 agosto 1989) dell'ordinanza 67-833 del 28 settembre 1967, con cui il legislatore ha introdotto un art. 9-2 che disciplinava i poteri di sanzione della Commissione. Ebbene, la *saisine constitutionnelle* è stata avanzata proprio per la presunta incompatibilità con la costituzione di un modello di amministrazione che riuniva e confondeva poteri di disciplina normativa a poteri sanzionatori. Il *Conseil*, tuttavia, respinge la tesi dell'incompatibilità (*considerando 6*) fondandosi, innanzitutto, sulla natura amministrativa della Commissione (tesi ripresa, molto più di recente, anche dal nostro Consiglio di Stato: vedi più sotto, pagg. 149 ss.), e proseguendo poi sulla compatibilità con la Costituzione di poteri pubblici che, riunendo in sé funzioni legislative e giudiziarie, non siano tuttavia in grado di irrogare misure privative della libertà e siano corredate da una serie di misure di garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali (ovvero il successivo controllo di un tribunale).

#### 2.3.1.5.2 La tendenziale separazione fra funzioni di indagine e funzioni di giudizio nel diritto francese della concorrenza: la DGCCRF.

Come già ricordato (vedi più sopra, pagg. 3 ss.), la caratteristica peculiare del diritto francese della concorrenza è la previsione di due soggetti pubblici per la tutela della concorrenzialità dei mercati: il *Conseil de la Concurrence* e la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* o DGCCRF. La ripartizione delle funzioni fra questi due organismi vede la *Direction générale* svolgere le operazioni di indagine, mentre il *Conseil de la Concurrence* esercita funzioni di giudizio. Il raccordo fra le due fasi – che sono necessariamente intrecciate – passa attraverso la figura del *Rapporteur*, che si tiene in costante aggiornamento sulle fasi dell'indagine condotta dalla DGCCRF e si fa portatore dei risultati in seno al collegio dell'Autorità

istruendo la pratica; anche il *Rapporteur* dispone comunque di poteri di impulso: a norma dell'art. L450-6 comma 1 del *Code de commerce*, infatti, il *Rapporteur* può chiedere alle autorità competenti di svolgere un'inchiesta di cui “*definisce gli orientamenti [...] ed è tenuto informato dello [...] svolgimento*”<sup>161</sup>. A questi due organi occorre, invero, aggiungere anche il Ministro dell'economia, incaricato della politica di governo sulla concorrenza, ma che in realtà ricopre poteri più pregnanti sul concreto farsi della procedura avanti il *Conseil*.

Creata con *Décret* n. 85-1152 del 5 novembre 1985, la *DGCCRF* ha raggruppato funzioni prima assegnate a uffici diversi, ovvero la *Direction générale de la concurrence et de la consommation*, la *Direction de la consommation et de la répression des fraudes*, il *Service des affaires générales*, la *Mission d'étude et de coordination du ministère de l'économie, des finances et du budget*. La *DGCCRF* ha ereditato tutte queste funzioni; ad oggi esercita:

- La regolazione della concorrenza, che oltre alla raccolta di segnalazioni prevede il controllo delle procedure di appalto pubblico sulla congruità delle offerte delle imprese partecipanti, nonché la lotta contro la contraffazione.
- La protezione economica dei consumatori (sanzionando chi non rispetta le disposizioni in materia di marchi e denominazioni, nonché di pubblicità ingannevole)
- La sicurezza dei consumatori (intervenedo su filiere e forniture alimentari)

Composta da 3800 funzionari che sono deputati, tra le loro missioni, anche alla rilevazione di indici di pratiche anticoncorrenziali, la *Dicrection* è organizzata su base territoriale in otto *Brigades interrégionales d'enquêtes de concurrence (BIEC)*, che a sua volta hanno proprie Direzioni in ogni regione ed in ogni dipartimento<sup>162</sup>. Ecco come la capillare diffusione sul territorio di un funzionariato amministrativo preparato – che appartiene all'amministrazione del Ministero dell'economia e che ha competenze adeguate anche in materia di inchieste amministrative – permette una efficace

---

<sup>161</sup> A norma dell'art. L461-3 comma 3 del *Code de commerce* il *Rapporteur general* è nominato dal Ministro dell'Economia su proposta del Presidente del *Conseil*, mentre i *Rapporteur* sono nominati direttamente dal Presidente.

<sup>162</sup> Si aggiungono anche 9 laboratori di ricerca, 3 centri informatici e 2 scuole di formazione. Tuttavia il programma “DGCCRF 2008” prevede la chiusura di alcuni di questi uffici.

rilevazione di pratiche anticoncorrenziali. L'art. L450-6 comma 2 prevede che i funzionari della *DGCCRF* possano essere messi a disposizione del *Rapporteur* solo per un periodo limitato di tempo.

Tuttavia, questo sistema è stato di recente rimesso in discussione dalla *Décision 188* della *Commission Attali*, che ha l'obiettivo di concentrare le istruttorie in materia di violazioni alle leggi antitrust all'interno di una nuova *Autorité de la concurrence*; questa decisione ha esplicitamente proposto di riunire le attività di inchiesta ed istruzione in capo ad un organo interno alla nuova Autorità, sotto la quale passerebbero i funzionari ora alle dipendenze della *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*. In effetti una tale riforma fa riemergere i timori che proprio l'attuale sistema di separazione fra i poteri esclude, ovvero la confusione fra ruolo inquirente e ruolo giudicante: tale mancata netta distinzione dei rispettivi ruoli ha già incontrato nella giurisprudenza francese delle censure proprio per violazione dell'art. 6 CEDU (cfr. più sotto, pagg. 114 ss.): si tratta di decisioni alla cui deliberazione hanno partecipato anche il *Rapporteur* ed il *Rapporteur général*, che come detto guidano l'istruzione del fascicolo avanti il *Conseil de la concurrence*. Tale promiscuità, che persiste tutt'ora, non è stata tuttavia oggetto di proposte di modifica da parte della *Commission Attali*: il rischio è che, se la concentrazione di tutte le fasi dell'istruttoria in capo all'*Autorité de la concurrence* andrà in porto senza che la separazione fra funzioni sia rafforzata, i diritti procedurali dei privati avanti la nuova Autorità possano essere compromessi ancora di più.

#### 2.3.1.5.3 La giurisprudenza della CEDU sulla separazione delle funzioni.

La Corte EDU ha avuto modo di occuparsi anche della concentrazione in uno stesso organo di funzioni di indagine e funzioni di giudizio. Si tratta di una giurisprudenza che è andata progressivamente diradandosi in relazione all'adattamento, da parte degli Stati membri, dei propri sistemi giudiziari.

La sentenza più importante sull'argomento è *Padovani c. Italia*<sup>163</sup>, in cui la Corte si trova ad affrontare l'istituto pretorile italiano e la sua compatibilità con l'art. 6-1 CEDU, che il ricorrente riteneva violato per concentrazione nel medesimo organo delle funzioni

---

<sup>163</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26 febbraio 1993, sentenza *Padovani c. Italia*, 257-B.

inquirenti e giudicanti. La Corte scarta la censura a motivo che, nel caso concreto prospettato, non riteneva che vi fosse una violazione del principio di imparzialità. E' interessante osservare che la Corte decide di valutare la sussistenza dei soli profili di imparzialità soggettiva, negando che nel suo scrutinio possa rientrare la valutazione in astratto delle disposizioni sull'imparzialità (che poi devono comunque essere controllate nel concreto rispetto) e citando in supporto la sentenza *Hauschildt c. Danimarca*<sup>164</sup>. Si tratta di uno dei tanti esempi di contraddittorietà della giurisprudenza CEDU, atteso che è proprio la sentenza *Hauschildt* a dedicare spazio maggiore all'esame di profili di imparzialità oggettiva del giudice, sebbene calati nella fattispecie concreta prospettata (vedi *Hauschildt c. Danimarca* più sopra, pagg. 38 ss.).

Sulla separazione delle funzioni e principi ex art. 6-1 CEDU sono anche da segnalare le seguenti sentenze:

- Affare *Tierce e altri c. San Marino*<sup>165</sup> (sull'imparzialità del Commissario della Legge, un organo che svolge entrambe le funzioni: violazione dell'art. 6-1)
- Affare *Nortier c. Paesi Bassi*<sup>166</sup> (in cui la Corte scarta la violazione dell'art. 6-1 perché il ricorrente non ha offerto nel caso di specie prove che il giudice dei minori, che aveva in effetti agito come giudice d'istruzione nel corso della causa, abbia concretamente disatteso gli obblighi di imparzialità)
- Affare *Saraiva de Carvalho c. Portogallo*<sup>167</sup> (anche in questo caso la Corte non riscontra concrete violazioni del principio di imparzialità, in astratto ipotizzabili per la confusione fra funzioni)

### 2.3.2 “...costituito per legge...”.

Questa seconda prescrizione non pone particolari difficoltà circa la compatibilità delle norme interne che regolano il procedimento avanti le Autorità. Nella giurisprudenza della Corte EDU, infatti, ormai è un consolidato orientamento che “costituito per legge” (fr: *établi par la loi*) significhi “evitare che l'organizzazione del sistema giudiziario sia

---

<sup>164</sup> Sentenza *Hauschildt*, cit., § 24.

<sup>165</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 25 luglio 2000, sentenza *Tierce e altri c. San Marino*, §§ 79 ss., in *Recueil*, 2000-IX.

<sup>166</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 agosto 1993, sentenza *Nortier c. Paesi Bassi*, , 267, § 31.

<sup>167</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 aprile 1994, sentenza *Saraiva de Carvalho c. Portogallo*, 286-B, § 35.

*lasciata alla discrezionalità dell'esecutivo, e fare in modo che questa materia sia disciplinata da una legge del Parlamento"* (in sentenza *Coëme ed altri c. Belgio*<sup>168</sup>, § 98).

Meglio, il contenuto del principio di legalità consiste nell'obbligo che un tribunale sia disciplinato da una fonte che abbia la caratteristica della generalità e dell'astrattezza (anche perché se si seguisse la nozione di legge in senso formale non potrebbero trovare rifugio nelle garanzie della Convenzione, ad esempio, i tribunali istituiti e funzionanti secondo la *common law* inglese)<sup>169</sup>. Così, anche nel nostro ordinamento è questa la *ratio* della precostituzione per legge del giudice naturale<sup>170</sup>. Sotto questo profilo non sembra che la disciplina delle Autorità indipendenti possa rappresentare motivo di censura per violazione della Convenzione EDU.

Aspetto diverso è quello relativo alla predeterminazione della procedura che deve guidare le contestazioni in materia penale; a rigore, infatti, la Convenzione EDU non richiede che un tribunale debba necessariamente seguire regole già fissate nella contestazione degli addebiti. La Convenzione – più semplicemente – descrive le garanzie irrinunciabili di cui ogni accusato deve godere durante la fase di contestazione. Anche in questo caso la giurisprudenza della Corte ha di fatto esteso, tuttavia, quelle garanzie: un "tribunale", infatti, secondo la Corte deve poter decidere "al termine di procedure organizzate"<sup>171</sup>, il che significa rendere conosciute da parte dell'accusato tutte le tappe compiute dall'amministrazione per giungere all'adozione di quell'atto che poi la Convenzione prescrive sia corredata di idonee garanzie. La giurisprudenza *Belilos*, quindi, dà addirittura una copertura a livello di Convenzione EDU alle disposizioni procedurali, ivi comprese quelle relative all'agire dell'amministrazione.

### **2.3.3 "...sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti...".**

L'art. 6 CEDU è una di quelle disposizioni su cui, più di altre, la CEDU ha esercitato una propria libertà di qualificazione. La Corte, infatti, nell'evolversi della propria

---

<sup>168</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 2000, sentenza *Coëme ed altri c. Belgio*, in *Recueil*, 2000-VII.

<sup>169</sup> Così MASCHER, *op. cit.*, pagg. 33-35.

<sup>170</sup> "... il primo comma dell'art. 25 viene pertanto a collocarsi «sulla linea logica di confine fra il terreno delle garanzie processuali e quello dell'organizzazione giudiziaria»", in Sergio BARTOLE, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, *sub voce* *Giudice: I*.

<sup>171</sup> Cfr. da ultimo Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 aprile 1988, sentenza *Belilos c. Svizzera*, § 64.

giurisprudenza ha operato un allargamento delle disposizioni della Convenzione proprio in relazione all'art. 6 ed all'interpretazione del "*volet civil*" e "*volet penal*". Ciò le è stato consentito grazie alla teoria della "nozione autonoma", con cui il riferimento al diritto nazionale diventa secondario, mentre il principio fondamentale che vi si diparte è quello del senso "europeo".

Qualificare le Autorità amministrative indipendenti dei "tribunali" ex art. 6 CEDU sostanzialmente significa operare una "*penalizzazione delle sanzioni amministrative*"<sup>172</sup>.

Per quanto concerne l'Autorità antitrust, *nulla quaestio* che le sanzioni inflitte abbiano natura amministrativa: ma potrebbero esse essere dichiarate "penali" ai sensi della Convenzione?

La Corte EDU ha perfezionato, nel corso degli anni, la propria giurisprudenza sulla qualificazione di una sanzione amministrativa all'interno del "*volet penal*". La sentenza che ha fatto da battistrada a questo allargamento della materia penale è stata *Engel e altri c. Paesi Bassi*<sup>173</sup>. Questa decisione, infatti, è la prima in cui la Corte EDU ha deciso che l'art. 6 CEDU, fino ad allora applicato solo ai casi in cui un'accusa veniva formalmente disciplinata da una disposizione penale, poteva essere applicato anche ad accuse disciplinate da disposizioni formalmente non penali. La decisione in commento esamina sanzioni disciplinari inflitte, in circostanze fra loro indipendenti, a dei soldati olandesi dai propri superiori. La Corte si trova a dover analizzare innanzitutto se provvedimenti irrogati al termine di procedimenti disciplinari possano essere qualificati come "accuse in materia penale" prescindendo dalla qualificazione positiva dello Stato membro. Ebbene, nella parte in diritto la sentenza giudica come sia molto rischioso limitarsi alla qualificazione formale che gli Stati danno di un determinato provvedimento, perché in questo modo "*il gioco delle clausole fondamentali degli articoli 6 e 7 si troverebbe subordinato alla loro sovrana volontà*"<sup>174</sup>. Ciò sarebbe, infatti, incompatibile con lo scopo e l'oggetto della Convenzione; è quindi obbligo della Corte verificare che il disciplinare non nasconda indebitamente, in realtà, il penale. Questa premessa è la chiave di volta utilizzata dalla Corte per il *revirement* che verrà poi operato

---

<sup>172</sup> Cfr. SUDRE, MARGÉNAUD, ANDRIANTSIMBAZOVINA, GOUTTENOIRE, LEVINET, *op. cit.*, pag. 248.

<sup>173</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 22.

<sup>174</sup> Sentenza *Engel*, *cit.*, § 81.

nel seguito della sentenza, ovvero l'introduzione di tre criteri per qualificare una sanzione come "penale" ex art. 6 CEDU:

- La qualificazione interna operata dallo Stato<sup>175</sup>
- La natura dell'infrazione<sup>176</sup>
- Il grado e la severità della sanzione<sup>177</sup>

Tale elencazione contenuta nella sentenza *Engel* è stata successivamente confermata da *Öztürk c. Germania*<sup>178</sup>. In quest'ultima decisione, infatti, la Corte assegna ai tre requisiti di cui sopra una diversa forza interpretativa: *"le indicazioni fornite dal diritto interno non hanno che una portata relativa"*<sup>179</sup>, mentre un valore sicuramente più cogente deve essere attribuito al secondo<sup>180</sup>. Il grado e la severità della sanzione rappresentano, però, il passaggio più importante della decisione: innanzitutto, la Corte opera un esame sulla natura della sanzione in parola, e poi ne analizza i possibili destinatari. Si tratta di verifiche che consentirebbero alla sanzione di essere qualificata come penale se:

- Essa presenta un carattere preventivo e repressivo<sup>181</sup>
- Se è diretta ad una platea indeterminata di soggetti (e non già ad una categoria individuata)<sup>182</sup>

La Corte non considera la gravità dell'infrazione (e quindi, di conseguenza, l'entità dell'infrazione) come un criterio dirimente per la qualificazione: *"sarebbe contrario all'oggetto ed allo scopo dell'articolo 6, che garantisce agli «accusati» il diritto ad un tribunale e a un processo giusto, di permettere allo Stato di sottrarre all'impero di questo testo [la Convenzione] un'intera categoria di infrazioni nonostante le consideri lievi"*<sup>183</sup>.

---

<sup>175</sup> Sentenza *Engel*, cit., § 82.

<sup>176</sup> Sentenza *Engel*, cit., § 82.

<sup>177</sup> Sentenza *Engel*, cit., § 82.

<sup>178</sup> Sentenza *Öztürk*, cit. Al contrario della sentenza *Engel*, tuttavia, l'allargamento dell'ambito di applicazione del *"volet penal"* alle sanzioni amministrative è stato contestato da diversi giudici (sei), cinque dei quali hanno lasciato opinioni dissidenti.

<sup>179</sup> Sentenza *Öztürk*, cit., § 52.

<sup>180</sup> Sentenza *Öztürk*, cit., § 52. Di una "certa importanza", in riferimento a questo secondo criterio, si scrive in SUDRE, MARGÉNAUD, ANDRIANTSIMBAZOVINA, GOUTTENOIRE, LEVINET, *op. cit.*, pag. 199.

<sup>181</sup> Sentenza *Öztürk*, cit., § 53.

<sup>182</sup> Sentenza *Öztürk*, cit., § 53.

<sup>183</sup> Sentenza *Öztürk*, cit., § 53.



### 2.3.3.1 La nozione di accusa.

La nozione di “accusa” è stata inizialmente formulata dalla Corte EDU nella sentenza *Deweert c. Belgio*<sup>184</sup>: “«accusa» si può in generale definire «come la notificazione ufficiale, adottata dall’Autorità competente, del rimprovero per avere compiuto un’infrazione penale»”<sup>185</sup>.

La precisazione della nozione di accusa secondo il diritto CEDU è molto importante in quanto è da essa che scaturisce una serie di garanzie processuali che ricadono sotto lo scrutinio della Corte. Si tratta di una nozione fondamentalmente usata nei casi di ricorsi per violazione del principio di ragionevole durata del processo ex art. 6 CEDU, che permette alla corte di stabilire il punto di partenza nel relativo computo. Ed infatti, la prima decisione che approfondisce il contenuto dell’espressione “accusa”, *Neumeister c. Austria*<sup>186</sup>, ha avuto modo di precisare il momento a partire dal quale poteva parlarsi di un’accusa penale (ai fini del calcolo di ragionevole durata): quando, cioè, “i sospetti che gravano sull’interessato hanno avuto importanti ripercussioni sulla propria situazione”<sup>187</sup>. In seguito, nella definizione di un’accusa penale la giurisprudenza della Corte ha conosciuto una significativa evoluzione: proprio nell’affare *Deweert*<sup>188</sup>, infatti, la Corte sembra rendere alternative le due nozioni di cui sopra, attribuendo quindi alle “pesanti ripercussioni” un ruolo diverso, più importante e non semplicemente limitato al solo calcolo della ragionevole durata del periodo di cui in *Neumeister*<sup>189</sup>. Ulteriori decisioni contengono, poi, il riferimento alle importanti ripercussioni: nelle tre sentenze immediatamente successive a *Neumeister*<sup>190</sup>, ovvero *Eckle c. Germania*<sup>191</sup>, *Corigliano c. Italia*<sup>192</sup> e *Foti e altri c. Italia*<sup>193</sup> l’espressione “importanti ripercussioni” continua a

---

<sup>184</sup> Corte Europea dei diritti dell’uomo, 27 febbraio 1980, *Deweert c. Belgio*, 35.

<sup>185</sup> Sentenza *Deweert*, cit., § 46.

<sup>186</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 27 giugno 1968, *Neumeister c. Austria*,

<sup>187</sup> Sentenza *Neumeister*, cit., § 13.

<sup>188</sup> Sentenza *Deweert*, cit., § 46.

<sup>189</sup> Sentenza *Neumeister*, cit.

<sup>190</sup> Sentenza *Neumeister*, cit.

<sup>191</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 15 luglio 1982, sentenza *Eckle c. Germania*, 51, § 73.

<sup>192</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 10 dicembre 1982, sentenza *Corigliano c. Italia*, 57, § 34.

<sup>193</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 10 dicembre 1982, sentenza *Foti e altri c. Italia*, 56, § 52.

ricorrere solo per definire la durata ragionevole, tuttavia la Corte sembra dare a questa espressione una condizione di applicabilità dell'art. 6 che poi sarà di peso accolta in *Öztürk c. Germania*<sup>194</sup>. In questa decisione, infatti, la Corte ritiene che l'accusa penale ricorre non solo nel caso di *"notificazione ufficiale, adottata dall'Autorità competente, del rimprovero per avere compiuto un'infrazione penale"*, ma può anche, in alcuni casi, prendere *"la forma di altre misure che implicino un tale rimprovero e comportino anch'esse delle importanti ripercussioni sulla situazione del sospettato"*<sup>195</sup>. Tale funzione sussidiaria ma sufficiente a qualificare dei provvedimenti come accuse penali anche se formalmente non sono tali è una tesi che ha poi trovato successive conferme. Nella decisione *Serves c. Francia*<sup>196</sup> la Corte compie un'ulteriore passo in avanti, a testimonianza di una crescente individualizzazione delle nozioni elaborate dalla giurisprudenza CEDU, rispetto a quelle analoghe elaborate dagli ordinamenti nazionali: affermando esplicitamente l'autonomia della nozione di accusa, che va interpretata *"ai sensi della Convenzione e non esclusivamente del diritto interno"*<sup>197</sup>.

#### 2.3.4 La fase preistruttoria e l'impulso al procedimento.

##### 2.3.4.1 L'AGCM.

L'art. 12 comma 1 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 *"Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"*, è l'unica fonte sulla disciplina delle attività dell'Autorità propedeutiche alla formale apertura del procedimento di istruttoria.

L'Autorità può dare inizio all'attività istruttoria di verifica dell'*"esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3"* una volta *"valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori"* (comma 1). Si tratta di un'attività informale che non necessita di comunicazione a soggetti esterni all'amministrazione, e che può essere dunque promossa d'ufficio oppure a istanza di

---

<sup>194</sup> Sentenza *Öztürk*, cit.

<sup>195</sup> Sentenza *Öztürk*, cit., § 55.

<sup>196</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 ottobre 1997, sentenza *Serves c. Francia*, in *Recueil*, 1997-VI.

<sup>197</sup> Sentenza *Serves*, cit., § 42.

parte: un'attività di natura prettamente informale, che serve all'Autorità per raccogliere informazioni e valutare se la segnalazione merita un approfondimento.

Se si accoglie la tesi per cui le Autorità sono soggette esclusivamente alla legge, tuttavia, esse non disporrebbero di potere discrezionale nell'attivarsi per presunte violazioni, ma ogni "notizia di violazione di legge" meriterebbe approfondimento e valutazione.

#### 2.3.4.1.1 L'archiviazione delle segnalazioni ed i poteri oppositivi dei privati<sup>198</sup>.

Coloro che hanno presentato segnalazioni dispongono di strumenti per potersi opporre all'archiviazione. La legittimazione dei terzi ad agire contro provvedimenti dell'Autorità di archiviazione delle segnalazioni (compresi i soggetti che avessero presentato esposti o istanze ex art. 12 comma 1) era stata per un certo periodo esclusa dalla giurisprudenza amministrativa<sup>199</sup>. Tuttavia, già la decisione Tar Lazio, sez. I, 5 maggio 2003, n. 3861<sup>200</sup> sembrava tracciare un diverso orientamento; il Tar, infatti, continuava ad escludere che le imprese terze rispetto ad un'operazione di concentrazione notificata all'Autorità antitrust detenessero la posizione di contro interessate, ma tali argomentazioni sembravano invece escluse nel caso di provvedimenti sulle intese. Anche la decisione Tar Lazio, sez. I, 24 febbraio 2004, n. 1715<sup>201</sup> "ha riconosciuto ad un'impresa

---

<sup>198</sup> Su cui si rimanda a Roberto CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale dei controinteressati rispetto ai provvedimenti di archiviazione e di autorizzazione dell'autorità antitrust*, in *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 2004, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>199</sup> Definita "granitica" da CHIEPPA, *op. cit.*, pag. 140 nota 11. E' la stessa giurisprudenza amministrativa (cfr. ad esempio Tar Lazio Roma, sez. I, 11 febbraio 2003, n. 420) a interpretare la normativa antitrust come preordinata "esclusivamente alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato e non alla garanzia di posizioni, individuali o associate di soggetti fruitori del mercato". In ambito processuale mancava, quindi, un interesse legittimo che radicasse la posizione di controinteressato per quei soggetti che contestassero la chiusura dell'istruttoria, e neanche la loro partecipazione al procedimento poteva giustificare l'intervento nel successivo processo.

<sup>200</sup> Vedi la massima in *Diritto Industriale*, 3/2004, pag. 253, con commento di Luciano VASQUES, *Commento a Tar Lazio, sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3861 e Tar Lazio, sez. I, 11 febbraio 2003, n. 420*, in *Diritto industriale*, 3/2004, pag. 254. Per il testo completo della decisione vedi *Il Foro amministrativo Tar*, 6/2003, pagg. 1942-1951, con commento di Laura ZANETTINI, pagg. 1952-1962. Secondo la decisione in parola le regole di notificazione della delibera di avvio dell'istruttoria e della partecipazione integrerebbero una dimensione sostanziale dell'interesse esibito, che legittimerebbe i relativi titolari ad agire in via giurisdizionale per la sua tutela.

<sup>201</sup> In *Il Foro amministrativo Tar*, 5/2004, pagg. 1422-1434, con commento di Antonio MAZZILLI, pagg. 1434-1446. Nella decisione si rileva la distinzione fra procedimento amministrativo di fronte all'Autorità e procedimento giurisdizionale: il primo caratterizzato da una tutela oggettiva del mercato e della sua efficienza, il secondo da una tutela soggettiva che ruota attorno alla lesione dell'interesse legittimo. Spostandosi quindi l'analisi su quali siano gli indicatori di una posizione differenziata e qualificata nei confronti dell'amministrazione (condizione ritenuta dalla giurisprudenza maggioritaria essenziale ai fini dell'impugnazione dei provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti), la sentenza prosegue:

*controinteressata la legittimazione ad agire avverso un provvedimento con cui l'Autorità aveva giudicato non lesive della concorrenza alcune intese comunicate*<sup>202</sup>, seguita poi dalla decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865<sup>203</sup>. Questi arresti (anticipati forse nello spirito già da Tar Lazio, sez. III, 10 marzo 2001, n. 1834, in materia di comunicazione volontaria di intese ex art. 13, che riconosceva ai soggetti che avessero attivato il potere istruttorio dell'AGCM *“una posizione giuridicamente rilevante in ordine agli atti del procedimento conclusosi con l'archiviazione”*) hanno riconosciuto come, in materia di intese, la particolare posizione dei terzi possa integrare una loro legittimazione ad agire nei confronti di quei provvedimenti dell'autorità, estrinsecazione del “potere negativo” dell'AGCM, le cui tre tipologie di atti sono:

- la decisione con cui l'Autorità decide l'archiviazione di denunce di intese restrittive della concorrenza o di abusi di posizione dominante o il silenzio serbato dall'autorità su dette denunce.
- la decisione con cui l'Autorità nell'esaminare un'intesa notificata ai sensi dell'art. 13 della legge 287/1990 ritiene che tale intesa non costituisca violazione della disciplina sulla concorrenza o possa essere autorizzata in deroga, se richiesto dalle parti, ai sensi dell'art. 2 legge 287/1990.
- la decisione con cui l'Autorità dichiara il non luogo a provvedere, o comunque non vieta un'operazione di concentrazione notificata ai sensi dell'art. 16 legge 287/1990<sup>204</sup>.

Nulla esclude che quest'orientamento possa in futuro estendersi anche a provvedimenti riguardanti altre violazioni della legge antitrust. Una prima conclusione di carattere generale, comunque, è che alla rigida missione di tutelare la concorrenza del mercato può ben accompagnarsi la tutela, da parte del giudice, di posizioni individualizzate che per la loro natura possano ricevere pregiudizio dall'attività dell'Autorità. Ma, se nella

---

*“nelle ipotesi di atti di regolazione, sono qualificabili «destinatari diretti» dell'azione amministrativa - siccome coinvolti in prima persona - tutti coloro che vengono assoggettati al potere conformativo” mentre “nelle ipotesi di atti autorizzatori, sono qualificabili «destinatari diretti» dell'azione amministrativa tutti coloro che per effetto dell'attività illegittimamente autorizzata vengano a subire un ingiusto pregiudizio”.*

<sup>202</sup> In CHIEPPA, *op. cit.*, pag. 144.

<sup>203</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Vedi anche Consiglio di Stato, sez. VI, 18 gennaio 2005, n. 1113, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>204</sup> Cfr. CHIEPPA, *op. cit.*, pag. 141, VASQUES, *op. cit.*, pag. 254.

giurisprudenza sopra esaminata la difesa di situazioni giuridiche soggettive sembra quasi collidere con la tutela obiettiva della concorrenza, che non ammette ponderazioni di interessi particolari<sup>205</sup>, è tuttavia possibile un'interpretazione in cui la tutela della concorrenzialità di un mercato passi anche attraverso la tutela di quei soggetti che, con la loro attività, possano mantenere un mercato concorrenziale, ed il cui pregiudizio può ripercuotersi sul complessivo assetto di quel determinato mercato, minandone la concorrenzialità.

*“Se si porta alle estreme conseguenze il ragionamento svolto dal TAR nella pronuncia in esame [la 3861/2003 cit., NdA], è giocoforza concludere che l’archiviazione di denunce riguardanti possibili violazioni delle norme di cui agli artt. 2 e 3 l. n. 287/90 ovvero 81 e 82 del Trattato debbano considerarsi impugnabili dai denuncianti”*<sup>206</sup>. Tale dilatazione del controllo giudiziario contiene un rischio, ovvero di rendere il sindacato sulle archiviazioni una tecnica dilatoria che ingolfi l’attività dei TAR: tuttavia, non sottoporre a controllo le archiviazioni significherebbe, al contrario, attribuire all’Autorità un potere decisionale di natura quasi arbitraria<sup>207</sup>.

#### 2.3.4.1.2 Segnalazioni e silenzio dell’Autorità.

Tuttavia, si ipotizzi che una segnalazione presentata all’Autorità da un terzo (ivi comprese le associazioni) non venga esaminata, senza che venga però adottato un provvedimento di archiviazione. Il risultato è un’ipotesi di immotivato silenzio serbato dall’amministrazione (che, ricordiamo, non ha un termine espresso entro il quale concludere il procedimento). Si tratta di una lacuna in un sistema di garanzie che dovrebbe, tra l’altro, rendere certo l’esame di eventuali segnalazioni. Stante il rinvio alla l. 241/1990, le lacune più problematiche hanno riguardato la configurabilità, nel silenzio della legge, di regole che rendessero certo l’esame delle segnalazioni presentate. E’ stata all’uopo proposta, ad esempio, l’applicazione analogica del termine dei centoventi giorni per l’avvio dell’istruttoria contenuto nell’art. 13 della legge (che però è *lex specialis*). In realtà, appare agevole poter richiamare l’art. 2 comma 3 della l. 241/1990, che prescrive un termine massimo di novanta giorni per la conclusione di un procedimento, sia esso

---

<sup>205</sup> Cfr. molto più diffusamente CHIEPPA, *op. cit.*, pag. 141 ss.

<sup>206</sup> VASQUES, *op. cit.*, pag. 260.

<sup>207</sup> IDEM, pag. 263.

iniziato d'ufficio o a istanza di parte: l'applicazione di questa norma è resa infatti possibile dal precedente comma 2, il quale fa salvi i termini stabiliti dai vari enti pubblici entro cui i procedimenti debbano concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. E per l'AGCM, appunto, non vi è alcuna previsione di termini. Da ciò discende la possibilità per il privato di servirsi dello strumento del ricorso avverso il silenzio (art. 21 bis l. 1034/1971).

L'AGCM dispone di due ulteriori competenze attribuitele dalla l. 287/1990. Si tratta della comunicazione volontaria delle intese (art. 13) e delle autorizzazioni in deroga (art. 4). La fase preistruttoria in entrambi i casi è svolta utilizzando le regole procedurali degli artt. 12 e ss della l. 287 ed il relativo regolamento. Le differenze riscontrabili sono: per quanto riguarda il regime di comunicazione volontaria, l'obbligo per l'autorità di iniziare l'istruttoria entro centoventi giorni dalla comunicazione (ad ogni modo per prassi l'Autorità emana sempre un provvedimento, anche di non avvio dell'istruttoria); per quanto concerne il regime di autorizzazione in deroga, sempre centoventi giorni dalla comunicazione per l'emanazione della richiesta di autorizzazione.

#### 2.3.4.1.3 Le operazioni di concentrazione.

In ogni caso l'attivazione del procedimento è necessariamente ad istanza di parte (ma solo nel caso di operazioni che abbiano una determinata rilevanza per il mercato: cfr. art. 16 comma 1 e 2 l. 287/1990, nonché il Formulário sulle operazioni di concentrazione predisposto dall'Autorità).

#### 2.3.4.2 Il Conseil de la Concurrence.

Analogamente alla Autorità antitrust italiana, anche il *Conseil de la Concurrence* ha la possibilità di promuovere autonomamente istruttorie per verificare l'esistenza di eventuali pratiche anticoncorrenziali<sup>208</sup>. A norma dell'art. L462-5 del *Code du commerce*, i soggetti che possiedono il potere di sollecitare l'apertura di un'istruttoria da parte del Consiglio sono anche (oltre al *Rapporteur*):

---

<sup>208</sup> Sulla facoltà di *autosaisine* del *Conseil de la concurrence* cfr. Emmanuelle CLAUDEL, *La saisine d'office du Conseil de la concurrence n'implique pas, en tant que telle, une atteinte au principe d'impartialité*, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, 1/2004, pag. 83, ove è presentata una rassegna delle sentenze della Corte di Cassazione francese che incidentalmente avevano affrontato il tema dell'*autosaisine* del *Conseil*, nonché le possibili risposte (quattro) che la Corte di Cassazione avrebbe potuto offrire nei confronti di un'eventuale violazione del principio di imparzialità nell'esercizio dell'*autosaisine*.

- Il Ministro dell'economia (tramite la *DGCCRF* e le sue articolazioni territoriali)<sup>209</sup>
- Le imprese

Nonché, in forza di un rinvio operato da quell'articolo all'art. L462-1:

- Le collettività territoriali, le organizzazioni professionali e sindacali, le organizzazioni federate dei consumatori, le camere dell'agricoltura, le camere dei mestieri o le camere di commercio e dell'industria in ciò che riguarda gli interessi di cui hanno la responsabilità

Rispetto alla disciplina italiana, la disciplina francese è, invece più rigorosa riguardo ai requisiti delle segnalazioni. A norma dell'art. R461-1 del *Code de commerce*, infatti, la segnalazione deve contenere:

- L'oggetto e le disposizioni normative (di diritto nazionale o di diritto comunitario della concorrenza) che si assumono violate
- I recapiti e le coordinate del denunciante

La segnalazione è depositata in quattro copie con raccomandata AR e, nel caso in cui sia priva di qualche dettaglio, la legge ne permette la successiva integrazione.

Anche nella corrispondente disciplina francese c'è un *favor* nei confronti delle segnalazioni di presunte infrazioni. Recentemente la *Décision Conseil de la Concurrence* 9 maggio 2007, n. 07-D-16 lo ha confermato con riferimento alla carenza di interesse ad agire di alcuni soggetti privati che avevano portato all'attenzione della *DGCCRF* determinate pratiche anticoncorrenziali; il *Conseil*, infatti, ha ritenuto che le segnalazioni servono da mero impulso, la decisione sull'opportunità di aprire un'istruttoria essendo di competenza dell'amministrazione. E la posizione dei privati non è neanche eccepibile avanti il *Conseil*, non essendo di sua competenza la valutazione dell'interesse procedimentale esibito avanti la *Direction*. Questa decisione mostra un innegabile momento di valutazione nell'aprire un'istruttoria, sciolto positivamente dall'amministrazione qualora emergano indizi congrui sull'anticoncorrenzialità della pratica. Nella valutazione della fondatezza delle segnalazioni sussiste, però, una discrezionalità classica se essa è stata depositata presso la *DGCCRF*: la *Décision Conseil de la Concurrence* 26 settembre 2007, n. 07-D-29, infatti, ha ribadito come

---

<sup>209</sup> Al riguardo non costituisce *saisine* al *Conseil* una segnalazione depositata presso uno degli uffici della *DGCCRF*, poiché si comprimerebbe l'ineliminabile momento valutativo di quest'ultima: *Décision Conseil de la Concurrence* 26 settembre 2007, n. 07-D-29.

l'amministrazione disponga di un potere discrezionale in senso classico sull'opportunità di aprire o meno un'istruttoria, che peraltro non deve essere motivata (e non debbano essere quindi prodotte le note interne dell'amministrazione sul caso)<sup>210</sup>.

Analogamente alla disciplina italiana, una volta ricevute le segnalazioni il *Conseil* entra in una fase di esame del *fumus boni iuris* delle segnalazioni, al termine del quale dispone l'apertura vera e propria dell'istruttoria: esso è sostanzialmente libero nell'agire.

In questa fase preliminare vi è l'unico divieto di compromettere irrimediabilmente i diritti di difesa (*Cour d'appel PARIS*, sez. I camera H, 26 ottobre 2004, n. 04/07315). In merito ai poteri dei funzionari che svolgano indagini prima dell'avvio formale dell'istruttoria, infatti, il *Conseil* in diverse decisioni ha ribadito che essi sono tenuti al rispetto del "principio di lealtà" ma che non sono soggetti al contraddittorio, che ne informa i poteri solo dal momento di notifica degli addebiti (su cui vedi più sotto, pagg. 58 ss.). Principio di lealtà che, dal tenore delle decisioni, sembra essere più flessibile e meno prescrittivo rispetto al principio del contraddittorio; e la cui inosservanza da parte dei funzionari va provata dal privato (*Décision Conseil de la Concurrence* 24 gennaio 2007, n. 07-D-03, 20 dicembre 2007, n. 07-D-50). Sono possibili già audizioni personali se il *Rapporteur*, che gode di ampia discrezionalità in questo senso, lo ritenga necessario<sup>211</sup>. Ma qual è il motivo di tale, ampia discrezionalità? Analogamente a quanto avviene per la *saisine d'office*, la *saisine* di un privato non rende l'analisi dell'Autorità limitata ai profili espressamente denunciati, ma autorizza comunque l'amministrazione (sia essa *Conseil* o *DGCCRF*) ad estendere il sindacato a pratiche che hanno lo stesso oggetto o gli stessi effetti<sup>212</sup>, a riqualificare condotte e mercati diversamente rispetto alla *saisine*<sup>213</sup>, ad

---

<sup>210</sup> Vedi anche *Décision Conseil de la Concurrence* 15 marzo 1994, n. 94-D-19, confermata da *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section de la concurrence*, 16 dicembre 1994 n. 94/11375 e da *Cour de cassation, Chambre commerciale*, 4 febbraio 1997, m. 95/10486.

<sup>211</sup> E non è sindacabile per violazione del contraddittorio la sua decisione di non procedere ad un'audizione prima della notifica degli addebiti, momento a partire dal quale il contraddittorio deve essere chiamato in causa: cfr. *Décision Conseil de la Concurrence* 20 dicembre 2007, n. 07-D-50; *Décision Conseil de la Concurrence* 31 luglio 2007, n. 07-D-27; *Décision Conseil de la Concurrence* 9 maggio 2007, n. 07-D-15; *Cour de cassation, chambre commerciale*, 15 giugno 1999, n. 97/15185.

<sup>212</sup> *Décision Conseil de la Concurrence*, 11 luglio 2007, n. 07-MC-05

<sup>213</sup> *Décision Conseil de la Concurrence* 24 gennaio 2007, n. 07-D-03.



indagare su pratiche dello stesso mercato o di mercati affini anche se poste in essere in scansioni temporali diverse rispetto a quelle evidenziate nella *saisine*<sup>214</sup>.

#### 2.3.4.2.1 Problematiche sulla *saisine d'office*.

Nel caso di *autosaisine* o *saisine d'office* dispone di poteri ancora maggiori, poiché le sue indagini possono essere estese a pratiche o imprese non espressamente contenute nella delibera di *saisine*. Esempi sono pratiche connesse per medesimezza di oggetto o effetti (*Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 22 febbraio 2005, n. 04/13460), pratiche posteriori alla *saisine* (*Décision Conseil de la Concurrence* 24 gennaio 2007, n. 07-D-03) ma che siano però il risultato delle pratiche precedenti (*Décision Conseil de la Concurrence*, 7 novembre 2007, n. 07-D-35, *Décision Conseil de la Concurrence* 23 novembre 2007, n. 07-D-39 nonché *Décision Conseil de la Concurrence* 14 ottobre 2004, n. 04-D-48, confermata da *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 22 febbraio 2005, n. 04/13460), pratiche che geograficamente sono poste in essere altrove rispetto al luogo della segnalazione, qualora fra esse vi sia connessione (*Décision Conseil de la Concurrence* 11 dicembre 2007, n. 07-D-44).

Altre problematiche concernono:

- la compatibilità di una *autosaisine* con il principio del *ne bis in idem*, che risulta violato solo nel caso in cui l'affare abbia le stesse parti e lo stesso oggetto di uno già deciso del merito, (*Décision Conseil de la Concurrence* 24 gennaio 2007, n. 07-D-03, *Décision Conseil de la Concurrence* 13 marzo 2006, n. 06-D-04 bis).
- L'esclusione dell'obbligo di motivazione di un'*autosaisine* (*Décision Conseil de la Concurrence* 9 maggio 2007, n. 07-D-15; *Cour d'appel PARIS, Chambre 1 section H*, 27 novembre 2001, nn. 00/19180, 00/19285, 00/19376, 00/19406, 00/19418, 00/19420, 00/19433, 00/19436, 00/19437<sup>215</sup>).

##### 2.3.4.2.1.1 In particolare: incompatibilità di alcuni profili con l'art. 6-1 CEDU.

Anche nel caso di *autosaisine* sono stati sollevati avanti al *Conseil* alcuni profili di censura inerenti la confusione fra funzioni istruttorie e funzioni di giudizio: nei casi esaminati

---

<sup>214</sup> *Décision Conseil de la Concurrence* 20 dicembre 2007, n. 07-D-50.

<sup>215</sup> Confermata da *Cour de cassation, chambre commerciale*, 23 giugno 2004, n. 01/17896, 02/10066.

questa incompatibilità riguardava la presenza del *Rapporteur* e del *Rapporteur general*, che pilotano l'acquisizione dei fatti che il *Conseil* deve valutare per deliberare l'*autosaisine*, all'adunanza con cui il *Conseil* deliberava la *saisine d'office*, contraria ai principi del giusto processo. Nella *Décision Conseil de la Concurrence* 9 maggio 2007, n. 07-D-15, il *Conseil* ha escluso la violazione in quanto tale composizione del *Conseil* è solo propedeutica alla *saisine*, non ad un giudizio nel merito. Nella decisione è stato fatto esteso riferimento a *Cour d'appel PARIS, Chambre 1 section H*, 27 novembre 2001, nn. 00/19180, 00/19285, 00/19376, 00/19406, 00/19418, 00/19420, 00/19433, 00/19436, 00/19437, che per la prima volta aveva analizzato anche quest'ipotizzata violazione, scartandola.

#### 2.3.4.2.2 Le concentrazioni economiche.

La disciplina francese delle concentrazioni economiche prevede un intervento incisivo del Ministero dell'economia. L'art. L430-3 comma 1, infatti, dispone che le concentrazioni d'impresa che rientrino nei parametri previsti dai due articoli precedenti vengano previamente notificate al Ministro dell'economia

#### 2.3.5 L'attivazione dell'Autorità.

L'istruttoria è strumentale all'AGCM per verificare la fondatezza degli addebiti mossi o rilevati. L'atto con cui l'Autorità dà ad essa inizio è una delibera collegiale di avvio dell'istruttoria<sup>216</sup>. La delibera rappresenta il momento dirimente oltre il quale ogni ulteriore attività dell'Autorità deve essere corredata delle garanzie a tutela dei soggetti che siano accusati di eventuali infrazioni<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 652 ha affermato, deducendolo dalle disposizioni positive, come le deliberazioni del Collegio dell'AGCM siano valide presente la maggioranza dei componenti.

<sup>217</sup> Questo secondo passaggio consistente nella verifica della fondatezza degli addebiti (il primo è la fase di accertamento, il terzo è quella di irrogazione delle sanzioni) è in realtà scomponibile in due: ««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 un'esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato (le norme in materia di concorrenza non sono di «stretta interpretazione», ma colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale); c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra «contestualizzato»»: Consiglio di Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (massima).

Nulla viene indicato nel *Code de commerce* sulle forme di avvio dell'istruttoria: l'art. L463-1 impone il principio del contraddittorio sia per la fase d'indagine che per quella della procedura; la *Décision Conseil de la Concurrence* 20 dicembre 2007, n. 07-D-50 ha precisato che il principio del contraddittorio è efficace dal momento della notifica degli addebiti.

#### **2.3.5.1 I soggetti che partecipano al procedimento (art. 7 comma 1 lett. a) e b) Dpr 217/1998).**

##### **2.3.5.1.1 L'AGCM.**

Legittimati a partecipare all'istruttoria sono ovviamente i soggetti destinatari della notifica della delibera di avvio dell'istruttoria ex art. 6 comma 4 Dpr 217/1998 lett. a). La lettera b) aggiunge, tuttavia, che possono partecipare al procedimento anche *“i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni dalla pubblicazione nel bollettino del provvedimento di avvio dell'istruttoria”*.

Vi è, ora, sufficiente concordia sulla qualifica dei soggetti che possono portare a conoscenza dell'Autorità situazioni che meritino di essere approfondite; può trattarsi di soggetti che non necessariamente devono detenere un interesse differenziato e qualificato ai fini dell'attivazione dell'Autorità; così, anche le associazioni di consumatori sono considerate legittimate a portare l'Autorità a conoscenza di determinate situazioni. Più problematici sono invece gli obblighi che incombono in capo all'AGCM una volta che sia venuta a conoscenza di fattispecie di presunta infrazione. A questo proposito, il panorama normativo è complicato dal fatto che il legislatore della l. 287 ha del tutto omissso la disciplina della fase preistruttoria (a differenza dell'analoga disciplina comunitaria sulla disciplina dei poteri della Commissione europea<sup>218</sup>, della disciplina

---

<sup>218</sup> Cfr. Piero FATTORI e Mario TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004, pag. 350 nota 15.

sulla comunicazione delle intese di cui al successivo art. 13 nonché della disciplina di altre Autorità indipendenti)<sup>219</sup>.

Vi è una differenza fra i soggetti che possono segnalare eventuali infrazioni all'Autorità, ed i soggetti che possano essere parte nel successivo procedimento istruttorio. Il DPR 217, infatti, prevede la notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria, tra gli altri, ai *"soggetti che ai sensi dell'articolo 12, comma 1, della legge, avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria"* (art. 6 comma 4). Quindi non tutti coloro che hanno presentato segnalazioni diventano parte in un successivo procedimento, ma solo i detentori di una posizione qualificata. Sono quindi ravvisabili tre categorie di soggetti che sono titolati alla partecipazione alla fase istruttoria:

- *"titolari o legali rappresentanti delle imprese ed enti"*
- i soggetti che hanno presentato un esposto o una denuncia all'Autorità ex art. 12 comma 1 l. 287/1990
- *"i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori"* (art. 7 comma 1 lett. b) Dpr 217/1998) ma solo se ne facciano richiesta entro trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di inizio istruttoria sul bollettino dell'autorità

Tutte le tre categorie possono partecipare *"personalmente o a mezzo di procuratore speciale"* (art. 14 comma 1 secondo periodo). Il controllo che l'amministrazione esercita sull'interesse procedimentale della terza categoria è, tuttavia, temporalmente sfasato poiché avviene a procedimento iniziato.

#### 2.3.5.1.2 Il *Conseil de la concurrence*.

La partecipazione al procedimento avanti il *Conseil* non è estesa ad altrettanti soggetti; l'art. L.463-7 (comma 1) enuncia che *"solo le parti ed il Commissario del governo possono assistervi"*. Come nella disciplina avanti l'Autorità antitrust, il *Conseil* può chiedere l'audizione di ogni soggetto la cui audizione possa contribuire alle informazioni (comma 2).

---

<sup>219</sup> Con *"pregiudizio sia della trasparenza e della prefigurabilità dell'azione amministrativa, sia degli interessi delle imprese e dei consumatori"*, così Marco ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto antitrust*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1/2000, pag. 74.

Per quanto concerne la qualifica di “parte”, la giurisprudenza francese ha avuto modo di precisare che la qualità di parte è attribuita a tutti i soggetti che infrangano la disciplina antitrust: quindi, oltre alle imprese<sup>220</sup>, anche il comportamento di soggetti, organismi ed enti pubblici può essere oggetto di istruttoria da parte del *Conseil de la concurrence*. Tale qualificazione è però soggetta a due condizioni: l’attività del soggetto pubblico non deve rientrare all’interno della missione assegnatagli, e deve avere natura economica, ovvero di profitto<sup>221</sup>.

L’art. L462-8 del *Code de commerce* assegna al *Conseil* la facoltà di dichiarare irricevibile un’istanza “per carenza d’interesse o legittimazione ad agire, se i fatti sono prescritti ai sensi dell’art. L462-7 o se ritiene che i fatti descritti non rientrino sotto la sua competenza”. Il comma successivo permette di dichiarare l’irricevibilità anche nel caso sia offerto dal ricorrente un quadro probatorio insufficiente.

#### 2.3.5.1.3 L’assistenza di un difensore: l’art. 6-3 c) della CEDU.

La disciplina italiana non rende obbligatoria l’assistenza di un procuratore legale; il Dpr 217/1998 prevede unicamente la facoltà per i soggetti interessati di comparire tramite un procuratore legale nel corso di un’audizione (art. 7 comma 4). Anche la disciplina francese è molto scarna sul punto, prevedendo solo (*Code de commerce*, art. R.463-2) che, nel caso in cui atti e osservazioni vengano depositati da un avvocato in nome dei soggetti interessati, il domicilio legale per le comunicazioni a quei soggetti è lo studio del legale.

---

<sup>220</sup> Sui casi di impresa che, dopo la partecipazione ad un’intesa anticoncorrenziale, sia stata assorbita da una diversa impresa, cfr. *Cour d’appel PARIS, chambre 1 section H*, 23 ottobre 2007, n. 06/07494, con commento di Linda ARCELIN, *Imputabilité de l’infraction : continuité économique et fonctionnelle de l’entreprise absorbée par l’entreprise absorbante*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 14/2008, pag. 32. La Corte di appello ha, infatti, dichiarato (applicando un principio comune nel diritto processuale civile) che, come diritti ed obbligazioni si trasmettono all’impresa assorbente, altrettanto succede per la sua posizione processuale; ne segue che l’istruttoria e le eventuali sanzioni comminate dal *Conseil de la concurrence* ben possono riguardare l’impresa madre.

<sup>221</sup> Cfr. da ultimo *Cour de cassation, chambre commerciale*, 20 febbraio 2007, n. 06/13498, con commento di Georges DECOCQ, *L’ordre professionnel, le droit de la concurrence et le procès équitable*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 6/2007, pag. 21 (cfr. anche la giurisprudenza ivi citata), ove nel caso di specie il *Conseil* ha attribuito la qualifica di parte ad un ordine professionale per le sue attività di natura economica che lo hanno trasformato in un soggetto imprenditore. Cfr. Aurélien CONDOMINES, *L’application du droit de la concurrence aux associations professionnelles*, in *La Semaine Juridique (JCP)*, éd.E, 4/2005, pagg. 120-122.

La CEDU (art. 6 comma 3 lett. c) prevede l'eventualità dell'assistenza di un difensore nel caso di accuse penali. *“In particolare, ogni accusato ha diritto di: c. difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia”*. Considerando applicabile la giurisprudenza CEDU in relazione alle accuse in materia penale, emerge questo ulteriore profilo di possibile violazione della Convenzione, che dovrebbe perciò essere considerato da entrambi gli ordinamenti, nel senso di valorizzare il ruolo dei legali rendendo edotti i soggetti interessati del loro diritto ad un legale<sup>222</sup>.

### ***2.3.5.2 I requisiti del provvedimento di avvio del procedimento e gli oneri di notifica.***

#### **2.3.5.2.1 L'AGCM.**

L'art. 14 comma 1 primo periodo l. 287/1990 impone all'Autorità l'onere di notifica della delibera di avvio dell'istruttoria *“alle imprese e agli enti interessati”*. Il comma 4, primo periodo, dell'art. 6 Dpr 217/1998 precisa che destinatari della notifica sono *“le imprese e (a)gli enti interessati, nonché (a)i soggetti che ai sensi dell'articolo 12, comma 1, della legge, avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria”*.

A norma dell'art. 6 comma 3 del Dpr 217/1998, i requisiti essenziali dell'atto notificato sono *“gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, nonché il termine entro il quale le imprese e gli enti interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti di cui all'articolo 14, comma 1, della legge”*. Il legislatore non ha ritenuto opportuno imporre all'Autorità un termine massimo di legge per la chiusura del procedimento. Vi è chi ha proposto l'applicazione analogica dell'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo<sup>223</sup>, tuttavia la tesi

---

<sup>222</sup> In realtà la prassi, quantomeno in Italia, è orientata verso un'assistenza ed una rappresentanza sistematica di legali a favore dei soggetti coinvolti dal procedimento; tale profilo di violazione della CEDU è riportato qui per completezza.

<sup>223</sup> Vedi Maria Luisa SCHIAVANO, in Luigi Carlo UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, CEDAM, 2004, sub voce L. 287/1990, art. 12, pag. 2379. Il Consiglio di Stato, invece, ha negato l'applicabilità delle disposizioni della legge 241 per quanto riguarda il termine del procedimento

dominante è quella per cui la fissazione del termine del procedimento è a discrezione dell'Autorità, stanti i principi di ragionevolezza e buon andamento<sup>224</sup>. E' possibile una successiva modificazione dell'imputazione contenuta nel provvedimento propulsivo, poiché *"stante il margine di incertezza che può esservi nell'applicazione delle nozioni di intesa, accordo, pratica concordata, abuso di posizione dominante (di cui agli articoli 2 e 3, L. n. 287 del 1990) ai casi concreti, è da ritenere corretta la possibilità per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato di una contestazione iniziale alternativa o subordinata di tutte le ipotesi"* in Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671<sup>225</sup>.

La notificazione è eseguita a cura di funzionari o dipendenti dell'Autorità mediante consegna personale e in mani proprie o servendosi della notificazione a mezzo posta secondo le relative disposizioni del codice di procedura civile (comma 5).

Nel caso di pluralità di destinatari l'onere di notifica è assolto mediante la pubblicazione del provvedimento su due quotidiani a diffusione nazionale o altri strumenti idonei di grande comunicazione (comma 6). Dell'avvio dell'istruttoria è comunque dato avviso nel bollettino dell'autorità (comma 7). Con l'inizio della fase istruttoria comincia il vero e proprio procedimento avanti l'Autorità antitrust<sup>226</sup>.

#### *2.3.5.2.1.1 Il regime per le operazioni di concentrazione.*

La comunicazione di concentrazione va notificata in tempi diversi a seconda del tipo di operazione che si intende fare; più specificamente, a norma del Formulario (lett. D.2), il regime varia a seconda che si tratti di fusione, acquisizione del controllo di un'impresa o costituzione di impresa comune. La comunicazione, inoltre, può essere in forma abbreviata o in forma estesa a seconda della natura della concentrazione (lett. D.3 del

---

avanti l'AGCOM, in Consiglio di Stato, sez. VI, decisione del 26 giugno 2001, n. 3463, in *Il Foro Amministrativo*, 6/2001, pag. 1650 (massima); attesa la "specialità *ratione materiae* della competenza di tale organo e degli interessi connessi in particolare alla vigilanza sugli atti di trasferimento della proprietà delle società esercenti attività radiotelevisiva", il "decorso del termine in oggetto" non determina "decadenza o consumazione del potere di autorizzazione delle ipotesi predette".

<sup>224</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>225</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Vedi anche Consiglio di Stato, sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>226</sup> Si noti che la discrezionalità dell'amministrazione nel decidere sul *fumus* di fondatezza per far partire il procedimento viene sempre più messa in discussione: il riconoscimento dell'impugnabilità degli atti che archiviano le denunce ex art. 12 comma 1 la rendono infatti meno libera nella valutazione sull'opportunità o meno di aprire una formale procedura di indagine.

Formulario), ed in caso di incompletezza può essere assegnato un termine per perfezionarla (lett D.4).

L'art. 16 comma 2 l. 287/1990 prevede che, in seguito alla notifica della comunicazione di un'operazione di concentrazione, l'AGCM possa aprire un'istruttoria "*entro trenta giorni*" "*o dal momento in cui ne abbia comunque avuto conoscenza*".

#### 2.3.5.2.2 Il *Conseil de la Concurrence*.

L'art. L. 463-2 prevede, al comma 1 primo periodo, che il *Rapporteur general* notifichi le censure agli interessati nonché al Commissario del governo: dalla data della notifica le parti ed il Commissario del governo dispongono di due mesi per presentare le proprie osservazioni.

La giurisprudenza della Corte di appello di Parigi attribuisce un'importanza notevole agli oneri di notifica: le pronunce di seguito riportate sono, in realtà, pronunce in cui il giudice confronta eventuali irregolarità delle notificazioni – ritualmente sollevate – non solo con la relativa norma di diritto nazionale di cui sopra, ma in alcune occasioni anche con l'art. 6-3 a): la verifica della tempestività della notifica del provvedimento che informa il soggetto delle censure a suo carico rientra ormai fra i controlli normalmente svolti dalla Corte d'appello parigina, ed è strumentale ad impedire artificiosi differimenti<sup>227</sup>.

Per quanto concerne il merito dell'efficacia di censure notificate o no, la sentenza CA Parigi, 1 camera sez. H, 21 novembre 2000, è chiara, da un lato, nell'evidenziare che una censura non ritualmente notificata non è in grado di invalidare l'intera procedura se essa è stata discussa dalle parti ed è stata contenuta nel "rapporto" nei confronti del quale le parti possono proporre loro osservazioni entro due mesi, e se "*la censura principale non sia stata sostanzialmente modificata*".

La decisione più recente al riguardo è CA Parigi, 1 camera sez. H, 29 marzo 2005, in cui il giudice ha ritenuto violato il principio del contraddittorio da parte del *Conseil de la Concurrence*. Questi, infatti, ha omesso di notificare alla società ricorrente che un proprio comportamento costituiva una pratica anticoncorrenziale, ma lo ha indicato

---

<sup>227</sup> Cfr. Anche, per giurisprudenza più risalente, Renaud SALOMON, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales*, in *Revue de droit bancaire et financier*, 1/2001, pag. 44.



nella decisione finale che la condannava ad una pena pecuniaria. La Corte ha, perciò, annullato il provvedimento del *Conseil* nella parte in cui sanzionava la società ricorrente per pratiche la cui anticoncorrenzialità non era menzionata, ma che erano riportate nel provvedimento solo sotto la specie di elementi fattuali.

#### 2.3.5.2.3 La CEDU: l'art. 6-3 a).

L'art. 6-3 lett. a) della CEDU codifica il diritto di un cittadino contro cui venga formulata un'accusa di essere *"informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico"*. Il diritto ad avere contezza delle accuse a proprio carico è propedeutico ad esercitare i fondamentali diritti di difesa che mirino a contestare nel merito gli addebiti. La prima decisione che, in ordine di tempo, ha affrontato più dettagliatamente il problema dei requisiti dell'art. 6-3 a) è *Kamasinski c. Austria*<sup>228</sup>, in cui la Corte riconosce all'atto d'accusa *"un ruolo determinante nelle accuse penali: dal momento della sua notificazione l'accusato è ufficialmente avvisato per iscritto della base giuridica e fattuale degli addebiti formulati contro di lui"*<sup>229</sup>. Anche la decisione *Pelissier e Sassi c. Francia*<sup>230</sup> enuncia i profili del diritto di un accusato ad essere informato, che sono da un lato la comunicazione dei fatti materiali addebitatigli, dall'altro la loro sussunzione sotto una qualificazione giuridica dettagliata: soprattutto quest'ultima è, nelle parole della Corte, *"una condizione essenziale dell'equità della procedura"*. Ma la sentenza definisce anche il rapporto fra diritto all'informazione delle accuse a proprio carico ex art. art. 6-3 a) e diritti di difesa ex art. 6-3 b), ovvero la strumentalità del primo rispetto ai secondi; ecco il motivo per cui, nelle relativamente poche decisioni in cui viene esibita la lesione del diritto all'informazione, esso si accompagna spesso al diritto di approntare le proprie difese.

Nella giurisprudenza CEDU riveste, invece, valore secondario la forma con cui questa comunicazione viene resa; in *Kamasinski* la Corte rileva che l'art. 6-3 a) non impone

---

<sup>228</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 dicembre 1989, sentenza *Kamasinski c. Austria*, 168.

<sup>229</sup> Sentenza *Kamasinski*, cit., § 79.

<sup>230</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 marzo 1999, sentenza *Pelissier e Sassi c. Francia*, in *Recueil*, 1999-II.

necessariamente che la comunicazione debba essere fatta per iscritto<sup>231</sup>, mentre in *Kyprianou c. Cipro* ha ritenuto una comunicazione orale in udienza degli addebiti compatibile con l'art. 6-3 a)<sup>232</sup>.

Anche la Corte di cassazione francese ha avuto modo di esaminare la compatibilità con l'art. 6-3 a) di una procedura di notifica di un provvedimento di avvio di una procedura istruttoria da parte del *Conseil* (cfr. *Cour de cassation, chambre commerciale*, 29 giugno 2007, nn. 07-10.303, 07-10.354, 07-10.397).

### 2.3.5.3 I diritti partecipativi.

I diritti dei soggetti estranei all'amministrazione di intervenire nel procedimento costituiscono l'ovvia garanzia dell'attuazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo in questione.

D'altro canto, le Autorità di concorrenza sono tenute al rispetto del principio della separazione delle funzioni (su cui vedi più sopra, pagg. 41 ss.). Questo ruolo neutrale comporta indubbiamente un diverso ruolo sia dei privati che dell'organo amministrativo stesso. Nel caso di una funzione di accertamento e sanzione dell'illegittimità, infatti, muta innanzitutto l'intensità dell'imparzialità dell'autorità.

La diversa qualificazione di un'Autorità come organo amministrativo o giurisdizionale fa naturalmente sorgere una serie di problemi ulteriori, alcuni dei quali hanno ricevuto un approfondito esame da parte di Marcella NEGRI<sup>233</sup> (cui si rinvia; vedi anche più sotto, pagg. 114 ss.): quale valore probatorio assegnare ai dati ed alle informazioni raccolti dall'Autorità in un processo di rito civile?

Le regole procedimentali avanti le Autorità indipendenti sono contenute in disposizioni di settore, di volta in volta differenti, che, in ossequio al principio *lex specialis derogat generali*, derogano alla disciplina ordinaria ex l. 241<sup>234</sup>. Tuttavia, i provvedimenti delle

---

<sup>231</sup> Sentenza *Kamasinski*, cit., § 79.

<sup>232</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 dicembre 2005, *Kyprianou c. Cipro* (GC), in *Recueil*, 2005-XIII.

<sup>233</sup> Marcella NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Giappichelli Editore, Torino, 2006.

<sup>234</sup> Per un'analisi dei rapporti fra legge 241 e normativa speciale sui procedimenti antitrust cfr. ANTONIOLI, *op. cit.*, pag. 66 e nota 22. Per un'analisi dei rapporti fra legge 241 e discipline speciali di partecipazione, cfr. Simona RODRIQUEZ, *Il rapporto tra la l. 7 agosto 1990, n. 241 come legge di principi generali e le forme di partecipazione previste da disposizioni speciali*, nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5105, in *Giurisprudenza italiana*, 6/2003, pagg. 1266-1272. In questa decisione (che ha ad oggetto la

Autorità indipendenti sfuggono ad un controllo penetrante della giurisprudenza amministrativa italiana (cfr. più sotto, pagg. 125 ss.).

Il procedimento viene condotto per la maggior parte da unità istruttorie costituite di volta in volta nell'ambito della direzione competente all'esame del fascicolo, in cui è individuato - a norma della l. 241/1990 - il responsabile del procedimento, che svolge gli adempimenti legati a tutte le fasi pre-decisorie nonché le corrispondenti funzioni istruttorie. Le unità istruttorie svolgono, in buona sostanza, un'attività separata ma strumentale alla deliberazione dell'Autorità<sup>235</sup>; così anche per quanto concerne l'AEEG ex art. 6 comma 2 Dpr 244/2001.

Per ogni tipo di procedimento esaminato vi sono sostanzialmente tre categorie di diritti:

- il diritto di essere sentiti (audizione)
- il deposito di atti e documenti
- l'accesso agli atti

Eccezioni sono rappresentate dai procedimenti abbreviati o cautelari: in questi casi, infatti, i diritti partecipativi risultano affievoliti, a volte anche notevolmente. Ne è un esempio il "procedimento sommario" - a seguito di reclamo o segnalazione - avanti il Garante per la protezione dei dati personali, che non prevede strutturali diritti partecipativi. L'art. 143 comma 1 lett. a) del "Codice in materia di protezione dei dati personali" (D. Lg. 30 giugno 2003, n. 196), con riferimento ai provvedimenti adottabili dall'Autorità al termine dell'istruttoria, prevede che *"prima di prescrivere le misure di cui alla lettera b) [ovvero "le misure opportune o necessarie per rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti], ovvero il divieto o il blocco ai sensi della lettera c)*

---

legittimità di un provvedimento dell'AEEG) il Consiglio di Stato individua nella legge sul procedimento un insieme di principi generali che non hanno solo valenza di principi generali, ma anche quella di canoni interpretativi che informano anche le normative settoriali nel senso di *"ricerca del significato che meglio soddisfi esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dall'ordinamento"*. Un'altra sentenza (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007) ha invece affermato come l'esclusione - operata dalla l. 241/1990 - dell'obbligo di motivazione (art. 3 comma 2) e dei diritti di partecipazione (art. 13 comma 1) *"per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale"*, non sussista invece per i provvedimenti emanati dall'AEEG a contenuto particolare, giusta la necessità di *"garantire la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati"*. Cfr. anche Consiglio di Stato, n. 6070/2001, *cit.*, ove si legge come il diritto di partecipazione al procedimento vada letto *"utilizzando un criterio sostanziale"* e teleologico, che permetta di verificare se *"le finalità di cui alla l. 241 del 1990 siano state effettivamente rispettate"*.

<sup>235</sup> Vedi SCHIAVANO, *art. 12, op. cit.*, pag. 2382.

[ovvero “trattamento che risulta illecito o non corretto anche per effetto della mancata adozione delle misure necessarie di cui alla lettera b), oppure quando, in considerazione della natura dei dati o, comunque, delle modalità del trattamento o degli effetti che esso può determinare, vi è il concreto rischio del verificarsi di un pregiudizio rilevante per uno o più interessati”], può invitare il titolare, anche in contraddittorio con l'interessato, ad effettuare il blocco spontaneamente”. Un’ulteriore conferma del carattere molto informale - probabilmente a vantaggio della velocità - di questa attività.

Analogamente restringono le prerogative dei privati i procedimenti cautelari esperibili avanti alcune delle Autorità (sia l’AGCM che il *Conseil de la concurrence* ne dispongono: vedi più sotto pagg. 107 ss.) ed i programmi di clemenza (vedi più sotto, pagg. 118 ss.).

L’istruttoria avanti al *Conseil de la concurrence* prevede la presenza di un *Rapporteur general* affiancato da diversi *Rapporteur*. Si tratta degli organi che fungono da raccordo fra l’attività di investigazione e quella di valutazione e sanzione degli addebiti; il *Rapporteur general* è, ad esempio (a norma dell’art. L450-5 comma 1), colui che viene immediatamente informato nel caso in cui il Ministero dell’Economia, tramite la *DGCCRF*, svolga delle investigazioni servendosi dell’art. L450-4 (vedi più sotto, pagg. 94 ss.). Il *Rapporteur general* può nominare uno o più *Rapporteur* per l’esame dei fascicoli.

#### 2.3.5.3.1 Il diritto di essere sentiti.

##### 2.3.5.3.1.1 L’AGCM.

In virtù del richiamo operato dal comma 3 dell’art. 7 Dpr 217/1998 al solo comma 4 dell’art. 6 del medesimo decreto, esclusi dalla possibilità di essere sentiti oralmente sono “i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori” di cui all’art. 7 comma 1 lett. b) Dpr 217/1998 (qualora essi non siano fra i soggetti destinatari della notifica della delibera di avvio dell’istruttoria).

I soggetti che partecipano all’audizione orale (che può essere congiunta per tutte le parti) possono “farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l’esercizio di tale facoltà comporti la sospensione dell’audizione”. Inoltre, rimane ferma la possibilità di essere rappresentati da un procuratore speciale, che tuttavia deve essere “munito di apposita documentazione giustificativa del potere di rappresentanza”.

La *littera legis* sembrerebbe prefigurare solo due momenti per l'audizione orale degli interessati: la prima entro il termine contenuto nell'atto notificato d'inizio dell'istruttoria (art. 7 comma 3), la seconda entro il termine *ad quem* per la conclusione del procedimento (art. 14 commi 5-8). Per quanto riguarda la prima audizione, essa ha luogo avanti gli uffici amministrativi responsabili dell'istruttoria, dietro richiesta presentata in seguito alla notifica dell'avvio del procedimento.

La seconda, avanti il Collegio, è disciplinata in maniera più organica; l'art. 14 comma 5 del Dpr 217/1998 prevede che la richiesta delle *"imprese e degli enti interessati"* sia pervenuta *"entro cinque giorni dalla comunicazione delle risultanze istruttorie"*; *"A seguito di detta richiesta, il collegio fissa la data della audizione, che è comunicata alle imprese"*.

Queste due fasi sembrano lasciare scarso spazio discrezionale all'amministrazione (sia nella veste del responsabile del procedimento prima, che in quella del Collegio poi): essa, verificati i profili di legittimità della richiesta, dovrebbe senz'altro consentirne il soddisfacimento. Tuttavia, l'audizione finale è *de plano* ammessa solo per quanto riguarda enti ed imprese interessati; il comma 6 dell'art. 14, sancendo che *"Il collegio può inoltre sentire gli altri soggetti che hanno preso parte al procedimento, e ne facciano motivata richiesta"*, parrebbe attribuire in capo al Collegio stesso un *quid* di discrezionalità nell'ammettere altri e diversi soggetti all'audizione, il cui interesse differenziato e qualificato alla partecipazione al procedimento potrebbe non essere abbastanza saldo da sorreggere anche una richiesta di audizione. D'altra parte, si potrebbe pure ipotizzare che, mediante questa via, l'Autorità aggiri il limite soggettivo all'audizione contenuto all'art. 7 comma 3 consentendo anche a *"soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché (al)le associazioni rappresentative dei consumatori"* di fruire di questo diverso mezzo.

#### 2.3.5.3.1.2 *Il Conseil de la Concurrence.*

Anche avanti il *Conseil* le parti dispongono della facoltà di essere sentite : l'art. L463-7 prevede (comma 1) che le parti possano chiedere di essere ascoltate. Tuttavia, analogamente a quanto avviene avanti la nostra Autorità antitrust, la procedura avanti al *Conseil de la concurrence* predilige il deposito di atti e documenti scritti.

#### **2.3.5.4 Il deposito di atti e documenti scritti.**

Questo tipo di partecipazione è quello favorito dal legislatore, e permette ai soggetti legittimati la migliore e più completa articolazione della propria posizione procedimentale in quanto non sembra vi sia limite al deposito di atti scritti.

L'art. 14 comma 1 secondo periodo si riferisce al deposito di *"deduzioni e pareri"*, ma l'art. 7 comma 2 lett. a) del Dpr 217/1998 è più dettagliato riferendosi a *"memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri"*.

Sulla sorte degli atti depositati dalle parti presso l'AGCM si è pronunciato il Consiglio di Stato nel 2001<sup>236</sup>, che ha ritenuto che *"depositare proprie deduzioni ed allegare la relativa documentazione con l'assicurazione che del materiale di difesa la commissione sia edotta con riferimento a tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti per la decisione"* esaurisce il diritto di difesa e partecipazione al procedimento.

#### **2.3.5.5 Il diritto di accesso ai documenti in possesso dell'Autorità (art. 13 Dpr 217/1998).**

2.3.5.5.1 La disciplina italiana. Il *favor* legislativo nei confronti dei documenti contenenti informazioni industriali e commerciali.

##### **2.3.5.5.1.1 I soggetti.**

I titolari del diritto di accesso ai documenti in possesso dell'Autorità, a norma dell'art. 13 comma 1 del DPR 217/1998, sono i soggetti elencati all'art. 7 comma 1 del medesimo decreto, ovvero:

- I *"titolari o legali rappresentanti delle imprese ed enti"* cui il provvedimento di avvio dell'istruttoria sia stato notificato.
- *"i soggetti che hanno presentato un esposto o una denuncia all'Autorità"* ex art. 12 comma l. 287/1990.
- *"i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori"* (art. 7 comma 1 lett. b) DPR 217/1998) ma solo

---

<sup>236</sup> Consiglio di stato, sez. VI, decisione del 23 marzo 2001, n. 1699, in *Il Foro Amministrativo*, 2/2001, pag. 646 (massima). Nello stesso senso anche Tar Lazio, sez. I, 5 luglio 2001, n. 6139, in *Il Foro Amministrativo*, 7-8/2001, pag. 2117 (massima).

se ne facciano richiesta entro trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di inizio istruttoria sul bollettino dell'autorità.

Avanti l'Autorità, quindi, l'esercizio del diritto di accesso non è esercitabile indiscriminatamente, bensì è limitato a coloro che esibiscano a sostegno un interesse differenziato e qualificato<sup>237</sup>, conformemente al disposto dell'art. 22 l. 241/1990.

#### *2.3.5.5.1.2 La prevalenza della riservatezza sull'accesso per alcune categorie di documenti nella disciplina procedimentale avanti l'Antitrust...*

Il diritto di accesso ai documenti necessita di essere temperato con quello speculare alla riservatezza delle informazioni, che assume un rilievo tanto più delicato in questo settore<sup>238</sup>.

Innanzitutto l'oggetto: l'art. 13 comma 1 precisa che il diritto di accesso si esercita, in primo luogo, nei confronti di *"documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità"*<sup>239</sup>. In secondo luogo, la consultazione deve avvenire all'interno di *"procedimenti concernenti intese, abusi di posizione dominante ed operazioni di concentrazione"*: ciò significa che non si può esercitare il diritto di accesso nei confronti di documenti che, sebbene detenuti dall'Autorità, siano irrilevanti a fini accusatori<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> "Un diritto soggettivo, un'aspettativa di diritto, un interesse legittimo o diffuso, con l'esclusione degli interessi di mero fatto, idoneo a differenziare e qualificare la posizione di questi, in ordine ad una determinata attività amministrativa consacrata in precisi atti, rispetto alla pluralità indeterminata dei consociati" così Aurelio LAINO, *L'accesso ai documenti amministrativi tra aperture giurisprudenziali e novità legislative*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>238</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 652, che ha ritenuto legittima la segretezza di parte del fascicolo del procedimento con la predisposizione di idoneo sommario con gli estremi di tutti i documenti (anche di quelli coperti dal segreto).

<sup>239</sup> Per quanto riguarda il significato della parola "detenuti" la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che si tratta di documenti di cui l'Autorità entra in possesso durante l'istruttoria procedimentale, e che sono ad essa strumentali, indipendentemente dai soggetti che li formano (anche i documenti che fossero prima in possesso di terzi vengono assoggettati alla medesima disciplina – vedi LAINO, *op. cit.*). Il Consiglio di Stato (da ultimo in sez. V, 16 giugno 2003, decisione n. 3382) ha escluso che l'accesso possa essere esercitato nei confronti di documenti che sono detenuti a titolo diverso dall'amministrazione (nel caso di specie ha perciò rigettato un'istanza di accesso di atti che dovevano essere detenuti dal privato stesso, e che questi aveva imprudentemente smarrito).

<sup>240</sup> Vedi Tar Lazio, sez. I, 5 dicembre 2005, n. 12985. La stessa decisione del Tar, tuttavia, precisa che una volta che l'Autorità abbia negato l'accesso ai documenti motivando con la loro non pertinenza con il procedimento in corso, ha assunto *"un autovincolo nella propria azione, non potendo più utilizzare detti documenti ai fini della formazione della successiva volontà"*.

Il comma 2 dell'art. 13 cerca quindi di operare un bilanciamento con la riservatezza delle informazioni di carattere *“personale, commerciale, industriale e finanziario”*, limitandone l'accesso *“nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio”*.

Ancora più delicata è la disciplina nei confronti di documenti che contengono segreti commerciali, sottratti normalmente all'accesso e visionabili solo *“qualora essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa”*, e *“limitatamente a tali elementi”* (comma 3).

Il comma 4 ribadisce che *“Nel consentire l'accesso nei casi di cui ai commi 2 e 3 e nel rispetto dei criteri ivi contenuti, gli uffici tengono conto, adottando tutti i necessari accorgimenti, dell'interesse delle persone e delle imprese a che le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati”*.

I commi 5 e 6 codificano delle eccezioni al regime del diritto di accesso: il comma 5 ne esclude *“le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti”*<sup>241</sup>. Il comma 6, invece, subordina ad una determinazione dell'Autorità l'esclusione dall'accesso dei *“verbali delle adunanze del collegio, nonché (da)i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le istituzioni dell'Unione Europea, nonché tra l'Autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione”*.

Il mantenimento della riservatezza o della segretezza su alcuni documenti relativi agli atti degli uffici dell'Autorità può essere richiesto anche dai soggetti che li hanno forniti; si apre allora un breve subprocedimento volto ad accertare la fondatezza della richiesta, la quale *“deve contenere l'indicazione dei documenti o delle parti di documenti che si ritiene debbano essere sottratti all'accesso, specificandone i motivi”* (comma 7), e che può essere respinta con provvedimento motivato (comma 8).

Inoltre, *“Nel caso di comunicazioni, informazioni, dichiarazioni o richieste presentate in forma singola o congiunta da una o più imprese, possono essere presentate separatamente in allegato le informazioni coperte da segreto aziendale o industriale.*

---

<sup>241</sup> Per un riscontro giurisprudenziale cfr. Tar Lombardia Milano, sez. II, 10 gennaio 2003, n.10. Nel senso della contrarietà, tuttavia, da ultimo Consiglio di Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7349.



*Analoghe cautele possono essere richieste dalle imprese con riferimento alle eventuali audizioni congiunte ed alle verbalizzazioni” (comma 9).*

Infine, i commi 10 ed 11 affrontano i profili procedurali; in particolare, il comma 10 permette all’Autorità di differire l’accesso ai documenti per la tutela della riservatezza di persone o imprese *“fino a quando sussiste tale interesse o fino a quando dell'atto cui l'accesso si riferisce e' accertata la rilevanza ai fini della prova delle infrazioni o inadempienze contestate”*, ad ogni modo non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie. Alla richiesta, scritta e motivata, l’amministrazione ha l’obbligo di rispondere entro trenta giorni, informandone il collegio.

Le disposizioni del DPR 217/1998 sembrano chiaramente favorevoli ad impedire la divulgazione di notizie che potrebbero turbare il libero gioco della concorrenza o aggirare le disposizioni di protezione della proprietà intellettuale. E’ evidente che il legislatore ha inteso operare una precisa scelta di politica del diritto che, tuttavia, si scontra con un assetto di sistema che mostra una prevalenza di tutela per l’accesso.

E’ innegabile che il legislatore del DPR 217/1998 abbia inteso favorire la tutela dei documenti che contengano *“informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario”*, o persino segreti industriali. Un *favor* di non poco momento, inoltre, è assicurato anche da quelle previsioni che permettono, con richiesta motivata, di estendere il regime di non consultabilità a ulteriori e diversi documenti in possesso dell’Autorità, consentendo il comma 7 dell’art. 13 a coloro che ne abbiano interesse (e quindi a soggetti diversi da coloro che sono coinvolti nel procedimento, per i quali vale già la prescrizione del comma 2) di *“presentare agli uffici una apposita richiesta, che deve contenere l'indicazione dei documenti o delle parti di documenti che si ritiene debbano essere sottratti all'accesso, specificandone i motivi”*; l’Autorità provvede rigettando la richiesta se *“non ritenga sussistenti gli elementi di riservatezza o di segretezza addotti a giustificazione delle richieste”*.

Da ultimo, risulta rafforzativa ancor di più la potestà di differimento (art. 13 comma 10) che compete all’Autorità, con cui può venire motivatamente procrastinato l’accesso agli atti *“non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie”*. Il differimento è un ulteriore potere che può trasformarsi in un surrettizio diniego dell’accesso. La l. 241/1990, novellata dalla l. 15/2005, ha riscritto il comma 4 dell’art. 24 (rubricato “Esclusione del diritto di accesso”) negando l’esclusione dall’accesso ove sia sufficiente ricorrere al

differimento. L'istituto del differimento è quindi diventato l'eccezione ordinaria alla regola dell'accesso. Ciò, tra l'altro, relega in posizione ancora più eventuale l'esclusione dell'accesso, essendo già il differimento una misura di carattere eccezionale, come era stato rimarcato dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi in una sua direttiva già nel 1997<sup>242</sup>. Ed in quanto misura di carattere eccezionale, essa deve avere un termine indicato nel provvedimento che lo dichiara<sup>243</sup>. Qualche dubbio sembra quindi affliggere la formulazione del comma 10: il riferimento del legislatore alla comunicazione delle risultanze istruttorie come termine massimo per disporre il differimento, infatti, potrebbe rendere l'amministrazione meno attenta a motivare adeguatamente il relativo provvedimento, evitando di estrinsecare adeguatamente le motivazioni per la limitazione dell'accesso (che permetterebbero di individuare la congruità del termine).

La scelta di tutelare primariamente *“le informazioni riservate o segrete di natura commerciale o industriale”* si iscrive nell'ottica di un rapporto improntato a reciproca fiducia che deve ispirare i rapporti fra società commerciali e Autorità antitrust. Tuttavia, questa scelta risulta forse estremizzata rispetto ad un contesto sistematico in cui è invece l'accesso ai documenti, in attuazione del diritto di difesa, ad avere la meglio.

#### *2.3.5.5.1.3 ...e la prevalenza dei diritti di difesa (tra cui l'accesso) a livello di sistema, anche nel caso di informazioni di natura commerciale o industriale.*

Nel nostro ordinamento *“non sembra esservi dubbio che nel conflitto tra accesso e riservatezza dei terzi la normativa statale abbia dato prevalenza al primo, allorché sia necessario per curare o difendere i propri interessi giuridici”*<sup>244</sup>, l'accessibilità ai documenti essendo ormai un principio generale dell'ordinamento.

E' però opportuno precisare da subito un problema: nel nostro diritto interno (al contrario che nella giurisprudenza CEDU) fino a poco tempo fa il diritto alla riservatezza non si contrapponeva al diritto d'accesso, bensì all'interesse sostanziale esibito e per la cui attuazione era strumentale l'esercizio dell'accesso. Ciò significa che la situazione giuridica sostanziale opposta all'amministrazione non era un “diritto di difesa”, bensì

---

<sup>242</sup> Direttiva 26 marzo 1997, n. 4541/II/4.5.1.2.

<sup>243</sup> TAR Lazio Roma, sez. II ter, 24 marzo 2006, n. 2104.

<sup>244</sup> Così Consiglio di Stato, ad. plen., 4 febbraio 1997, n. 5.

l'interesse leso dalla decisione dell'amministrazione di cui l'accesso rappresentava una mera proiezione infraprocedimentale.

E' bene richiamare alcune decisioni amministrative che danno questa lettura, partendo innanzitutto dalla decisione in adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 1997<sup>245</sup>. In questa decisione il diritto di accesso vince sul diritto alla riservatezza dei dati *"qualora venga in rilievo per la cura o la difesa di propri interessi giuridici"*, una felice formula che è stata in più occasioni ripresa in decisioni successive, sia dello stesso organo<sup>246</sup> che di altri di primo grado. Il Consiglio di Stato, passa *"da una concezione soggettiva e «personale»"*, più risalente, ad *"una concezione oggettiva e «reale»"*, più consona ad *un'amministrazione moderna"*.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto più volte modo di esprimersi a favore dell'accesso ai documenti di natura commerciale o industriale, anche riservati o segreti, esercitato da un soggetto *"per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse"*. Così una decisione del TAR Lazio<sup>247</sup> faceva prevalere la tutela del diritto alla difesa in un procedimento amministrativo, relativamente al quale dichiarava l'illegittimità del diniego di accesso agli atti di una gara opposto dall'amministrazione, sebbene l'istanza fosse limitata alla sola visione. Questa sentenza, importante per il rilievo attribuito al diritto al segreto commerciale, conferma il maggior rigore che serbano i giudici amministrativi in ordine al bilanciamento fra notizie di natura commerciale o industriale da un lato, e diritto di difesa dall'altro. Al contrario dell'esercizio dell'ordinario diritto di accesso, strutturalmente autonomo<sup>248</sup>, questa decisione del TAR Lazio sembra subordinare ad un'effettiva iniziativa processuale la prevalenza dei diritti di difesa rispetto al regime di riservatezza o segretezza di particolari categorie di documenti, profili che trovano anch'essi una particolare tutela

---

<sup>245</sup> Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 4 febbraio 1997, n. 5.

<sup>246</sup> Tra le ultime decisioni cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2004, n. 1969.

<sup>247</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I *bis*, 16 maggio 2005 n. 3775. Il caso di specie riguardava un'istanza di accesso agli atti proposta da una società che aveva prima stipulato, e poi rescisso, un contratto con l'amministrazione in seguito a gara ad evidenza pubblica. Oggetto dell'istanza era l'accesso ad una serie di documenti riguardanti la società seconda classificata ed il relativo contratto stipulato con l'amministrazione. Istante ed amministrazione erano, tuttavia, controparti in un parallelo processo civile, l'esistenza del quale il giudice ritiene fondamentale per privilegiare il diritto di difesa. Analogamente TAR Calabria, Catanzaro, 16 marzo 2005, n. 416.

<sup>248</sup> Per una recentissima riaffermazione del principio cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1393.

nell'ordinamento. E che, in realtà, l'accesso ai documenti non sia scontato lo dimostra una pronuncia del Tar Lazio Roma (sez. I, 16 gennaio 2002, n. 368) che impone proprio all'amministrazione antitrust un vero e proprio "potere-dovere" di segretazione nei casi di documenti contenenti informazioni riservate; incombe, inoltre, all'amministrato l'onere di contestarne la legittimità indicando con precisione gli estremi dei documenti di cui chiede la consultazione, cui deve seguire un confronto in contraddittorio per valutare la congruità o meno della segretazione.

Qualche problema in più rileva in ordine alle modalità di esercizio dell'accesso, qualora vi siano altre situazioni giuridiche da tutelare. La decisione del TAR di cui sopra consente la visione ma non l'estrazione di copia, in ciò ribadendo un filone giurisprudenziale di altre decisioni del Consiglio di Stato<sup>249</sup> che, però, ammette una diversa modalità di esercizio dell'accesso compatibile con la tutela della riservatezza: la possibilità di estrarre copia di documenti delicati una volta che vi siano stati oscurati i dati coperti da segreto<sup>250</sup>.

In realtà, il vincolo fra diritto di accesso e situazione sostanziale vantata si è andato attenuando; alcune pronunce tendono, infatti, a corredare il diritto di accesso di maggiore autonomia<sup>251</sup>.

Tale metamorfosi passa innanzitutto attraverso un primo passaggio, quale l'esigenza di bilanciamento fra situazioni contrapposte<sup>252</sup> cui l'interprete è costretto per scegliere quale sia la posizione meritevole di maggiore tutela. Vi sono, infatti, situazioni di conflitto non immediatamente scioglibili che richiedono ponderazione da parte dell'interprete in merito alla loro prevalenza. E' proprio per poter comprendere quale sia la situazione da privilegiare che il diritto di accesso comincia ad acquisire una propria,

---

<sup>249</sup> Da ultimo cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2003, n. 5148.

<sup>250</sup> Da ultimo, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2223.

<sup>251</sup> Per un inquadramento sistematico cfr. Giuseppe CASSANO, *Diritto d'accesso ai documenti amministrativi o richiesta surrettizia?*, nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 191, in *Giustizia civile*, 10/2001, pagg. 2553-2565.

<sup>252</sup> Vedi l'intervento del consigliere Gianpiero Paolo CIRILLO, capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, alla tavola rotonda "Il diritto di accesso ai documenti amministrativi tra presente e futuro" – 11 maggio 2004, in Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi. Vol. 9*, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per il coordinamento amministrativo - Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2005, pag. 1230 (consultabile anche su [www.palazzochigi.it](http://www.palazzochigi.it)).

autonoma fisionomia rispetto all'interesse o al diritto che lo sostiene, essendo la risultante di un "diritto alla difesa". Nel Plenum del 28 giugno 2006, infatti, la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi si è espressa con parere<sup>253</sup> a favore dell'accesso nei confronti della documentazione detenuta dall'amministrazione (nella specie, il Ministero della Difesa) concernente un dipendente dell'amministrazione stessa che non si era visto riconoscere uno scatto retributivo; tale documentazione ricomprendeva atti riservati di natura commerciale ed industriale inerenti l'attività svolta da un consorzio di società che aveva un contratto con la PA. Ebbene, la Commissione ha motivato la sussistenza del diritto di accesso anche nei confronti di tali atti privilegiando il diritto alla difesa, in quanto *"il possibile conflitto con l'esercizio del diritto di accesso non è astrattamente configurabile, considerato che ormai costante e maggioritaria giurisprudenza afferma la prevalenza di quest'ultimo diritto sul diritto alla riservatezza, nel caso in cui l'istante debba provvedere alla cura in giudizio di un proprio interesse"*.

E così in un'altra decisione del Tar Lazio<sup>254</sup> comincia ad emergere l'autonoma situazione soggettiva della difesa, svincolata dall'esistenza di un interesse sostanziale: *"Il rapporto tra accesso, riservatezza dei terzi e segreto d'ufficio ... è di regola stabilito in sede amministrativa in quanto l'amministrazione può correttamente rigettare, in tutto o in parte, l'istanza ostensiva laddove ritenga gli atti non utili all'esercizio del diritto di difesa, mentre deve accogliere l'istanza ed esibire gli atti laddove questi siano effettivamente funzionali al concreto esercizio del diritto di difesa racchiudendo elementi che l'autorità procedente sta considerando nello svolgimento della sua azione"*.

Le decisioni riportate riguardano l'opportunità di divulgare più o meno ampiamente documenti di cui per qualche ragione l'ordinamento limiti la conoscibilità. Si veda come l'accesso cominci ad essere considerato in sé, mentre l'interesse che lo supporta viene ridimensionato. Quindi, più è completa e precisa l'enucleazione dell'interesse sotteso, maggiore sarà la possibilità che l'accesso ai documenti richiesti venga accordato. Questo passaggio nell'evoluzione dell'accesso è stato, in realtà, avvertito prima dalla

---

<sup>253</sup> In Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (a cura di), *Accesso ai documenti amministrativi. Vol. 11*, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per il coordinamento amministrativo - Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2007, pagg. 113-114 (consultabile anche su [www.palazzochigi.it](http://www.palazzochigi.it)).

<sup>254</sup> Tar Lazio Roma, sez. I, 15 gennaio 2007, n. 204.

giurisprudenza ordinaria, più tardi da quella amministrativa: la Corte di cassazione, a sezioni unite, con sentenza n. 181 del 10 maggio 2001<sup>255</sup>, si è occupata di una procedura concorsuale all'interno della quale il soggetto fallito chiedeva l'accesso agli atti contenuti nel fascicolo fallimentare: il giudice delegato rigettava l'istanza mentre il Tribunale la dichiarava inammissibile. E così faceva, da ultimo, anche la Corte stessa, offrendo tuttavia una motivazione molto interessante: nell'ambito delle procedure concorsuali, la riservatezza dei documenti nel fascicolo fallimentare esclude la loro libera accessibilità da parte del soggetto che sta subendo la procedura concorsuale; questi, al contrario, è titolare di *"un limitato diritto di informazione, subordinato alla presentazione di una specifica motivata istanza che consenta non solo l'identificazione degli atti che si intendono visionare ma anche la valutazione del concreto interesse che ne giustifica la consultazione, e riconosce al giudice delegato il potere discrezionale di autorizzare o meno il richiesto esame"*. La precisione nel presentare l'istanza di accesso è quindi strumentale a permettere all'interprete di capire quale interesse giuridicamente tutelabile si sta esibendo, al fine di consentire un giudizio di bilanciamento fra esso e la tutela delle informazioni all'interno dei documenti<sup>256</sup>.

Anche in dottrina si è ormai fatta strada l'idea che il diritto di accesso detenga una maggiore autonomia, pur senza perdere la funzionalità alla tutela di un interesse sostanziale: il problema, a questo punto, diviene il tracciare i confini di tale autonomia. Il dato normativo è, in questo caso, molto utile: il primo Dpr attuativo delle disposizioni della l. 241 vincolava la legittimazione all'accesso all'esibizione di un *"interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti"* (Dpr 352/1992 art. 2 comma 1); analogo disposto è contenuto anche nel Dpr 184/2006 (art. 2 comma 1): un *"interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso"*<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> Reperibile su [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it).

<sup>256</sup> Si tratta di accesso ad atti di procedimento giurisdizionale, ma a nostro parere ciò non costituisce un problema perché non vi è impedimento, a questo riguardo, ad assimilare i procedimenti amministrativi ai procedimenti giurisdizionali.

<sup>257</sup> Ciò evita anche che l'accesso si trasformi in un *actio popularis* basata sui soli presupposti della verifica dell'imparzialità, buon andamento, trasparenza dell'azione dell'amministrazione ex art. 97 Cost.: cfr. CASSANO, *op. cit.*, pagg. 2555.

Il sintomo dell'autonomizzazione del diritto di accesso dalle basi sostanziali è evidenziato anche dal contrasto non ancora del tutto sopito fra chi lo concepisce ancora come "interesse" e chi come "diritto"<sup>258</sup>. L'adunanza plenaria n. 5/1997 del Consiglio di Stato, infatti, continua a inquadrare il problema all'interno della cornice del bilanciamento che il giudice è chiamato ad operare fra situazioni giuridiche diverse; altre pronunce, invece lo identificano nel diritto all'accesso di documenti che costituiscono la base dell'avvio di un procedimento sanzionatorio<sup>259</sup>.

Nel bilanciamento fra interesse perseguito tramite poteri partecipativi e diritto alla riservatezza di dati di natura commerciale occorre tenere conto del loro diverso rango. La scelta a favore del primo maturata negli ordinamenti liberaldemocratici rappresenta una precisa opzione di politica del diritto. Si pensi all'art. 60 del D. Lgs. 196/2003 (*"Codice dei dati personali"*), che ammette il trattamento di alcuni dati (quelli cosiddetti "ipersensibili") quali stato di salute o vita sessuale quando *"la situazione che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale o inviolabile"*. L'imprescindibile riferimento normativo è, dunque, la Costituzione e le priorità che essa assegna ai diritti che elenca<sup>260</sup>, saldo punto di riferimento per l'interprete, che nel caso del diritto di accesso è chiamato ad una delicata opera di bilanciamento. Un bilanciamento, tuttavia, che continua a fluttuare fra situazione sostanziale che si vuole proteggere tramite il diritto di accesso e natura dei dati che si vuole tutelare, opponendo la riservatezza.

#### 2.3.5.5.2 Il Conseil de la concurrence.

La disciplina avanti il *Conseil de la concurrence* è molto scarna in merito all'accesso: essa prevede, in base all'art. L463-2 del *Code de commerce*, che la consultazione del dossier è consentita alle parti nei due mesi successivi alla notifica del *Rapport* da parte del *Rapporteur*. Anche il *Code de commerce* contiene una disciplina per la tutela del segreto commerciale ed industriale, contenuta all'art. L463-4. Il comma 1 prevede che il

---

<sup>258</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 aprile 2005, n. 1679. Vedi anche LAINO, *op. cit.*

<sup>259</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3601.

<sup>260</sup> A questo riguardo cfr. un'interessante decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 14 novembre 2006, n. 6681.

Presidente del *Conseil* o un vicepresidente da lui delegato possa rifiutare la comunicazione o consultazione di determinata documentazione, e disporre anche l'occultamento. Tuttavia, il comma successivo prevede che, nel caso in cui essi siano fondamentali al buon svolgimento della procedura ovvero alla difesa di una delle parti, tali documenti possano essere aggiunti al dossier sotto forma di allegato confidenziale, e così essere comunicati alle parti che ne abbiano fatto richiesta, che si obbligano per parte loro a mantenerne la segretezza.

#### 2.3.5.5.3 L'accesso al dossier secondo la giurisprudenza CEDU.

Per quanto concerne l'accesso ai documenti, la giurisprudenza della Corte può essere analizzata sotto due distinti filoni:

1. L'accesso al proprio fascicolo in una procedura di contestazione degli addebiti da parte della persona accusata
2. L'accesso, all'interno del proprio dossier, anche a quelle informazioni "sensibili" perché tutelate dal diritto industriale

##### 2.3.5.5.3.1 L'accesso al proprio dossier indicatore di un equo processo ex art. 6 CEDU.

E' bene specificare che la giurisprudenza della CEDU considera importante che un accusato possa consultare nel proprio dossier la documentazione sulla base della quale l'accusa è formulata. Ne segue che è contraria all'art. 6 la formulazione di un'accusa sulla base di documenti non contenuti all'interno del dossier, oppure non consultabili, in quanto la nozione di "processo equo" presuppone prove consultabili e formate nel contraddittorio delle parti. Importante a questo proposito appare la decisione *Miailhe c. Francia*<sup>261</sup>, in cui la corte ha modo di precisare che non costituisce violazione dell'art. 6 la presenza, in un dossier di accusa, di documentazione che non sia stata resa disponibile all'accusato, se non ha ricoperto alcun ruolo nella formulazione delle contestazioni (§ 44).

---

<sup>261</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 settembre 1996, sentenza *Miailhe c. Francia*, in *Recueil*, 1996-IV.



Il tipo di accesso ad atti e documenti a sostegno del quale si possa invocare la giurisprudenza della Corte EDU è quello cosiddetto “*partecipativo*”<sup>262</sup>, ovvero esercitato da una parte nel corso di un “processo”.

L’art. 13 del DPR 217/1998 contiene, invece, una disciplina più estesa in quanto l’accesso è consentito più generalmente a chiunque sia portatore di un interesse qualificato.

Coperti anche dalla Convenzione EDU sono, quindi, solo gli eventuali destinatari del provvedimento sanzionatorio finale e quindi parti attive del procedimento (ovvero le società o i soggetti cui siano addebitati comportamenti distorsivi per la concorrenza).

Sono diverse le sentenze della Corte che prendono in esame, come garanzia di un effettivo contraddittorio, l’accesso al dossier formato presso l’amministrazione. Tale diritto pare non escludere una sua operatività anche nei confronti di procedure classificate, secondo il diritto interno, come amministrative: chi riceve contestazioni di natura sanzionatoria, infatti, deve poter essere messo in grado di consultare il fascicolo che lo riguarda.

Questo principio nasce dal diritto ad un processo equo, tipizzato sempre all’art. 6. In caso di processo, infatti, “*le parti hanno diritto di prendere conoscenza di ogni documento o osservazione sottoposta al giudice, che sia un magistrato indipendente, per influenzare la sua decisione, e per discuterla*”<sup>263</sup>.

Il diritto di accesso al proprio dossier viene interpretato dalla Corte in maniera ondivaga: dalla lettura della giurisprudenza non si riesce a comprendere se esso sia una fattispecie strutturalmente autonoma, costitutiva del diritto ad un processo giusto codificato dall’art. 6 § 1, oppure se esso sia – più correttamente - propedeutico alla propria difesa secondo l’art. 6 § 3 lett. b.

Una recente sentenza della Corte sembra propendere per la tesi dell’autonomia: la sentenza *Zaicevs c. Lettonia*<sup>264</sup> si occupa di una sanzione amministrativa irrogata al

---

<sup>262</sup> Ovvero quello definito dall’art. 10 comma 1 lett. a) della l. 241/1990. Cfr. Massimo CIAMMOLA, *Il diritto di accesso ai documenti dopo la l. n. 15 del 2005: natura, soggetti legittimati e ambito applicativo*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), pag. 6, nonché Maria Luisa SCHIAVANO, in Luigi Carlo UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, CEDAM, 2004, pag. 2379, sub voce *L. 287/1990, art. 14*.

<sup>263</sup> Frase ricorrente nelle sentenze della Corte EDU sull’argomento: da ultimo vedi Corte europea dei diritti dell’uomo, 28 novembre 2006, sentenza *Poulain de Saint Père c. Francia*, § 18.

<sup>264</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 31 luglio 2007, sentenza *Zaicevs c. Lettonia*

ricorrente, sig. Zaicevs, al termine di una procedura per oltraggio al tribunale (nel corso di un diverso procedimento) e che prevedeva una breve detenzione amministrativa. Tra le varie censure che il ricorrente lamenta avanti la Corte EDU vi è anche quella relativa all'autorizzazione a poter consultare (§ 44) il fascicolo formato dal tribunale a suo riguardo, concessa solamente due giorni prima dell'unica udienza tenutasi. Sebbene la Corte, nella parte in diritto della sentenza (sempre § 44), affermi la necessaria strumentalità del diritto ad essere informati di accuse a proprio carico (art. 6 § 3 lett. a) al diritto di preparare la propria difesa (art. 6 § 3 lett. b), la consultazione del proprio dossier che il tribunale ha accordata all'accusato solo due giorni prima di un'udienza non costituisce in sé una violazione dell'art. 6, essendo non automatica l'assegnazione di un congruo termine per lo studio dello stesso bensì ad istanza di parte (§ 45). Ciò indebolisce il rapporto di logica precedenza della consultazione del dossier rispetto all'articolazione delle proprie difese: in quanto esercitabile anche se divenga materialmente molto difficile utilizzare le informazioni ottenute, il diritto di accesso al dossier, nell'affare *Zaicevs*, si colora di una certa autonomia.

Così, anche in *Foucher c. Francia*<sup>265</sup> la Corte condanna lo Stato per violazione delle disposizioni convenzionali per non aver consentito al ricorrente di prendere conoscenza del fascicolo che lo riguarda in un processo ove si difendeva da solo (essendo la questione dell'accesso al proprio fascicolo su istanza della parte stessa, nel diritto processuale penale francese, di dubbia soluzione vista la mancanza di un'espressa disciplina). Anche in questa sentenza sembra che la Corte sostenga la tesi dell'autonomia: nel § 30, infatti, la Corte spiega come l'accesso al proprio fascicolo sia uno dei diritti costitutivi di un giusto processo ex art. 6 § 1; ed è quindi per questo motivo che occorre valutare la condotta dello Stato alla luce del combinato disposto non solo del § 1, ma anche del § 3 di quell'articolo. Un'interpretazione della pretesa a consultare il proprio fascicolo che è in minor misura subordinata alla preparazione delle proprie difese.

Sembra diversa, invece, l'impostazione della sentenza *Feldbrugge c. Paesi Bassi*<sup>266</sup>, in cui la Corte legge il diritto di accesso ai propri dossier personali detenuti dal pubblico potere

---

<sup>265</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 marzo 1997, sentenza *Foucher c. Francia*, in *Recueil*, 1997-II.

<sup>266</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 maggio 1986, *Feldbrugge c. Paesi Bassi*, 99

in maniera conforme alla seconda interpretazione di cui sopra. Il caso di specie consiste in una sanzione amministrativa irrogata da un ordine professionale ad una dei propri associati. La Corte, che si trova a dover verificare la compatibilità di tale procedura con le disposizioni della Convenzione, ha modo *incidenter tantum* di dichiarare che la mancata consultazione del fascicolo formato dall'organo giudicante, con la conseguenza di impedire delle repliche a quanto in esso raccolto con particolare riferimento a due consulenze tecniche ivi allegate, costituisce una lesione del generale principio del contraddittorio e quindi una difformità dai principi della Convenzione (§ 44).

E' seguendo questa linea che la Corte non rinviene alcuna violazione dell'art. 6 nell'affare *Klimentyev c. Russia*<sup>267</sup>, in cui il ricorrente – con una doglianza forse più di stile che di sostanza – lamentava che i propri legali non avessero potuto prendere visione del fascicolo a lui dedicato in possesso dell'autorità giudiziaria (il caso di specie riguardava la compatibilità di un processo penale in cui il ricorrente era accusato di alcuni crimini contro il patrimonio). La Corte non rinviene violazioni della Convenzione in quanto, dagli atti a lei trasmessi, emerge che i difensori del ricorrente hanno, al contrario, avuto modo di consultare il dossier *“in maniera estensiva in almeno tre occasioni, e cioè subito dopo le attività investigative di polizia, durante lo svolgimento del dibattimento in primo grado e subito dopo l'incarcerazione del ricorrente”* (§ 107). Si intuisce dalle pronunce di cui sopra che presupposto essenziale del diritto di accesso al proprio dossier è avere un tempo sufficiente per utilizzare le informazioni ivi riscontrate per meglio preparare la propria difesa.

Questa seconda impostazione è tra l'altro confermata da ulteriori decisioni; nell'affare *Öcalan c. Turchia*<sup>268</sup> la Corte EDU si trova a dover giudicare, in seguito al ricorso del noto esponente del PKK curdo, attualmente in prigione in Turchia, della compatibilità del processo penale a suo carico con la Convenzione. Tra le numerose doglianze portate avanti la Corte, il ricorrente censura anche che l'accesso al dossier formato dalla magistratura che lo riguardava fosse ridotto sia nei suoi confronti che nei confronti dei suoi legali. La Corte condivide le censure proposte dal ricorrente, che non si fondano però sulla consultabilità *tout court* del fascicolo, ma sulla congruità del tempo messo a

---

<sup>267</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 novembre 2006, *Klimentyev c. Russia*.

<sup>268</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 maggio 2005, sentenza *Öcalan c. Turchia*. in *Recueil*, 2005-IV.

disposizione dalle autorità turche per il suo compiuto esame. Infatti, “il sig. Öcalan aveva venti giorni a disposizione per esaminare il dossier processuale che comportava all’incirca diciassettemila pagine”<sup>269</sup>. E, così, anche ai difensori del ricorrente è stato fortemente limitato il contraddittorio nella misura in cui, fra l’altro, sono entrati in possesso del fascicolo completo solamente due settimane prima dell’apertura del processo. Tali limitazioni sembrano lesive del principio del contraddittorio e dell’eguaglianza delle armi, ed hanno portato la Corte a constatare una violazione della Convenzione.

La sentenza *Öcalan* contiene un dato importante: il riconoscimento di un autonomo diritto del soggetto sottoposto ad un procedimento per infrazione di disposizioni penali a consultare il fascicolo che lo riguarda e che è in possesso del pubblico potere. Questo aspetto la distingue da altri, analoghi arresti della Corte<sup>270</sup>: sia *Kamasinski c. Austria*<sup>271</sup> sia *Kremzow c. Austria*<sup>272</sup>, considerate delle decisioni importanti sul diritto di accesso ai dossier, negano una pretesa dei soggetti sottoposti a procedimento di incriminazione alla consultazione dei dossier. Il § 88 in *Kamasinski* e il § 52 in *Kremzow* ritengono che siano compatibili con la Convenzione quelle disposizioni (tradizionalmente contenute nei codici penali) che limitano – o vietano – all’imputato la consultazione del fascicolo a suo carico (entrambe queste sentenze hanno per oggetto procedimenti di natura penale). Ma si tratta di decisioni che sembrano smentite da *Schuler-Zraggen c. Svizzera*<sup>273</sup> e *Mialhe c. Francia*<sup>274</sup>, in cui la Corte recupera la sua lettura tradizionale di consultazione del dossier.

Le decisioni della Corte sopra riportate contengono importanti punti che vale la pena di riepilogare:

- La Corte ha definito i soggetti che possono fruire dell’accesso al proprio dossier

---

<sup>269</sup> Sentenza *Öcalan*, cit., § 142.

<sup>270</sup> Ciò è stato esplicitamente riconosciuto (sentenza *Öcalan* cit., §§ 139 ss.) dalla stessa Corte, che tuttavia non ha motivato il differente orientamento.

<sup>271</sup> Sentenza *Kamasinski*, cit..

<sup>272</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 21 settembre 1993, sentenza *Kremzow c. Austria*, 268-B.

<sup>273</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, 24 giugno 1993, sentenza *Schuler-Zraggen c. Svizzera*, 263, § 54.

<sup>274</sup> Sentenza *Mialhe*, cit.

- La Corte si è occupata della congruità dei termini minimi posti per la sua consultazione

#### 2.3.5.5.3.2 *La tutela dei documenti di carattere professionale: l'art. 8 CEDU.*

La Corte EDU non ha avuto modo di occuparsi espressamente del bilanciamento, in una procedura di carattere giudiziario, tra accesso e violazione della tutela dei documenti segreti o riservati di carattere industriale o commerciale. Tuttavia, si può constatare come in alcune pronunce la Corte classifichi i documenti di natura professionale all'interno dell'art. 8.

L'affare *Burghartz c. Svizzera*<sup>275</sup>, trattando della legittimità di un divieto pubblico al cambio del cognome, ha modo di affermare che il diritto al nome concerne anche l'ambito professionale e commerciale<sup>276</sup>. Ed in *M. C. c. Belgio*<sup>277</sup> la Corte reputa lesi i diritti codificati all'art. 8 della Convenzione, nel caso di un'espulsione ingiustificata dal territorio di uno Stato ad opera delle pubbliche autorità, perché lede il diritto alla vita privata che, interpretato in forma estensiva, ricomprende anche l'ambito professionale e commerciale<sup>278</sup>.

La Corte EDU, quindi, nelle sue pronunce ha stabilito che, a certe condizioni, anche l'attività di natura lavorativa può essere coperta dalla propria giurisdizione, fino alla soglia delle misure che rispondano ai requisiti indicati dall'art. 8 comma 2 CEDU, fra cui la "difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati".

Qual è il regime della protezione dei documenti di carattere professionale? I poteri istruttori possono travolgere, ed in quale misura, la riservatezza di dati che l'ordinamento tutela più fortemente, fra cui quelli di natura professionale? Si profila, qui, un bilanciamento che è diverso da quello esposto a pag. 80, perché intercorre fra situazioni eterogenee: da un lato un diritto (riservatezza o segretezza di determinati documenti), dall'altro l'interesse pubblico all'attuazione della legge reintegrando le violazioni di diritti altrui; per quanto concerne i segreti industriali, probabilmente essi potranno essere secretati se non ricoprono un ruolo nella formulazione degli addebiti,

---

<sup>275</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 febbraio 1994, sentenza *Burghartz c. Svizzera*, 280-B.

<sup>276</sup> sentenza *Burghartz c. Svizzera*, cit. §24.

<sup>277</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 agosto 1996, sentenza *M. C. c. Belgio*.

<sup>278</sup> Sentenza *M. C. c. Belgio*, cit., § 25.

ma dovranno essere resi consultabili (anche nella forma della sola visione di cui l'Autorità antitrust già si serve) più o meno intensamente in relazione alla loro importanza nella procedura istruttoria. Ancora minore protezione dovrebbero ricevere quegli atti che *"contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario"*, ma che non siano tutelati da diritti d'autore.

E' molto difficile poter stabilire *a priori* una linea-guida che dirima alla radice la questione; probabilmente la risposta empiricamente più convincente sta non nella sostanza del bilanciamento, bensì nella procedura amministrativa utilizzata per ottenerlo. Forse, visto il carattere sanzionatorio della procedura che qui si commenta, si potrebbe prendere a prestito la disciplina sul segreto professionale disciplinata dal Codice di procedura penale: ciò permetterebbe di rafforzare, all'interno del procedimento istruttorio, i poteri dell'Autorità nel dirimere la questione del bilanciamento, rendendola – da un punto di vista di garanzie – idonea a potersi esprimere su tali questioni.

#### *2.3.5.5.3.3 La proprietà intellettuale: art. 1 Prot. 1.*

Un regime in parte differente vale nel caso di documenti che siano l'estrinsecazione materiale di beni oggetto di proprietà intellettuale. In questo caso, potrebbe trovare applicazione anche il Protocollo addizionale n. 1 sulla proprietà.

Non è, infatti, del tutto estranea ai diritti umani la protezione della proprietà intellettuale. L'art. 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo contiene l'enunciazione del *"diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore"* (e l'art. 17 dispone la protezione del diritto di proprietà). E' del 1966, poi, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, che in uno dei suoi articoli (art. 15 comma 1 lett. c) riproduce quasi alla lettera l'art. 27 della Dichiarazione. Anche il Consiglio d'Europa ha elaborato testi convenzionali che riconoscono la protezione dei diritti d'autore; recentemente (fine 2005) è stata firmata a Faro la *"Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società"*, non ancora entrata in vigore; questo testo contiene una norma che esplicitamente riconosce i diritti della proprietà

intellettuale (art. 14 lett. c). Insomma, non sarebbe peregrino che i diritti d'autore possano essere considerati diritti umani<sup>279</sup>.

Le interazioni fra diritti di natura economica e diritti umani sono stati riconosciute, ad esempio, a livello di OMC. La tesi che ne sostiene la permeabilità<sup>280</sup> si basa sull'osservazione che molti Stati che appartengono all'OMC sono anche membri di organizzazioni per la tutela di diritti umani. Ciò dovrebbe lentamente condurre ad una sempre maggiore influenza dei diritti umani anche in ambito economico e commerciale, subordinando i diritti legati al secondo ai primi: un processo che, secondo alcune teorie economiche, non fa che correggere le storture della libera concorrenza.

Interessante (sebbene forse prevenuto) è anche un articolo apparso sul *Bulletin du droit d'auteur* edito dall'UNESCO su un numero del 2001<sup>281</sup>. In questo articolo è ammessa la possibilità che i diritti di proprietà industriale possano godere della qualificazione di "diritti umani", ma a precise condizioni (quelle ricavabili dall'art 15 comma 1 lett. c) del Patto). La proprietà intellettuale deve essere conforme alla dignità umana, va esercitata conformemente all'etica, deve agevolare e non impedire lo sviluppo economico dei paesi emergenti; deve, in ultima analisi, sottrarsi al solo gioco economico che la caratterizza e la influenza. Ricondotta in quest'alveo, potrebbe ben essere qualificata "diritto umano".

Effettivamente, vi sono state alcune sentenze della Corte EDU che hanno esteso l'applicazione dell'art. 1 prot. 1 cit. anche ai beni immateriali; la prima, in ordine di tempo, è una decisione di irricevibilità: *Smith Kline et French Laboratories Ltd c. Paesi Bassi*<sup>282</sup>, in cui la Corte ritiene la richiesta dei ricorrenti non ricevibile perché mal

---

<sup>279</sup> Anche la dottrina più attenta a questi fenomeni (ma quantitativamente esigua) sta prendendo coscienza delle crescenti interazioni fra diritto d'autore e diritti umani. Senza pretesa di esaustività cfr. Olga CHEREDNYCHENKO, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, in *European Review of Private Law*, 1/2006, pagg. 23-61, in merito all'influenza del diritto pubblico UE sul diritto privato.

<sup>280</sup> Cfr. Ernst-Ulrich PETERSMANN, *From "negative" to "positive" integration in the WTO: Time for "mainstreaming human rights into WTO Law?"* In *Common Market Law Review*, 2000, pagg. 1363-1382; IDEM, *Human Rights and the Law of World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, 2003, pagg. 241-281.

<sup>281</sup> Audrey R. CHAPMAN, *La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme (obligations découlant de l'article 15 (1) (c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, in *Bulletin du droit d'auteur*, 3/2001, pagg. 4-40.

<sup>282</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 ottobre 1990, *Smith Kline et French Laboratories Ltd c. Paesi Bassi*, non pubblicata.

formulata, al termine di un passaggio in cui, tuttavia, fa rientrare anche un brevetto nella specie dei beni tutelati dal Protocollo 1 alla luce della legislazione olandese sul diritto d'autore<sup>283</sup>. Nel 1999 è poi intervenuta *Iatridis c. Grecia*<sup>284</sup>, in cui la Corte ha ritenuto che la nozione di “bene” può ben estendersi anche ad un bene immateriale; l'unico requisito è che esso abbia un risvolto di natura patrimoniale.

Dalla lettura degli arresti in oggetto si conferma l'attualità del problema della compatibilità tra diritto al giusto processo ex art. 6-1 CEDU, e diritto alla riservatezza dei documenti di natura professionale, che trova una più forte tutela nel caso di beni immateriali coperti dal diritto d'autore (art. 1 Prot. 1). Come, nella pratica, risolvere l'antinomia?

Il conflitto fra la tutela dei diritti di proprietà intellettuale da un lato ed il perseguimento di un interesse pubblico dall'altro era già emerso – in altri termini - nel corso della ventisettesima sessione del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali dell'ONU, tenutasi a Ginevra tra il 12 ed il 30 novembre 2001<sup>285</sup>. La problematica di fondo è però la stessa: in che maniera operare un bilanciamento (che il Comitato definisce “equilibrio”). Come in altri casi di possibile incompatibilità con la Convenzione, per desumere l'incompatibilità della disciplina di specie con la Convenzione la Corte esaminerebbe probabilmente l'insieme della procedura che si svolge avanti l'Autorità, e non si limiterebbe alla sola fase dell'accesso.

#### **2.3.5.6 I poteri istruttori.**

L'AGCM dispone di speciali poteri istruttori che rinvergono la propria disciplina nella l.287/1990, ma soprattutto nel Dpr 217/1998: è da escludere che possano trovare in questo settore applicazione le corrispondenti disposizioni contenute nel codice di procedura civile (ad esempio in tema di consulenza tecnica d'ufficio). Il comma 2 dell'art. 14 configura in capo all'amministrazione il potere di richiedere “*in ogni momento dell'istruttoria alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire*

---

<sup>283</sup> Ma il criterio della qualificazione di “bene” tramite la lente del diritto nazionale verrà poi abbandonato dalla Corte in *Bayeler c. Italia*, in cui si può leggere che proprio la nozione di bene è indipendente dal diritto nazionale.

<sup>284</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 marzo 1999, sentenza *Iatridis c. Grecia*, in *Recueil*, 1999-II.

<sup>285</sup> Le sessioni del comitato sono annuali; i documenti relativi sono consultabili su [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).



*informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria". "Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti richiesti di fornire gli elementi di cui al comma 2 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquanta milioni di lire se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a cento milioni di lire se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Sono salve le diverse sanzioni previste dall'ordinamento vigente"* (comma 5 medesimo articolo); ciò vale, però, fino a che non costituisca autoincriminazione, lesiva del diritto di difesa<sup>286</sup>.

Per quanto riguarda la procedura avanti il *Conseil de la concurrence*, di ogni operazione va redatto verbale e, eventualmente, rapporto (art. L450-2), la cui irregolarità può però essere contestata solo dalla persona interrogata o sottoposta all'istruzione<sup>287</sup>.

#### 2.3.5.6.1 La richiesta di informazioni e l'esibizione di documenti.

##### 2.3.5.6.1.1 L'AGCM.

Il legislatore ha dotato l'Autorità di incisivi poteri istruttori, che il Dpr 217/1998 ha cura di precisare negli articoli dall'8 all'11.

Per quanto concerne la richiesta di informazioni e l'esibizione di documenti (così è rubricato l'art. 9 del Dpr), la relativa richiesta va fatta per iscritto (comma 1) e deve contenere alcuni elementi essenziali quali fatti e circostanze per cui si procede con tale mezzo istruttorio, lo scopo, il termine per adempiere, le modalità e le sanzioni (comma 2). La richiesta può essere fatta anche oralmente, nel corso di audizioni o ispezioni (comma 4), e se subito soddisfatta va redatto apposito verbale (comma 5). I destinatari della richiesta sono, in caso di imprese o enti, *"i titolari delle imprese o loro rappresentanti e, se si tratta di enti con o senza personalità giuridica, coloro che per legge o in base allo statuto ne hanno la rappresentanza legale"* (comma 6). Tali soggetti

---

<sup>286</sup> FATTORI e TODINO, *op. cit.*, pag. 372, SCHIAVANO, *art. 12, op. cit.*, pag. 2386

<sup>287</sup> Cfr. *Décision Conseil de la Concurrence*, 31 luglio 2007, n. 07-D-27; *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 2 marzo 1999.

hanno l'obbligo di fornire l'originale o apposita copia conforme dell'atto richiesto (comma 3). Tale obbligo, tuttavia, si ritiene che incomba in realtà su chiunque possa fornire informazioni e detenere documenti utili ai fini dell'istruttoria, anche su soggetti quindi privi dei poteri di rappresentanza<sup>288</sup>.

#### 2.3.5.6.1.2 *Il Conseil de la concurrence.*

Il *Code de commerce* vi dedica l'art. L450-3. I funzionari incaricati possono “*accedere o ogni locale, proprietà o mezzo di trasporto di uso professionale, chiedere la comunicazione di libri, fatture ed ogni altro documento di natura professionale, prenderne copia con ogni mezzo e mediante ogni supporto, raccogliere, su convocazione o in loco informazioni e spiegazioni*”. L'art. L450-7 facoltizza inoltre i funzionari incaricati dell'inchiesta ad accedere presso qualunque organismo pubblico per la raccolta di documenti ed informazioni.

L'art. L463-5 consente, invece, al *Conseil* di chiedere la trasmissione di processi verbali e rapporti d'inchiesta alla magistratura nel caso in cui essa svolga indagini connessi alla sua istruttoria. Si tratta di una previsione utile al *Conseil* a definire la necessità di *autosaisine*, e solo per tale scopo possono essere utilizzati dall'amministrazione, che ha poi l'obbligo di renderli consultabili alle parti inserendoli nel fascicolo, così come esse hanno la facoltà di produrre osservazioni che li confutino (*Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 30 gennaio 2007, n. 06-00566).

#### 2.3.5.6.2 Le ispezioni (art. 10 Dpr 217/1998).

##### 2.3.5.6.2.1 *L'istituto dell'ispezione amministrativa in Italia: diffusione e funzione.*

Il settore delle ispezioni amministrative esterne (o intersoggettive) è, in linea generale, un settore molto trascurato nell'ordinamento italiano; da un punto di vista normativo, esso mantiene un ruolo operativo solo in settori molto particolari quali il tributario o il sanitario<sup>289</sup>, e manca del tutto di una disciplina unificante<sup>290</sup>. Anche sulla scorta

---

<sup>288</sup> FATTORI e TODINO, *op. cit.*, pag. 372.

<sup>289</sup> Ciò si riflette anche sugli specifici lavori dottrinali in argomento, i più recenti dei quali risalgono ormai al 1999 (Vito TENORE, *L'ispezione amministrativa ed il suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 1999, e Stelio VALENTINI, *Le ispezioni amministrative. Funzione e caratteri*, Giuffrè, Milano, 1999).

<sup>290</sup> Proprio tale frammentazione ha portato certa dottrina a negare all'ispezione un fondamento unitario, ed a legarla invece normativamente “alle diverse tipologie di potestà ispettive che è dato rinvenire

dell'interpretazione dell'art. 13 della nostra Costituzione, infatti, le intrusioni degli apparati statali nella vita privata dei cittadini rimangono prerogativa quasi esclusiva della magistratura<sup>291</sup>.

Si tratta di una particolarità che contraddistingue il nostro ordinamento e lo differenzia, invece, rispetto ad altri (soprattutto di matrice germanica), in cui il diritto sanzionatorio amministrativo (che assegna all'amministrazione anche la facoltà di condurre invasivi accertamenti presso i privati) è più sviluppato.

Dalla scarsa diffusione dell'istituto in parola deriva anche una certa incertezza sulle sue concrete modalità applicative; la Corte costituzionale ha una giurisprudenza molto limitata sulle ispezioni esterne, con la quale ha però avuto modo di precisare la compatibilità con la Costituzione repubblicana di norme attributive di poteri ispettivi all'amministrazione. Una premessa rimane comunque necessaria: ancora recentemente la Corte ha equiparato ispezione, perquisizione e sequestro di cui all'art. 14 Cost., ritenendoli strumenti idonei a limitare la libertà di domicilio protetta dalla disposizione (vedi sent. 135/2002).

La norma parametro di queste pronunce è stata l'art. 14 comma 3 del nostro testo costituzionale: *"Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali"*.

Con sentenza 10/1971 la Corte si è trovata a giudicare di una questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale, il cui oggetto era l'art. 8 del Dpr 520/1955 (che istituiva l'Ispettorato del lavoro): detto articolo attribuiva agli ispettori poteri di accertamento del rispetto delle norme in materia di sicurezza sul lavoro, ritenuti dal giudice *a quo* lesivi degli art. 13, 14 e 24 della Costituzione. La Corte opera un'interessante ricostruzione dell'istituto delle ispezioni in materia di leggi sul lavoro, escludendo che le fattispecie contemplate dalla norma impugnata rientrino sotto l'art. 14 Cost.: l'ispettore disporrebbe, infatti, di un potere che è privo di coercizione e che riposa sulla fattiva collaborazione del privato (che può, tuttavia, essere sanzionato); non è, perciò, possibile parlare di ispezione nello stesso senso in cui ne parla il codice di

---

nell'ordinamento": così Roberto TOMEI, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1999, sub voce *Ispezione amministrativa*.

<sup>291</sup> Si veda la sentenza 11/1956 della Corte costituzionale che dichiara costituzionalmente illegittimi gli artt. dal 164 al 176 del Tulp.

procedura civile o penale perché gli ispettori del lavoro non dispongono di poteri coattivi, nell'esercizio dei quali *“soccorrono le norme a garanzia della libertà personale e del diritto di difesa”*. La mancanza di un potere di perquisizione personale così come di un potere di sequestro, inoltre, esclude che debbano applicarsi le prescrizioni dell'art. 13. Per quanto concerne, da ultimo, l'art. 24, il giudice remittente ne arguiva la violazione in quanto l'art. 8 opererebbe surrettiziamente un aggiramento dei diritti di difesa permettendo all'ispettore di cercare prove al di fuori dei consueti canali processual-penalistici. Sul punto la Corte ha modo di rispondere che i poteri ex art. 8 Dpr 520/1955 sono lungi dall'essere dei mezzi di ricerca della prova, restando in realtà vincolati al concreto sospetto che si stiano perpetrando violazioni di legge. Con questa sentenza la Corte costituzionale ha modo di delineare i confini delle ispezioni amministrative, che non devono in alcun modo uscire dal seminato della vigilanza di un settore pubblico e che sono di natura preventiva.

Analoghe limitazioni sono contenute nella sent. 122/1974 (in materia di ispezioni tributarie), che ribadisce il carattere di controllo e vigilanza sui privati dell'attività amministrativa di polizia tributaria, la quale comprende anche delle attività ispettive.

Gli scarsi margini applicativi dell'istituto dell'ispezione esterna, quindi, sono ben definiti dalla Corte costituzionale, la quale esclude che essa possa sostituirsi o anche solo sovrapporsi ad indagini di polizia giudiziaria. Ciò è coerente con la *ratio* del tradizionale istituto dell'ispezione, tesa alla *“verifica della regolarità-legalità-legittimità formale dell'azione amministrativa in tutti i settori in cui questa si articola. [...] Ulteriore finalità parallelamente perseguita dall'attività ispettiva è quella di individuazione (o di prevenzione) di eventuali fatti illeciti posti in essere dagli ispezionati, che possono assumere valenza penale, disciplinare o di danno per l'erario e, come tali, da denunciare immediatamente alle autorità competenti”*<sup>292</sup>.

Emerge, quindi, una peculiare funzione dell'ispezione amministrativa, concepita come uno strumento di controllo dell'attività del controllato e soggetta a precisi limiti, molto stringenti.

---

<sup>292</sup> TENORE, *op. cit.*, pag. 21.

#### 2.3.5.6.2.2 *La disciplina delle ispezioni ordinate dall'AGCM.*

Parzialmente diverso sembra essere il modello di ispezione disciplinata dal Dpr 217, che sembra prefigurare l'ispezione come un mezzo di ricerca di documentazione utile ai fini dell'istruttoria: l'art. 10 che la disciplina ha cercato di approntare idonee garanzie a tutela del soggetto che custodisce la documentazione richiesta.

A norma del comma 1, possono essere deliberate solo dal Collegio, su proposta del responsabile del procedimento, ed effettuate previa presentazione di un atto scritto - che ne precisi tutti gli aspetti<sup>293</sup> - da funzionari dell'Autorità incaricati dal responsabile del procedimento (comma 2). Da notare come la disposizione in commento prevede che l'atto scritto contenga l'indicazione delle sanzioni nel caso di *“rifiuto, omissione o ritardo, senza giustificato motivo, di fornire informazioni ed esibire documenti richiesti nel corso dell'ispezione, nonché nel caso in cui siano fornite informazioni ed esibiti documenti non veritieri”*.

Non costituisce un valido motivo per opporsi all'ispezione l'invocazione di vincoli di riservatezza o esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative o di tutela del segreto aziendale o industriale (comma 3)<sup>294</sup>. Il decreto definisce documento *“ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni ed informali, formati e utilizzati ai fini dell'attività dell'impresa, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività dell'autore del documento, nonché ogni documento prodotto o contenuto su supporto informatico”* (comma 4). Il comma 5 enuncia i poteri dei funzionari (che possono essere assistiti dalla Guardia di Finanza ex comma 8), il comma 6 la possibilità di essere assistiti, durante l'ispezione, da consulenti di propria fiducia, mentre il comma 7 tratta degli oneri di verbalizzazione di tutta l'attività.

---

<sup>293</sup> Per la violazione dell'art. 8 CEDU nel caso di un mandato di un'ordinanza di perquisizione redatto in termini generici cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ernst ed altri c. Belgio*, 15 luglio 2003.

<sup>294</sup> Tuttavia sembra rimanere valida la segretezza delle comunicazioni con il difensore legale, e quelle comunicazioni con consulenti e dipendenti dell'azienda di esse riproductive: sempre in FATTORI e TODINO, *op. cit.*, pag. 374.

#### 2.3.5.6.2.3 *Le ispezioni per la tutela della concorrenza disciplinate dal Code de commerce francese.*

Anche il *Code de commerce* francese prevede l'uso di poteri di ispezione per il rispetto delle norme sulla libertà dei prezzi e sulla concorrenza (art. L450-1); due sono le categorie di funzionari pubblici titolari di tali poteri: funzionari delegati dal Ministro dell'economia (comma 1) ed il *Rapporteur general* del *Conseil de la Concurrence* (comma 2) su richiesta del *Rapporteur* incaricato dell'inchiesta<sup>295</sup>, inoltre la Commissione europea o autorità estere (comma 3). I funzionari del Ministero dell'economia possono ricevere una delega speciale dal Ministro della giustizia per poter svolgere inchieste in qualità di ufficiali di polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero (comma 4), e possono svolgere le proprie funzioni su tutto il territorio nazionale (comma 5)<sup>296</sup>.

Delle ispezioni viene redatto un verbale o, se necessario, un rapporto (art. L450-2 comma 1).

I poteri degli ispettori sono enunciati nel successivo art. L450-3 (comma 1); possono *“accedere a tutti i locali, spazi o mezzi di trasporto di uso professionale, domandare la comunicazione di libri, fatture e ogni altro documento di natura professionale ed ottenerne o prenderne copia con ogni mezzo e supporto, raccogliere mediante convocazione o direttamente in loco informazioni e spiegazioni”*. Tutte queste attività sono effettuate con il consenso degli interessati: se, tuttavia, gli inquirenti sono costretti a fare ricorso alla forza, trova applicazione l'articolo successivo.

##### 2.3.5.6.2.3.1 *Il ruolo essenziale della magistratura: l'art. L450-4.*

E' una disposizione che segna un vero e proprio discrimine rispetto alla disciplina italiana. La materia ha subito importanti innovazioni a seguito di una sentenza della Corte di cassazione nel 1999 (*Cour de cassation, chambre commerciale*, 30 novembre 1999, n. 98-30.318, 98-30.319), che ha accolto il ricorso opposto da privati che contestavano la legittimità di operazioni di perquisizione ed ispezione condotte da

---

<sup>295</sup> L'ordinanza che dispone l'ispezione ed il sequestro non deve indicare espressamente la richiesta diretta dal *Rapporteur* al *Rapporteur general*: cfr. Corte di Cassazione francese, sez. criminale, 9 février 2005, n. 03-85.302 (n° 1030 FS-P+F), in *Recueil Dalloz*, 2005, pag. 951, con commento di Eric CHEVRIER.

<sup>296</sup> Il *Conseil* ha respinto doglianze di incompetenza territoriale dei funzionari nel raccogliere una segnalazione (segnatamente si sarebbero trovati in un ufficio dipartimentale diverso da quello della pratica denunciata): cfr. *Décision Conseil de la Concurrence* 9 maggio 2007, n. 07-D-16.

funzionari del *Conseil*, e sulle quali il giudice si era limitato ad un controllo puramente formale; la decisione ha infatti stabilito che il controllo del giudice deve essere accurato, dettagliato, e va effettuato in un congruo periodo di tempo, che gli permetta di valutare la presenza di tutti gli elementi che giustificano il provvedimento. Questa sentenza ha comportato la modifica anche della base legale del potere di ispezione, l'art. 48 dell'*Ordonnance* n. 86-1243 del 1° dicembre 1986, che nel 2001<sup>297</sup> è stato modificato rafforzando i poteri di controllo del giudice (originariamente il Presidente del *Tribunal de grande instance* competente, poi sostituito dal *Juge des libertés et de la détention*<sup>298</sup>).

L'esercizio dei poteri di ispezione e di ritiro dei documenti è ora sottoposto dal legislatore ad una previa e specifica autorizzazione, su impulso dei soggetti di cui sopra<sup>299</sup>, di un magistrato, il *Juge des libertés et de la détention (JLD)*<sup>300</sup> presso il *Tribunal de grande instance* competente per territorio. E' questi, infatti, che deve adottare un'ordinanza con cui si dispone la perquisizione; è necessaria parimenti un'ordinanza per l'apposizione di sigilli a locali, a documentazione ed a supporti informatici<sup>301</sup>. Nel caso di ispezioni da compiersi in più luoghi per i quali la competenza per territorio è ascritta a più giudici, anche un'ordinanza unica è sufficiente<sup>302</sup> (comma 1).

---

<sup>297</sup> *Loi* n. 2001-420 del 15 maggio 2001, art. 77.

<sup>298</sup> *Loi* n. 2000-516 du 15 giugno 2000, art. 49.

<sup>299</sup> Il controllo del giudice non deve tuttavia trasformarsi in un controllo di opportunità, doppiamente di quello già effettuato dagli organi che presentano la richiesta, ma deve limitarsi a verificare, in maniera non eccessivamente dettagliata, se siano presenti tutti gli elementi che possano giustificare un'invasione così pesante nella vita privata dei cittadini: cfr. Corte di Cassazione francese, sez. criminale, 9 février 2005, n. 03-85.302 (n° 1030 FS-P+F), in *Recueil Dalloz*, 2005, pag. 951, con commento di Eric CHEVRIER.

<sup>300</sup> O Giudice delle libertà e della detenzione; a norma dell'art. L137-1 del *Code de procédure pénale* tale giudice è un magistrato appartenente alla funzione giudicante, che esamina le richieste del *Juge d'instruction* relative a determinate misure cautelari quali la detenzione provvisoria in carcere ed è l'organo giudiziario incaricato di disporre di mezzi di ricerca della prova particolarmente coercitivi quali intercettazioni telefoniche o perquisizioni notturne.

<sup>301</sup> La *Cour de cassation, chambre criminelle*, 14 novembre 2007, n. 05-85.740 (F-D), in *Recueil Dalloz*, 2008, pag. 81, con nota di Eric CHEVRIER, ha escluso che nell'ordinanza il giudice debba indicare la fonte che l'ha designato, e da cui trae i propri poteri (il ricorso era diretto contro un'ordinanza che si riteneva adottata da un *JLD* non competente). Una sentenza gemella (*Cour de cassation, chambre criminelle*, 14 novembre 2007, n. 05-85.739 (F-D) in *idem*) ha ritenuto l'indicazione di "documenti" idonea a legittimare anche il sequestro di supporti informatici, ritenuti ricompresi nella nozione di documenti (e sebbene nell'ordinanza non fosse stato espressamente menzionato il sequestro anche di supporti informatici).

<sup>302</sup> Ordinanza unica che può essere deliberata anche da uno solo dei magistrati competenti: cfr. *Cour de cassation, chambre criminelle*, 8 marzo 2006, n. 04-87.351.

La natura del controllo del magistrato non è meramente formale, perché il successivo comma 2 impone che la domanda soggetta ad autorizzazione debba contenere tutti gli elementi che fondino l'esercizio di poteri così invasivi (anche di natura solo presuntiva). Non solo: ispezione e sequestro di documenti vengono svolti *“sotto l'autorità ed il controllo del giudice che li ha autorizzati”*, che può a questo scopo delegare un ufficiale di polizia giudiziaria (comma 3)<sup>303</sup>. Il giudice può recarsi in ogni momento nel luogo ove le attività stanno procedendo<sup>304</sup> e può ordinarne discrezionalmente la sospensione (comma 4). Il comma 5 contiene indicazioni sugli oneri di notifica, mentre il comma 6 ricopre un'importanza capitale nel comprendere la differenza con la disciplina nostrana: nei confronti delle misure di ispezione, infatti, è possibile esperire un ricorso per cassazione (non sospensivo)<sup>305</sup>.

Il successivo comma 7, invece, prevede che le ispezioni debbano essere svolte sempre alla presenza dell'occupante dei luoghi o del suo rappresentante (in mancanza, vengono scelti due testimoni estranei alle amministrazioni presenti sul luogo), e non possano essere cominciate prima delle 8 e dopo le 21.

Il comma 8 disciplina la riservatezza del contenuto dei documenti raccolti, il comma 9 la redazione degli inventari, il comma 10 la trasmissione di una copia dei documenti sequestrati al giudice che ha disposto la visita ed il comma 11 i termini massimi di durata del sequestro dei documenti (sei mesi dalla decisione definitiva del *Conseil de la Concurrence*).

---

<sup>303</sup> Il comma contiene anche disposizioni nel caso di operazioni da svolgersi fuori dal distretto del Tribunale cui afferisce il magistrato che le ha autorizzate, su cui *Cour de cassation, chambre criminelle*, 9 febbraio 2005, n. 04-83.859 (n° 1035 FS-P+F), in *Recueil Dalloz*, 2005, pag. 951, con nota di Eric CHEVRIER. Vedi anche *Cour de cassation, chambre criminelle*, 20 ottobre 2004, n. 02-87.096 (n° 5914 F-P+F), con commento di Eric CHEVRIER, *Etendue de la commission rogatoire dans les enquêtes de concurrence*, in *Recueil Dalloz*, 2004, pag. 3136.

<sup>304</sup> Sulla validità di un'ordinanza che, indicando genericamente il nome della società indagata, consenta operazioni di ispezione in tutte le sedi della società, cfr. *Cour de cassation, chambre criminelle*, 14 novembre 2007, n. 05-85.739.

<sup>305</sup> L'accoglimento del quale comporta l'arretramento di tutta la procedura d'inchiesta nello stato in cui era prima dell'adozione delle ordinanze cassate: cfr. Corte di Appello di Parigi, sez. I camera H, 16 novembre 2004, n. 96-88.177, in *Recueil Dalloz*, 2005, pag. 73.



Infine, il comma 12 introduce la possibilità di proporre ricorso contro lo svolgimento delle operazioni presso lo stesso giudice che le ha disposte, che pronuncia con ordinanza, nei confronti della quale è esperibile un ricorso per cassazione<sup>306</sup>.

#### *2.3.5.6.2.4 Lo status giuridico dei funzionari delle Autorità.*

Le differenze fra l'ordinamento francese e l'ordinamento italiano concernono anche la qualificazione formale dei funzionari delle Autorità che sono incaricati di svolgere l'istruttoria procedimentale. Ad una prima lettura, infatti, la normativa francese appare più chiara nella qualifica. Il nodo della qualificazione giuridica dei funzionari incaricati di procedure di indagine rileva in particolar modo nell'esercizio del potere che va forse più invasivamente ad incidere nella sfera privata degli individui: le ispezioni.

##### *2.3.5.6.2.4.1 L'AGCM.*

I funzionari dell'Autorità antitrust incaricati dell'istruttoria sono, a norma dell'art. 14 comma 4 l. 287/1990, pubblici ufficiali. Tuttavia, la disposizione è priva di altre indicazioni nonché di eventuali rinvii (ad esempio al Codice di procedura penale), e ciò rende il contesto normativo solo più complicato. A ciò si aggiunga che il Dpr 217/1998 non disciplina questo punto, con la conseguenza che lo status dei funzionari è tutt'ora incerto; il Dpr, infatti, prevede, all'art. 10 comma 8, che siano i militari della Guardia di finanza ad operare *"con i poteri e le facoltà previsti dai decreti del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, e dalle altre norme tributarie"* (ovvero in qualità di pubblici ufficiali). La domanda che l'interprete si pone è: i funzionari dell'Autorità antitrust nell'esercizio delle funzioni ispettive possono essere qualificati agenti di polizia giudiziaria? In effetti, la risposta a questa domanda è dirimente, in quanto i funzionari dell'Autorità dispongono di estesi poteri ispettivi, alcuni dei quali assumono anche un carattere coercitivo (vedi più sopra, pagg. 93 e ss.). Nei casi di ispezioni amministrative, esse sono considerate subordinate alla collaborazione del privato, senza la quale i funzionari amministrativi

---

<sup>306</sup> Di questi strumenti è stata contestata l'inefficacia in quanto non permetterebbero al privato di opporsi tempestivamente all'esercizio dei poteri di ispezione e perquisizione: la Corte di cassazione (in *Cour de cassation, chambre criminelle*, 8 marzo 2006, n. 04-87.351) ha però respinto le censure dei ricorrenti, basate anche sulla violazione degli artt. 6 e 13 della CEDU.

non dispongono di poteri coercitivi. Cionondimeno, sia gli ispettori del lavoro<sup>307</sup> che i funzionari dell'amministrazione tributaria<sup>308</sup> sono qualificati agenti di polizia giudiziaria poiché possono svolgere anche attività di ricerca ed accertamento di reati<sup>309</sup>. Per quanto concerne i funzionari dell'Autorità, invece, ad essi l'ordinamento non richiede di svolgere anche attività di individuazione di illeciti penali, cui sono deputati i militari della Guardia di Finanza: tuttavia, ciò contrasta con la facoltà di disporre di poteri coercitivi quali le ispezioni, ex Dpr 217/1998. Con il paradosso che, nel nostro ordinamento, pubblici ufficiali quali organi di polizia tributaria e ispettori del lavoro, quando non agiscono in tale veste, esercitano poteri per il successo dei quali è necessaria la partecipazione dei privati o quanto meno una loro non opposizione; mentre i funzionari dell'Autorità svolgono poteri coercitivi di ricerca della prova senza essere affiancati dalle garanzie del Codice di procedura penale.

#### 2.3.5.6.2.4.2 Il Conseil de la Concurrence.

In Francia i funzionari che svolgono l'inchiesta appartengono alla DGCCRF (vedi pagg. 3 e ss., più sopra, nonché pagg. 42 e ss., più sopra), ed è loro riconosciuta la funzione di polizia giudiziaria nel compimento delle proprie funzioni<sup>310</sup>: ciò significa che vengono assoggettati alle disposizioni del Codice di procedura penale in quei passaggi della fase investigativa che esigano l'uso di mezzi di ricerca della prova previsti in ambito processualpenalistico. Per l'esercizio dell'attività ispettiva non necessitano di

---

<sup>307</sup> Art. 8 comma 1 Dpr 19 marzo 1955, n. 520.

<sup>308</sup> L'art. 35 del Dpr 26 ottobre 1972, n. 642, che disciplina l'imposta di bollo, prevede, infatti, espressamente che *"L'accertamento delle violazioni alle norme del presente decreto, anche se costituenti reato, è demandato ... ai funzionari del Ministero delle finanze e degli uffici da esso dipendenti all'uopo designati e muniti di speciale tessera..."*. L'articolo 52 del Dpr n. 633/1972, in materia di Iva, inoltre prevede che i funzionari degli uffici finanziari hanno facoltà di eseguire accessi, ispezioni, verificazioni e ricerche per *"l'accertamento dell'imposta e per la repressione dell'evasione e delle altre violazioni"*. Se a questo si aggiunge poi che gli articoli 70, del Dpr n. 600/1973, e 75, del Dpr n. 633/1972, fanno rinvio alle norme del Codice penale, del Codice di procedura penale e della legge n. 4/1929, per quanto non espressamente disposto nei decreti medesimi, si deve allora necessariamente concludere che il legislatore ha considerato insita nella nozione di agente e ufficiale di polizia tributaria anche quella di polizia giudiziaria (nei limiti *ratione materiae* sopra indicati).

<sup>309</sup> Vedi art. 57 Codice di procedura penale.

<sup>310</sup> Vedi André MARIE, *Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 1/2008, pag. 112. L'articolo richiama l'art. 28 del Codice di procedura penale francese: *"I funzionari e gli agenti delle amministrazioni e dei servizi pubblici ai quali leggi speciali attribuiscono alcuni poteri di polizia giudiziaria esercitano tali poteri nelle condizioni e nei limiti fissati da queste leggi"*.

autorizzazioni speciali da parte del proprio Ministero, in quanto un *Arreté* ministeriale del 22 gennaio 1993 abilita tutti i funzionari di classe A e B alle dipendenze del Direttore generale della *DGCCRF* a svolgere funzioni di ispezione<sup>311</sup>.

#### *2.3.5.6.2.5 L'art. 8 della CEDU.*

##### *2.3.5.6.2.5.1 La sua applicabilità alle ispezioni nei luoghi di lavoro.*

L'ambito delle ispezioni è molto trattato nella giurisprudenza CEDU. Esso va ricostruito partendo dalla protezione dei diversi diritti presente nell'art. 8 della Convenzione, il quale si preoccupa di tutelare, tra gli altri, la vita privata ed il domicilio. Ebbene, la Corte EDU ha avuto modo di utilizzare entrambe queste nozioni per estendere anche alla sfera professionale la propria giurisdizione.

La sentenza *Niemietz c. Germania*<sup>312</sup> è, probabilmente, la sentenza più importante sull'argomento, in quanto ha allargato al settore delle professioni l'applicazione dell'art. 8 facendo leva sia sulla nozione di "domicilio" che su quella di "vita privata". Il caso di specie riguarda la compatibilità con la Convenzione di una perquisizione di polizia giudiziaria che aveva portato al sequestro di documenti inerenti l'attività professionale del ricorrente: ebbene, la Corte affronta in successione sia l'interpretazione della definizione "vita privata" che quella di "domicilio". Riguardo alla prima, la Corte ritiene che sia riduttivo limitare la nozione di vita privata ad una "cerchia intima" idonea ad escludere chiunque da essa: la vita privata, infatti, ricomprende anche il diritto degli individui di intrattenere relazioni sociali (e, quindi, professionali)<sup>313</sup>. Per quanto riguarda il concetto di "domicilio"<sup>314</sup>, la Corte compie un'operazione più complessa; innanzitutto parte dalla lettura di entrambe le versioni della Convenzione, arguendo che il termine "domicile" della versione francese permette di farvi ricadere anche le sedi di attività professionale (al contrario del termine inglese "home", meno elastico). Inoltre, fa appello alla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca che, nell'interpretare il concetto di domicilio ("*Wohnung*") di cui all'art. 13 comma 1 della Legge fondamentale,

---

<sup>311</sup> Cfr. *Décision Conseil de la Concurrence* 26 settembre 2007, n. 07-D-29.

<sup>312</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 1992, sentenza *Niemietz c. Germania*, 251-B.

<sup>313</sup> Sentenza *Niemietz*, cit., § 29.

<sup>314</sup> Sentenza *Niemietz*, cit., § 30.

vi ha inglobato anche i locali ove si svolgono delle professioni liberali: tale lettura supporta la scelta del testo francese in quanto parametro. Date tali premesse, quindi, la Corte ritiene che nel caso di specie l'art. 8 entri in gioco.

Si noti che, in motivazione, la Corte sembra non avere chiaro se l'art. 8 possa estendersi alla sfera della professione *tout court*, oppure se esso sia limitato al campo delle professioni "liberali", ovvero quelle professioni simbiotiche con la propria vita personale, non agevolmente individuabile rispetto alla prima (nel caso di specie il ricorrente esercitava la professione di avvocato)<sup>315</sup>.

Con questa sentenza la Corte EDU ha ritenuto che anche documenti e notizie che ricadano nell'esercizio di una professione possano avere un particolare regime di tutela, con l'eccezione delle ingerenze delle pubbliche autorità, che devono essere previste per legge e devono costituire una misura che *"che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui"* (art. 10 comma 2).

Con la sentenza *Société Colas Est e altri c. Francia*<sup>316</sup> la Corte di Strasburgo compie un ulteriore passo: quello della definitiva estensione dell'art. 8 anche alle persone giuridiche che *Niemietz* aveva intrapreso. Nel § 41 della decisione, infatti, si legge *"che è tempo di riconoscere, in alcune circostanze, che i diritti garantiti sub art. 8 della Convenzione possono essere interpretati come attributivi, per una società, del diritto al rispetto della propria sede sociale, agenzia o locali professionali"*. Una giurisprudenza ribadita anche recentemente da *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria*<sup>317</sup>, in cui la Corte ha affrontato la presunta violazione dell'art. 8 CEDU riguardo a ispezione e sequestro di documenti di natura commerciale.

---

<sup>315</sup> Un'altra incongruenza di questa sentenza è il riferimento alla giurisprudenza della Corte sulla protezione della corrispondenza fra avvocato e cliente, che viene richiamata nonostante il caso di specie non concerna rapporti fra avvocato e cliente.

<sup>316</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 aprile 2002, in *Recueil*, 2002-III. Anche in *Bulletin Joly Sociétés*, 8/2002, pagg. 953 ss., con nota di Nicolas MATHEY, *La protection du domicile des personnes morales relève des droits de l'Homme!*

<sup>317</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 ottobre 2007, sentenza *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria*.

#### 2.3.5.6.2.5.2 *Le garanzie procedurali.*

Come è prassi nella giurisprudenza CEDU, la violazione di una disposizione convenzionale è valutata considerando una serie di indicatori nella condotta di uno Stato.

Nella specie, l'art. 8-2 ammette una compressione dei diritti ex art. 8 nel caso di in cui l'ingerenza pubblica sia:

- a. Prevista dalla legge.
- b. Abbia uno scopo legittimo (ovvero sia necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui).
- c. Sia necessaria in una società democratica.

I primi due requisiti non fanno emergere particolari problemi: la Corte ritiene che rientri nel "*but légitime*" la repressione di reati economici e finanziari; anzi, è proprio la complessità dei reati economici e finanziari a giustificare la convenzionalità di misure che siano maggiormente invasive della vita dei cittadini<sup>318</sup>.

Una volta verificata la compatibilità in astratto della misura invasiva con la Convenzione, la Corte deve però verificare anche che l'esercizio dell'ingerenza – in astratto ammessa – sia compatibile con il testo convenzionale. Per fare ciò, occorre che l'eccezione al regime ordinario di inviolabilità dei diritti ex art. 8 CEDU sia interpretata restrittivamente<sup>319</sup>. Tale verifica viene esercitata dalla Corte attraverso la lente del terzo requisito richiesto dall'art. 8-2 della Convenzione, ovvero la necessità della misura in una società democratica.

Nel caso di ispezioni e perquisizioni, la sentenza *Camenzind c. Svizzera*<sup>320</sup> ben riconosce che perquisizioni ed ispezioni possano essere disposte senza l'autorizzazione di un magistrato: si tratta del margine di apprezzamento che è riconosciuto in materia ai singoli Stati; tuttavia, la Corte deve "*raddoppiare la vigilanza*" interpretando le eccezioni di cui al § 2 dell'art. 8 in maniera rigorosa, e deve verificare "*le circostanze particolari di*

---

<sup>318</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 febbraio 1993, sentenza *Funke c. Francia*, 256-A, § 56.

<sup>319</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 settembre 1978, *Klass ed altri c. Germania*, 28.

<sup>320</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 1997, sentenza *Camenzind c. Svizzera*, in *Recueil*, 1997-VIII.

*ogni causa per determinare se, in concreto, l'ingerenza contestata era proporzionata allo scopo perseguito*"<sup>321</sup>.

Ma la sentenza più importante sul rispetto delle garanzie procedurali è sempre *Société Colas Est e altri c. Francia*<sup>322</sup>, con cui la Corte di Strasburgo ha avuto modo di esaminare proprio il settore delle ispezioni di autorità amministrative indipendenti nei confronti di società. Il caso di specie riguarda due ispezioni compiute dalla *Direction des Enquêtes*, organo ispettivo della *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)* nel 1985 e 1986 presso i locali di cinquantasei società con sede in Francia, per la verifica di comportamenti anticoncorrenziali. Delle cinquantasei persone giuridiche coinvolte, tre hanno in seguito presentato ricorso presso la Corte. Questa sentenza rileva proprio perché i giudici di Strasburgo hanno avuto modo di giudicare la compatibilità con la Convenzione della disciplina interna della Francia su ispezioni e perquisizioni disposte dalle autorità pubbliche per la tutela della concorrenza dei mercati.

Il testo di legge che disciplina le attività in questione era l'ordinanza n. 45-1484 del 30 giugno 1945, con cui il legislatore si proponeva di proteggere la concorrenzialità del mercato attribuendo alla DGCCRF succitata poteri d'istruttoria e controllo nei confronti di produttori e commercianti privati. Tra i numerosi articoli di cui l'ordinanza si compone, avanti la Corte sono gli artt. 15 e 16 quelli che i ricorrenti ritengono violino la Convenzione; si tratta di disposizioni con cui si consente all'amministrazione di farsi

---

<sup>321</sup> Sentenza *Camenzind c. Svizzera*, cit., § 45.

<sup>322</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 aprile 2002, sentenza *Société Colas Est e altri c. Francia*, in *Recueil*, 2002-III. La sentenza *Société Colas Est* contiene una lunga ed importante premessa sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e sul Tribunale di prima istanza: con la sentenza *Hoechst c. Commissione* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 21 settembre 1989, Aff. 46/87), infatti, la Corte di Giustizia ha respinto l'interpretazione che rende applicabile anche ai locali commerciali la tutela dell'art. 8 della Convenzione EDU. Con la successiva sentenza *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e. a. c. Commissione* (Tribunale di prima istanza delle Comunità Europee, 20 aprile 1999, in *Recueil*, 1999-II), invece, è stato ritenuto che l'art. 8 non sia applicabile alle procedure comunitarie di controllo del rispetto della concorrenza.

La decisione *Hoechst* ha ricoperto – e continua a ricoprire – un ruolo molto importante nel dialogo fra Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo; restando nel merito del caso di specie, occorre sottolineare che, tuttavia, con *Société Colas Est* la Corte EDU ha esplicitamente e coscientemente voluto superarla, confermando la sua giurisprudenza *Niemietz* ed estendendola proprio alle istruttorie per il rispetto delle regole di concorrenza. Con questa operazione la Corte ha altresì sottoposto *pro futuro* le attività di indagine che le amministrazioni nazionali fanno in osservanza dell'art. 81 del Trattato CEE (e quindi nella vece di rappresentanti nazionali della Commissione) al proprio controllo.

comunicare nonché di sequestrare documenti ai fini dello svolgimento della propria missione (art. 15 § 1), senza che sia opponibile il segreto professionale (§ 2). I siti che possono essere oggetto di perquisizione sono gli ambienti di lavoro e professionali, escluse le abitazioni (ed i siti professionali che sono anche abitazioni).

In *Société Colas Est* la Corte passa, quindi, ad analizzare se l'ispezione ed il sequestro di documenti operati dall'amministrazione francese nella specie possano essere giustificati alla luce del § 2 dell'art. 8 CEDU. Occorre, perciò, che la Corte verifichi se la limitazione apportata ai diritti ex art. 8 CEDU sia stata ineccepibile da un punto di vista procedimentale.

Se le misure in questione sono necessarie per evitare la sparizione o distruzioni di importanti elementi di prova, esse devono essere corredate da sufficienti garanzie contro possibili abusi (§ 48). Nel caso di specie, l'estensione dei poteri dell'amministrazione transalpina (che poteva autonomamente stabilire "l'opportunità, il numero, la durata e l'ampiezza delle operazioni contenziose" - § 49) e la mancanza del controllo di un magistrato o di un ufficiale di polizia giudiziaria che sovrintendesse alle operazioni rendono gli art. 15 e 16 di cui all'ordinanza in parola contrari alla Convenzione<sup>323</sup>.

L'ordinanza 45-1484 è stata abrogata dall'ordinanza 86-1243 del 1° dicembre 1986; tale testo regolamentare ha posto una nuova disciplina delle ispezioni e perquisizioni, che sono ora condotte sempre dalla *DGCCRF*, ma che sono soggette alla previa autorizzazione di un magistrato di Corte d'appello che ne controlla anche il regolare svolgimento (art. 48).

Ma ciò non è ritenuto ancora sufficiente per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale all'art. 8 della Convenzione, così come interpretato dalla Corte. La perquisizione della sede sociale di una società, infatti, non solo deve essere retta da una procedura che identifichi in un magistrato il proprio *dominus*, sebbene lontano o passivo, ma va accompagnata da altre garanzie di natura essenzialmente processualpenalistica, che tuttavia sono diversamente apprezzate a seconda del caso di specie – e della relativa

---

<sup>323</sup> Tale lettura garantista delle perquisizioni condotte dall'amministrazione non è in realtà nuova, ma al contrario risulta da tre – ormai risalenti – decisioni sui poteri di perquisizione dei funzionari delle agenzie delle dogane: Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 febbraio 1993, sentenza *Cremieux c. Francia*, 256-B, sentenza *Funke c. Francia*, cit., sentenza *Miaillhe c. Francia*, cit.

disciplina normativa - di volta in volta offerto alla valutazione della Corte (tra le più importanti l'obbligo che sia presente un difensore del privato o, quantomeno, un osservatore imparziale, e che all'ispezione non venga data una pubblicità eccessiva che potrebbe compromettere la vita professionale del perquisito)<sup>324</sup>.

*2.3.5.6.2.6 Le sanzioni nel caso di mancata comunicazione dei documenti: l'art. 10 comma 2 Dpr 217/1998 e la compatibilità con l'art. 6-1 CEDU (sentenza Funke).*

L'art. 10 comma 2 del Dpr 217/1998 prevede, come esaminato, delle sanzioni nel caso di mancata esibizione di documenti richiesti dall'autorità ed indicati nell'atto che la dispone. Tale previsione, forse marginale se analizzata dalla nostra prospettiva, potrebbe in realtà essere contraria all'art. 6 della Convenzione.

La disciplina accennata risulta anche dal combinato disposto di più articoli del Codice delle dogane francese: innanzitutto l'art. 413 bis, che rende soggetto a sanzione il rifiuto della comunicazione di documenti (comma 1) in seguito a richiesta dell'amministrazione, nel corso di un'ispezione nei confronti di privati. A questa previsione va aggiunto l'art. 431, che commina una sanzione pecuniaria per ogni giorno di ritardo nella comunicazione della documentazione.

In seguito a ricorso, la Corte si è trovata a dover valutare se questo tipo di sanzioni non ledessero in realtà i diritti di difesa ex art. 6 § 1 della Convenzione. Si tratta dell'affare *Funke c. Francia*, in cui il ricorrente deduce la violazione dell'art. 6 §1 CEDU perché, nella specie, sarebbe stato costretto a fornire all'amministrazione documentazione che provava la propria colpevolezza (quando essa era dalle autorità recuperabile altrimenti) con la minaccia della sanzione nel caso di mancata comunicazione. Ebbene, la Corte sposa la tesi del ricorrente, secondo la quale un procedimento di natura sanzionatoria, sebbene corredato di particolarità, non può essere contrario al diritto procedimentale di tacere e di non auto incriminarsi a favore di un accusato<sup>325</sup>.

---

<sup>324</sup> Cfr. sentenza *Funke c. Francia*, cit., ove la Corte subordina la valutazione della compatibilità delle misure nazionali con la Convenzione a "ogni circostanza della causa, ad esempio la natura, l'estensione e la durata delle misure eventualmente irrogate, le motivazioni addotte per la loro applicazione, le autorità competenti ad autorizzarle, applicarle e controllarle, il tipo di ricorso fornito dal diritto interno" (§ 50).

<sup>325</sup> Sentenza *Funke c. Francia*, cit., § 44.



### 2.3.5.7 Le perizie (art. 11 Dpr 217/1998).

#### 2.3.5.7.1 AGCM.

E' sempre il collegio ad "autorizzare perizie e analisi statistiche ed economiche, nonché la consultazione di esperti, proposte dagli uffici" (art. 11 comma 1). Il provvedimento - che può non essere motivato<sup>326</sup> - con cui si dispone la perizia nonché i relativi risultati sono comunicati ai soggetti che partecipano al procedimento per l'esercizio dei diritti di difesa quali l'audizione ed il deposito di atti (comma 2).

#### 2.3.5.7.2 Il *Conseil de la Concurrence*.

Anche il *Conseil de la Concurrence* può disporre l'affidamento di perizie a degli esperti esterni; sono due le norme che ne disciplinano i poteri.

L'art. L463-8 del *Code de commerce* prevede che le perizie possano essere disposte dal *Rapporteur general* su domanda del *Rapporteur* o di una della parti (comma 1). L'art. L450-3 comma 2 prevede che l'iniziativa spetta anche ai funzionari incaricati di un'ispezione, per il tramite del responsabile dell'ufficio da cui dipendono. Il provvedimento che le dispone deve contenere anche lo scopo ed il termine entro il quale concluderle, con l'avvertenza che le operazioni vanno eseguite in regime di contraddittorio (comma 2); il comma 3 contiene, poi, disposizioni sul loro finanziamento. Quest'articolo è poi dettagliato nella sua portata dall'art. R463-16 dello stesso codice, che al comma 1 ribadisce che il provvedimento che conferisce la perizia deve contenere "l'oggetto" (ovvero ciò che nella parte legislativa è chiamato "missione") ed il termine per realizzarla. I commi 2 e 3 tornano sulla problematica del finanziamento delle perizie (esso deve in sostanza essere assicurato dalle stesse parti in causa, ed i compensi – ex successivo comma 6 - devono essere liquidati al termine delle operazioni). Più interessante, dalla nostra prospettiva, è invece il comma 4 dello stesso articolo, in cui, oltre all'obbligo per gli esperti di tenere costantemente informato il *Rapporteur*, si precisa anche l'estensione del principio del contraddittorio di cui all'articolo di rango legislativo: gli esperti devono prendere in considerazione le osservazioni delle parti, che possono essere formulate oralmente o per iscritto e che possono, se scritte, essere inserite nella relazione conclusiva delle operazioni, che deve anche rendere conto se alle

---

<sup>326</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 652.

osservazioni delle parti è stato, ed in che misura, dato seguito. Anche il successivo comma 5 ricopre una certa importanza, in quanto prescrive che la perizia venga inserita nel rapporto conclusivo della fase istruttoria del *Rapporteur general* e che su di essa sia le parti che il *Commissaire du gouvernement* possono proporre le proprie osservazioni. L'esigenza del contraddittorio anche nell'effettuazione delle perizie è stata affrontata anche in sede pretoria; la sentenza della *Cour d'appel PARIS, chambre 1, section H*, 24 marzo 1998 ha infatti annullato una decisione del *Conseil* che si basava esclusivamente su una perizia che era stata affidata dal *Rapporteur* ad un consulente a titolo puramente privato tramite un mandato formulato in maniera molto generica, e di cui le parti non erano venute a conoscenza che nel momento della notifica delle conclusioni del *Rapporteur* in cui anche la perizia era citata, essendo quindi state private della possibilità di intervenire attivamente durante la conduzione delle operazioni<sup>327</sup>.

### 2.3.5.8 La presunzione di innocenza.

Se qualificiamo il *Conseil de la concurrence* alla stregua di un organo giurisdizionale, occorre applicare anche la garanzia della presunzione di innocenza del soggetto che subisce l'istruttoria. A questo proposito è interessante segnalare delle sentenze connesse della Corte di cassazione (*Cour de cassation, chambre commerciale*, 29 giugno 2007, nn. 07-10.303, 07-10.354, 07-10.397), nell'ambito delle quali veniva in considerazione un'asserita lesione del diritto alla presunzione di innocenza causata da un'anticipazione sulla condanna poi inflitta dal *Conseil* apparsa sui giornali con dovizia di particolari. Il ricorso, però, era stato respinto sia dalla Corte di appello di Parigi che dalla Corte di cassazione)<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> Nel caso di specie il giudice si trova a dover ancora applicare l'ordinanza n° 86-1243 del 1° dicembre 1986 sulla libertà dei prezzi e sulla concorrenza: il giudice, non disponendo di una specifica norma che – al pari delle prescrizioni del *Code de commerce* sopra citate - prescrivere il metodo del contraddittorio anche nell'esecuzione di perizie, lo fa derivare dall'enunciato dell'art. 18 dell'ordinanza, secondo il quale "l'istruzione e la procedura davanti al Consiglio della concorrenza sono pienamente contraddittorie".

<sup>328</sup> Un filone piuttosto consolidato, poiché la giurisprudenza richiede al ricorrente di provare le concrete violazioni all'esercizio dei diritti di difesa provocate dalle "fughe di notizie": cfr. *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 12 dicembre 2006, n. 06-00048, con commento di Cyril NOURISSAT, *Téléphonie mobile: suite... et fin?*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 11/2007, pagg. 71-72.

### 2.3.5.9 I poteri cautelari.

#### 2.3.5.9.1 L'AGCM<sup>329</sup>.

Il d.l. 223/2006 (convertito in l. 248/2006 - c.d. *"Decreto Bersani"*) ha disciplinato poteri già avallati dalla prassi dell'Autorità<sup>330</sup> (e già parzialmente positivizzati per quanto riguarda la sospensione delle operazioni di concentrazione ex art. 17 l. 287/1990), introducendo due nuovi articoli all'interno della l. 287/1990.

Si tratta della possibilità per l'AGCM di disporre discrezionalmente misure cautelari (art. 14 *bis*) alla condizione che siano soddisfatti contemporaneamente due requisiti (comma 1): 1) il *"rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza"* 2) *"la sussistenza di un'infrazione"* esperito un *"sommario esame"*. In questo caso, l'Autorità può d'ufficio, *"ove constati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari"*. Il comma 2 contiene il divieto di rinnovare le misure; il comma 3 le sanzioni per la loro inosservanza (per un ammontare fino al tre per cento del fatturato della società inadempiente).

L'Autorità ha dato seguito all'attribuzione dei nuovi poteri cautelari con il provvedimento n. 16218 (nel Bollettino ufficiale 18 dicembre 2006 n. 48), che ha voluto dissipare alcuni dubbi. Innanzitutto, i requisiti per l'applicazione delle misure di cui al comma 1 dell'art. 14 *bis* devono sussistere contemporaneamente. L'avvio del procedimento cautelare è notificato alle parti, che devono avere a disposizione un termine di almeno sette giorni per il deposito di atti scritti; è anche possibile l'audizione orale. Adottata la delibera che dispone le misure, le parti sono obbligate a comunicare le misure che intendono adottare per uniformarsi al *decisum* dell'Autorità. Nei casi più gravi, inoltre, assieme all'avvio dell'istruttoria l'Autorità può deliberare senza una preventiva comunicazione di avvio del procedimento le misure cautelari; restano salve le restanti disposizioni di partecipazione e la delibera finale conferma, revoca o modifica le misure già disposte.

---

<sup>329</sup> Per una prima valutazione delle disposizioni nell'ambito di una nuova politica di incentivazione degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie (su cui, in generale, LONGOBARDI, *op. cit.*, in IDEM, *op. cit.*) cfr. Paolo CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2/2006, pagg. 719-750.

<sup>330</sup> Si ricordi il provvedimento 15 giugno 2005, n. 14388 nel procedimento n. A364 - Merck-Principi attivi, con cui l'AGCM esercitò poteri cautelari senza che vi fosse una corrispondente previsione di legge.

#### 2.3.5.9.2 Il *Conseil de la concurrence*<sup>331</sup>.

L'art. L464-1 del *Code de commerce* regola i poteri di natura cautelare che il legislatore francese ha assegnato al *Conseil*. Si tratta di previsioni cui l'Autorità può decidere di ricorrere solamente in determinati casi, ovvero quando *“la pratica denunciata porti una grave ed immediata lesione all'economia generale, a quella del settore interessato o all'impresa ricorrente”* (comma 2). Dal tenore del comma 1, che individua i soggetti legittimati a chiedere l'applicazione delle misure cautelari, emerge che si tratta di poteri che il legislatore ha lasciato preferibilmente all'iniziativa di soggetti esterni: il Ministro dell'Economia, *“le persone menzionate all'ultimo comma dell'art. L462-1”* (ovvero coloro che possono sollecitare l'apertura di un'istruttoria: cfr. più sopra, pag. 54 ss.) e le imprese, in contraddittorio e dopo l'audizione delle parti e del *Commissaire du gouvernement*.

Il contenuto del provvedimento cautelare è *“la sospensione della pratica in questione ed un'ingiunzione al responsabile di ritornare allo status quo ante”* (comma 3). Tuttavia lo stesso comma ribadisce che si tratta di un provvedimento che deve essere strettamente proporzionato all'urgenza rilevata<sup>332</sup>. Inoltre, l'art. R464 comma 1 prescrive che le misure cautelari possano essere chieste solo in via accessoria ad una richiesta nel merito<sup>333</sup>.

L'applicazione delle misure cautelari da parte del *Conseil* è stata analizzata anche dalla giurisprudenza, che ha aggiunto un'ulteriore – e ovvia – condizione a quelle già enumerate dal legislatore: il *fumus boni iuris*, ovvero una richiesta che, ad un esame non approfondito ma che dev'essere quanto meno condotto, risulti fondata in diritto<sup>334</sup>; tuttavia proprio il requisito del *fumus* è stato recentemente ritenuto non necessario

---

<sup>331</sup> Per una panoramica generale cfr. Linda ARCELIN, *De quelques incidences des procédures connexes devant le Conseil de la concurrence*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 6/2007, pagg. 5 ss.

<sup>332</sup> Che consiste in un rapporto causale immediato e diretto fra la pratica denunciata ed il danno esibito: *Décision Conseil de la Concurrence*, 11 dicembre 2007, n. 07-MC-06 (misure cautelari).

<sup>333</sup> Cfr.: *Décision Conseil de la Concurrence* 27 aprile 2007, n. 07-MC-01 (misure cautelari); *Décision Conseil de la Concurrence* 2 maggio 2007, n. 07-MC-02 (misure cautelari); *Décision Conseil de la Concurrence* 28 marzo 2007, n. 07-D-10; *Décision Conseil de la Concurrence* 16 maggio 2007, n. 07-D-18; *Décision Conseil de la Concurrence* 19 giugno 2007, n. 07-D-20.

<sup>334</sup> Cfr. *Cour de cassation, chambre commerciale*, 18 aprile 2000, n. 99-13.627

dalla stessa Corte di cassazione, che in una più recente sentenza<sup>335</sup> ha sostenuto che la concessione di misure cautelari possa prescindere da un esame della colpevolezza, in modo da evitare che la concessione di misure cautelari possa trasformarsi in un giudizio anticipato.

#### 2.3.5.9.3 Le possibili violazioni della CEDU.

Ma più importante ancora è la decisione *Cour de cassation, chambre commerciale*, 9 ottobre 2001, nn. 98-21.987, 98-22.015, 98-22.016, 98-22.017, con cui si è ritenuto che il *Conseil de la concurrence*, quando dispone una misura cautelare e poi decide la causa nel merito, debba giudicare in composizione diversa, pena la violazione dell'art. 6-1 CEDU (imparzialità del giudice). L'orientamento contenuto in questa sentenza non è tuttavia pacifico: *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 4 luglio 2006, n. 05-23751 non rileva una violazione dell'art. 6-1 CEDU (sotto il profilo dell'imparzialità del giudice) per avere dei membri del *Conseil* giudicato dello stesso caso di specie sia in fase cautelare che in fase di merito; riprendendo quanto già esposto sopra, infatti, la Corte ritiene che la valutazione se irrogare o meno misure cautelari prescinde da una valutazione della fondatezza degli addebiti, ed esige quindi valutazioni diverse che non minano l'imparzialità del giudice.

Altro profilo che rileva concerne il rispetto dei diritti di difesa ed il principio del contraddittorio che deve ispirare la valutazione dell'opportunità di concedere misure provvisorie: un rispetto che non deve essere formale bensì sostanziale: cfr. *a contrario* *Décision Conseil de la Concurrence*, 11 dicembre 2007, n. 07-MC-06 (misure cautelari)<sup>336</sup>.

### 2.3.6 La chiusura del procedimento.

#### 2.3.6.1 AGCM.

Anche la fase di chiusura dell'istruttoria trova la sua disciplina esclusivamente nel Dpr 217/1998. L'Autorità (il suo collegio) dispone la chiusura dell'istruttoria mediante

---

<sup>335</sup> *Cour de cassation, chambre commerciale*, 8 novembre 2005, n. 04-16.857, con commento di Fleur HERRENSCHMIDT, *L'arrêt TV-ADSL de la Cour de cassation: l'avènement du "référé concurrence" devant le Conseil de la concurrence?*, su [www.twobirds.com](http://www.twobirds.com), con commento di Marie MALAURIE-VIGNAL, *La Cour de cassation, en allégeant le niveau de preuve, facilite l'octroi de mesures conservatoires et renforce ainsi l'efficacité du droit de la concurrence*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 12/2005.

<sup>336</sup> Confermata da *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 5 febbraio 2008.

apposito provvedimento (contenente il termine di chiusura dell'istruttoria e le sue risultanze), che va comunicato (art. 14 comma 1) ai soggetti che hanno partecipato al procedimento, almeno trenta giorni prima della chiusura (comma 2). Il provvedimento di chiusura dell'istruttoria può essere pubblicato sul bollettino dell'Autorità o mediante altre forme qualora il numero di destinatari sia eccessivo rendendo troppo gravosa una comunicazione *ad personam*, tuttavia *“nella pubblicazione si deve tenere conto dell'interesse delle imprese a che non vengano divulgati segreti commerciali”* (comma 3 ultimo periodo). Rimane pacifica la facoltà di depositare atti *“sino a cinque giorni prima del termine di chiusura dell'istruttoria”* (comma 4), mentre il comma 5 disciplina la seconda audizione orale che può svolgersi avanti il Collegio, la cui richiesta va fatta entro cinque giorni dal ricevimento del provvedimento di chiusura (comma 5).

Si noti a questo punto che l'audizione orale conclusiva viene riservata, a norma sia dell'art. 14 comma 1 secondo periodo della l. 287/1990 sia a norma dell'art. 14 comma 5 primo periodo del Dpr 217/1998, solamente a *“imprese e (gli) enti interessati”*. Ciò escluderebbe tutte le altre parti del procedimento, a partire da chi ne avesse eventualmente promosso l'avvio. La *ratio* del comma 6 è propria quella di includere *“gli altri soggetti che hanno preso parte al procedimento”*; tuttavia, la partecipazione a questa seconda ed eventuale audizione orale di altri soggetti (che sarebbe la prima per i *“soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché (per) le associazioni rappresentative dei consumatori”* che non abbiano ricevuto il provvedimento in notifica) è rimessa ad una valutazione discrezionale dell'Autorità, che infatti deve pronunciarsi su una *“motivata richiesta”* di audizione.

I commi 7 ed 8 disciplinano gli aspetti procedurali della chiusura (audizione congiunta o disgiunta tenendo conto della riservatezza o segretezza di determinati segreti commerciali, nonché onere di verbalizzazione).

### 2.3.7 Le decisioni<sup>337</sup> conclusive ed i poteri sanzionatori.

#### 2.3.7.1 AGCM.

Quattro sono tradizionalmente i tipi di provvedimento a disposizione dell'AGCM per la chiusura del procedimento. Al termine dell'istruttoria si può:

- decidere della compatibilità con il sistema antitrust delle misure esaminate
- emanare l'autorizzazione in deroga qualora siano ravvisabili le condizioni di cui all'art. 4 l. 287/1990.
- dichiarare l'incompatibilità delle misure esaminate, emanare la diffida e, se del caso, anche misure sanzionatorie.
- Adottare un programma di impegni concordato con l'impresa, che faccia venir meno le accuse.

La legge 287/1990 prevede che, ove al termine dell'istruttoria venga riscontrata una violazione degli artt. 2 e 3, l'AGCM assegni (con diffida, come viene poi precisato dal comma 2) alle società responsabili un termine entro il quale rimuovere la situazione di illegittimità (art. 15 comma 1 primo periodo). Non si tratta tuttavia di far rivivere lo *status quo ante*, bensì di rendere il comportamento illegittimo compatibile con le disposizioni attualmente violate. Solo in caso di gravi violazioni l'Autorità può irrogare una sanzione pecuniaria che può arrivare sino al *“dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione”* (art. 15 comma 1 secondo periodo).

Con la diffida l'Autorità pone ai trasgressori un termine per rimuovere l'antigiuridicità dei loro comportamenti (art. 15 comma 1) (in ossequio al principio del “diffidamento” dei provvedimenti amministrativi<sup>338</sup>), la cui fissazione rimane a discrezione dell'Autorità stessa. Senza voler entrare nel merito dei caratteri e della natura della diffida, un

---

<sup>337</sup> Sull'uso della dizione “decisioni” e non “provvedimenti” nel caso dell'Autorità antitrust opportuno pare riportare un eloquente brano in SCOCA, *op. cit.*: *“Il potere dell'AGCM è un potere di decisione e non un potere di provvedere alla cura di un interesse pubblico specifico, e nemmeno di una serie di interessi pubblici specifici, da individuare e coordinare nel procedimento. Se di un mero potere di decisione si tratta, gli atti dell'Autorità, invece di essere qualificati come provvedimenti amministrativi, dovrebbero essere più correttamente denominati “decisioni amministrative”. Così forse risulterebbe tutto più chiaro, e di conseguenza risulterebbe evidente che, nella loro formazione, non vi sia nessun esercizio di discrezionalità amministrativa; e quindi non vi possa essere nessun merito e nessun sindacato di merito”*.

<sup>338</sup> Cfr. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, *op. cit.*, pag. 141.

interrogativo fondato è relativo alla questione se l'Autorità possa utilizzare il proprio potere conformativo prescrivendo anche dei comportamenti positivi al fine di eliminare l'antigiuridicità accertata, o se i soggetti responsabili abbiano la più ampia discrezionalità nel rimuovere l'infrazione. Data l'impugnabilità della delibera di chiusura del procedimento avanti al Tar per l'esame delle censure riguardanti profili di legittimità e non di merito<sup>339</sup>, ormai pacifica in dottrina e giurisprudenza, parrebbe accettabile ritenere, nel rispetto del principio di proporzionalità e conservazione degli atti dei privati, che l'Autorità possa prescrivere anche le misure cui attenersi: ciò sebbene, nella prassi, l'Autorità se ne sia astenuta<sup>340</sup>.

Il sistema sanzionatorio disegnato dalla l. 287/1990 deroga al principio di personalità della sanzione disegnato dalla l. 689/1981, tuttavia non sembra presenti profili di incostituzionalità da questo punto di vista<sup>341</sup>.

Nel caso in cui la diffida non venga rispettata si passa all'applicazione della sanzione pecuniaria entro il limite del dieci per cento del fatturato (art. 15 comma 2), mentre se si è già provveduto all'irrogazione della sanzione pecuniaria ex art. 15 comma 1 l'Autorità la può aumentare in misura non inferiore al doppio, e tuttavia sempre nel limite del dieci per cento del fatturato. Disposizione di chiusura è poi il secondo periodo del comma 2 dell'art. 15, che attribuisce all'AGCM il potere di disporre la chiusura dell'attività d'impresa fino a trenta giorni nel caso di "*reiterata inottemperanza*". Nell'irrogazione di una sanzione l'Autorità ha anche l'obbligo di individuare l'esatta durata cronologica del comportamento illegittimo.

L'obbligo di motivazione del provvedimento che chiude il procedimento dovrebbe essere più pregnante rispetto alla normale prassi amministrativa in quanto rispondente, come ricordato, all'esigenza di una maggiore tutela dei privati; anche in quest'ambito, tuttavia, una (ormai risalente) decisione del Consiglio di Stato ha ammesso che la chiusura del procedimento possa anche non ribattere a tutti i motivi rilevati dalle parti,

---

<sup>339</sup> Un controllo di tipo "debole": cfr. in questo senso, da ultimo, Cass. Civ, sez. un., decisione del 29/04/2005, n. 8882 in *Il Foro Amministrativo CdS*, 9/2005, pag. 2469, con nota di Marco ANTONIOLI, *Legge antitrust, giurisdizione esclusiva e sanzioni amministrative al vaglio delle sezioni unite*.

<sup>340</sup> Ritengono che questa linea non sia corretta perché, in realtà, l'Autorità non dovrebbe astenersi bensì dare indicazione concreta delle misure da seguire per uscire dall'illegalità FATTORI e TODINO, *op. cit.*, pag. 390.

<sup>341</sup> SCHIAVANO, *art. 12, op. cit.*, pag. 2388.



*“essendo invece sufficiente che sotto il profilo sostanziale venga adeguatamente motivata la tesi accolta in contrapposizione alle posizioni delle parti”<sup>342</sup>.*

Piuttosto recente è, invece, l'introduzione della possibilità, per le imprese, di sfuggire ad una sanzione tramite l'adozione di impegni concordati con l'Autorità. L'art. 14 *ter* ha disciplinato i casi in cui l'Autorità valuta, al termine dell'istruttoria, di non aprire una formale procedura di infrazione nel caso in cui le imprese i cui comportamenti hanno determinato l'apertura dell'istruttoria si impegnino a rimuovere i profili di anti giuridicità<sup>343</sup> (comma 1). Nel caso di mancato rispetto delle obbligazioni assunte, l'Autorità può procedere direttamente all'irrogazione di sanzioni che ammontano fino al dieci per cento del fatturato del soggetto obbligatosi (comma 2). E' stata, inoltre, prevista la riapertura d'ufficio del procedimento quando: 1) *“si modifica la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione”*. 2) *“le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti”*. 3) *“la decisione si fonda su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete inesatte o fuorvianti”*. Si noti come la fattispecie disciplinata in quest'ultimo comma contenga una disciplina di maggior favore nei confronti dei privati coinvolti: la riapertura del procedimento, infatti, li correda delle garanzie partecipative di cui all'art. 13 comma 1, che invece sembrano mancare nel caso descritto dal comma 2. Ciò anche nel caso di un comportamento di esplicita incompatibilità con gli impegni assunti, quale è quello descritto dalla lett. b) dell'art. 14 *ter*, che *prima facie* sembra più grave del mancato rispetto di cui al comma 2 (si tratta del mancato rispetto degli impegni assunti). Un'apparente incongruità e che tuttavia si spiega proprio alla luce della minore gravità dell'inadempimento, che giustifica quindi un alleggerimento del principio del contraddittorio, mentre sarebbe proprio la gravità della contravvenzione agli impegni già presi a richiedere la riapertura dell'istruttoria non tanto per permettere ai soggetti coinvolti di svolgere congruamente le loro difese, quanto per consentire all'Autorità un'azione più completa servendosi anche dei mezzi istruttori di cui all'art. 14 comma 2.

---

<sup>342</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, decisione del 30 agosto 2002, n. 4362, in *Il Foro Amministrativo CdS*, 8/2002, pag. 2157.

<sup>343</sup> Fase “«eventuale» e «derogatoria» rispetto al normale *iter* dell'istruttoria che l'Autorità avrà avviato” in CASSINIS, *op. cit.*, pag. 723.

#### 2.3.7.1.1 La natura delle decisioni delle Autorità.

E' unanimemente riconosciuto che le decisioni delle Autorità indipendenti non possano definire stabilmente rapporti giuridici, essendo sprovviste degli effetti connessi con il giudicato; inoltre, sia in Italia che in Francia, il regime delle decisioni dell'Autorità antitrust è discusso in ordine alla funzione probatoria che esse potrebbero svolgere in un giudizio<sup>344</sup>. In effetti il sistema francese pare spingersi ancora oltre, nella misura in cui consente la riforma delle decisioni dell'Autorità sulla base dell'istruttoria condotta dal *Conseil* (vedi più sotto, pagg. 134 ss.).

Ma le decisioni amministrative, anche di soggetti particolari quali le Autorità indipendenti, sono però prive di altri effetti: ad esempio non possono imporre condanne alla reintegrazione del danno prodotto tramite il comportamento anticoncorrenziale.

#### 2.3.7.2 Il *Conseil de la concurrence*.

La deliberazione del *Conseil* è presa a maggioranza: in caso di parità il voto del Presidente è preponderante (art. L461-3 comma 2 del *Code de commerce*). Emerge, quindi, l'importanza e la delicatezza di questo ruolo, ma nulla è specificato nel caso di sua astensione.

Sono due le decisioni che il *Conseil* può adottare al termine di un'istruttoria:

##### 2.3.7.2.1 La decisione di condanna (art. L464-2) e gli *engagement*.

Tramite la decisione di condanna il *Conseil de la concurrence* "può ordinare agli interessati di porre fine alle pratiche anticoncorrenziali entro un determinato termine o imporre particolari condizioni"; dal canto loro, gli interessati possono proporre autonomamente di impegnarsi a porre fine alle pratiche illecite (sez. I comma 1). La sanzione pecuniaria può essere inflitta immediatamente, oppure può diventare efficace qualora l'impresa non rispetti gli accordi presi con il *Conseil* per eliminare la situazione di illegittimità (sez. I comma 2). Queste due disposizioni appaiono come un temperamento del valore meramente punitivo dell'istruttoria del *Conseil*, e sono in linea con la predisposizione di quei *Leniency program* di cui le Autorità di regolazione dotate (vedi più sotto, pagg. 118 ss.). La sez. I è stata dettagliata nell'applicazione dall'art. R-464-2, che al comma 1 prevede che, nel caso in cui il *Conseil de la concurrence* preveda di dare

---

<sup>344</sup> Su cui cfr. NEGRI, *op. cit.*, pagg. 89 ss.

seguito agli *engagement* proposti dall'impresa sotto istruttoria, il *Rapporteur* stenda una relazione preliminare sul comportamento osservato e gliela trasmetta (per posta, verbalmente o oralmente in udienza nel caso di procedimento cautelare). La relazione preliminare viene comunicata anche ai soggetti che hanno sollecitato la *saisine* del *conseil* nonché al *Commissaire du gouvernement*<sup>345</sup>. Occorre evidenziare che la sottoposizione agli *engagement* da parte dell'impresa non comporta il riconoscimento di un qualsivoglia profilo di responsabilità da parte della medesima impresa. Si tratta di un'opzione che il legislatore ha inserito per favorire il ripristino della concorrenza violata, come ben rilevato da Linda ARCELIN (*L'alliance raisonnable*, op. cit., pag. 102). Tuttavia, queste esigenze di speditezza procedimentale e di ripristino della legalità violata si scontrano con la sottrazione di questo breve segmento subprocedimentale relativo agli *engagement* alle garanzie dell'art. 6 CEDU. Non giungendo, infatti, all'irrogazione di una sanzione, le imprese non possono esercitare i diritti connessi ed i poteri del giusto procedimento secondo i canoni convenzionali: ma questo, in realtà, sembrerebbe favorire la certezza della pena: escludendo l'applicazione dell'art. 6, infatti, cadono anche gli obblighi di separazione di funzioni inquirenti e giudicanti; il *Rapporteur* può, perciò, partecipare al *deliberé* (vedi più sotto, pagg. 117 ss.) e, poiché è lo stesso *Rapporteur* ad esprimere le valutazioni sull'*engagement*, ne consegue che le imprese coinvolte possono legittimamente aspettarsi che l'*engagement* deliberato dal *Conseil* sarà quello avanzato dal *Rapporteur*<sup>346</sup>.

Recentemente le procedure di *engagement* hanno sollevato una differente questione: la loro impugnabilità. Nel caso in cui il *Conseil* adotti una decisione di *engagement* con un'impresa, infatti, le imprese che ne abbiano segnalato la condotta illegittima per violazione delle norme sulla concorrenza potrebbero non essere soddisfatte dell'esito

---

<sup>345</sup> La relazione preliminare stesa dal *Rapporteur* non è un atto di accusa ai sensi dell'art. 6-1 CEDU, non ricomprendo funzione di asseverazione delle infrazioni né della loro ascrivibilità ai soggetti indagati; di conseguenza, che sia il *Conseil* ad occuparsi della definizione dell'*engagement* (e non il *Rapporteur* che ha redatto la relazione preliminare e che è in ogni caso il responsabile della fase istruttoria) non comporta una confusione fra funzioni di indagine e funzioni di giudizio e quindi neanche sotto questo profilo vi è violazione dell'art. 6-1 CEDU Cfr. *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 6 novembre 2007, n. 06-18379.

<sup>346</sup> Cfr. ARCELIN, *L'alliance raisonnable*, op. cit., pag. 102. Tuttavia qualche spiraglio nell'applicazione della CEDU anche agli *engagement* sembra adombrarlo Benjamin CHEYNEL (*La procédure française d'engagements devant la Cour d'appel de Paris*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 14/2008, pag. 87) proprio riguardo alla partecipazione del *Rapporteur* al *deliberé*.

della procedura. Finora l'ostacolo più grosso era costituito dalla legittimazione a ricorrere delle imprese "insoddisfatte" che, nel procedimento istruttorio, rivestono una veste che in Italia si potrebbe qualificare di "controinteressato". Questo nodo è stato risolto dalla giurisprudenza in senso positivo, riconoscendo quindi, alle imprese ricorrenti non soddisfatte dell'accordo stretto fra Autorità e impresa di proporre ricorso alla Corte di appello di Parigi<sup>347</sup> proprio perché la decisione non ne soddisfa il *petitum*.

La sez. I comma 3 contiene invece i requisiti di proporzionalità cui la sanzione è soggetta, valutati su: gravità dei fatti ascritti, importanza del danno per l'economia, situazione dell'organismo o dell'impresa sanzionata e del gruppo cui l'impresa appartiene, eventuale possibilità di reiterazione di pratiche anticoncorrenziali. Le sanzioni sono stabilite individualmente per ogni organismo o impresa e sono motivate.

La sez. I comma 4 definisce anche il tetto massimo dell'ammontare della sanzione: essa non può superare i tre milioni di Euro in caso di condanna di un persona fisica ed il 10% del giro d'affari (netto) in caso di impresa. Nel caso in cui la pratica illecita sia stata posta in essere per più esercizi finanziari, sarà considerato l'anno con il giro d'affari più elevato<sup>348</sup>. La sez. I comma 5 prevede che il *Conseil* possa disporre la pubblicazione della decisione, disciplinandone le modalità<sup>349</sup>.

Analogamente alla disciplina italiana, anche il *Code de commerce* (art. L464-2 sez. II comma 1 lett. a) e b) prevede delle sanzioni accessorie in caso di ritardo nell'eseguire:

- Una condanna a porre fine a pratiche anticoncorrenziali o a porre in essere condizioni particolari o a rispettare un impegno.
- Una misura cautelare.

---

<sup>347</sup> Cfr. *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 16 ottobre 2007, n. 06/17900 e *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 6 novembre 2007, n. 06/18379, con commento di CHEYNEL, *op. cit.*

<sup>348</sup> Si noti come più incisiva è la normativa francese riferendosi al giro d'affari, e non al fatturato come invece fa la l. 287/1990.

<sup>349</sup> Sulle misure di diffusione della condanna irrogata alle società cfr. *Cour d'appel Paris, chambre 1 section H*, 12 dicembre 2006, n. 06/01743, con commento di Benjamin CHEYNEL, in *De l'usage délicat des mesures de publicité de ses décisions par le Conseil de la concurrence*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 11/2007, pag. 30. Nella decisione del *Conseil* vi era una condanna per la società *Monnaie de France* a pubblicare a proprie spese la decisione sul proprio sito Internet; la Corte di appello ha autorizzato la società, che nel frattempo aveva impugnato il provvedimento avanti la stessa Corte, ad apporre sulla pagina che riportava la condanna una nota indicante che il giudizio era pendente, poiché sproporzionata appariva una tale misura, diretta ad numero indeterminato di soggetti, mentre ancora aperto il procedimento avanti la stessa Corte d'appello.

La sanzione non deve superare il 5% del giro d'affari giornaliero dell'impresa. In ogni caso l'art. L464-3 facoltizza il *Conseil* ad irrogare una nuova sanzione pecuniaria nel caso di mancato rispetto delle precedenti condanne. Probabilmente questa potestà potrà essere usata dal *Conseil* se le sanzioni accessorie di cui immediatamente sopra non possano essere applicate o eseguite.

Le analogie con una sentenza di natura giudiziaria sono riscontrabili nella valutazione dei documenti che possono servire da accusa. La Corte di cassazione francese, infatti, esige che quanto in possesso del *Conseil*, per poter servire da accusa, debba avere quantomeno natura di "indizio grave, preciso e concordante" (cfr. *Cour de cassation, chambre commerciale*, 29 giugno 2007, n.07-10.303).

Nel caso in cui il *Conseil* riscontri una condotta che violi i principi di concorrenzialità del mercato, irroga una sanzione su proposta del *Rapporteur*: i privati hanno la facoltà di depositare atti e documenti utili, per permettere al collegio di esaminare la proposta di sanzione in contraddittorio<sup>350</sup>.

Un aspetto che rimane tutt'ora dibattuto nella disciplina procedimentale d'oltralpe riguarda la presenza del *Rapporteur* alle deliberazioni conclusive del *Conseil*. Sono diverse le sentenze della Corte di cassazione che si sono occupate del problema. Nella più recente (*Cour de cassation, chambre commerciale*, 6 marzo 2007, nn. 06-13.501, 06-13.534, 06-13.583, 06-13.584, 06-13.598, 06-13.607, 06-13.608, 06-13.609, 06-13.610) il giudice di legittimità ha esaminato, in uno dei motivi di ricorso, un'ipotizzata violazione dell'art. 6-1 della CEDU, ravvisata nella partecipazione del *Rapporteur* al *deliberé* finale del *Conseil* con cui era stata irrogata una sanzione. Tuttavia, nella sentenza in parola il giudice ha respinto il ricorso basandosi sull'inerzia colpevole del privato durante lo svolgimento dell'istruttoria avanti il *Conseil*, durante la quale non ha depositato alcuna istanza di riconsuazione del *Rapporteur* sebbene la composizione dell'organo giudicante fosse nota da tempo. Ma il dato che rileva maggiormente, in questa decisione, è che la Corte rimprovera al ricorrente di non essersi servito, per la riconsuazione, dell'art. 341 n. 5 del Codice di procedura civile: sono di tutta evidenza l'importanza di questa notazione e le sue implicazioni per la qualificazione del *Conseil* come giudice.

---

<sup>350</sup> Cfr. *Cour de cassation, chambre commerciale*, 22 novembre 2005, n. 04-19.108, 04-19.136.

#### 2.3.7.2.2 La decisione di non luogo a procedere (art. L464-6).

Nel caso in cui il *Conseil* non riscontri irregolarità, invece, dopo che colui che ha adito il *Conseil* ed il *Commissaire du gouvernement* sono stati messi nella condizione di consultare il fascicolo e presentare le proprie osservazioni, può adottare una decisione motivata di non luogo a procedere. I due articoli seguenti (L464-6-1 e L464-6-2) precisano alcuni casi in cui il non luogo a procedere è soggetto ad ulteriori condizioni.

#### 2.3.7.3 I programmi di clemenza<sup>351</sup>.

Il nuovo comma 2 bis dell'art. 15 l. 287/1990, introdotto anch'esso dal decreto Bersani, contiene una disciplina relativamente innovativa per l'ordinamento italiano: i cosiddetti "Programmi di clemenza" o *Leniency programmes*. Nel caso in cui una delle società coinvolte presti la propria collaborazione al fine dell'accertamento di ulteriori infrazioni al regime della concorrenza, *"la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario"*. Si tratta di una disposizione che *"sana un'anomalia della nostra disciplina antitrust rispetto a quella della gran parte degli Stati membri"*<sup>352</sup>.

I programmi di clemenza sono stati trasposti in Europa in seguito al successo ottenuto nell'esperienza statunitense; è stata la Commissione europea il primo organo ad introdurli, seguita poi dalle diverse Autorità nazionali. Da un punto di vista teorico i programmi di clemenza rimettono in discussione importanti capisaldi sia del diritto processuale che del diritto sostanziale. Tralasciando l'analisi di questi aspetti – che meriterebbe un approfondimento attento – le cifre mostrano che, in sede comunitaria, la strada della clemenza è stata coronata da successo: una "corsa alla clemenza"<sup>353</sup> tale da influenzare anche gli ordinamenti nazionali.

---

<sup>351</sup> Per una prima valutazione delle disposizioni italiane cfr. Marcello CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Da un punto di vista procedurale, i primi interrogativi posti riguardano: il termine temporale per presentare l'istanza (prima o dopo l'apertura dell'istruttoria, con evidenti riflessi sulla riduzione o esenzione della sanzione), la stessa struttura del procedimento amministrativo (destrutturato e deformalizzato per permettere all'Autorità di accertare gli illeciti il più congruamente possibile), i rapporti tra il procedimento con cui il privato collabora con l'Autorità e quello che riduce o condona la sanzione, la posizione dell'impresa che accede ai benefici rispetto alle altre.

<sup>352</sup> Cfr. CASSINIS, *op. cit.*, pag. 726.

<sup>353</sup> In Christine VILMART, *Les procédures alternatives aux sanctions en droit communautaire de la concurrence*, in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 20-21/2007, pag. 17. Più in generale sulle procedure di clemenza avanti la Commissione Europea sempre IDEM; una delle caratteristiche delle procedure di clemenza comunitarie è la facoltà di sanzionare con provvedimenti di clemenza anche le altre imprese che

#### 2.3.7.3.1 La *procédure de clémence* avanti al *Conseil de la concurrence*.

Anche nella parallela disciplina francese delle sanzioni ritroviamo una certa elasticità nella determinazione dell'ammontare della sanzione, frutto di un approccio del *Conseil* "realista e dinamico"<sup>354</sup>; innanzitutto si ricorda la disposizione di cui all'art. L464-2 sez. I comma 1 (vedi più sopra, pagg. 114 ss.). L'art. L464-2 sez. III, inoltre, fa obbligo al *Conseil* di valutare la condotta procedimentale del soggetto sotto inchiesta: se questi non si oppone al provvedimento di avvio contenente le contestazioni e si impegna ad evitare di rimettere in pratica la condotta contestata (*engagements*) il *Conseil*, su proposta del *Rapporteur général*, può infliggergli senza ulteriori adempimenti la sanzione ridotta della metà nel massimo. Analogamente, la condotta di un'impresa che nel procedimento si mostri collaborativa può determinare l'esenzione parziale o addirittura totale dalla sanzione, su richiesta dell'impresa stessa (sez. IV). Alcuni dubbi rimangono sull'ambito di reciproca influenza delle disposizioni sopra riportate: l'art. 464-2 sez. I comma 1, infatti, sembra prescindere dal comportamento procedimentale dell'impresa sotto istruttoria; al contrario le disposizioni di cui all'art. 464-2 sezz. III e IV hanno un valore "premiale" legato proprio all'atteggiarsi procedimentale dell'impresa. Probabilmente, anche in virtù della disposizione delle singole norme, le ultime due disposizioni trovano applicazione nel caso di comportamento eccessivamente violativo delle norme concorrenziali, che esige quindi una reazione sanzionatoria da parte dell'ordinamento.

La procedura prevista nella sez. IV dell'art. L464-2 è stata poi specificata da altri testi di legge, ovvero la *Partie réglementaire* del *Code de commerce* ed un regolamento adottato dallo stesso *Conseil* il 17 aprile 2007, il quale individua due distinti programmi di clemenza. Il primo concerne le pratiche anticoncorrenziali di cui le Autorità preposte sono all'oscuro; in questo caso le imprese possono essere ammesse se:

- Il *Conseil* o la *DGCCRF* "non disponevano anteriormente di informazioni e di elementi di prova per procedere di propria iniziativa alle misure di investigazione ex art. L450-4 del *Code de commerce* e

---

abbiano partecipato ad un'intesa, oltre la prima, tramite una riduzione della sanzione progressivamente più limitata a seconda della tempistica di deposito della domanda.

<sup>354</sup> Vedi Christophe LEMAIRE, *Un regard français: de la loi NRE au programme de clémence*, in *Concurrences*, 3/2005, pag. 21.

- *dal punto di vista del Conseil de la concurrence, le informazioni e gli elementi di prova forniti dall'impresa per l'ammissibilità della domanda gli consentono di servirsi di quelle misure" (III-1 A 12).*

E' quindi evidente che la richiesta di ammissione alla procedura deve essere necessariamente chiara, ovvero deve indicare:

- *"il nome e l'indirizzo del soggetto che chiede l'esonero totale"*
- *"il nome e l'indirizzo degli altri partecipanti alla presunta intesa"*
- *"una dettagliata descrizione dell'intesa presunta, che deve specificare in particolare la natura e l'uso dei prodotti in questione, i territori sui quali le pratiche in questione sono idonee a produrre degli effetti, la natura di tali pratiche ed una stima della loro durata di messa in opera, nonché*
- *le informazioni su tutte le domande di clemenza relative alla presunta intesa che sono state rivolte o sono in procinto di essere rivolte ad altre autorità di concorrenza"*

così come *"gli elementi di prova di natura documentale o su supporto diverso in proprio possesso o di cui dispone al momento della domanda, che possono ad esempio consistere in informazioni che consentano di identificare i luoghi, le date e l'oggetto dei contatti o delle riunioni fra i partecipanti alla presunta intesa" (III-1 A 13).*

La seconda fattispecie individuata concerne le intese di cui le Autorità siano già a conoscenza; in questo caso, l'impresa deve fornire degli elementi di prova decisivi per poter stabilire l'esistenza di pratiche anticoncorrenziali, di cui le Autorità non disponevano, e non deve essere stata ammessa al programma di clemenza di cui sopra (III-1 B 14).

Vi è poi un secondo programma di clemenza teso a esonerare le imprese solo per una parte della sanzione; si applica a quelle imprese che forniscano all'amministrazione prova dell'esistenza di una presunta intesa che apportino un *"valore aggiunto significativo"* rispetto agli elementi di cui il *Conseil* già dispone, valore aggiunto che è valutato in relazione alla capacità che gli elementi forniti hanno di rafforzare la capacità del *Conseil* o dell'amministrazione di stabilire l'esistenza della presunta intesa. Nella valutazione degli elementi di prova offerti il *Conseil* deve dare la precedenza a:



- i documenti formati contemporaneamente all'intesa denunciata, rispetto a quelli successivi
- gli elementi che si riallacciano direttamente ai fatti in causa, rispetto a quelli che solo indirettamente vi si riferiscono
- gli elementi certi, rispetto a quelli suscettibili di contestazione (III-2 16).

Per permettere al *Conseil* di valutare l'ammontare della riduzione della sanzione occorre tenere conto del tipo di domanda, del momento in cui è stata presentata nonché del "valore aggiunto" di cui sopra (III-2 17). E' comunque ammissibile che l'impresa fornisca ulteriori elementi che, se idonei a ridurre ulteriormente la sanzione, dovranno essere tenuti in considerazione dal *Conseil* ma solo per la riduzione (III-2 18), che comunque non potrà essere maggiore della metà del massimo della sanzione che sarebbe stata inflitta (III-2 19).

Infine il *Communiqué de procédure du 17 avril 2007 relatif au programme de clémence français*<sup>355</sup> prescrive alle imprese anche determinate norme di comportamento procedimentale valide per tutti e due i programmi di clemenza (IV 20):

- dal momento in cui l'*Avis de clemence* è notificato l'impresa deve porre fine alla propria partecipazione all'intesa (fatta salva l'opportunità per il *Conseil* di posticipare la data per ragioni di riservatezza)
- dal momento della domanda di ammissione al *Programme de clemence* l'impresa deve fornire una cooperazione "*vera, totale, permanente e rapida*", che significa in particolare:
  - o fornire al *Conseil* o alla *DGCCRF* tutti gli elementi di cui è o sarà in possesso sulla presunta intesa
  - o tenersi a loro disposizione per rispondere a domande tese a stabilire i fatti in causa
  - o mettere a loro disposizione per farli interrogare i propri rappresentanti legali ed i propri dipendenti nonché i vecchi rappresentanti legali e dipendenti

---

<sup>355</sup> La vera fonte di regolazione di un settore che la legge disciplina in via molto generale secondo TACONNET, op. cit., pag. 85, che cita l'attuale presidente del *Conseil* Bruno LASSERRE.

- o non distruggere, falsificare o nascondere elementi utili a provare l'esistenza dell'intesa
- o mantenere la riservatezza sul contenuto della richiesta di clemenza fino alla notifica delle violazioni
- l'impresa deve mantenere la riservatezza sull'intenzione di avanzare richiesta di clemenza e sul suo contenuto
- infine, la procedura di clemenza non deve essere usata nel caso in cui l'impresa richiedente sia stata la capofila dell'intesa illecita

Chiara è la *ratio* dei programmi di clemenza, ovvero favorire l'emersione delle pratiche anticoncorrenziali in cambio di una normativa premiale per le singole imprese.

Il *Communiqué* prevede anche una dettagliata procedura, cui è dedicato tutto il paragrafo V. I contatti fra *Conseil* e imprese sono corredati da un alinea di riservatezza (V-1 22); la domanda può essere diretta dall'impresa al *Directeur general* della DGCCRF<sup>356</sup> oppure, in alternativa, al *Rapporteur général* del *Conseil de la concurrence*, e può essere presentata per iscritto o oralmente (art. R464-5, comma 1, del *Code de commerce*; *Communiqué*, V-1 23 e 24), dovendo contenere una serie di elementi, già ricordati nella sez. III-1 A 13 (V-1 25). I due organi, inoltre, devono raccordarsi fra di loro per verificare che le pratiche nei confronti delle quali la procedura di clemenza è avanzata non siano oggetto di altre, autonome inchieste condotte da uno dei due organismi (art. R464-5 comma 2 *Code de commerce* e sez. V-1 27 *Communiqué*). Ove necessario, gli organi di indagine possono concedere all'impresa un termine entro il quale fornire le informazioni sull'intesa, che saranno poi retrodatate al momento della presentazione della domanda (sez. V-1 28 *Communiqué*). Ciò, probabilmente, per impedire che la domanda presentata possa, a causa della sua incompletezza solo contingente, essere sopravanzata da altre domande più recenti; dal tenore della disposizione sembra trattarsi, infatti, di un potere discrezionale dell'organo di indagine.

Una volta perfezionata la domanda, il *Communiqué de procédure du 17 avril 2007 relatif au programme de clémence français* prevede che essa sia trasmessa ad un *Rapporteur*

---

<sup>356</sup> La competenza della DGCCRF trova copertura nell'art. L464-2 sez. IV, che, volutamente generico, prevede che il *Conseil de la concurrence* adotti un provvedimento di clemenza su richiesta del *Rapporteur general* o del Ministro dell'economia. E' tale ultima previsione che, nella parte regolamentare del *Code de commerce*, giustifica i poteri della DGCCRF.

del *Conseil* o ad un funzionario della *DGCCRF*, che rilascia una prima dichiarazione sulla medesima (V-2 29), potendo contemporaneamente l'impresa completarla ulteriormente con informazioni e documenti (V-2 30).

Tutti i documenti trasmessi al *Conseil* sono poi riuniti in un unico dossier dal *Rapporteur* incaricato di seguire l'indagine. Questa fase è sommariamente disciplinata dall'art. R464-5 comma 3 *Code de commerce*, in cui è previsto che il *Rapporteur* indichi al *Conseil* le misure adottare nonché le condizioni della loro applicazione; il successivo comma 4 aggiunge al *Rapport* un'"analisi di impatto" delle misure proposte sull'attività dell'impresa. Il *Communiqué* aggiunge che il *Rapport* deve specificare se la condotta può integrare un esonero totale o solo parziale (V-2 31); esso va poi indirizzato al *Conseil* tre settimane prima della seduta dedicata all'esame della domanda di clemenza (V-2 32)

Il *Conseil* si riunisce in seduta per ascoltare in contraddittorio la parte che ha presentato domanda di clemenza (V-3 33), ed emana poi un *Avis de clémence*. L'*Avis* deve indicare se le misure di clemenza siano concesse oppure no, nonché l'ammontare dell'esonero e le condizioni che l'impresa deve rispettare ed alla cui osservanza l'esonero è vincolato (V-3 34). Se le condizioni sono state già rispettate, il *Conseil* può accordare direttamente l'esonero dalle sanzioni (V-3 35), mentre è prevista l'adozione di un *Avis défavorable* se lsi ritiene che le condizioni non possono essere rispettate dall'impresa.

#### *2.3.7.3.1.1 Procédure de clémence e diritti procedurali.*

Anche il procedimento finalizzato all'adozione di un *Avis de clémence* potrebbe offrire il fianco a critiche inerenti la sua incompatibilità con alcuni diritti procedurali: tra gli altri, il principio del *ne bis in idem*, il divieto di autoincriminazione, il principio del contraddittorio. Per quanto concerne i primi due, è la giurisprudenza comunitaria ad aver escluso eventuali violazioni<sup>357</sup>; sul *ne bis in idem* il Tribunale di prima istanza delle Comunità europee ha sancito che le sanzioni irrogate al termine della procedura di

---

<sup>357</sup> CGCE, sentenza 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem/Commissione*, in *Recueil* 1989, pag. 3283; questa sentenza (risolvendo una questione pregiudiziale) stabilisce che "Il diritto comunitario non impone al giudice nazionale, cui si domandi con ricorso di disporre l'assunzione di testimoni a futura memoria, preliminare ad un procedimento di diritto civile, di applicare il principio secondo il quale un'impresa non è tenuta a rispondere a domande allorché la risposta alle stesse comporti il riconoscimento di una violazione delle norme sulla concorrenza" (massima).

clemenza perseguono fini distinti rispetto a quelle irrogate al termine di un procedimento ordinario, sfuggendo quindi alla censura invocata<sup>358</sup>.

Le giurisdizioni francesi hanno invece avuto modo di esprimersi su *procédure de clémence* e CEDU in una recente sentenza della Corte di appello di Parigi<sup>359</sup>. Nel caso di specie la richiesta di una procedura di clemenza si era conclusa con l'irrogazione di una sanzione ad alcune imprese: una di queste, fra quelle che erano state colpite dal provvedimento ma che non avevano presentato domanda di clemenza, aveva fatto domanda di accesso ai documenti dell'istruttoria su cui il *Conseil* si era basato per la delibera fondandola sul rispetto al principio del contraddittorio e di imparzialità ex art. 6 CEDU. Ebbene, la Corte ha ritenuto che l'impresa non fosse legittimata ad esercitare il diritto di accesso, in quanto di tale diritto hanno titolarità solo l'impresa che ha formulato la domanda di clemenza ed il Ministro dell'economia. Una soluzione che non convince, poiché nega di poter conoscere le pezze d'appoggio su cui il *Conseil* si è basato per la formulazione della sanzione<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup> TPICE sentenza 14 maggio 1998, causa T-354/94, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Commissione*, in *Recueil* 1998, p. II-2111. Per un'analisi più approfondita della giurisprudenza si rimanda a VILMART, *op. cit.*, pagg. 18 ss.

<sup>359</sup> *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 24 aprile 2007, n. 06/06912, con commento di Georges DECOCQ, *Le principe du contradictoire ne s'applique pas à la procédure de clémence*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 6/2007, comm. 155.

<sup>360</sup> Cfr. DECOCQ, *Le principe*, *op. cit.*

### 3 Il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'Autorità.

#### 3.1 In Italia.

I limiti della cognizione del giudice amministrativo sulle decisioni amministrative sono il risultato di un confronto più che secolare fra il potere amministrativo ed il potere giudiziario in Italia, che ha dato vita ad un sistema estremamente rispettoso delle reciproche guarentigie. Un sistema forse più raffinato che oltralpe: in Francia, infatti, i giudici amministrativi appartengono alla funzione pubblica e non alla magistratura. Inoltre, per quanto concerne il controllo dei provvedimenti del *Conseil de la concurrence*, i tribunali amministrativi possono annullare e riformare le decisioni dell'amministrazione (vedi più sotto, pagg. 134 ss.).

Tuttavia, questo assetto estremamente rispettoso dell'autonomia dell'esecutivo cozzerebbe, secondo alcuni, contro alcune disposizioni costituzionali interne nonché contro la lettura dell'art. 6 della CEDU operata dalla Corte di Strasburgo. Già alla vigilia dell'adozione della legge sul procedimento amministrativo veniva rilevata l'assenza di un momento di esame del provvedimento nel merito. La Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale, infatti, assicurava un controllo di merito delle decisioni dell'amministrazione; controllo che era anche troppo penetrante, ove esso fosse eseguito da un organo che non offriva le indispensabili garanzie giurisdizionali. Tuttavia, esso costituiva il solo momento in cui era possibile un controllo sul merito delle decisioni che è, a legislazione attuale, invece impossibile (a parte alcune, particolari, eccezioni)<sup>361</sup>. Ad oggi le decisioni dell'Autorità antitrust sono soggette al doppio controllo del giudice amministrativo, in primo grado del Tar (Lazio), in secondo grado del Consiglio di Stato. Limite di tale controllo è la legittimità, tanto più severo in quanto *“valutazioni economiche complesse, proprie di chi deve fronteggiare i soggetti del mercato o i sindacati, le banche, i produttori ed i consumatori di energia per regolarne i comportamenti, sono difficilmente penetrabili dalla giurisdizione di legittimità”*<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> E qui si appunta una delle critiche sul disegno di legge sul procedimento amministrativo: cfr. Ignazio CARAMAZZA, *Interesse legittimo e procedimento*, in Francesco TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del Convegno. Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988*, Milano, Giuffrè, 1990, pag. 41.

<sup>362</sup> Vedi Vincenzo CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, in FRANCARIO (a cura di), *op. cit.*, pag. 271.

Per comprendere meglio la portata della giurisprudenza che di seguito si andrà a commentare, è opportuno precisare che la particolare conformazione istituzionale dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, con i suoi accentuati profili di neutralità/imparzialità, ha modificato qualche aspetto del controllo giudiziario di legittimità

Anche nei confronti dell'attività amministrativa delle Autorità indipendenti il giudice ha inizialmente riconosciuto la sindacabilità dei tradizionali vizi di legittimità, ovvero incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere. Il giudice, in altre parole, è depositario di un sindacato circoscritto alla sola legittimità dell'atto, mentre non può sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate<sup>363</sup>.

Tale "self-restraint" del giudice è stato, però, in seguito superato; la questione si è fatta più complessa per l'emergere della problematica della conoscibilità, da parte del giudice, dei presupposti di fatto su cui l'amministrazione basa le proprie valutazioni.

Su questo punto il Consiglio di Stato (sez. IV) già si era espresso con un'isolata pronuncia del 1999, la n. 601<sup>364</sup>, con cui sottoponeva l'attività tecnica dell'amministrazione (non si tratta di Autorità indipendenti) al controllo del giudice. Nella decisione in commento, infatti, il giudice ha sottoposto la discrezionalità tecnica al suo controllo partendo dall'analisi dei presupposti di fatto, materia esclusa dal merito amministrativo e quindi sindacabile dal giudice. Il controllo dei presupposti di fatto, tuttavia, apre al giudice la porta ad un'autonoma ponderazione tecnica del fatto: infatti, *"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"*<sup>365</sup>. In altre parole, una determinata situazione nei suoi presupposti fattuali può essere valutata dall'amministrazione in una determinata

---

<sup>363</sup> In quattro decisioni del Consiglio di Stato, sez. VI: 14 marzo 2000, n. 1348 (su [www.agcm.it](http://www.agcm.it)); 20 marzo 2001, n. 1671; 26 luglio 2001, n. 4118; 8 novembre 2001, n. 5733, tutte su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>364</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 con commento di Aldo TRAVI, in *Il Foro italiano*, 2001/III, 9 ss. La pronuncia (definita "storica" da Francesco CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Le Società*, 5/2001, pag. 545) concerne la dipendenza da causa di servizio di una patologia medica occorsa ad un dipendente pubblico.

<sup>365</sup> Cons. St., dec. 601/99, *cit.*

maniera ai fini dell'applicazione di una norma tecnica; ma tali presupposti, essendo conoscibili anche dal giudice, possono essere oggetto dell'applicazione di una norma tecnica differente da parte del giudice, in quanto al di fuori della sfera dell'opportunità<sup>366</sup>. Nella sostanza, la decisione n. 601 ha ridotto sensibilmente lo spettro riservato all'amministrazione, la cui discrezionalità tecnica sarebbe in grado di essere conosciuta.

Ma annoverare la discrezionalità tecnica nel campo delle questioni che il giudice può esaminare cosa comportava concretamente? Comportava che *"Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, [...] in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo"*<sup>367</sup>. Difatti, con questa decisione il giudice amministrativo ha ritenuto inadeguato il criterio tecnico utilizzato dall'amministrazione (e che la decisione in primo grado non andava a scrutinare proprio in virtù dell'insindacabilità del merito), ed annullando la sentenza appellata ha, nella motivazione, indicato un proprio criterio tecnico alternativo a quello dell'amministrazione. La decisione 601 è rilevante perché ha inaugurato il filone di decisioni – molto ridotto in verità – sul controllo di legittimità "forte" sulla discrezionalità tecnica; tale tipo di scrutinio è stato distinto da quello "debole", inaugurato invece dalla decisione del Consiglio di Stato n. 5287/2001 (sempre IV sezione)<sup>368</sup>.

La decisione n. 5287 è più prudente nel distinguere tra opportunità (riservata all'amministrazione) e opinabilità (che caratterizza la valutazione tecnica). Ciò si lega alla differenza fra controllo di legittimità forte, che *"si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione"*<sup>369</sup>, e controllo di tipo debole, che *"avrebbe richiesto che le cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente fossero utilizzate solo allo scopo di*

---

<sup>366</sup> IDEM, citando Corte di Cassazione, sentenza 5 agosto 1994, n. 7261.

<sup>367</sup> IDEM.

<sup>368</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287. La pronuncia concerne una delibera con cui un organo tecnico comunale ha rifiutato un'istanza diretta alla modifica della destinazione urbanistica di una determinata area.

<sup>369</sup> Cons. St., dec. 5287/01, cit.

*effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa*<sup>370</sup>. Ciò conduce anche ad una diversa utilizzazione della CTU da parte del giudice: nel caso del controllo di tipo debole essa serve al giudice per valutare congruità e ragionevolezza della valutazione tecnica dell'amministrazione, mentre nel controllo di tipo forte essa potrà sostituire la valutazione dell'amministrazione. Tuttavia, mentre il controllo di tipo forte permette l'esame di tutti i "processi conoscitivi" posti in essere dall'amministrazione, d'altra parte *"non consente di sostenere anche che il controllo giurisdizionale sulle valutazioni complesse dell'amministrazione e sull'applicazione dei c.d. "concetti giuridici indeterminati" possa sempre atteggiarsi nelle forme del controllo sostitutivo"*<sup>371</sup>. Per quale ragione?

Il problema è che, nella sentenza, ci si sofferma lungamente sulla sottile distinzione fra valutazione tecnica opinabile e ponderazione dell'interesse pubblico, che il giudice ritiene difficilmente individuabili e parzialmente sovrapposte. Da ciò deriva, tuttavia, che il giudice dispone di un sindacato privo di poteri sostitutivi.

Ma la confusione concettuale fra tutela dell'interesse pubblico e opinabilità non è ancora sufficiente per escludere un metro di sindacato forte; il giudice di legittimità esige anche che essa si verifichi in capo ad un soggetto pubblico caratterizzato da *"peculiare legittimazione, alla luce della composizione e qualificazione tecnica"*<sup>372</sup>.

Ricapitolando, sono tre le caratteristiche che valgono ad escludere un sindacato di tipo forte:

- L'impossibilità di separare nettamente valutazione tecnica e tutela dell'interesse pubblico (merito amministrativo).
- La tutela di diritti fondamentali demandata specificamente all'amministrazione.
- La presenza di un soggetto amministrativo con caratteristiche strutturali particolari<sup>373</sup>.

---

<sup>370</sup> IDEM.

<sup>371</sup> IDEM.

<sup>372</sup> L'esaltazione di questo elemento soggettivo è criticata da Aldo TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2002, pag. 428.

<sup>373</sup> Cfr. MALINCONICO, *op. cit.*, pag. 50.



La decisione n. 601 e la n. 5287 consideravano attività dell'amministrazione ordinaria; tuttavia, si tratta di regole che a maggior ragione valgono per le Autorità indipendenti. La sentenza n. 2199/2002<sup>374</sup> compendia i due filoni di cui sopra, ovvero la compatibilità di un controllo sulla legittimità delle Autorità indipendenti con l'applicabilità di un sindacato forte o debole, ed è la prima decisione della VI sezione, specializzata nelle controversie inerenti le Autorità indipendenti<sup>375</sup>. Questo il procedimento logico che, secondo la decisione, viene utilizzato dall'Autorità antitrust nell'adozione di propri provvedimenti:"

- 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 (le norme in materia di concorrenza non sono di «stretta interpretazione», ma colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale (v. sul punto Cons. Stato, VI, n. 1189/2001, Rischì Comune Milano);*
- 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."*

La sentenza conferma la decisione 601/99 nella parte in cui ritiene legittimo il sindacato del giudice sui presupposti di fatto dell'Autorità *"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"*; la prima fase, quindi, è totalmente sotto il controllo del giudice.

Diventa più problematica la penetrabilità delle fasi sub b) e sub c); si tratta, infatti, di momenti in cui entra in gioco la discrezionalità tecnica dell'amministrazione. Abbiamo

---

<sup>374</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 27 febbraio 2002, n. 2199, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>375</sup> La giurisprudenza di questa sezione del Consiglio di stato è molto importante anche nei confronti dei Tar, vista la maggiore frequenza al ricorso in appello rispetto al contenzioso ordinario: cfr. TRAVI, *Autorità*, op. cit., pag. 4.

visto come la decisione 601/99 ne consenta il sindacato pieno, tuttavia nella sentenza in commento l'interprete ha tenuto altresì conto della decisione 5287/01, concludendo che, nei confronti dell'Autorità antitrust, il sindacato di legittimità non può essere che debole, proprio in virtù di un soggetto amministrativo espressamente creato, caratterizzato *“da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza”*. Quindi, un sindacato debole giustificato non tanto dalla particolare tecnica con cui l'Autorità adotta le proprie decisioni (quantunque richiamata), quanto dalla sua conformazione strutturale.

La decisione n. 5156/2002<sup>376</sup> specifica ulteriormente le competenze dell'Autorità, le cui valutazioni tecniche complesse *“si caratterizzano per il fatto che la valutazione dell'interesse pubblico concreto connesso con il provvedimento viene realizzata, considerato il modo in cui la legge ha configurato l'Autorità, i suoi poteri ed i suoi provvedimenti, al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali. Sotto questo profilo, ciò che assume particolare rilievo è l'affidamento della tutela della concorrenza, e dei diritti e dei valori costituzionali ad essa connessi, ad un'Autorità che si caratterizza non soltanto per la qualificazione e la composizione tecnica, ma per l'esercizio di poteri neutrali, la cui indipendenza costituisce una diretta conseguenza della neutralità.*

*La legge, infatti, ha inteso predisporre una speciale garanzia per le situazioni soggettive, costituzionalmente garantite, connesse con la tutela della concorrenza (art. 41 Cost.), sottraendo le relative valutazioni e decisioni al circuito dell'indirizzo politico. Tale garanzia, voluta dal Legislatore, caratterizza anche la fase della tutela giurisdizionale e dei relativi accertamenti, ed essa viene assicurata attraverso un sindacato giurisdizionale realizzato nelle forme del controllo della logicità, coerenza e ragionevolezza, anche sotto il profilo del rispetto delle regole tecniche, e dei presupposti di fatto posti a fondamento della valutazione”*<sup>377</sup>. La decisione 5156 ribadisce che il giudice deve concentrare il

---

<sup>376</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>377</sup> Per “valutazione tecnica complessa” la decisione intende *“l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto – definiti nella loro consistenza storica o naturalistica – in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che, nel caso delle valutazioni tecniche dell'AGCM, non hanno il carattere di regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si provvede alla definizione dei concetti giuridici indeterminati (quali quelli di mercato rilevante, di dominanza, di intesa restrittiva della concorrenza) cui fa riferimento la normativa a tutela della concorrenza”*

proprio controllo sulla formazione delle decisioni delle Autorità: la conoscibilità dei presupposti di fatto deve servire al giudice per verificare se l'Autorità ha agito legittimamente, comparandone l'azione con il metro ideale che il giudice ha elaborato partendo dall'analisi dei fatti, con l'ausilio dei mezzi istruttori di cui dispone. Ciò emerge in maniera evidente dalla sentenza, che censura il giudice di primo grado proprio perché si è sostituito all'amministrazione nell'apprezzamento dei fatti, invece di *"verificare se i presupposti di fatto posti a base della complessa valutazione dell'Autorità fossero stati accertati nella loro consistenza e verità storica, ed adeguatamente rappresentati, ovvero se, a base della valutazione della stessa Autorità fossero stati posti fatti obiettivamente non esistenti ovvero non esattamente rappresentati"*.

Il ruolo delle valutazioni tecniche nell'attività dell'Autorità antitrust è indubitabile; il vero profilo problematico affrontato dalla dottrina più attenta non è la qualificazione della sua discrezionalità come tecnica o amministrativa, bensì fino a che punto scelte tecniche possano escludere del tutto qualche profilo di opportunità. La qualificazione dell'attività delle Autorità come discrezionalità tecnica, amministrativa o come addirittura un *tertium genus* non inquadrabile nelle tradizionali categorie è, infatti, pregiudiziale al tipo di sindacato che il giudice amministrativo si trova a dover applicare.

La giurisprudenza inaugurata dalla decisione 2199 fu lungi dall'essere pacificamente accettata: contro quella decisione, infatti, i ricorrenti proposero ricorso avanti le sezioni unite della Corte di Cassazione, che provvide con sentenza 29 aprile 2005, n. 8882. Questa sentenza è molto importante perché la Corte di Cassazione salva l'orientamento fondato dal Consiglio di Stato: *"[...] si deve osservare che il legislatore ordinario, nel momento in cui demanda alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si richiama evidentemente all'art. 103, primo comma, della Costituzione, alla stregua del quale "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi"*.

*Con tale disposizione (cui si collegano quelle degli artt. 24, 111 8° comma, 113 e 125, 2° comma) la Carta costituzionale ha recepito il nucleo dei principi in materia di giustizia amministrativa secondo l'orientamento che prese le mosse dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 (così Corte costituzionale, sentenza n. 204 del 2004,*

*in motivazione). In tale nucleo è senza dubbio compresa la differente tutela realizzata dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo, quale si è venuta progressivamente definendo nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale seguita alla legge 31 marzo 1889, n. 5992 (istitutiva della 4a sezione del Consiglio di Stato). E questa differenza è radicata sul carattere "speciale" del giudizio amministrativo, che vede contrapposta una situazione giuridica (avente consistenza di interesse legittimo o, in particolari materie, anche di diritto soggettivo) ad una pubblica amministrazione agente come autorità per la cura concreta d'interessi pubblici."*

La sentenza è molto interessante; essa termina la propria ricognizione dei rapporti fra Autorità antitrust e giurisdizione amministrativa individuando quattro punti logicamente conseguenti:

- le valutazioni tecniche dell'Autorità non si fondano su regole scientifiche esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti i concetti giuridici indeterminati;
- in casi del genere la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione;
- tale controllo intrinseco, però, non può essere di tipo "forte", che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione, ma è piuttosto un controllo di tipo "debole", in cui le cognizioni tecniche acquisite (eventualmente) grazie al consulente vengono utilizzate soltanto allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa.

I limiti di tale controllo sono, del resto coerenti con il diritto CE e le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee. Esso comporta che infondata è una lesione del proprio diritto alla difesa a causa di un sindacato di mera legittimità, in quanto la legittimità, se modulata nelle forme del controllo intrinseco, permettono un riesame largo del caso di specie.

Questa sentenza, come si vede, è estremamente importante: le sue ricadute nell'ambito della giurisprudenza amministrativa si hanno con la sentenza del Consiglio di Stato, sez.

VI, 16 marzo 2006, n.1397, che non solo riporta lunghi stralci della sentenza 8882, ma pone anche i punti caratteristici del controllo giurisdizionale del giudice amministrativo sulle Autorità:

- a) i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sono sindacabili in giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito (nel senso che il giudice non può sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate);
- b) 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 e 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;
- c) il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica, esercitata dall'Autorità antitrust, è un sindacato, che, come già detto, non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità, potendo però il giudice censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiano inattendibili;
- d) il sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità è pieno e può giungere fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità anche attraverso un giudizio di merito sulla congruità della sanzione"

I punti fermi raggiunti dalle decisioni sopra ricordate erano peraltro già "in nuce", sebbene formulati in maniera generica, da ulteriori arresti del Consiglio di Stato, (si veda: Consiglio di Stato, sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4363; 4 settembre 2002, n. 4451; 27 gennaio 2004, n. 926).

Contro la frangia maggioritaria rappresentata dalla giurisprudenza di cui sopra si ergono due decisioni che, al contrario, invocano un sindacato del giudice più invasivo. Si tratta delle decisioni del Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2004 n. 926, e 8 febbraio 2007, n. 515. In entrambe le decisioni il giudice amministrativo dà una non indifferente sterzata alla giurisprudenza sulla via di un controllo più penetrante, riconoscendo che il giudice

non ha limiti alla piena conoscenza del fatto e deve esercitare un controllo intrinseco dell'attività sottopostagli per poter valutare la congruità e ragionevolezza delle scelte dell'Autorità, con l'unico divieto di sostituirsi ad essa esercitando un autonomo potere antitrust. Le pronunce si prefiggono esplicitamente di superare la dicotomia controllo forte – controllo debole, per tendere invece *“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 realtà, esaminando con più attenzione le pronunce le novità sono poche. Il congruo controllo giurisdizionale che esse ribadiscono era già presente nella giurisprudenza inaugurata dalla pronuncia 2199. Rimane comunque viva la difficoltà nel distinguere opportunità da opinabilità nelle decisioni dell'Autorità antitrust: ciò anche in tema di pubblicità ingannevole (Consiglio di Stato, sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 1054; 8 marzo 2006, n. 1263).

Commentando la giurisprudenza di cui sopra l'impressione è che il giudice amministrativo abbia voluto tracciare la strada per un proprio intervento più deciso ove ciò si renda necessario (e ciò in parte emerge dalle decisioni nn. 926/2004 e 515/2007)<sup>378</sup>, ma che altrimenti il suo intervento eviti di spingersi troppo oltre<sup>379</sup>.

### 3.2 In Francia.

Occorre innanzitutto precisare qual è il ruolo giocato dalle norme CEDU nel diritto interno francese, e soprattutto nel diritto amministrativo. Innanzitutto, proprio per la sua conformazione originaria di testo internazionale che vincola solamente gli Stati, si esclude generalmente che la CEDU possa essere assunta a norma violata, e ingenerare quindi l'illegittimità di un atto amministrativo. E' quanto ha espressamente stabilito una decisione del Tribunale amministrativo di Strasburgo del 30 luglio 1993, ove il ricorrente esibiva proprio la violazione dell'art. 6 CEDU sotto diversi profili in merito ad un

---

<sup>378</sup> Cfr. Matteo RESCIGNO, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: un rapporto difficile*, in *Le Società*, 5/2001, pagg. 531 ss. sul confine molto labile che divide il tipo di sindacato di legittimità forte quale identificato dalla giurisprudenza ed un sindacato sul merito.

<sup>379</sup> Un giudice *“benevolo”* secondo l'appellativo di TRAVI, *Autorità*, op. cit., pag. 433.

provvedimento prefettizio, e che non è stata in ogni caso ritenuta sufficiente a revocare in dubbio la legalità del provvedimento<sup>380</sup>.

Il sistema di riesame delle decisioni del *Conseil de la Concurrence* si fonda su due norme fondamentali: le decisioni sono impugnabili mediante ricorso (che non ha normalmente effetti sospensivi a norma del comma 2 salvo quanto diversamente deciso dal Presidente) avanti la prima camera della Corte d'appello di Parigi, a norma dell'art. L464-7 del *Code de commerce*; contro la sentenza della Corte d'appello è possibile proporre ricorso in Cassazione a norma dell'art. L.467-8 del *Code*. Ma la disposizione che distingue nettamente il sistema di controllo francese dal nostro è l'art. 561 del *Code de procedure civile*, che recita: "*L'appello rimette in questione la cosa giudicata avanti la giurisdizione d'appello affinché sia nuovamente esaminata in fatto ed in diritto*": è, quindi, la scelta del rito l'essenza della distinzione fra i due sistemi. Sebbene la procedura avanti la Corte d'appello parigina presenti alcune analogie con il contenzioso amministrativo, si tratta tuttavia di un processo che segue il rito civile: balza agli occhi del lettore italiano la formulazione del comma 1 dell'articolo, che prevede che un ricorso può essere presentato per l'annullamento o la riforma della decisione contestata<sup>381</sup>.

Questo principio ha trovato applicazione con l'importante sentenza *Cour de Cassation, chambre commerciale*, 5 ottobre 1999, nn. 97/15617, 97/15632, 97/15760, 97/15805, 97/15836, 97/15871, 97/15004, 97/15626, 97/15673, 97/15777, 97/15826, 97/15852, 97/15932, 97/16330. Un arresto molto importante, con cui la Corte di Cassazione ha ritenuto che la procedura avanti il *Conseil de la Concurrence* fosse compatibile con l'art. 6-1 CEDU, a patto che le decisioni fossero appellabili presso un tribunale dotato di pienezza di giurisdizione.

---

<sup>380</sup> J.-W. W., *Sanctions administratives : le juge administratif français et les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme relatives aux accusations « en matière pénale »*, in *Revue française de droit administratif*, 3/1994, pag. 415, che in appendice riporta anche la decisione citata.

<sup>381</sup> La scelta della giurisdizione ordinaria è spiegata da André DECOCQ, *La genèse du Conseil de la concurrence (À propos du vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986)*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 10/2007, pagg. 81 ss. Al procedimento avanti il *Conseil* era stata data da subito veste quasi-giurisdizionale, cosa che ne rendeva più difficile la qualificazione in qualità di istanza amministrativa classica e sottoposizione alla giurisdizione amministrativa, che avrebbe significato ridimensionarne, quantomeno dogmaticamente, il ruolo come semplice tributario di funzioni del Ministro dell'economia (e non come loro titolare *ab ovo*). Inoltre, erano le giurisdizioni ordinarie quelle più esperte in tema di concentrazioni e violazioni della concorrenza. Ciò spiega la scelta della Corte d'appello di Parigi per ricorrere contro i provvedimenti del *Conseil*, anche sulla scorta dell'esperienza del *Bundeskartellamt* tedesco (contro le decisioni del quale è ammesso ricorso avanti la Corte d'appello di Berlino).

Il ricorso si svolge davanti ad un organo che fa parte della magistratura ordinaria (e non amministrativa). Sebbene le disposizioni procedurali in vigore siano quelle del Codice di procedura civile, parte della dottrina ritiene che, in alcuni passaggi, la procedura svolta sia molto più vicina a quella di un contenzioso “*materialmente amministrativo*”<sup>382</sup>. Ciò non significa, però, che il giudice del *Conseil de la Concurrence* non abbia poteri molto più estesi rispetto ai nostri giudici amministrativi; un controllo così invasivo delle attività delle Autorità ha suscitato in effetti non poche perplessità, perché assegna un potere molto esteso alla giurisdizione riducendo, specularmente, i margini di autonomia dell’amministrazione. In relazione a quanto più sopra esposto a proposito della nozione di tribunale secondo la Corte EDU, il potere di riforma dei provvedimenti del *Conseil* marca una significativa differenza rispetto alla disciplina italiana di tutela giurisdizionale, cui esso è, nel caso di contenzioso antitrust, estraneo.

Quali sono i poteri del giudice nei confronti delle decisioni del *Conseil*? Senza ripercorrere la dottrina e la giurisprudenza amministrativa che su questo punto sono state congrue, basti ricordare che il potere di “riformare” una decisione ha avuto due interpretazioni diverse: da un lato è visto come un “*lavoro di «riparazione», di «perfezionamento»*”, mentre dall’altro come un potere di sostituzione del giudice all’amministrazione<sup>383</sup>. Insomma, dall’esperienza francese si tira già una prima conclusione, ovvero che oltralpe il controllo giurisdizionale delle decisioni del *Conseil* dispone di poteri di incidere sull’amministrazione molto estesi, che lo avvicina a quella che, in Italia, è una giurisdizione di merito.

La giurisprudenza che si è occupata del problema esprime fondamentalmente due indirizzi.

Il primo concepisce la riforma delle decisioni del *Conseil de la Concurrence* una facoltà per il giudice; secondo tale giurisprudenza, dunque, la riforma di una decisione del *Conseil* può essere evitata rinviando la causa allo stesso *Conseil* per una nuova

---

<sup>382</sup> IDEM.

<sup>383</sup> Yves GAUDEMET, *Le pouvoir de réformation de la Cour d’appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 1999, pag. 2242.



deliberazione<sup>384</sup>. Tuttavia vi è un secondo orientamento che, valorizzando il principio della domanda, ritiene che il giudice debba pronunciarsi sulle domande delle parti quando ciò sia possibile, sostituendosi quindi all'amministrazione.

Si tratta chiaramente di due orientamenti che leggono in modo differente il rapporto fra giudice ed Autorità. Nella giurisprudenza d'oltralpe il limite ai poteri di riforma del giudice consiste nel tipo di violazione: se è una violazione delle norme di procedura che si è riverberata sulla congruità della decisione o ha violato fondamentali diritti procedurali, il giudice non potrà annullare la decisione rinviandola al *Conseil* ma dovrà adottarla direttamente: una recente sentenza della Corte di cassazione<sup>385</sup> ha infatti sancito che è contrario all'art. 6 CEDU un rinvio al *Conseil* di una decisione annullata dal giudice per violazione dello stesso art. 6 CEDU (nella specie, la partecipazione al *délibéré* anche del *Rapporteur* e del *Rapporteur général* su cui vedi anche più sopra, pagg. 114 ss.) senza che la sentenza di annullamento contenga anche l'indicazione del punto fino al quale l'istruttoria è stata legittimamente svolta, in modo da poter ripartire da quel punto. In questo caso, la Corte di appello di Parigi aveva l'obbligo di riformare la decisione sostituendosi al *Conseil*, proprio in ossequio al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato<sup>386</sup>. Ma anche nel caso in cui la decisione può essere annullata ma l'annullamento non pregiudica la legittimità della procedura che è stata seguita, il potere di riforma potrà legittimamente essere esercitato dal giudice che potrà servirsi delle risultanze dell'istruttoria condotta dal *Conseil*. E' quanto si verifica in occasione della riformulazione dell'ammontare della sanzione pecuniaria che viene operata dalla *Cour d'appel* di Parigi: con la decisione *Cour de cassation, chambre commerciale*, 14 marzo 2006, n. 05-11.232 la Corte di cassazione francese ha confermato la validità di una sentenza della Corte d'appello di Parigi (*Cour d'appel PARIS, chambre 1, section H*, 11

---

<sup>384</sup> *Cour de cassation, chambre commerciale*, 30 maggio 2000, n. 99-17.038; *Cour de cassation, chambre commerciale*, 4 dicembre 2001, n. 99-16.642; *Cour de cassation, chambre commerciale*, 7 gennaio 2004, n. 00-12.451.

<sup>385</sup> Cfr. *Cour de cassation, chambre commerciale*, 31 gennaio 2006, n. 04-20.360 (con commento di Marie MALAURIE-VIGNAL, *Conséquences de l'annulation d'une décision du Conseil de la concurrence*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 4/2006, pagg. 71 ss.) che riprende un filone giurisprudenziale ormai ritenuto abbandonato.

<sup>386</sup> Vedi anche, analogamente, *Cour de cassation, chambre commerciale*, 27 settembre 2005, nn. 04-16.677, 04-16.678, 04-16.713.

gennaio 2005) che aggravava una sanzione irrogata dal *Conseil* ad una società che già non aveva rispettato una precedente decisione di condanna.

Da un punto di vista di politica giudiziaria, questa sentenza mostra un aspetto importante del rapporto fra autorità e giudici, che operano in stretta sinergia. Da tempo, ormai, la dottrina parla infatti di “complementarità” fra ruolo di regolazione e ruolo giudiziario: complementarità che nasce dall’integrazione delle diverse risposte che ciascuno è in grado di dispiegare. Ad esempio, l’impossibilità per l’amministrazione di condannare alla reintegrazione di un danno cagionato è colmata dal relativo potere di cui, invece, dispone il giudice, e che rappresenta “*una componente essenziale della collaborazione del giudice ad una politica economica*”<sup>387</sup>. Non solo, ma la stessa procedura avanti le Autorità indipendenti è stata influenzata dalle procedure giurisdizionali nel suo concreto operare, un’influenza frutto di un ormai consolidato dialogo.

Un esempio tangibile della collaborazione costante fra *Conseil de la Concurrence* e istanze giurisdizionali è rappresentato, ad esempio, da una decisione<sup>388</sup> (*Conseil d'Etat, sous-sections 3 et 8 réunies*, 20 luglio 2005, n. 279180) con cui il *Conseil d'Etat*, nel corso di un processo che aveva ad oggetto l’annullamento per *excès de pouvoir* di un atto di controllo delle concentrazioni (nella specie, una decisione che ne autorizzava una) del Ministro dell’economia, ha chiesto un parere al *Conseil de la Concurrence* per poter stabilire se la decisione ministeriale avrebbe potuto portare lesioni alla concorrenzialità del mercato di riferimento. Ed è in seguito all’analisi ricevuta dal *Conseil* che il giudice amministrativo ha deciso.

Occorre ricordare che avanti alle giurisdizioni francesi è stato sempre oggetto di censura l’art. 9 del *Décret* n. 87-849 del 19 ottobre 1987 relativo ai ricorsi presentati avanti la Corte di appello di Parigi contro le decisioni del *Conseil de la concurrence*, per violazione dell’art. 6 CEDU. Questa disposizione prevedeva, infatti, che nel processo avanti la Corte il *Conseil*, sebbene non fosse parte processuale, potesse depositare delle proprie osservazioni tramite il presidente o un suo delegato; analoga facoltà poteva esercitare il

---

<sup>387</sup> Cfr. Frédérique DUPUIS-TOUBOL, *Le juge en complémentarité du régulateur*, in FRISON-ROCHE (a cura di), *Les régulations économiques*, op. cit., pag. 136.

<sup>388</sup> Vedine un sunto accompagnato da un breve commento in Emmanuel GLASER, *L’appréciation de l’effet d’une concentration sur la concurrence*, in *Revue française de droit administratif*, 4/2006, pagg. 702-714.

Ministro dell'economia. Questi poteri sono stati ora trasposti nell'art. R464-21 del *Code de commerce*, e ad essi è stata aggiunta la possibilità di intervenire oralmente in udienza da parte degli stessi soggetti. Ebbene, la decisione *Cour d'appel PARIS, chambre 1 section H*, 30 gennaio 2007, n. 06-00566 estende tale facoltà anche alle imprese oggetto di istruttoria e ridimensiona la portata delle osservazioni, considerate alla stregua di chiarimenti e di specificazioni degli elementi utilizzati dalle parti nei propri ricorsi, che non fossero emersi già dalla decisione impugnata.

### 3.3 Le sanzioni amministrative e l'art. 6-1 CEDU: il caso austriaco.

Per quanto riguarda la compatibilità di sanzioni amministrative e sistema CEDU, la sentenza "apripista" in materia è *Öztürk c. Germania*<sup>389</sup>, in cui il ricorrente lamenta la lesione del diritto ad avere un interprete ex art. 6-3 CEDU nel corso di un procedimento di revisione di una sanzione amministrativa. La Corte analizza molto estensivamente l'istituto della sanzione amministrativa cui gli ordinamenti affidano sempre più una funzione di supplenza del diritto penale (depenalizzazione): tale processo di sottrazione di materie alla repressione offerta dal diritto penale va, tuttavia, compiuta conservando per l'interessato le garanzie dell'art. 6 CEDU<sup>390</sup>.

Anologo esito hanno avuto una serie di distinte violazioni sollevate contro l'Austria e decise tutte con diverse sentenze deliberate (a parte *Palaoro*) lo stesso giorno: si tratta delle cause *Grandinger c. Austria*<sup>391</sup>, *Palaoro c. Austria*<sup>392</sup>, *Pfarmmeier c. Austria*<sup>393</sup>, *Pramstaller c. Austria*<sup>394</sup>, *Schmautzer c. Austria*<sup>395</sup>, *Umlauft c. Austria*<sup>396</sup>, e vedono tutte l'Austria soccombente per violazione dell'art. 6.

Eccetto il caso *Pramstaller*, i casi di specie riguardano tutte violazioni al Codice della strada austriaco, nella maggior parte violazioni delle regole sulla circolazione per guida in stato di ebbrezza o violazioni dei limiti massimi di velocità. In ottemperanza allo

---

<sup>389</sup> Sentenza *Öztürk*, cit.

<sup>390</sup> Sentenza *Öztürk*, cit., § 56.

<sup>391</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Grandinger c. Austria*, 328-C.

<sup>392</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 novembre 1994, *Palaoro c. Austria*, 329-B.

<sup>393</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Pfarmmeier c. Austria*, 329-C.

<sup>394</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Pramstaller c. Austria*, 329-A.

<sup>395</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1995. *Schmautzer c. Austria*, 328-A.

<sup>396</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Umlauft c. Austria*, 328-B.

*Strassenverkehrsordnung* (Codice della Strada), tuttavia, le autorità pubbliche hanno irrogato, oltre ad una pena pecuniaria, anche una breve pena detentiva di natura amministrativa. Contro entrambe le sanzioni è stato, invano, proposto da tutti i ricorrenti appello alle autorità amministrative dei rispettivi Land ed in seguito presso la Corte amministrativa suprema (oltre ad un ricorso presso la Corte costituzionale).

Questi casi hanno dato origine a tre diverse problematiche, che vengono affrontate in tutte le sentenze. Innanzitutto, il valore della riserva austriaca in tema di applicazione dell'art. 5 CEDU (in quanto sanzioni amministrative, in virtù di tale riserva esse dovrebbero essere fuori del campo di applicazione della Convenzione, ma la Corte in tutte le decisioni in commento non ha condiviso tale tesi). In secondo luogo, la congruità delle procedure austriache interne con il principio del *ne bis in idem*, espressamente codificato dal Protocollo 7 art. 4 annesso alla CEDU. Ma l'incongruo che interessa ai nostri fini è stata – ancora una volta - la compatibilità del sistema austriaco di giustizia amministrativa con l'art. 6 CEDU.

In materia di violazioni del Codice della strada la normativa austriaca prevede una prima fase di irrogazione di sanzioni da parte del *Bezirkshauptmannschaft* o Presidente dell'amministrazione di distretto; contro questa decisione il Codice della strada permette l'appello presso l'*Amt der Landesregierung* o amministrazione del governo del Land. La Corte in questa sede riprende la logica delle sentenze *supra* riportate in materie di diritti ed obbligazioni di carattere civile; non essendo compatibili con la Convenzione i primi due stadi del controllo, automaticamente si passa alla verifica della congruità dei poteri dell'organo di ultima istanza, ovvero la Corte amministrativa suprema. Ebbene, quest'organo è vincolato alle prospettazioni delle autorità amministrative di cui sopra e non può "ammettere lei stessa mezzi di prova, né stabilire i fatti, né allargare lo scrutinio ad elementi nuovi. Inoltre, in caso di annullamento di un atto amministrativo, non potrebbe pronunciarsi in luogo dell'autorità amministrativa censurata, ma dovrebbe sempre ritrasmetterle il fascicolo. In breve, eserciterebbe unicamente un controllo di legalità, che non si potrebbe assimilare a un contenzioso di piena giurisdizione"<sup>397</sup>. La Corte poi prosegue: "*Quanto alla competenza della Corte amministrativa, essa va*

---

<sup>397</sup> Sentenza *Grandinger* cit., § 40. Sentenza *Palaoro* cit., § 39. Sentenza *Pfarrmeier* cit., § 36. Sentenza *Pramstaller* cit., § 37. Sentenza *Schmautzer* cit., § 32. Sentenza *Umlauf* cit., § 35.

*apprezzata tenendo in considerazione che, nella specie, si esercitava in una controversia di natura penale ai sensi della Convenzione. La sua compatibilità con l'art. 6 § 1 si misura rispetto alle doglianze sollevate avanti questa giurisdizione dall'interessato, ma anche altresì alla luce delle caratteristiche costitutive di quello che dovrebbe essere un «organo di piena giurisdizione». Fra di esse figura il potere di riformare in ogni punto, di diritto come di fatto, la decisione adottata dall'organo inferiore. In assenza di questa competenza, la Corte amministrativa non potrebbe essere qualificata come tribunale ai sensi della Convenzione»<sup>398</sup>.*

### **3.4 Un esempio di incompatibilità sistematica con la CEDU: il sistema austriaco di controllo giurisdizionale di legittimità.**

L'Austria presenta un sistema di controllo giurisdizionale delle decisioni amministrative che ha subito importanti modifiche proprio sulla scorta delle condanne ricevute dalla Corte EDU.

In origine, la Costituzione del 1920 prevedeva un solo organo giurisdizionale di controllo dell'attività dell'amministrazione, il *Verfassungsgerichtshof* o Corte amministrativa suprema. L'art. 129 §2 n. 1) disciplinava i limiti del sindacato della Corte, che poteva essere adita da "Coloro che si affermino lesi nei propri diritti dal provvedimento amministrativo: per illegittimità".

La scelta di affidare alla Corte amministrativa suprema un mero controllo di legittimità dell'azione amministrativa trovò conferma anche con il *Verwaltungsgerichtshofgesetz* o Legge sulla Corte amministrativa suprema del 1985, che all'art. 41 §1 recita: "*Nella misura in cui non riscontri illegalità legate all'incompetenza dell'autorità convenuta o a violazioni di regole di procedura [...], la Corte amministrativa esamina la decisione impugnata basandosi sui fatti contestati dalla suddetta autorità e sotto l'angolo delle censure esibite [...]. Se ritiene che motivazioni non ancora comunicate alle parti possano essere determinanti ai fini della decisione, sente le parti e, nel caso, sospende la procedura*".

L'art. 42 §2, invece, dispone: "*La Corte amministrativa annulla la decisione impugnata, nel caso questa risulti illegittima per: 1) il suo contenuto 2) nel caso di incompetenza*

---

<sup>398</sup> Sentenza *Grandinger* cit., § 44. Sentenza *Palaoro* cit., § 43. Sentenza *Pfarrmeier* cit., § 40. Sentenza *Pramstaller* cit., § 41. Sentenza *Schmautzer* cit., § 36. Sentenza *Umlauf* cit., § 39.

dell'autorità convenuta 3) nel caso di vizio di procedura che risulti da: a) un dato che l'autorità convenuta ha valutato per acclarare situazioni di fatto che, su un punto essenziale, sono smentite dal fascicolo, o b) nel caso in cui tali situazioni di fatto siano da verificare su tale punto, o c) nel caso in cui l'autorità convenuta ha infranto regole procedurali il cui rispetto avrebbe potuto condurre ad una decisione diversa”.

Emerge dai dati normativi che la Corte amministrativa austriaca esercitava un tipo di controllo assolutamente analogo a quello compiuto normalmente dal nostro giudice amministrativo nelle forme dei tre classici vizi di illegittimità dell'atto.

Per stabilire se il caso di specie ledeva o meno la Convenzione, la Corte EDU verificava se gli organi amministrativi incaricati dell'autotutela rispondessero alle esigenze dell'art. 6 della CEDU in tema di garanzie e di estensione dei loro poteri di cognizione: in questo caso, il successivo controllo di legalità del *Verwaltungsgerichtshof* sarebbe stato conforme alla Convenzione. La *ratio* della giurisprudenza CEDU, infatti, è che almeno una delle fasi di contestazione di una sanzione (sia essa di natura amministrativa o di natura giurisdizionale) possa essere qualificata come “tribunale” ai sensi dell'art. 6.

### 3.5 La risposta dell'Austria alle condanne di Strasburgo.

Il legislatore costituzionale del 1988 si decise, quindi, ad introdurre gli UVS, *Unabhängige Verwaltungssenate* o sezioni amministrative indipendenti, modificando appositamente la Costituzione ove sono stati introdotti due appositi articoli, il 129a ed il 129b e sono stati novellati altri articoli. Gli UVS sono organi amministrativi di giustizia incardinati nella pubblica amministrazione con congrui poteri giurisdizionali; essi costituiscono il secondo grado di sindacato degli atti amministrativi, ed istituzionalmente sono a metà strada tra un organo di giustizia interno all'amministrazione ed un tribunale giurisdizionale esterno. Contro le decisioni degli UVS è ammesso il ricorso al *Verwaltungsgerichtshof*.

Diverse sono le ragioni che portarono all'introduzione degli UVS, e su cui la dottrina ha dato differenti risposte. Vi è chi è più convintamente sostenitore che la modifica sia derivata dalle ripetute condanne della Corte di Strasburgo<sup>399</sup>, e chi, invece, legge la riforma della giustizia amministrativa in Austria come il tentativo di creare un filtro che

---

<sup>399</sup> Vedi Herbert HAUSMANINGER, *The Austrian Legal System*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung-Kluwer Law International, Vienna-Den Hag, 1998, pag. 120.

alleggerisca l'attività della suprema istanza amministrativa<sup>400</sup>. Ad ogni modo, con l'istituzione degli UVS l'Austria è riuscita ad abbassare il numero di condanne comminate contro di essa dalla Corte.

Gli UVS seguono una procedura disciplinata a livello federale, ma l'organizzazione è regolata dai singoli *Länder*.

---

<sup>400</sup> Emilienne KONTCHOU, *Le contentieux administratif en Autriche*, su [www.univ-paris1.fr](http://www.univ-paris1.fr).





## 4 Conclusioni.

Il frutto di questo lavoro è, in ultima analisi, di dimostrare, attraverso lo studio della giurisprudenza della Corte EDU, che le Autorità indipendenti potrebbero essere qualificate alla stregua di “*giudici*” quando si trovino a svolgere attività di risoluzione delle controversie. Perché? Perché il controllo giudiziario vigente in Italia sulle decisioni dell’Autorità antitrust potrebbe non rispettare il diritto ad un tribunale dotato di pienezza di giurisdizione che la Corte EDU ha elaborato in alcune delle sue decisioni, basandosi sull’art. 6-1 CEDU. L’esempio dell’Austria è, a questo riguardo, molto interessante. Tuttavia, se il legislatore ritiene di non modificare l’essenza del sindacato del giudice amministrativo trasformandolo da legittimità in merito, l’Autorità antitrust potrebbe essere considerata un giudice: ciò, secondo la giurisprudenza CEDU, permetterebbe di rendere compatibile il rispetto dell’art. 6 con i limiti di legittimità dei gradi ulteriori di giudizio.

Ritenere che l’Autorità antitrust sia un giudice, tuttavia, comporta applicare anche ad essa tutte le garanzie di cui i privati godono di fronte ad un giudice, e che sono state elaborate dalla Corte EDU. Il metodo seguito nel lavoro è stato empirico, sottoponendo a verifica tutti i passaggi procedurali che disciplinano lo svolgimento di un’istruttoria da parte dell’Autorità antitrust ai fini dell’irrogazione di sanzioni per violazione delle norme sulla concorrenza.

Tuttavia, come si è constatato tramite l’analisi del sistema francese, non è in realtà necessario analizzare l’essenza del controllo giudiziario sull’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato. In Francia, infatti, si è visto che la portata dell’art. 6 della CEDU è stata applicata alle procedure istruttorie avanti il *Conseil de la concurrence* indipendentemente dalla congruità di un successivo controllo giudiziario.

L’applicazione della CEDU anche a procedure che non siano classicamente giurisdizionali è, però, foriera di considerazioni teoriche molto articolate, che partono dalla concezione e dal ruolo del cittadino nei confronti di un pubblico potere che va sempre proceduralizzato. L’accostamento fra diritti umani e diritto della concorrenza è cominciato in Francia all’inizio degli anni Novanta, prima in dottrina e poi, progressivamente, anche nella giurisprudenza. Si tratta di un “matrimonio di interesse”<sup>401</sup> fra discipline, in realtà, molto diverse

---

<sup>401</sup> Linda ARCELIN, *L’alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 11/2007, pag. 100.

teleologicamente, ma il cui incontro serve indubbiamente a legittimare non tanto il diritto della concorrenza, quanto le Autorità pubbliche che lo tutelano.

Il rafforzamento delle garanzie procedurali potrebbe, inoltre, essere in grado anche di ridimensionare in parte il problema del deficit rappresentativo che molti ritengono affligga le Autorità. A questo proposito è forse necessaria una breve premessa. La soluzione del problema del deficit rappresentativo, infatti, probabilmente parte dalla qualifica delle Autorità: tuttavia, in questa parte del lavoro, chi scrive ancora non si pone il relativo problema, e quindi è costretto ad analizzare il deficit democratico delle Autorità considerandole dapprima amministrazioni, poi giurisdizioni.

*“L’amministrazione è l’attività statuale rivolta a conseguire la soddisfazione di quegli interessi cui il diritto provvede in modo primario ed immediato, disciplinando rapporti in cui è parte lo Stato, impersonato dallo stesso organo che agisce.*

*La giurisdizione è invece l’attività statuale diretta ad attuare il diritto obiettivo per assicurare il soddisfacimento di quegli interessi che il diritto tutela in linea primaria disciplinando rapporti fra altri soggetti o fra questi e lo Stato impersonato da organi distinti ed indipendenti dall’organo che svolge questa specie di attività”.*

Così Alessandro RASELLI<sup>402</sup> nel 1927 descriveva la diversità di interessi tutelati da amministrazione e giurisdizione: un interesse immediato all’attuazione di direttive di natura, in ultima istanza, politica per la prima, l’applicazione della legge per la seconda.

Se consideriamo le Autorità in guisa di amministrazioni, si tratta di soggetti particolari cui il legislatore ha affidato il compito di tutela e governo di settori particolarmente sensibili dell’ordinamento, ormai considerati una sorta di *acquis* nazionale su cui il consenso politico sembra essere unanime<sup>403</sup>. Da ciò la necessità che tali Autorità perseguano gli obiettivi loro assegnati libere dalle contingenze politiche<sup>404</sup> ma improntate “a criteri di tecnicismo e

---

<sup>402</sup> Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione, Giuffrè, Milano, 1977 (ristampa), pag. 39.

<sup>403</sup> “Esse [le Autorità] esprimono valori di fondo condivisi, i quali ormai si impongono sopra ogni conflitto sociale e politico e rispondono ad un modello di società «occidentale» indiscusso: la libertà di iniziativa economica privata coniugata al libero mercato; la libera concorrenza come terreno di sviluppo delle relazioni dei consociati; una tutela dei diritti individuali, in specie quelli dei consumatori, la quale deriva indirettamente dalla salvaguardia della trasparenza dei traffici e dal buon funzionamento del mercato; in una parola, dalla salvaguardia della società aperta e pluralista”, in CINTIOLI, *op. cit.*, pagg. 331-332. Cfr. anche Giuseppe TESAURO e Mario TODINO, in *Enciclopedia del diritto – Aggiornamento VI*, Giuffrè, Milano, 1999, sub voce *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, pag. 113. Un dibattito, quindi, non eccessivamente coinvolgente se incentrato solo sui valori: cfr. THATCHER, *op. cit.*, pag. 51.

<sup>404</sup> Cfr. Martine LOMBARD, *Institutions de régulation économique et démocratie politique*, in *Actualité juridique. Edition droit administratif*, 10/2005, pagg. 531 ss. Sull’impatto del Trattato di Maastricht del 1992 e del Patto di stabilità e crescita del 1997 sull’ordinamento italiano cfr. Alberto QUADRIO CURZIO, *Spesa, fiscalità e finanza*

*specializzazione*<sup>405</sup> per prendere decisioni al solo fine di soddisfare nella maniera migliore possibile le proprie missioni. Ciò è necessitato anche perché alcune delle Autorità indipendenti (quali le Banche centrali o le Autorità che operano nel mercato) possono ricevere pressioni da soggetti economici particolarmente interessati alle loro attività; in questo secondo caso l'indipendenza ha, quindi, una duplice dimensione: innanzitutto si parla di indipendenza (meglio: neutralità) dai soggetti che operano nel settore regolato, e poi di indipendenza dalla politica<sup>406</sup>.

Nel caso in cui le Autorità possano essere qualificate come tribunali, il problema del deficit democratico perde ancora di più importanza. MERUSI<sup>407</sup> si è posto il problema argomentando che nei sistemi di *civil law* la magistratura non è elettiva; più in generale, egli sottolinea come *“la rappresentatività, diretta o indiretta, degli organi dello Stato non è il tratto essenziale della democrazia”*<sup>408</sup>.

Ma la giurisdizionalità delle autorità, che potrebbe essere utile proprio per ben tutelare le situazioni soggettive alla cui tutela è preposta, è nel nostro ordinamento rigidamente sottratta al raccordo rappresentativo che, invece, ammantava in diversa misura gli altri due poteri. In quest'ottica, quindi, diventa meno traumatico il deficit democratico delle Autorità; esse, infatti, hanno bisogno proprio di un “blackout” della rappresentatività democratica per poter essere in grado di adempiere ai loro doveri in maniera assolutamente imparziale (vedi più sopra, pagg. 10 ss.).

In effetti, qualora le Autorità indipendenti si trovino a dover giudicare in veste di *quasi iudex*, esse svolgono attività analoghe a quelle di una giurisdizione, con peculiarità che hanno reso incerta la dottrina nel darne una precisa qualificazione: si è parlato di organi neutrali che svolgono attività in forme semicontenziose (CLARICH)<sup>409</sup>, di organi *“paragiurisdizionali”*

---

*pubblica: le anomalie italiane e la UE*, sintesi della relazione al Convegno *La Costituzione ieri e oggi*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 9-10 gennaio 2008, su [www.lincei.it](http://www.lincei.it), secondo il quale la più grande riforma della nostra Costituzione economica è stata compiuta dal Governo Amato che li ha ratificati (a seguito dei quali le nostre politiche di finanza pubblica sono state drasticamente riviste). Una conferma che obiettivi più autenticamente pubblici e rappresentanza politica possono non coincidere.

<sup>405</sup> CAIANIELLO, *op. cit.*, pag. 15.

<sup>406</sup> LOMBARD, *La régulation*, *op. cit.*, la quale aggiunge anche (sempre per determinate Autorità) una terza dimensione dell'indipendenza, quella dallo Stato-operatore economico.

<sup>407</sup> MERUSI, *Democrazia*, *op. cit.*, pagg. 26-27.

<sup>408</sup> IDEM, pag. 27.

<sup>409</sup> CLARICH, *op. cit.*, pag. 160 ss.

(BORSELLINO<sup>410</sup>, CLARICH<sup>411</sup>, CARINGELLA<sup>412</sup>, D'ALBERTI<sup>413</sup>, RORDORF<sup>414</sup>), “giusdicenti” (CARINGELLA<sup>415</sup>), “giustiziali” (CAPUTI JAMBRENGHI<sup>416</sup>).

Questa interpretazione è di gran lunga quella maggiormente innovativa; essa ha il pregio di ragionare delle Autorità indipendenti al di fuori delle tradizionali categorie del diritto amministrativo, ma resta tuttavia minoritaria rispetto a quelle teorie (confortate anche dalla giurisprudenza) che le riconducono all'interno dell'ordinaria soggettività amministrativa, qualificandone l'attività come discrezionale in senso amministrativo o in senso tecnico<sup>417</sup>. Autorevole dottrina<sup>418</sup>, infatti, ha messo in discussione l'asserita paragiurisdizionalità delle Autorità. Il discrimine fra principio inquisitorio – che guida l'attività amministrativa di accertamento – e principio accusatorio – che guida l'attività penale di accertamento – impedirebbe, infatti, qualunque analogia; tale distinzione si riverbererebbe su altre caratteristiche delle Autorità indipendenti, rendendone il paragone con un'autorità giurisdizionale improponibile. Inoltre, viene contestato il ruolo neutrale delle Autorità, nella misura in cui la loro attività “*investa sempre un potenziale conflitto tra un interesse pubblico (libertà di sciopero, concorrenza, tutela del risparmio) ed altri interessi pubblici (vita, salute, libertà di circolazione) o privati (quelli propri degli operatori economici, dei consumatori, degli utenti) la cui soluzione o mediazione, in via regolamentare o decisoria, implica necessariamente quella ponderazione comparativa di interessi coinvolti che è il connotato precipuo della discrezionalità amministrativa*”<sup>419</sup>. Nello stesso senso, ma fondando le proprie

---

<sup>410</sup> Domenico BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, CEDAM, Padova, 2005, pagg. 95-96.

<sup>411</sup> Marcello CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 1/1993, pagg. 77-105.

<sup>412</sup> CARINGELLA, *op. cit.*, pagg. 881 e ss.

<sup>413</sup> Marco D'ALBERTI, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?*, in Lucio LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1997, pag. 162

<sup>414</sup> RORDORF, *op. cit.*, col. 152.

<sup>415</sup> CARINGELLA, *op. cit.*, idem.

<sup>416</sup> Vincenzo CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in FRANCIOSI (a cura di), *op. cit.*, pag. 187.

<sup>417</sup> Per una minuziosa rassegna delle posizioni dottrinali sulle tre teorie (paragiurisdizionalità, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica) sia consentito il rimando a LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, *op. cit.*, pagg. 130 ss.

<sup>418</sup> Cfr. Fabio MERUSI e Michele PASSARO, in *Enciclopedia del diritto – Aggiornamento VI*, Giuffrè, Milano, 1999, *sub voce* *Autorità indipendenti*, pagg. 177 ss.

<sup>419</sup> Cfr. MERUSI – PASSARO, *op. cit.*, pag. 179.

posizioni su una lettura dell'Autorità come tradizionale organo amministrativo, anche LAZZARA<sup>420</sup>.

I giudici amministrativi italiani, sebbene non in maniera univoca, hanno però respinto l'ipotesi, avanzata in alcuni ricorsi, di qualificare le Autorità indipendenti degli organi a *“natura giurisdizionale o paragiurisdizionale, non conoscendo il nostro ordinamento giuridico un tertium genus tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente gli art. 111 e 97”*<sup>421</sup>.

La Corte EDU ha mostrato, invece, di condividere questa interpretazione in alcune sentenze in cui ha subordinato la necessità della presenza di un organo di piena giurisdizione all'insufficienza delle procedure amministrative a soddisfare i principi convenzionali.

Il rafforzamento delle regole procedimentali, inoltre, risponde alla valorizzazione del ruolo delle Autorità: non si spiega, infatti, che senso abbia prevedere la vigilanza su particolari settori dell'economia di un soggetto pubblico dalle particolari caratteristiche, quando due gradi consecutivi di controllo giurisdizionale possono esercitare un controllo così invasivo sulle loro attività<sup>422</sup>; è questa la ragione della proposta, da parte della dottrina più avveduta, della riconduzione del controllo giudiziario al Consiglio di Stato in primo e unico grado<sup>423</sup>.

Ma le ragioni per un rafforzamento delle procedure avanti le Autorità indipendenti derivano anche da altri e diversi fattori, che in Francia hanno ricevuto congrua attenzione. Le Autorità amministrative indipendenti sono state infatti definite *“giurisdizioni post-statali”*<sup>424</sup>, ed appartengono ormai a quel gruppo di reti transnazionali nelle quali dialogano anche branche dell'amministrazione degli Stati<sup>425</sup>. Certamente la funzione di regolazione affidata alle Autorità porta con sé la funzione di risoluzione di eventuali controversie<sup>426</sup>, tuttavia l'impianto normativo francese offre diverse peculiarità nell'assicurare ai privati idonee

---

<sup>420</sup> LAZZARA, *Il procedimento*, op. cit., pagg. 374 ss.

<sup>421</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 20 novembre 2007, n. 421; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 novembre 2007, n. 423, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>422</sup> Luciano PANZANI, op. cit., pag. 420.

<sup>423</sup> Cfr. DELLA CANANEA, op. cit., pag. 89, Sabino CASSESE, *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE e FRANCHINI (a cura di), *I garanti*, cit., pag. 222.

<sup>424</sup> “[...] vere giurisdizioni che si sono separate dallo Stato e che potrebbero continuare ad esistere anche se lo Stato sparisse”; cfr. Emmanuel JEULAND, *Régulation et théorie générale du procès*, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (a cura di), *Les risques de régulation*, Presses de Science-Po et Dalloz, Paris, 2005.

<sup>425</sup> Cfr. Anne-Marie SLAUGHTER, *A new world order*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

<sup>426</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Le pouvoir du régulateur de régler les différends*, in IDEM (a cura di), *Les risques*, op. cit., pag. 268.

garanzie procedurali. Già dalla creazione del *Conseil*, infatti, il legislatore aveva in mente un procedimento forte e garantista con forti diritti di difesa, “una peculiarità francese”<sup>427</sup>.

Insomma, la comparsa delle Autorità indipendenti ha rimesso in discussione la distinzione classica fra esecutivo e giudiziario, svolgendo un’attività che non è amministrativa in senso proprio<sup>428</sup>, ma che presenta diverse analogie con la giurisdizione<sup>429</sup>. Un nuovo tipo di istanza, che coniuga sempre di più le garanzie procedurali con una certa flessibilità nella propria azione, nonché con una grande apertura agli influssi internazionali tipica di quella nuova realtà di reti che sta progressivamente rendendo recessiva l’azione e l’importanza degli Stati nella disciplina di particolari materie quali la concorrenza.

Chi scrive è, del resto, ben conscio dei problemi che potrebbe creare tale natura paragiurisdizionale delle (o di alcune) delle Autorità indipendenti. In effetti, verrebbero in evidenza i problemi di compatibilità con il nostro ordinamento, dal divieto di istituzione di giudici speciali iscritto nella nostra Costituzione ai problemi relativi all’efficacia del giudicato delle decisioni delle Autorità. Tuttavia, tali problematiche non sono in discussione in questo lavoro, in quanto la possibile giurisdizionalità delle Autorità sarebbe limitata esclusivamente all’ordinamento CEDU. La teoria delle “nozioni autonome”, che rappresenta uno dei principi ispiratori del diritto CEDU, permette infatti di formulare delle definizioni che valgono solo *hic et nunc*, ovvero nel caso di specie concretamente trattato dalla Corte. Ciò permette di rendere impermeabile alle definizioni CEDU i rispettivi diritti interni, che ben possono dunque convivere con le definizioni autonomamente date dalla Corte EDU, che in nessun modo sono in grado di influenzare l’assetto del diritto interno degli Stati membri.

---

<sup>427</sup> Christine TACONNET, *Rapport du Conseil de la Concurrence pour 2005: principales orientations et orientations prioritaires*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 10/2007, pag. 83.

<sup>428</sup> SCOCA, *op. cit.*

<sup>429</sup> O forse la comparsa delle Autorità ha solo riportato in auge un problema ben più risalente: esiste un discrimine nell’attribuire determinate materie alla competenza del giudice penale rispetto a quella dell’amministrazione in veste sanzionatoria?

## 5 Appendice<sup>430</sup>.

Tabella comparativa dell'attività di Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e *Conseil de la Concurrence*.

|                                                                     | CC                                                           | AGCM       |
|---------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Concentrazioni</b>                                               | <b>3 <i>Avis</i> su richiesta del Ministro dell'economia</b> | <b>864</b> |
| <b>Non violazione (archiviazioni o non aperture di istruttoria)</b> |                                                              | <b>837</b> |
| <b>Non competenza o non applicabilità della legge</b>               |                                                              | <b>21</b>  |
| <b>Violazioni (totali o parziali)</b>                               |                                                              | <b>6</b>   |
| - di cui vietate                                                    |                                                              | 2          |
| - di cui autorizzate con condizioni 2                               |                                                              | 4          |
| <b>Intese</b>                                                       |                                                              | <b>27</b>  |
| <b>Non violazione (archiviazioni senza apertura di istruttoria)</b> | <b>19 (+ 2 comprensive anche di concentrazioni )</b>         | <b>2</b>   |
| <b>Non competenza o applicabilità della legge</b>                   |                                                              | <b>12</b>  |
| <b>Violazioni</b>                                                   | <b>19 (+ 2 comprensive anche di concentrazioni )</b>         | <b>13</b>  |
| - di cui non violazione al termine dell'istruttoria                 |                                                              | 1          |
| - di cui concluse con accettazione degli impegni                    |                                                              | 4          |
| <b>Abuso di posizione dominante<sup>3</sup></b>                     | <b>3 (+ 2 comprensive di anche di intese)</b>                | <b>9</b>   |
| <b>Non competenza o applicabilità della legge</b>                   |                                                              | 3          |
| <b>Violazioni</b>                                                   | <b>3 (+ 2 comprensive di anche di intese)</b>                | <b>6</b>   |
| - di cui concluse con accettazione degli impegni                    |                                                              | 5          |
| <b>Applicazione misure cautelari</b>                                | <b>6</b>                                                     | <b>1</b>   |
| <b>Impegni</b>                                                      | <b>9</b>                                                     | <b>9</b>   |
| <b>Separazione societaria <sup>4</sup></b>                          |                                                              | <b>16</b>  |
| <b>Istruttorie</b>                                                  |                                                              | <b>3</b>   |
| - di cui violazioni                                                 |                                                              | 3          |
| <b>Inottemperanza all'obbligo di notifica delle</b>                 |                                                              | <b>9</b>   |

---

430 Calcoli eseguiti in base a:

Dati contenuti nella "Relazione annuale 2007 sull'attività svolta" dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato pubblicata il 30 aprile 2008 (su [www.agcm.it](http://www.agcm.it)).

Dati contenuti nel "Rapport annuel 2007" del *Conseil de la Concurrence* pubblicato nel 2008 (su [www.conseil-concurrence.fr](http://www.conseil-concurrence.fr)).

|                                                                                        |           |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|------------|
| <b>concentrazioni</b>                                                                  |           |            |
| - di cui violazioni                                                                    |           | 7          |
| <b>Inottemperanza alla diffida</b>                                                     | <b>0</b>  | <b>1</b>   |
| <b>Indagini conoscitive</b>                                                            |           | <b>2</b>   |
| <b>Segnalazioni e richieste di pareri consultivi 5</b>                                 | <b>59</b> | <b>65</b>  |
| - di cui <i>Ministre chargé de l'Économie</i>                                          | 13        |            |
| - di cui <i>Entreprises</i>                                                            | 32        |            |
| - di cui <i>Organisations professionnelles</i>                                         | 2         |            |
| - di cui <i>Associations de consommateurs</i>                                          | 3         |            |
| - di cui <i>Collectivités territoriales</i>                                            | 1         |            |
| - <i>Autres (y compris irrecevables)</i>                                               | 3         |            |
| - <i>Saisines d'office</i>                                                             | 3         |            |
| - <i>Respect d'injonction</i>                                                          | 2         |            |
| <b>Richiesta di pareri</b>                                                             | <b>22</b> | <b>2</b>   |
| <i>Avis sur le suivi d'engagements souscrits lors d'une opération de concentration</i> | 1         |            |
| <i>Avis à la demande d'une juridiction</i>                                             | 2         |            |
| <i>Avis rendus à la demande d'Autorités administratives indépendantes</i>              | 3         |            |
| <i>Avis concernant des procédures de clémence</i>                                      | 5         |            |
| <i>Avis sur une demande d'exemptions</i>                                               | 1         |            |
| <i>Avis sur des questions générales de concurrence</i>                                 | 4         |            |
| <i>Avis sur un projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau</i>          | 3         |            |
| <i>Avis concernant des procédures de clémence</i>                                      | 3         |            |
| <b>Pubblicità ingannevole e comparativa<sup>8</sup></b>                                |           | <b>252</b> |
| - di cui violazioni                                                                    |           | 214        |
| <b>Inottemperanza</b>                                                                  | <b>1</b>  | <b>15</b>  |

Ammontare delle sanzioni irrogate da Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e *Conseil de la Concurrence*.

|                     |                 |                  |
|---------------------|-----------------|------------------|
|                     | <b>AGCM</b>     | <b>CC</b>        |
| <b>Milioni di €</b> | <b>87 circa</b> | <b>221 circa</b> |

Fabbisogno nel 2007 di Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e *Conseil de la Concurrence*.

|                     |                 |                   |
|---------------------|-----------------|-------------------|
|                     | <b>AGCM</b>     | <b>CC</b>         |
| <b>Milioni di €</b> | <b>22 circa</b> | <b>12,3 circa</b> |



## 6 Résumé en français.

### 6.1 Autorités administratives indépendantes : une introduction.

En Italie la mise en place des Autorités administratives indépendantes a été fortement influencé par le domaine économique, à l'inverse de ce qui s'est passé en France. La mise en place des Autorités s'est faite en trois vagues successives: l'institution de la Banque d'Italie en 1936, puis de la CONSOB en 1974. Cependant, ce n'est qu'à partir des années 1990 que l'Italie a connu le phénomène qu'un auteur a appelé « l'éclat » des Autorités<sup>431</sup>, c'est-à-dire une massive multiplication des ces nouveaux sujets de droit public.

Les étapes qui ont amené à la création des Autorités sont comparables en Italie et en France, les premières Autorités administratives indépendantes étant des organismes conçus pour contrôler le phénomène (qui venait d'apparaître à l'époque) des sociétés cotées en bourse. Mais au delà de l'enjeu économique, les Autorités administratives sont nées en France dans les années 1970 et 1980 pour défendre davantage les droits et libertés publiques des citoyens face au risque d'ingérence majeure des organismes publics dans les données sensibles des particuliers (Commission nationale de l'informatique et des libertés, 1978). Par la suite, les Autorités ont aussi été appelées à la régulation des marchés sensibles, pour la protection du citoyen-consommateur : la création du Conseil de la Concurrence en 1986 en est un véritable exemple.

Un chemin différent a mené l'ordonnancement italien à créer les Autorités : l'essor des émissions télévisées privées aux années 1980 a amené le Parlement à créer en 1981 le Garant pour la presse pour la protection des droits liés à la diffusion d'émissions télévisées par des sujets privés et la régulation de ce nouveau marché, mais l'Autorité Garante de la concurrence et du marché n'a été créée qu'en 1990.

En tout cas, la période de succès indiscutable pour les Autorités administratives indépendantes reste les années 1990 en France comme en Italie. Dans cette période l'appui de l'Union Européenne à la création des conditions de marché les plus favorables aux consommateurs a renforcé le rôle et l'autorité des Autorités, qui ont été surnommées par quelques commentateurs le « quatrième pouvoir ». Quelles ont été les causes de ce succès tout à fait inattendu ? La réponse est simple : l'incapacité des structures traditionnelles de l'Etat à assurer la maîtrise de certains secteurs de l'administration publique qui nécessitent une administration vraiment impartiale et qui

---

<sup>431</sup> Alberto PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997.

soit capable d'assurer le respect des droits des citoyens. Cette compétence est toutefois exercée tout en s'abstenant d'interventions positives en faveur de ces droits, seulement en les défendant face aux violations illégitimes. Un pouvoir qui ressemble donc fortement à un pouvoir judiciaire. Mais leur renforcement a en même temps engendré des questions importantes, à savoir leur qualification juridique, qui reste toujours un problème majeur pour la doctrine transalpine.

### 6.1.1 La qualification normative.

Au contraire de la France, l'Italie a mal vécu la naissance des Autorités à cause de la difficulté à les encadrer. Au lecteur français on présentera les trois principales théories doctrinales qui complexifient l'enjeu en Italie.

1. Une première théorie conçoit les Autorités administratives en tant qu'organismes administratifs classiques dotés de pouvoirs discrétionnaires.
2. Une deuxième théorie qualifie le *modus procedendi* des Autorités de « pouvoir discrétionnaire technique ». Selon cette interprétation les Autorités administratives indépendantes ne prennent pas leurs décisions sans être liées notamment à des évaluations techniques. L'Autorité chargée de protéger la concurrence, par exemple, est censée trancher les questions de régulation du marché en se servant d'une compétence qui ne peut être que « technique », et où toute autre considération d'opportunité ne peut y trouver d'application.
3. La troisième théorie est la plus innovante puisqu'elle s'éloigne des conceptions traditionnelles pour parvenir à la qualification des Autorités en tant que tribunaux. La doctrine qui a soutenu cette idée tire sa réflexion en examinant minutieusement les pouvoirs confiés aux Autorités, et c'est aussi la théorie qui sera suivie tout au cours de ce travail.

### 6.1.2 La légitimation.

Le défi le plus important quand on se réfère aux Autorités est le contrôle démocratique. Il s'agit de l'objection que la doctrine italienne soulève toujours à l'égard de la composition des Autorités, dépourvues d'un lien de légitimité avec le corps électoral. Les soucis de légitimation sont désormais devenus un enjeu majeur à cause de la confusion des pouvoirs législatif et judiciaire dans un seul organisme (comme c'est le cas pour certaines Autorités), fait susceptible de créer des incompatibilités en contradiction avec les principes inscrits dans les Constitutions, y compris le principe de représentativité des institutions publiques. Quelques auteurs croient que la clef de voûte pour rendre finalement les Autorités compatibles avec la Constitution passe par le biais d'un accomplis-

sement des garanties et des droits des particuliers dans les procédures contentieuses menées devant elles. Cette position doctrinale étant satisfaisante, le renforcement efficace des droits des particuliers devant les Autorités permet de surmonter leur absence de légitimité. Mais pourquoi seulement parler d'un problème de légitimité des Autorités mais pas des autres administrations publiques ?

### 6.1.3 La mission.

Or, la mission des administrations indépendantes est la protection de certains droits constitutionnels. Par exemple, l'Etat confie aux Autorités garantes de la concurrence dans les marchés la tutelle des droits économiques des sujets entrepreneurs aussi bien que la tutelle des droits des consommateurs et leur faculté de choisir dans un marché concurrentiel. C'est bien évidemment un pouvoir de nature négative, puisque limité exclusivement à la répression des abus. Une interprétation qui ne permet d'encadrer les Autorités dans aucun des pouvoirs traditionnels de l'Etat de droit. En tout état de cause, notre thèse interprétative conçoit les Autorités indépendantes en tant qu'organismes qui ne veillent qu'au respect de la loi. Dans le cas des Autorités chargées du contrôle du marché, cela signifie empêcher que la conduite d'un entrepreneur puisse s'y opposer.

### 6.1.4 Les pouvoirs.

Tutelle de la loi, en empêchant des violations. Qu'est ce que cela signifie ? Comment les Autorités peuvent-elles le faire ? Tout d'abord, seules les Autorités qui détiennent un pouvoir de sanction sont concernées. Les Autorités administratives qui sont responsables du respect de la loi avec l'application de sanctions ne sont donc liées qu'au respect de la loi. Mais comment faire respecter la loi dont le contenu est forcément très vague, puisqu'il s'agit d'appliquer des notions économiques (marché concurrentiel, affectation de marché communautaire, concentrations) à un contexte juridique ? Dans le domaine de la concurrence et de la régulation des marchés, quels sont les pouvoirs de l'Autorité ? Il s'agit d'un pouvoir technique. Pour renforcer la concurrence d'un marché il faut faire appel à des notions de politique économique et de macroéconomie : le choix de réguler un marché concurrentiel en imposant aux sujets entrepreneurs des consignes d'une certaine école économique plutôt qu'une autre est forcément un pouvoir discrétionnaire. Mais il ne s'agit pas du pouvoir traditionnel de l'administration, plutôt le respect de la loi, qui impose de son côté la protection de la concurrence entre les marchés et à l'intérieur des marchés. Et cela aussi lorsque l'Autorité estime devoir sanctionner des pratiques anticoncurrentielles : pour estimer la légalité

d'un comportement l'Autorité bâtit tout d'abord un modèle de comportement compatible avec la concurrence, puis vérifie si le cas échéant ce modèle a été respecté.

### **6.1.5 Le problème du contrôle juridictionnel des décisions des AAI italiennes.**

Depuis leur institution, les Autorités administratives italiennes ont bénéficié d'un contrôle judiciaire loin d'être pleinement étendu. Plusieurs arrêts des Tribunaux administratifs régionaux ainsi que du Conseil d'Etat se sont contentés d'un contrôle de légalité des décisions des Autorités, en refusant de rendre un jugement de fond sur les questions qu'elle soulève. Cette interprétation dérive du substantiel équilibre entre l'administration et la justice en Italie, justifié à raison lors de décisions administratives extrêmement techniques et qui nécessitent la création d'organes spécifiques. C'est pour cela que, exception faite de revirements exceptionnels, les juges de l'ordre administratif n'ont jamais accepté un contrôle de fait des affaires concernant les décisions de l'Autorité antitrust.

Voici le système italien, qui bien explique l'extrême complexité des choix de l'Autorité antitrust en matière des marchés financiers et de compétitivité des économies, que les juges auraient du mal à remplacer puisque dépourvus des nécessaires compétences<sup>432</sup>.

Pour autant, un contrôle de cette nature pourrait aller à l'encontre des principes de procès équitable dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, le chapitre suivant montre assez clairement qu'un système juridictionnel qui écarte un contrôle de fond sur les décisions de l'administration pourrait être incompatible avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH).

## **6.2 Les arrêts de la Cour EDH.**

### **6.2.1 La jurisprudence *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*<sup>433</sup> en matière de droits et obligations de caractère civil.**

La Cour a interprété l'art. 6 CEDH d'une manière très étendue. Parmi les principes qui en ont été tirés, le droit d'accès à un tribunal a été fortement enrichi, et finalement il a été étendu aussi aux activités d'enquête et de sanction menées par des institutions autres que les tribunaux.

Le domaine où ce droit a d'abord été établi est celui des procédures disciplinaires des médecins, qui touchent le droit d'exercice du travail sous l'angle de l'art. 6.

---

<sup>432</sup> Vincenzo CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>433</sup> CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio*, 43.

L'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*<sup>434</sup> est le premier arrêt où la Cour strasbourgeoise évalue la compatibilité du système des sanctions disciplinaires de l'ordre des médecins de Belgique avec l'art. 6 CEDH. Cette procédure se déroule devant deux organes de l'Ordre des médecins, le conseil provincial et le conseil d'appel. Ensuite il y a une troisième instance qui examine l'affaire, à savoir la Cour de Cassation belge. La Cour relève que les deux premiers degrés de juridiction ne sont nullement conformes à l'art. 6 de la CEDH, à cause de leur manque d'impartialité et de publicité de la procédure.

Par conséquent le contrôle de la CEDH envisage la nature de la procédure face à la Cour de Cassation, qui n'est affectée qu'au contrôle de la légitimité des deux procédures précédentes, et qui n'est pourtant pas apte à être qualifiée en tant que « tribunal », puisqu'un particulier doit jouir de « plénitude de juridiction », c'est-à-dire à un droit à un juge qui puisse exercer un contrôle et en droit et au fond des affaires. La Cour relève ainsi que dans cet affaire les requérants n'ont joui du contrôle d'un tribunal dans aucune des procédures, et constate la violation de la CEDH.

Comment la Cour interprète-t-elle un système juridictionnel qui prévoit un degré de légalité? La Cour ne le considère pas contraire a priori à la CEDH, mais pour le rendre cependant compatible il faut qu'il y ait au moins un degré qui recouvre toutes les garanties de l'art. 6, y compris le contrôle du fond des affaires. Si le système que la Cour analyse est dépourvu du contrôle d'un tribunal qui correspond à l'art. 6, c'est-à-dire un contrôle qui assure les garanties prévues par l'article 6 ainsi qu'un contrôle sur le fond des affaires, cette violation a aussi un effet sur la procédure puisque les juges opèrent un contrôle de légalité.

Cet arrêt a été suivi par beaucoup d'autres arrêts où la Cour a toujours condamné de tels systèmes de contrôle, notamment *Albert et Le Compte c. Belgique*<sup>435</sup>, *Diennet c. France*<sup>436</sup>, *Gautrin c. Francia*<sup>437</sup>, *Cosson c. Francia*<sup>438</sup>, *Gubler c. Francia*<sup>439</sup>.

## 6.2.2 Le volet civil et les sanctions administratives.

Il y a un autre groupe d'arrêts de la CEDH sur le thème des procédures administratives. On rappellera notamment l'arrêt *Obermeier c. Autriche*<sup>440</sup> et la jurisprudence *Zumtobel c. Autriche*<sup>441</sup>.

---

<sup>434</sup> *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgio*, cit.

<sup>435</sup> CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, 48.

<sup>436</sup> CEDH, 26 septembre 1995, sentence *Diennet c. Francia*, 325-A.

<sup>437</sup> CEDH, 20 mai 1998, *Gautrin c. France*, 72, dans *Recueil*, 1998-III.

<sup>438</sup> CEDH, 18 juillet 2006, *Cosson c. France*, § 24.

<sup>439</sup> CEDH, 27 juillet 2006, *Gubler c. France*.

Ces deux affaires analysent des procédures administratives autrichiennes sur lesquelles la Cour administrative suprême autrichienne (*Verwaltungsgerichtshof*) ne peut exercer qu'un contrôle de légalité en tant qu'organe vraiment judiciaire. Une procédure apparemment contraire à la CEDH, mais qui apparemment reçoit deux interprétations différentes.

Dans *Obermeier* le contrôle du *Verwaltungsgerichtshof* autrichien a été réputé contraire à la CEDH en tant que dernière phase d'une procédure composée de trois étapes. Loin d'être des tribunaux, les deux premiers degrés de jugement déroulés ont été sollicités devant l'administration du Land et l'administration fédérale (appel). Cette incompatibilité nuit à la dernière instance, entraînant une violation de la Convention par l'Autriche.

L'affaire *Zumtobel* a été évaluée autrement. Bien que le système des recours contre les décisions administratives était identique, la Cour a jugé que les recours portés devant l'administration ont été bien approfondis et détaillés. Cela a permis à la Cour administrative autrichienne de faire connaître l'intégralité de l'affaire, qui s'est par contre prononcée sur toutes les requêtes du requérant, en ne déclinant jamais sa propre compétence.

L'affaire *Zumtobel* offre en réalité la confirmation de la thèse qu'on essaiera de démontrer dans ce travail, c'est-à-dire la compatibilité d'un contrôle juridictionnel de légalité avec la CEDH au cas où la procédure de premier degré devant l'Autorité antitrust a respecté les règles de l'art. 6 CEDH et a étudié en fait et en droit toutes les questions qui lui ont été soumises (voir aussi *Fischer c. Autriche*<sup>442</sup> et *Ortenberg c. Autriche*<sup>443</sup>).

D'autres arrêts de la Cour portent sur cette question : on rappellera *Kilián c. République Tchèque*, *Janosevic c. Suede*<sup>444</sup>, *Golder c. Royaume Uni*<sup>445</sup>, *Terra Woningen B.V. c. Pays Bas*<sup>446</sup>, *Chevrol c. France*<sup>447</sup>.

---

<sup>440</sup> CEDH, 28 juin 1990, *Obermeier c. Autriche*, 179.

<sup>441</sup> CEDH, 21 septembre 1993, *Zumtobel c. Autriche*, 268-A.

<sup>442</sup> CEDH, 26 avril 1995, *Fischer c. Autriche*, 312.

<sup>443</sup> CEDH, 23 octobre 1995, *Ortenberg c. Autriche*, 295-B.

<sup>444</sup> CEDH, 23 juillet 2002, *Janosevic c. Suede*, dans *Recueil*, 2002-VII.

<sup>445</sup> CEDH, 22 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, 18.

<sup>446</sup> CEDH, 17 décembre 1996, *Terra Woningen B.V. c. Pays Bas*, dans *Recueil*, 1996-IV.

<sup>447</sup> CEDH, 13 mai 2003, *Chevrol c. France*, dans *Recueil*, 2003-III.

### 6.2.3 Le volet pénal et les sanctions administratives.

Les arrêts les plus importants concernent les sanctions administratives, qui ont été recouvertes par l'art. 6 CEDH en matière d'accusations pénales.

Tout d'abord il faut remarquer l'existence de nombreux arrêts qui condamnent l'Autriche : les arrêts *Grandinger c. Autriche*<sup>448</sup>, *Palaoro c. Autriche*<sup>449</sup>, *Pfarrmeier c. Autriche*<sup>450</sup>, *Pramstaller c. Autriche*<sup>451</sup>, *Schmautzer c. Autriche*<sup>452</sup>, *Umlauft c. Autriche*<sup>453</sup>. Il s'agit des griefs contre l'Autriche en matière de violations du Code de la Route autrichien, contre lesquelles la loi autrichienne prévoit que les requérants peuvent saisir l'administration routière soit au premier soit au deuxième degré, alors qu'en dernière instance le contrôle du *Verwaltungsgerichtshof* entre en jeu, mais est borné à la légalité des décisions administratives précédentes. En bref, la Cour EDH constate dans tous les arrêts susnommés la violation de l'art. 6 et du droit d'accès à un tribunal, puisque le contrôle administratif de première et deuxième instance n'est guère un contrôle exercé par un tribunal, tandis que la Cour administrative autrichienne n'exerce qu'un contrôle de légalité. Il est utile de lire les conclusions de la Cour : « Quant à la compétence de la Cour administrative, elle doit s'apprécier en tenant compte du fait qu'en l'espèce, elle était amenée à s'exercer dans un litige de nature pénale au sens de la Convention. Sa compatibilité avec l'article 6 par. 1 (art. 6-1) se mesure dès lors au regard des griefs soulevés devant ladite juridiction par l'intéressé, mais aussi à la lumière des caractéristiques constitutives d'un "organe judiciaire de pleine juridiction". Or parmi celles-ci figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. En l'absence de pareille compétence dans le chef de la Cour administrative, celle-ci ne saurait passer pour un "tribunal" au sens de la Convention. Au demeurant, la Cour constitutionnelle a considéré, dans un arrêt du 14 octobre 1987, que pour les sanctions pénales non couvertes par la réserve à l'article 5 (art. 5), le contrôle réduit exercé par les Cours administrative ou constitutionnelle ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) (paragraphe 26 ci-dessus) »<sup>454</sup>.

---

<sup>448</sup> CEDH, 23 octobre 1995, *Grandinger c. Autriche*, 328-C.

<sup>449</sup> CEDH, 25 novembre 1994, *Palaoro c. Autriche*, 329-B.

<sup>450</sup> CEDH, 23 octobre 1995, *Pfarrmeier c. Autriche*, 329-C.

<sup>451</sup> CEDH, 23 octobre 1995, *Pramstaller c. Autriche*, 329-A.

<sup>452</sup> CEDH, 23 octobre 1995. *Schmautzer c. Autriche*, 328-A.

<sup>453</sup> CEDH, 23 octobre 1995, *Umlauft c. Autriche*, 328-B.

<sup>454</sup> *Grandinger cit.*, § 44. *Palaoro cit.*, §43. *Pfarrmeier cit.*, § 40. *Pramstaller cit.*, § 41. *Schmautzer cit.*, § 36. *Umlauft cit.*, § 39.

#### 6.2.4 Les condamnations contre l'Autriche et la réforme du contentieux administratif autrichien.

La constatation de l'incompatibilité du contentieux administratif autrichien avec la jurisprudence de la Cour EDH a entraîné la réforme du système du contentieux administratif autrichien lui-même. La réforme constitutionnelle du 1988 a institué les Chambres administratives indépendantes (*UVS : Unabhängigen Verwaltungssenate*). Il s'agit de nouveaux tribunaux qui appartiennent structurellement à l'administration des *Länder* et sont chargés de garantir la légalité de l'ensemble de l'administration publique. Elles sont dotées d'une grande liberté décisionnelle, et d'une forte indépendance de leurs membres, ainsi accomplissant avec la jurisprudence de la Cour.

L'institution des UVS représente un exemple pour l'ensemble des tribunaux administratifs italiens, puisqu'ils détiennent une compétence de juger le fond des affaires. Grace à cette réforme l'Autriche est parvenue à rendre la limitation des compétences du *Verwaltungsgerichtshof* enfin compatible avec la Convention.

Que résulte-t-il de cet exposé ? Qu'un système de contrôle borné à la légalité de l'activité du pouvoir public peut être compatible avec la CEDH uniquement si l'art. 6 est applicable aussi devant les administrations qui examinent en 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> instance l'affaire.

L'analyse devrait pourtant se poursuivre en vérifiant si la procédure administrative contentieuse qui se déroule devant l'Autorité antitrust italienne respecte les exigences de l'art. 6 CEDH.

#### 6.3 La procédure contentieuse devant les Autorités italienne et française.

Si l'on compare à la France, la procédure de constatation des violations de la loi devant l'Autorité de la concurrence italienne présente moins de garanties de nature judiciaire. La comparaison entre les deux pays est en effet de grand intérêt. La France a toujours hésité à séparer la structure institutionnelle des Autorités de la traditionnelle administration ministérielle d'origine wébérienne<sup>455</sup>, mais elle assure quand même mieux les droits et garanties des particuliers opposés à l'activité des Autorités, en rendant cette procédure finalement semblable à un véritable procès.

De surcroît, la réforme de la structure et de compétences du Conseil (désormais Autorité de Concurrence) va créer une véritable structure judiciaire par les biais des transferts de fonctions de la DGCCRF aux services d'enquête auprès de la nouvelle Autorité et la création du nouveau

---

<sup>455</sup> Et on sent donc le besoin d'introduire un nouveau genre d'Autorités, appelées « Autorités publiques indépendantes », pour marquer la différence avec les autorités indépendantes actuelles trop dépendantes de l'administration gouvernementale ? Voir Michel DEGOFFE, *Les Autorités publiques indépendantes*, dans *Actualité juridique – Droit administratif*, 2008, p. 622-629. La compétence d'enquête pour longtemps confiée à la DGCCRF est une preuve de la méfiance qui aurait entouré l'action du Conseil de la concurrence.



« conseiller rapporteur ». Cela représente une vraie nouveauté dans le contexte des Autorités européennes de concurrence, parmi lesquelles aucune n’a une structure si complète et si respectueuse des droits de procédure<sup>456</sup>.

L’autonomie dont les enquêteurs continueront à jouir conduit de plus en plus à se poser la question de l’identité même des Autorités, qui deviennent désormais des institutions qui échappent à toute qualification de nature administrative. Il faut rappeler que la partition entre fonctions d’enquête et fonctions de jugement a toujours été un atout de la Cour Européenne des Droits de l’Homme. Dans plusieurs arrêts (*Padovani c. Italie*, *Hauschildt c. Danemark*, *Tierce et autre c. San Marine*, *Nortier c. Pays Bas*, *Saraiva de Carvalho c. Portugal*) la Cour a estimé contraire à la CEDH une structure judiciaire qui n’assurait pas la séparation des fonctions (toujours par le biais d’un contrôle « in concreto »).

En revanche, la Cour ne s’est pas prononcée sur l’obligation de répondre aux sollicitations et aux signalisations des particuliers concernant des situations illégales. Pour autant, le pouvoir d’autosaisine du Conseil de la concurrence le fait ressembler à une autorité quasi juridictionnelle, qui peut intervenir dès qu’elle l’estime nécessaire pour le respect des lois de concurrence.

D’autres droits dont les particuliers bénéficient pendant une procédure contentieuse entamée par le Conseil et toujours couverts par la Convention EDH sont les visites et saisies des documents et le droit d’accès aux documents. Les mêmes droits pourraient donc bien recevoir une couverture par la Convention EDH devant l’AGCM italienne.

L’analyse des deux systèmes procéduraux dévoile maintes différences surtout dans le domaine des inspections autorisées pour la saisine des documents et fichiers.

La législation française a réglé le pouvoir d’inspection des fonctionnaires chargés par le *Conseil* de façon très intéressante, puisqu’il est soumis à l’autorisation préalable d’un juge de l’ordre judiciaire, qui en contrôle le déroulement et veille au respect des droits fondamentaux des particuliers. Pareil contrôle judiciaire (qui vient d’être renforcé et rendu plus respectueux des droits de particuliers grâce à la réforme menée par la Loi de modernisation de l’économie ou LME promulguée en août 2008) n’est point prévu en Italie, où par contre il y a une procédure complètement libre de contrôles judiciaires et potentiellement plus dangereuse donc pour les droits des particuliers.

---

<sup>456</sup> Bruno LASSERRE, *La nouvelle Autorité de concurrence*, dans *Concurrences*, 1-2009, p. 4.

Par contre on pourrait avoir des doutes sur le fait que le Conseil soit effectivement indépendant et impartial en analysant les normes de sa composition, où l'influence du pouvoir gouvernemental demeure importante par rapport à l'*Autorità antitrust* italienne (mais là aussi, la LME a apporté beaucoup d'innovations).

#### 6.4 Commentaire.

La comparaison entre *Autorità antitrust* italienne et Conseil de la concurrence français, sous la perspective des arrêts les plus importants de la Cour EDH a permis de constater l'inefficacité des garanties procédurales du droit italien de la procédure administrative contentieuse. Mais elle nous permet d'autres constats : tout d'abord, la Cour française de cassation applique de façon directe les dispositions de la CEDH même dans le droit intérieur, et même aux procédures administratives contentieuses. Cela montre le différent niveau d'efficacité qui entoure la CEDH en France, mais aussi une conception différente des droits de procédure, qui deviennent de plus en plus droits fondamentaux, et en tant que tels trouvent un abri à l'intérieur de la Convention.

L'importance accrue des droits de procédure conduit à se poser la question de leur rôle dans les démocraties contemporaines, mais aussi des traditionnelles formes de légitimation des Etats. En effet, une institution qui peut se caractériser par une forte garantie des droits des enquêtés au moment où l'enquête commence faire basculer le concept de légitimation des traditionnelles orientations du droit naturel vers les nouvelles tendances bien dressées par Luhmann et Habermas, voire vers une obligation de « bonne procédure », source quotidienne de légitimation de l'Etat.

## 7 Bibliografia.

ALOISE Maurizio, *Le Autorità amministrative indipendenti*, su [www.opiniojuris.it](http://www.opiniojuris.it).

AMATO Giuliano, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, pagg. 645-664.

ANTONIOLI Marco, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto antitrust*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1/2000, pagg. 61-124.

ANTONIOLI Marco, *Legge antitrust, giurisdizione esclusiva e sanzioni amministrative al vaglio delle sezioni unite, commento a Cass. Civ, sez. un., decisione del 29/04/2005, n. 8882* in *Il Foro Amministrativo CdS*, 9/2005, pag. 2469.

ARCELIN Linda, *De quelques incidences des procédures connexes devant le Conseil de la concurrence*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 6/2007, pagg. 5 ss.

ARCELIN Linda, *L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 11/2007, pagg. 100-110.

ARCELIN Linda, *Imputabilité de l'infraction : continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise absorbée par l'entreprise absorbante*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 14/2008, pag. 32.

BARTOLE Sergio, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, sub voce *Giudice: I*.

BOITANI Andrea, *Costi e benefici dei diversi modelli di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2002, pagg. 385-397.

BORSELLINO Domenico, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, CEDAM, Padova, 2005.

CAIANIELLO Vincenzo, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, pagg. 1-46.

CANIVET Guy, *Concurrence – Institutions nationales* in *Juris-classeur de Procedure civile*, fasc. 390.

CAPUTI JAMBRENGHI Vincenzo, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in Franco FRANCIOSI (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Giuffrè, Milano, 2003.

CARAMAZZA Ignazio, *Interesse legittimo e procedimento*, in Francesco TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del Convegno. Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988*, Milano, Giuffrè, 1990.

CARINGELLA Francesco, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Le Società*, 5/2001, pagg.539-549.

CARINGELLA Francesco, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005.

CASSANO Giuseppe, *Diritto d'accesso ai documenti amministrativi o richiesta surrentizia?*, nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 22 gennaio 2001, in *Giustizia civile*, 10/2001, pagg. 2553-2565.

CASSESE Sabino e FRANCHINI Claudio, *Presentazione*, in Sabino CASSESE e Claudio FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996

CASSESE Sabino, *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in Sabino CASSESE e Claudio FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.

CASSESE Sabino, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/2007, pagg. 3-42.

CASSINIS Paolo, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2/2006, pagg. 719-750.

CERULLI IRELLI Vincenzo, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in Franco GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Il Mulino, Bologna, 2001, pagg. 49-60.

CHAPMAN Audrey R., *La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme (obligations découlant de l'article 15 (1) (c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, in *Bulletin du droit d'auteur*, 3/2001, pagg. 4-40.

CHEREDNYCHENKO Olga, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, in *European Review of Private Law*, 1/2006, pagg. 23-61.

CHEVRIER Eric, *Etendue de la commission rogatoire dans les enquêtes de concurrence, commento a Cour de cassation, crim.*, 20 ottobre 2004, n. 02-87.096 (n° 5914 F-P+F), in *Recueil Dalloz*, 2004, pag. 3136.

CHEVRIER Eric, *commento a Cour de cassation*, sez. criminale, 9 febbraio 2005, n. 03-85.302 (n° 1030 FS-P+F), in *Recueil Dalloz*, 2005, pag. 951.

CHEVRIER Eric, *commento a Cour de cassation*, sez. criminale, 14 novembre 2007, n. 05-85.739 (F-D) in *Recueil Dalloz*, 2008, pag. 81

CHEVRIER Eric, *commento a Cour de cassation*, sez. criminale, 14 novembre 2007, n. 05-85.740 (F-D) in *Recueil Dalloz*, 2008, pag. 81.

CHEYNEL Benjamin, in *De l'usage délicat des mesures de publicité de ses décisions par le Conseil de la concurrence*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 11/2007, pag. 30.

CHEYNEL Benjamin, *La procédure française d'engagements devant la Cour d'appel de Paris*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 14/2008, pagg. 85-89.

CHIEPPA Roberto, *La tutela giurisdizionale dei controinteressati rispetto ai provvedimenti di archiviazione e di autorizzazione dell'autorità antitrust*, in *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 2004, Milano, Giuffrè, 2004.

CIAMMOLA Massimo, *Il diritto di accesso ai documenti dopo la l. n. 15 del 2005: natura, soggetti legittimati e ambito applicativo*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it).

CINTIOLI Fabio, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Giuffrè, Milano, 2005.

CIRILLO Gianpiero Paolo, *Intervento*, in Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi. Vol. 9*, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per il coordinamento amministrativo - Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2005.

CLARICH Marcello, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 1/1993, pagg. 77-105.

CLARICH Marcello, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in Sabino CASSESE e Claudio FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.

CLARICH Marcello, *Autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2005.

CLARICH Marcello, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

CLARICH Marcello, CORSO Guido, ZENO-ZENCOVICH Vincenzo, *Le Autorità indipendenti: un catalogo delle question aperte*, in [www.isimm.it](http://www.isimm.it).

CLAUDEL Emmanuelle, *La saisine d'office du Conseil de la concurrence n'implique pas, en tant que telle, une atteinte au principe d'impartialité*, in *Revue Trimestrelle de Droit Commercial et de Droit Economique*, 1/2004, pagg. 80-88.

COLLET Martin, *De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation*, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (a cura di), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Presses de Sciences po et Dalloz, Parigi, 2004, su [www.regulation.sciences-po.fr](http://www.regulation.sciences-po.fr).

COLLET Martin, *La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un Etat en crise ?* in AA.VV., *Les autorités administratives indépendantes*, La documentation française, Paris, 2007.

CONDOMINES Aurélien, *L'application du droit de la concurrence aux associations professionnelles*, in *La Semaine Juridique (JCP)*, éd.E, 4/2005, pagg. 120-122.

D'ALBERTI Marco, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?*, in Lucio LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1997.

DECOCQ André, *La genèse du Conseil de la concurrence (À propos du vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986)*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 10/2007, pagg. 81-82.

DECOCQ Georges, *L'ordre professionnel, le droit de la concurrence et le procès équitable*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 6/2007, pag. 21

DECOCQ Georges, *Le principe du contradictoire ne s'applique pas à la procédure de clémence*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 6/2007, comm. 155.

DEGOFFE Michel, *Les Autorités publiques indépendantes*, in *Actualité juridique de droit administratif*, 12/2008, pagg. 622-629.

DELLA CANANEA Giacinto, *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in Franco FRANCARIO (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Giuffré, Milano, 2003.

DENOIX DE SAINT MARC Renaud, *Régulateurs et juges*, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (a cura di), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Presses de Sciences po et Dalloz, Parigi, 2004, su [www.regulation.sciences-po.fr](http://www.regulation.sciences-po.fr).

DUPUIS-TOUBOL Frédérique, *Le juge en complémentarité du régulateur*, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (a cura di), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Presses de Sciences po et Dalloz, Parigi, 2004, su [www.regulation.sciences-po.fr](http://www.regulation.sciences-po.fr).

FATTORI Piero e TODINO Mario, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Le pouvoir du régulateur de régler les différends*, in IDEM (a cura di), *Les risques de régulation*, Presses de Science-Po et Dalloz, Paris, 2005.

GAROFOLI Roberto, *Procedimento, accesso ed autorità indipendenti*, in Francesco CARINGELLA, Roberto GAROFOLI, M. Teresa SEMPREVIVA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Giuffré, Milano, 2003.

GAUDEMET Yves, *Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 1999, pag. 2242.

GENEVOIS Bruno, *Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires*, in *Revue française de droit administratif*, 4/1989, pagg. 671-682.

- GITTI Gregorio (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- GLASER Emmanuel, *L'appréciation de l'effet d'une concentration sur la concurrence*, in *Revue française de droit administratif*, 4/2006, pagg. 702-714.
- GROPPI Tania e CELOTTO Alfonso, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 4/2004, pagg. 1309-1385.
- GROPPI Tania, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *Le fonti del diritto oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Edizioni Plus, Pisa, 2006.
- HAUSMANINGER Herbert, *The Austrian Legal System*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung-Kluwer Law International, Vienna-Den Hag, 1998.
- HERRENSCHMIDT Fleur, *L'arrêt TV-ADSL de la Cour de cassation: l'avènement du "référé concurrence" devant le Conseil de la concurrence?*, su [www.twobirds.com](http://www.twobirds.com),
- HURSTEL Daniel, *The role of the lawyer in the restoration of market confidence*, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (a cura di), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Presses de Sciences po et Dalloz, Parigi, 2004, su [www.regulation.sciences-po.fr](http://www.regulation.sciences-po.fr).
- JEULAND Emmanuel, *Régulation et theorie générale du procès*, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (a cura di), *Les risques de régulation*, Presses de Science-Po et Dalloz, Paris, 2005.
- KONTCHOU Emilienne, *Le contentieux administratif en Autriche*, su [www.univ-paris1.fr](http://www.univ-paris1.fr).
- LAINO Aurelio, *L'accesso ai documenti amministrativi tra aperture giurisprudenziali e novità legislative*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).
- LAZZARA Paolo, *Il procedimento davanti l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Provvedimenti e tutela giurisdizionale*, in Paolo LAZZARA (a cura di), *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001.



LAZZARA Paolo, *Discrezionalità tecnica ed Autorità indipendenti*, in Franco FRANCARIO (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Giuffrè, Milano, 2003.

LEMAIRE Christophe, *Un regard français: de la loi NRE au programme de clémence*, in *Concurrences*, 3/2005, pagg. 19-22.

LOMBARD Martine, *La régulation dans un Etat de droit*, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (a cura di), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences po et Dalloz, Parigi, 2004, su [www.regulation.sciences-po.fr](http://www.regulation.sciences-po.fr).

LOMBARD Martine, *Institutions de régulation économique et démocratie politique*, in *Actualité juridique. Edition droit administratif*, 10/2005, pagg. 530-540.

LONGO Filippo, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle Autorità indipendenti*, in Sabino CASSESE e Claudio FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.

LONGOBARDI Nino, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in IDEM, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2004.

MALAUURIE-VIGNAL Marie, *La Cour de cassation, en allégeant le niveau de preuve, facilite l'octroi de mesures conservatoires et renforce ainsi l'efficacité du droit de la concurrence*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 12/2005, pag. 226.

MALAUURIE-VIGNAL Marie, commento a *Cour de Cassation com.*, 31 gennaio 2006, in *Contrats Concurrence Consommation*, 4/2006, pag. 32.

MALINCONICO Carlo, *Le funzioni amministrative delle Autorità indipendenti*, in Sabino CASSESE e Claudio FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.

MARIE André, *Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 1/2008, pagg. 112-128.

MASCHER Franz, *La notion de "tribunal" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Euro-*

*péenne des Droits de l'Homme. Actes du colloque du 22 mars 1996 en la Grande Chambre de la Cour de cassation, organisé par l'Institut des hautes études européennes, Bruylant, Bruxelles, 1996.*

MATHEY Nicolas, *La protection du domicile des personnes morales relève des droits de l'Homme!*, *commento a Société Colas Est e altri c. Francia*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 aprile 2002, in *Bulletin Joly Sociétés*, 8/2002, pagg. 953 ss.

MAZZAROLLI Leopoldo, *Ricorso straordinario e amministrazioni indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 3/2002, pagg. 393-411.

MAZZILLI Antonio, *Commento a Tar Lazio, sez. I, 24 febbraio 2004, n. 1715*, in *Il Foro amministrativo Tar*, 5/2004, pagg. 1434-1446.

MERUSI Fabio e PASSARO Michele, in *Enciclopedia del diritto – Aggiornamento VI*, Giuffré, Milano, 1999, *sub voce* *Autorità indipendenti*.

MERUSI Fabio, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000.

MERUSI Fabio, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in Franco GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Il Mulino, Bologna, 2001.

MERUSI Fabio, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 2/2002, pagg. 181-207.

NARDELLI Cecilia, *Il potere di nomina delle Autorità Indipendenti dei Presidenti di Camera e Senato della Repubblica italiana: un modello ormai superato?*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it).

NEGRI Marcella, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Giappichelli Editore, Torino, 2006.

NOURISSAT Cyril, *Téléphonie mobile: suite... et fin?*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 11/2007, pagg. 71-72.

PAJNO Alessandro, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in Sabino CASSESE e Claudio FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.

PAJNO Alessandro, *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, su [www.giur.uniroma3.it](http://www.giur.uniroma3.it)

PANZANI Luciano, *Autorità indipendenti e giudici*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2002, pagg. 415-423.

PATRONI GRIFFI Filippo, *Tipi di autorità indipendenti*, in Sabino CASSESE e Claudio FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.

PAVANI Giorgia, *Le Autorità amministrative indipendenti in Italia*, su [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it).

PERA Alberto, *Autorità di regolazione e controllo nei settori economici*, in Franco GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Il Mulino, Bologna, 2001, pagg. 97-104.

PEREZ Rita, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1996, pagg. 115-147.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, *From "negative" to "positive" integration in the WTO: Time for "mainstreaming human Rights into WTO Law?"* In *Common Market Law Review*, 2000, pagg. 1363-1382.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, *Human Rights and the Law of World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, 2003, pagg. 241-281.

PICCIOLI Carlo, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1996, pagg. 29-70.

PINELLI Cesare, *La disciplina delle Autorità indipendenti*, su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

POLO Michele, *Le Autorità indipendenti: un'analisi economica e una proposta di riordino*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2002, pagg. 369-384.

PREDIERI Alberto, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997.

QUADRIO CURZIO Alberto, *Spesa, fiscalità e finanza pubblica: le anomalie italiane e la UE*, sintesi della relazione al Convegno *La Costituzione ieri e oggi*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 9-10 gennaio 2008, su [www.lincci.it](http://www.lincci.it).

RASELLI Alessandro, *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1977 (ristampa).

RESCIGNO Matteo, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: un rapporto difficile*, in *Le Società*, 5/2001, pagg. 523-536.

RIGANO Francesco, *Le Autorità indipendenti nel sistema costituzionale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2002, pagg. 359-368.

RODRIGUEZ Simona, *Il rapporto tra la l. 7 agosto 1990, n. 241 come legge di principi generali e le forme di partecipazione previste da disposizioni speciali*, nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5105, in *Giurisprudenza italiana*, pagg. 1266-1272.

ROMANO TASSONE Antonio, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni*, in *Diritto amministrativo*, 3/2002, pagg. 459-480.

RORDORF Renato, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Il foro italiano*, V/2000, coll. 145-153.

SALOMON Renaud, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales*, in *Revue de droit bancaire et financier*, 1/2001, pagg. 40-48.

SANDULLI Maria Alessandra, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1992, sub voce *Sanzione*. IV *Sanzioni amministrative*.

SATTA Filippo, *La nuova giurisdizione esclusiva: le regole del processo*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Atti del XLIX convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, su [www.provincia.lecco.it](http://www.provincia.lecco.it).

SCARSELLI Giuliano, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, in *Il Foro italiano*, III/2002, coll. 488-493.

SCHIAVANO Maria Luisa, in Luigi Carlo UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, CEDAM, 2004, pag. 2379, sub voce *L. 287/1990, art. 12*.

SCHIAVANO Maria Luisa, in Luigi Carlo UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, CEDAM, 2004, pag. 2379, sub voce L. 287/1990, art. 14.

SCOCA Franco Gaetano, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

SLAUGHTER Anne-Marie, *A new world order*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

SPASIANO Mario, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto amministrativo*, 2/2002, pagg. 283-310.

SUDRE Frédéric, Jean-Pierre MARGENAUD, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Adeline GOUTTENOIRE, Michel LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004.

TACONNET Christine, *Rapport du Conseil de la Concurrence pour 2005: principales orientations et orientations prioritaires*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 10/2007, pagg. 82-85.

TENORE Vito, *L'ispezione amministrativa ed il suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 1999.

THATCHER Mark, *Concurrence ou complémentarité? A propos de la délégation des pouvoirs*, in *Revue française d'administration publique*, 1/2004, pagg. 49-52.

TESAURO Giuseppe e TODINO Mario, in *Enciclopedia del diritto – Aggiornamento VI*, Giuffrè, Milano, 1999, sub voce *Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

TOMEI Roberto, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1999, sub voce *Ispezione amministrativa*.

TORCHIA Luisa, *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità indipendenti*, in Sabino CASSESE e Claudio FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.

TRAVI Aldo, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, su [www.cesifin.it](http://www.cesifin.it).

TRAVI Aldo, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2002, pagg. 425-435.

VALENTINI Stelio, *Le ispezioni amministrative. Funzione e caratteri*, Giuffré, Milano, 1999.

VASQUES Luciano, *Commento a Tar Lazio, sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3861 e Tar Lazio, sez. I, 11 febbraio 2003, n. 420*, in *Diritto industriale*, 3/2004, pagg. 254-266.

VENEZIANO Salvatore, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

VILMART Christine, *Les procédures alternatives aux sanctions en droit communautaire de la concurrence*, in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 20-21/2007, pagg. 17-22.

VIRGA Giovanni, *Contraddittorio, partecipazione e accesso agli atti del procedimento*, in Marco CAMMELLI e Maria Paola GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Ravenna, Maggioli, 1997.

J.-W. W., *Sanctions administratives : le juge administratif français et les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme relatives aux accusations « en matière pénale »*, in *Revue française de droit administratif*, 3/1994, pagg. 414-428.

ZANETTINI Laura, *Commento a Tar Lazio, sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3861*, in *Il Foro amministrativo Tar*, 6/2003, pagg. 1952-1962.

ZOLLER Elisabeth, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie*, in *Revue française de droit administratif*, 4/2004, pagg. 757-771.



### *Collège Doctoral Européen - Strasbourg*

Giorgio Giuliano è stato membro della promozione “Marco Polo” del *Collège Doctoral Européen* dell’Università di Strasburgo durante la preparazione della sua tesi di dottorato dal 2007 al 2009. Ha goduto di aiuti specifici da parte del CDE ed ha seguito lezioni settimanali su tematiche europee tenute da esperti internazionali.

Il suo lavoro di ricerca è stato effettuato nel quadro di una convenzione di cotutela tra l’Università degli studi di Siena in Italia e l’*Université de Strasbourg* in Francia.

*M. Giorgio Giuliano a été membre de la promotion Marco Polo du Collège Doctoral Européen des universités de Strasbourg pendant la préparation de sa thèse de 2007 à 2009. Il a bénéficié des aides spécifiques du CDE et a suivi un enseignement hebdomadaire sur les affaires européennes dispensé par des spécialistes internationaux.*

*Ses travaux de recherche ont été effectués dans le cadre d’une convention de cotutelle avec l’Université de Sienne, Italie et l’Université de Strasbourg, France.*