

INTRODUZIONE.

Intento del presente lavoro è quello di verificare – piuttosto che falsificare – la tesi, sostenuta da una parte consistente, ma in vero minoritaria della dottrina, della natura giurisdizionale, o para-giurisdizionale, ovvero ancora *quasi-judicial* (ma ben si potrebbe dire giustiziale¹) delle Autorità indipendenti, con particolare riguardo, tra le c.d. Autorità di garanzia², al Garante della concorrenza e del mercato – da alcuni ritenuta, come si avrà modo di vedere, una vera e propria «magistratura della concorrenza e del mercato»³. La tesi verrà riletta e declinata nel senso di una ritenuta *materiale* giurisdizionalità dell'attività principale (*id est* contenziosa) delle Autorità *de quibus*, del tutto compatibile con la loro natura, da un punto di vista soggettivo, amministrativa. Si sosterrà cioè che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁴, presa a modello di tutte le Autorità di garanzia – le quali meglio delle Autorità c.d. di regolazione si prestano ad una tale ricostruzione – svolga un'attività formalmente (nel senso che si preciserà di seguito) amministrativa, ma sostanzialmente giurisdizionale.

Non potendo – com'è del tutto perspicuo – al principio dell'indagine conoscerne i risultati, sarà ovviamente possibile che l'analisi conduca, invece, ad esiti del tutto inaspettati e diversi da quello di avvalorare, e quindi, per così dire, fornire un supporto alla cennata tesi della (quasi)giurisdizionalità dell'attività delle *Authorities*.

¹ Cfr. E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Milano, 1986; nonché ID., *Idea e prassi dell'amministrazione giustiziale*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, 1996; e, ancora, più recentemente, A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. Giur., Aggiornamento IX*, Roma, 2000.

Osserva, del resto, proprio in riferimento alle Autorità amministrative indipendenti, e in particolar modo, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, come «emerg[a] con grande evidenza l'aspetto giustiziale dell'amministrare pubblico», M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004, 2, p. 347-361, in particolare, p. 360; ma cfr. anche Marcello Clarich, citato alla nota 3, cui si rinvia, ove l'A. si riferisce all'Autorità da ultimo citata, appunto, come ad una «amministrazione giustiziale» (p. 97).

² Sulle quali *infra*.

³ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, in particolare, p. 111.

⁴ Istituita ex art. 10 L. 10 ottobre 1990, n. 287.

In breve, oggetto del presente scritto sarà, quindi, l'attività svolta in forma contenziosa dalle c.d. "Autorità amministrative indipendenti"⁵ (d'ora in poi, per brevità, AAI) ovvero, con altra simile formula, sostanzialmente equivalente – ancorché non si possa ritenere propriamente coincidente – "Amministrazioni indipendenti"⁶: difatti, poiché la natura formalmente amministrativa delle *Authorities* in esame verrà assunta come dato di partenza, per le ragioni che saranno di seguito meglio chiarite, le due espressioni possono ritenersi, per parte nostra, del tutto fruibili nel contesto del discorso, e saranno conseguentemente utilizzate come sinonimi. Tali espressioni (ma in concreto e per

⁵ La bibliografia sulle AAI è sterminata: per un primo, utile approccio si consigliano G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 645 ss., anche in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Atti del Convegno di Sorrento, 30 maggio 1997, Padova, 1999; F. BASSI/F. MERUSI (a cura di), *Mercati ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro Amm.*, 1997, II, 341 ss.; F. CARINGELLA/R. GAROFOLI, *Le Autorità indipendenti*, Napoli, 2000; S. CASSESE/C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in BASSI, F. /MERUSI, F. (a cura di), *Mercati ed amministrazioni indipendenti*, cit.; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, 1995; S. FREGO LUPPI, *L'Amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; GIRAUDI G./RIGHETTINI M.S., *Le Autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2001; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; A. LA SPINA/G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; N. LONGOBARDI, *Le "amministrazioni indipendenti": profili introduttivi*, in *Scritti per M. Nigro*, II, Milano, 1991, p. 175 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, IV, 1997; ID., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. Dir.*, 1997, p. 639 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Bologna, 2000; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, 1996; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2002; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; B. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1996, 115 ss.; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1996, 1 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

Cfr., inoltre, i contributi di: G. AMATO, *Le autorità indipendenti*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14 - Legge, Diritto, Giustizia*, Torino, 1998, 369 ss.; V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Dir. ec.*, 1998, 239 ss.; F. CARINGELLA, *Le Autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons. St.*, 2000, II, 541 ss.; S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro It.*, 1996, V, 7 ss.; C. FRANCHINI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1988, 549 ss.; ID., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, II, Modena, 1996, 775 ss.; N. LONGOBARDI, *"Amministrazioni indipendenti" e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, I, Milano, 1993, 525 ss.; ID., *Le autorità amministrative indipendenti, laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in *Jus*, 1998, 685 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Studi in onore di L. Elia*, II, Milano, 1999, 893 ss.; A. MASSERA, *"Autonomia" e "Indipendenza" nell'amministrazione dello Stato italiano*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, p. 450 ss.; P.E. ROSSI, *La rilevanza costituzionale e comunitaria delle Autorità di garanzia*, in *Dir. Ec.*, 1998, 393 ss.; C. VESPERINI, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1990, 415 ss.

Per i contributi più specificamente dedicati alle problematiche giurisdizionale, si rinvia al Cap. III.

⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI/F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 1-30, in particolare, p. 1; nonché M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, cit.

ragioni di sintesi la prima delle due: AAI) saranno, in generale, preferite a quella, anch'essa in uso tra i costituzionalisti, i giuspubblicisti, ma anche gli amministrativisti, di "Autorità indipendenti"⁷, la quale tende a sottolineare il – preteso o effettivo – rilievo costituzionale delle Autorità *de quibus*, negandone *tout court* la natura amministrativa⁸. Come si è anticipato, la nostra indagine muoverà, invece, lo ripetiamo, dalla loro natura formalmente amministrativa per determinare – una volta verificatene, a livello normativo, le caratteristiche dell'organizzazione e dell'attività – l'esattezza di una tale ricostruzione (delle *Authorities*, in generale, ma, in primo luogo, della c.d. Autorità *antitrust*) sotto il profilo sia soggettivo che funzionale.

In particolare, tra tutte le Autorità che vengono – non sempre concordemente da parte della dottrina – ricomprese tra le AAI si è scelto di considerare le sole Autorità di garanzia⁹, in riferimento alle quali appare particolarmente opportuno, come si vedrà e cercherà di dimostrare, l'utilizzo dell'espressione, da tempo introdotta nella dottrina

⁷ Usata, ad esempio, da M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir amm.)*, cit.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, cit.; F. CARINGELLA/R. GAROFOLI, *Le autorità indipendenti*, cit.; e, ancora, recentemente da M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit.; nonché G. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

⁸ L'espressione AAI corrisponde all'espressione francese "*Autorités administratives indépendantes*" – per la quale si rinvia alla nota 17 – piuttosto che alla dizione usata nella terminologia anglosassone, sia essa inglese "*Quangos*" (cioè *Quasi autonomous non governmental organizations*) o americana "*Independent commissions*" (o *authorities*, o *agencies*). Tale espressione è apparsa per la prima volta, in Francia, nel 1978, in riferimento alla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* – vedi la nota 18 –.

Per alcune interessanti osservazioni sulle implicazioni dell'adozione dell'una espressione – AAI – piuttosto che dell'altra – A.I. –, si rinvia a M. PASSARO, *Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale*, in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del convegno di Sorrento*, Padova, 1999, pp. 187-214.

Sui "*quangos*" britannici, la bibliografia di lingua inglese è sterminata: cfr., per tutti, C. HOOD, *Governmental bodies and government growth*, in *Quangos in Britain. Government and the Networks of public policy-making*, London and Basingstoke, 1982; P. HOLLAND, *Quangos, quangos, quangos*, London, 1979; nonché M.V. FLINDERS/M.J. SMITH, *Quangos, Accountability and Reform*, London-New York, 1999. Nella dottrina di lingua italiana, cfr., invece, in particolare sugli "*administrative tribunals*", E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, cit.

Sul medesimo fenomeno in Irlanda, cfr. V. GROGAN, *Administrative Tribunals*, in CIVICS INSTITUTE OF IRELAND, *Public Administration in Ireland, III*, 1954, pp. 32-50.

Sulle *independent agencies* statunitensi, cfr., in generale: nella dottrina di lingua inglese, B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, Boston, 1984; nonché L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000; nella dottrina di lingua italiana, per tutti, G. BOGNETTI, *Dalla "Rule of Law" allo Stato amministrativo: il problema della giustizia amministrativa in America*, in *Jus*, 1986, p. 240 ss. e 1987, p. 11 ss.; nonché G.F. FERRARI, *Il procedimento amministrativo dell'esperienza anglo-americana*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti, II*, 1996. Più nel dettaglio, cfr., invece, SCALIA, *Le independent regulatory agencies nell'ordinamento statunitense*, in *Attività regolatoria e autorità indipendenti. Atti del convegno di studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996, Quaderni della Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, Milano 1996;

⁹ Cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit.; ma anche S. NICCOLAI, *Le autorità indipendenti come potere di garanzia*, in *Rassegna parlamentare*, XL, 1998, 1, pp. 335 ss.

giuspubblicistica italiana e, quindi, ad essa ben nota, di amministrazione giustiziale¹⁰ – con la quale si è inteso, almeno in via di prima approssimazione, tradurre il termine anglosassone di “*adjudication*”¹¹ –. Salvo qualche necessario riferimento comparatistico, ci si accosterà però al fenomeno delle AAI non tanto attraverso la lente dell’attività di c.d. *adjudication* propria di alcune delle autorità e/o amministrazioni tipiche del mondo anglosassone, ma soprattutto attraverso – ed, anzi, quasi esclusivamente attraverso – la prospettiva degli approfonditi studi della dottrina giuspubblicistica italiana sull’attività c.d. decisoria (*id est*, contenziosa e giustiziale) della p.a.: questa, in estrema sintesi, la linea d’indagine scelta.

Più in particolare, una volta indagato, infatti, il concetto di “indipendenza” come sviluppato dalla giurisprudenza costituzionale (il che avverrà nel Cap. I), ci si propone di esaminare, riconsiderando la fondamentale nozione di “decisione amministrativa”¹² così come sviluppata dalla dottrina giuspubblicistica (Cap. II), quale rapporto vi sia, in primo luogo, tra la disciplina generale del procedimento amministrativo, disciplinata con L. 7 agosto 1990, n. 241¹³, e recentemente modificata, da ultimo, con la legge n. 15 dell’11 febbraio 2005 – la quale, come noto, utilizza e richiama il concetto di “decisione” – e la disciplina normativa del procedimento contenzioso che si svolge innanzi le AAI – ma, per le ragioni vedute, quasi esclusivamente l’Antitrust – il quale verrà partitamene analizzato (in particolare, nel Cap. III).

In secondo luogo (ancora nel Cap. III), si considererà il rapporto esistente tra l’attività contenziosa svolta dalla pubblica amministrazione – e, nello specifico, quella dell’Autorità *de qua* – la quale si estrinseca, appunto, attraverso le c.d. “decisioni

¹⁰ Cfr. E. BALBONI, *Amministrazione*, cit.

¹¹ Sull’attività di “*adjudication*” negli ordinamenti anglosassoni cfr., N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 1, p. 52 ss., già in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004, pp. 183-204, e la bibliografia *ivi*; nonché M. D’ALBERTI, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, p. 1 ss. Più in generale, cfr. ID., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992.

Di «aggiudicazione» in riferimento ai procedimenti delle Autorità *de quibus*, scrive C. MALINCONICO, *I procedimenti di aggiudicazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, pp. 21-28.

¹² Sulla quale si rinvia al Cap. II, e alle opere *ivi* citate, in particolare, quelle di Nigro, Benvenuti e Giannini.

amministrative”, e l’esercizio della giurisdizione, che si conclude, invece, tipicamente con “sentenza”.

L’indagine di tale ultima questione imporrà ovviamente alcune considerazioni di carattere generale sulla giurisdizione *tout court*, ma anche, come ovvio, di assumere conclusivamente una posizione specifica sulla questione della natura amministrativa o meno (e, in alternativa, giurisdizionale o para-giurisdizionale) delle AAI. La quale natura amministrativa sembrerebbe ormai essere acquisita e comunemente accettata dalla dottrina maggioritaria, ma bensì negata da una parte pur consistente e certamente autorevole di essa.

Ci si chiederà, quindi, quale sia il *proprium* della “giurisdizione” ed in cosa essa si distingua dall’attività svolta in forme contenziose dalla p.a., ma anche in cosa la discrezionalità tecnica – tipica, secondo la giurisprudenza e la gran parte della dottrina, (di alcune almeno) delle AAI – differisca dall’attività discrezionale *tout court* della p.a., per un verso, e, per altro verso, dalla attività (per definizione) giurisdizionale d’interpretazione e applicazione della legge da parte del giudice.

Quello che, per così dire, si potrebbe definire come il “piano dell’opera” è, quindi, in estrema sintesi, il seguente: in primo luogo, si esaminerà il concetto di indipendenza come formatosi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, con particolare riferimento ad un preciso momento storico, motivatamente scelto ed individuato; in secondo luogo, si considererà poi il concetto di decisione amministrativa e il binomio attività contenziosa-decisione; quindi, dopo essersi calati nel contesto normativo delle AAI, e, in particolar modo, dell’Autorità *antitrust*, si affronterà il nodo cruciale del rapporto tra l’attività contenziosa da essa svolta e l’esercizio della vera e propria giurisdizione, senza come ovvio trascurare l’analisi – che si ritiene, anzi, momento centrale della nostra indagine – dei rimedi propriamente giurisdizionali avverso le

¹³ Che ha introdotto, come noto, le “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”

decisioni delle AAI, come affrontata anche – e in primo luogo – nella giurisprudenza, soprattutto, ma non soltanto, della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato.