

Maria Alessandra SANDULLI

Professore ordinario di Diritto amministrativo e di Giustizia amministrativa nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre

Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti

Roma, Palazzo Spada, 28 febbraio 2013

Premessa: i poteri di legittimazione ad agire delle autorità indipendenti e dei Ministeri dell'Università e della Ricerca e dell'Economia e delle Finanze.

Consentitemi innanzi tutto di rivolgere un sentito ringraziamento agli organizzatori di questo incontro per avermi invitato a partecipare a questo interessante dibattito sulle Autorità indipendenti e al Presidente Giovannini che ci ha ospitato in questa splendida e prestigiosa sede.

L'argomento sul quale mi è stato chiesto di intervenire (e del quale mi sono peraltro già occupata in varie occasioni) riveste all'evidenza massimo interesse per gli studiosi di giustizia amministrativa, integrando allo stato uno dei profili più delicati, se non il più delicato, della vasta e complessa tematica della legittimazione ad agire in giudizio, tradizionalmente legata alla "tutela dei propri diritti e interessi giuridicamente protetti".

L'attribuzione *ex lege* ad un'Autorità pubblica del potere (e forse dovere) di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo a tutela di un interesse di valenza generale è stata avvertita come una novità sensazionale nel nostro sistema, che, come era prevedibile, ha destato immediatamente l'attenzione degli studiosi.

Io stessa ho avuto subito occasione di occuparmene, in primissima battuta, nel corso di un incontro di studi svoltosi a Roma TRE il 12 aprile 2012 su "*Norme europee a tutela della concorrenza e giudice amministrativo*" e, poco dopo, in un convegno specificamente dedicato al tema, organizzato presso la medesima AGCM, in collaborazione con la mia cattedra di Giustizia amministrativa, il 31 maggio 2012.

Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere a tutela della concorrenza riconosciuto all'Autorità antitrust dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 – che trova un lontano precedente nel potere di agire in giudizio originariamente riconosciuto al Garante per l'editoria, ancorché poi eliminato, e anticipa quello recentemente attribuito all'istituenda Autorità dei Trasporti in materia di

provvedimenti sui taxi – non è però ad una più attenta ricognizione del sistema una novità in senso assoluto.

Come si riporta anche nel volume di Cristiano Celone, che andiamo oggi a presentare, la Banca d'Italia e la Consob sono state da tempo legittimate ad impugnare le deliberazioni o gli atti delle società vigilate adottati in violazione di alcune disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria (artt. 14., 62, 110, 121 e 157 del d. lgs. n. 58 del 1998), mentre l'art. 6 della l. n. 168 del 1989, richiamato dall'art. 2, comma 7 della l. n. 240 del 2010, ha attribuito al Ministro dell'Università e della Ricerca uno specifico potere di impugnazione degli Statuti dei singoli Atenei che non si adeguino ai propri rilievi di legittimità.

Ma, soprattutto, merita richiamare lo stranamente meno attenzionato potere riconosciuto già dal 1997 al Ministero delle Finanze di impugnare per qualsiasi vizio di legittimità i regolamenti comunali in materia di entrate tributarie (art. 52, comma 4 del d. lgs. n. 446 del 1997).

Si tratta, a ben vedere, in tutti i casi, di un potere (e, come si dirà, forse dovere) di controllo indiretto, esercitabile attraverso l'esperimento di un'azione impugnatoria, affidato ad un'Autorità pubblica sugli atti illegittimamente incidenti sulla sfera di interessi rimessi alla sua cura. Nei casi dei Ministeri, peraltro, a differenza di quanto disposto per le Autorità indipendenti, l'azione è sganciata dal tipo di vizio denunciato e dunque, sembrerebbe, dalla tutela di uno specifico interesse.

La settorialità e specificità degli Statuti universitari e dei regolamenti comunali in tema di entrate tributarie e l'inserimento della surrichiamata disposizione sul MEF in una legge *omnibus* sulla finanza locale spiegano come le relative disposizioni siano passate sotto silenzio e, seppure come già detto non limitative dei vizi di legittimità denunciabili, non abbiano suscitato il clamore destato dal ben più ampio e generale potere di legittimazione attiva riconosciuto all'Autorità antitrust dal citato art. 35 del c.d. decreto "salva Italia".

L'articolo si inserisce, come noto, nell'ambito del più vasto complesso di disposizioni che, a partire dal d.l. n. 138 del 2011, attribuiscono nuovi poteri e nuovi compiti all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, chiamata a collaborare in prima linea al rilancio dell'economia attraverso la valorizzazione dell'effettività della concorrenza, aggiungendo sotto la significativa rubrica "*Potenziamento dell'Antitrust*", un art. 21-*bis* alla l. n. 287 del 1990, riconosce invero all'Autorità un generalissimo potere di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo (secondo il rito accelerato di cui al Titolo V del Libro IV del c.p.a.) "contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica *che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*".

L'ampia formulazione della norma, che attribuisce all'AGCM una legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (anche a contenuto particolare) assunto da una pubblica amministrazione (la regola, in quanto eccezionale, trova, a mio avviso, applicazione soltanto alle pubbliche amministrazioni in senso stretto, indicate dall'art. 1 comma 2 del d. lgs. n. 165 del 2001) in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, le consente di incidere in via immediata su qualsiasi procedura concorsuale che, pur astrattamente rispettosa del sistema pro-concorrenziale, integri nel suo concreto espletamento una violazione delle sue regole formali e/o sostanziali, eludendone i principi informativi.

Al di là delle problematiche che la disposizione potrà sollevare sul piano pratico (in relazione al limitato organico dell'Autorità e alla oggettiva impossibilità per la medesima di "monitorare" tutti i provvedimenti amministrativi suscettibili di contravvenire alle norme sulla concorrenza, compito per il quale dovrebbe opportunamente potersi avvalere quanto meno delle Autorità di settore), si tratta, come è agevole rilevare, di una novità di grandissimo rilievo, non soltanto per la forza che essa attribuisce all'Autorità antitrust, che ha significativamente già iniziato ad avvalersene, e al valore primario riconosciuto alla concorrenza, ma anche e soprattutto per i potenziali effetti sulla ricostruzione generale della funzione del giudice amministrativo, che, accedendo ad una lettura della norma in termini di apertura alla legittimazione "pubblica" ad un'azione "nell'interesse della legge", vedrebbe indubbiamente potenziato il suo ruolo di garanzia della "giustizia nell'amministrazione" affermata dall'art. 100 Cost. e più volte sottolineata dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 204 del 2004¹, sollevando tuttavia qualche problema di compatibilità con l'art. 103 Cost..

Quella del fondamento della legittimazione a ricorrere dell'AGCM costituisce invero, anche per la sua natura necessariamente preliminare, la questione più delicata posta dalla novella del 2011.

Occorre cioè stabilire se essa attribuisca all'AGCM una speciale forma di legittimazione al ricorso (indipendente dalla titolarità di una posizione giuridicamente qualificata e differenziata) o se, invece, si limiti a configurare l'interesse al rispetto della concorrenza come una particolare forma di interesse legittimo (ricostruito anche come una sorta di interesse collettivo di cui l'AGCM

¹ Si rimanda sul punto a M.A. SANDULLI, *Considerazioni conclusive*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, Atti del Convegno, svoltosi presso l'Università degli studi "Roma Tre" il 18 e 19 maggio 2007, in www.giustamm.it e in *Quaderni del Foro amm.-TAR*, 2007; ID, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in www.federalismi.it, 2008.

diventerebbe una specie di ente esponenziale, secondo un modello simile a quello utilizzato per gli interessi diffusi)².

Secondo la prima chiave di lettura, sostenuta a prima lettura da vari commentatori, tra cui anche chi vi parla³, l'art. 21-bis (e, già nel 1997, l'art. 52 de d.lgs. n. 446) introdurrebbe una forma – atipica e specialissima – di giurisdizione di natura oggettiva, attivata a tutela di un interesse generale e non per difendere situazioni giuridiche particolari. Nella seconda ipotesi, al contrario, il nuovo potere di azione sarebbe comunque riconducibile nell'ambito della tradizionale giurisdizione a tutela di situazioni soggettive giuridicamente qualificate e differenziate, con la sola peculiarità che, in tal caso, l'interesse a tutela del quale è proposto il ricorso si soggettivizza in un'Autorità pubblica.

Come è agevole comprendere e come non si è mancato, anche recentemente, di sottolineare⁴, la questione non è meramente teorica o dogmatica, ma ha importanti implicazioni pratiche, che, come immediatamente rilevato dai primi commentatori, investono innanzi tutto la sua compatibilità costituzionale, in riferimento al citato art. 103 Cost., il quale, dopo aver disposto che *“la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari”*, attribuisce al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa la *“giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”*: formula che, onestamente, non sembra lasciare spazio alla protezione di interessi non riconducibili a tali posizioni soggettive. Giustificando così le perplessità di quegli Autori⁵, che, già in sede di primo commento, hanno rappresentato l'inconciliabilità di tale disposizione con una giurisdizione di tipo oggettivo, proposta, nel – mero – interesse della legge, a prescindere dalla titolarità di un interesse differenziato e qualificato.

Il problema, come è agevole comprendere, è ancora più delicato per i riferiti poteri di legittimazione ministeriale, se ed in quanto, come sembrerebbe dalla lettera della legge, non espressamente correlati all'interesse pubblico di cui i Ministeri attori sono portatori. Sicché non è ad esempio dato comprendere se il MEF possa agire soltanto a tutela dell'interesse ad una maggiore e/o più equa imposizione tributaria o anche, in termini più generali, a tutela dell'interesse generale

² La tesi è così correttamente ricostruita da R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, Relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012, in www.giustamm.it.

³ *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in www.giustamm.it, www.federalismi.it e in *Foro amm. TAR*, 2011. Analogamente, ma evidenziandone le criticità, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in www.giustamm.it

⁴ R. GIOVAGNOLI, cit.

⁵ F. CINTIOLI, cit.

alla “buona amministrazione”, o ancora, come peraltro sta facendo, a protezione degli amministrati da un potere impositivo perfettamente logico ed equo solo perché ritenuto in contrasto con specifiche disposizioni di legge ordinaria. Mi riferisco, in particolare, all’impugnazione dei regolamenti con i quali alcuni comuni insulari, nel sostituire la tassa di soggiorno con quella di sbarco, ne hanno previsto l’applicazione a tutti coloro che sbarcano invece che limitarla a quelli che utilizzano compagnie di linea come apparentemente previsto dalla legge: un’impugnazione, dunque, di cui non è facile individuare il fondamento in un interesse “soggettivizzato” diverso da quello al primato della legge ordinaria, anche a discapito dei principi costituzionali.

Non sembra in proposito inutile peraltro rilevare che, nel parere (n. 123 del 12 luglio 1999) espresso quasi quindici anni fa sul Regolamento di attuazione della c.d. “legge Merloni” (legge quadro in materia di lavori pubblici), l’Adunanza Generale del Consiglio di Stato, di fronte alla richiesta dell’allora Autorità di Vigilanza per i lavori pubblici di ottenere una legittimazione ad impugnare in via giurisdizionale gli atti di affidamento ritenuti illegittimi, osservò sì che *“l’attribuzione di un generale potere di legittimazione ad impugnare gli atti delle stazioni appaltanti verrebbe a configurare una sorta di azione pubblica nell’interesse della legge, in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento che richiedono – a parte i settori della giurisdizione penale e contabile – che l’azione giudiziaria trovi comunque un collegamento, sia pure amplissimo, con un interesse del soggetto agente protetto sia direttamente (diritto soggettivo) sia occasionalmente (interesse legittimo)”*, ma concluse poi nel senso che *“una simile azione non può che essere disposta per legge”*, senza fare alcun riferimento alla compatibilità costituzionale di tale ipotesi.

Il tema merita invece sicuramente maggiore approfondimento.

I presupposti e il fondamento del nuovo potere nel quadro costituzionale ed euro-unitario.

La questione non può a mio avviso prescindere dalla già sottolineata circostanza che le nuove disposizioni costituiscono un importantissimo segnale di attenzione verso la garanzia di un valore che trae dal Diritto dell’Unione europea una primaria rilevanza⁶, in nome del quale il legislatore italiano deroga alle più tradizionali regole del processo amministrativo, improntato alla tutela delle posizioni soggettive individuali, in favore della tutela di un interesse, pur sempre particolare, ma facente capo ad un soggetto pubblico e soddisfatto attraverso il mero rispetto delle regole che, a livello euro-unitario e nazionale, sono preposte alla sua garanzia.

⁶ Cfr. anche A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, pp. 129 ss., che sottolinea come, nel settore *antitrust*, la *“politica della concorrenza”*, volta alla promozione del confronto competitivo tra operatori economici, costituisce uno dei valori fondanti dell’Unione europea.

La scelta può leggersi in un certo senso come uno sviluppo della visione delle autorità nazionali in termini di *amici curiae*, proposta dall'art. 15, comma 3, del regolamento europeo n. 1 del 2003.

Come noto, in base a tale disposizione, e ai paragrafi 31-35 della comunicazione sulla cooperazione con i giudici nazionali, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno la facoltà di intervenire presentando osservazioni scritte o, previa autorizzazione dell'organo giudicante, anche orali, nei giudizi pendenti dinanzi alle giurisdizioni nazionali a fini di cooperazione per la tutela della concorrenza.

La Commissione ha il potere di intervenire solo “*ai fini dell'applicazione uniforme dell'articolo [101] o dell'articolo [102] del [TFUE]*”; inoltre, essa limiterà le proprie osservazioni all'analisi economica e giuridica dei fatti alla base della causa pendente a livello nazionale.

Le autorità nazionali della concorrenza, invece, hanno uno spettro più ampio d'intervento, in quanto possono più genericamente attivarsi “*in merito a questioni relative all'applicazione dell'articolo [101] o dell'articolo [102] del [TFUE]*”. Con riguardo a queste ultime, l'articolo 15 stabilisce solo uno standard minimo, lasciando infatti espressamente “*impregiudicati i più ampi poteri di presentare osservazioni dinanzi alle giurisdizioni che siano conferiti alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri in forza della legislazione dei rispettivi Stati membri*”. Alcuni ordinamenti nazionali avevano dunque già previsto i poteri più ampi per le autorità nazionali di concorrenza (Nell'ordinamento tedesco, ad esempio, la *Bundeskartellamt* ha il potere di nominare un rappresentante autorizzato a presentare delle dichiarazioni scritte, partecipare alle udienze, fornire prove e porre dei quesiti alle parti, ai testimoni ed agli esperti).

La Commissione, peraltro, anche per i presupposti più limitati di intervento, ha agito come *amicus curiae* dinanzi ai giudici nazionali solo nei casi più importanti aventi implicazioni di carattere generale per la politica della concorrenza e per l'applicazione coerente degli articoli 101 e 102 TFUE. Essa ha fatto dunque un uso molto limitato dello strumento, le cui modalità di presentazione, in assenza di specifiche disposizioni regolamentari, seguono le norme procedurali nazionali, e nel caso in cui l'ordinamento di uno Stato membro non abbia ancora stabilito il quadro procedurale di riferimento, sono individuate dal giudice nazionale, tenendo conto delle esigenze di compatibilità con i principi generali del diritto UE, in particolare la tutela dei diritti fondamentali delle parti coinvolte nella causa, nonché il principio di effettività e di equivalenza⁷.

⁷ Il primo caso in cui la Commissione ha presentato delle osservazioni scritte ha riguardato la causa *Garage Gremeau* dinanzi alla Corte d'Appello di Parigi, concernenti l'interpretazione del concetto di distribuzione selettiva quantitativa ai sensi del regolamento della Commissione 1400/2002, sull'esenzione in blocco di alcuni accordi riguardanti il settore dell'automobile. Il secondo caso ha riguardato la deducibilità ai fini fiscali delle ammende imposte dalla Commissione

Nell'esercizio del suddetto potere di collaborazione, il Regolamento riconosce tanto alle Autorithies che alla Commissione la possibilità di chiedere ai competenti organi giurisdizionali interni di trasmettere o di garantire che vengano loro trasmessi i documenti necessari alla valutazione del caso trattato, che potranno peraltro utilizzare esclusivamente ai fini della preparazione delle osservazioni.

È evidente la coerenza della linea evolutiva e, al tempo stesso, l'importanza del salto in avanti compiuto dal nostro sistema con l'introduzione dell'art. 21-*bis* l. n. 287 del 1990, che addirittura trasforma l'Autorità da mero interveniente in una controversia già *sub judice* in autonomo promotore di un giudizio.

Il modello si avvicina peraltro in qualche modo alla procedura di infrazione attivabile dalla Commissione UE e al relativo giudizio di constatazione dell'inadempienza, di cui si riscontra ormai un'ampia casistica anche avverso atti amministrativi (se ne ricordano, in via esemplificativa, rispetto a singole procedure di affidamento di appalti pubblici⁸, a concessioni di trasporto⁹; al recupero di aiuti illegittimamente concessi¹⁰; ad accordi ("patto d'area") per lo sviluppo industriale in zone costituenti habitat naturali protetti¹¹; al mancato esperimento di una valutazione di impatto ambientale¹², ecc.). Con l'effetto che gli atti amministrativi nazionali, adottati in materie coperte dal diritto UE, sono comunque esposti, oltre che alle possibili azioni giurisdizionali intentate dai soggetti che ne lamentino la lesione delle proprie posizioni giuridiche soggettive, al controllo operato, su iniziativa della Commissione, davanti alla Corte di giustizia.

per la violazione del diritto europeo della concorrenza. La presentazione delle osservazioni è avvenuta dinanzi alla Corte d'Appello di Amsterdam, dopo che i giudici di primo grado, si erano espressi a favore della deducibilità. Il caso in questione è stato arricchito di ulteriore interesse dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE da parte della Corte d'Appello di Amsterdam, in cui i giudici UE si pronunciarono a favore dell'intervento della Commissione *ex* articolo 15(3) regolamento 1/2003, nonostante il procedimento nazionale non riguardasse direttamente l'applicazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, quanto la materia fiscale, e ciò in ragione dell'efficacia della sanzione irrogata dalla Commissione (Vedi, la sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2009, Causa C-429/07, *X BV*, in *Raccolta*, 2009, p. I-000).

Il terzo caso riguarda la presentazione di osservazioni scritte dinanzi alla Corte d'Appello di Parigi, concernenti l'applicazione del regolamento 2790/1999 sull'esenzione di alcuni accordi verticali, ed in particolare la restrizione delle vendite su internet nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva. Anche in questo caso, i giudici nazionali hanno optato per il ricorso in via pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia UE (Vedi, la Causa C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*).

8 Corte giust., Grande Sezione, 18 dicembre 2007, in causa C-532/03, Commissione/Irlanda; Corte giust., sez. I, 4 giugno 2009, causa C-250/07, Commissione/Grecia; Corte giust., Grande Sezione, 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda; Corte giust., sez. III, 18 luglio 2007, causa C-503/04, Commissione/Germania.

9 Corte giust., sez. II, 9 marzo 2006, causa C-323/03, Commissione/Spagna.

10 Corte giust., Grande Sezione, 7 luglio 2009, causa C-369/07, Commissione/Grecia.

11 Corte giust., sez. II, 20 settembre 2007, causa C-388/05, Commissione/Italia; Corte giust., sez. IV, 4 ottobre 2007, causa C-179/06; Commissione/Italia.

12 Corte giust., sez. II, 5 luglio 2007, in causa C-255/05, Commissione/Italia.

E proprio in riferimento a queste ipotesi un'autorevole dottrina¹³ ebbe qualche tempo fa a chiedersi se tale modello di garanzia dell'adempimento degli obblighi comunitari potesse essere in qualche modo utilizzato anche nel nostro sistema di giustizia amministrativa e, innanzitutto, se ve ne fosse la necessità, correlata ad eventuali nostre lacune in ordine alla garanzia di giustizia nell'azione amministrativa, soprattutto dopo l'abolizione dei controlli amministrativi sia in ordine agli atti degli enti territoriali minori (riforma del titolo V della Costituzione), sia in ordine agli atti amministrativi statali (riforma dei controlli preventivo di legittimità della Corte dei conti), che lascia circoscritto il controllo pubblico ai – più gravi e limitati – casi di responsabilità amministrativa e contabile.

Si rilevava dunque correttamente l'insufficienza del controllo affidato alla sola iniziativa dei soggetti privati¹⁴, che peraltro, proprio nelle materie che qui interessano, trova il pesante quanto ingiusto ostacolo dell'ingente contributo unificato (aggravato in termini inaccettabili dalla legge di stabilità, che arriva addirittura a portarlo nel doppio grado a 15 mila euro).

Si suggeriva pertanto l'introduzione di una possibilità di attivazione del controllo giurisdizionale da parte delle autorità appartenenti al medesimo ente la cui normativa risulta violata, quale *“importante strumento per contrastare quel deficit di legalità e quelle sacche di immunità, che l'attuale nostro sistema non è in grado altrimenti di superare”*.

Il fondamento giuridico di tale potere di legittimazione, non potendosi riconoscere nella violazione di una propria norma la lesione di una posizione giuridica sostanziale del soggetto emanante, era individuato nell'obbligo di leale collaborazione (sancito dall'art. 120 Cost. e dall'art. 4 par. 3 TUE), viepiù facilmente invocabile nei confronti dello Stato per il rispetto delle regole UE, in forza della responsabilità cui lo espone la loro violazione. Quanto meno la grave violazione di tale obbligo, come acutamente osservato dalla surriferita dottrina, implica invero la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato dell'ente la cui norma è stata violata *“Perché la sussistenza di un obbligo di leale collaborazione consente di attribuire valenza intersoggettiva ad interessi qualificati di altro ente (Stato, Regione, ecc.), correlati ai propri compiti istituzionali (ad esempio, nel campo economico e sociale) e ad ulteriori obblighi giuridici, intestati appunto a tale diverso ente”*.

¹³ G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2010,

¹⁴ Rileva infatti l'A. che *“non si può pretendere che siano i cittadini, per mezzo dei loro ricorsi, a costituire i “gendarmi” dell'ordinamento e le uniche vestali dello stesso. Anche perché in taluni casi – e soprattutto nei provvedimenti a più elevato contenuto organizzativo (si pensi agli affidamenti in house, alle proroghe delle concessioni, dei contratti, ecc.)- è difficile ipotizzare la lesione di posizioni sostanziali di singoli cittadini o imprese private, che rimangono del tutto estranei a tali vicende”*.

Ancora più agevolmente, la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato è a mio avviso riconoscibile in capo ad un soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico, nell'ipotesi di violazione delle regole poste, da esso o da altri, a tutela di tale interesse. La *ratio* dell'introduzione di questo tipo di enti è invero significativamente ricondotta ad una finalità di carattere “*giustiziale*” di protezione di interessi collettivi o diffusi, equiparati a quello pubblico e ritenuti meritevoli di una particolare protezione, perché minacciati dall'operare di “*poteri forti*” di tipo economico ed imprenditoriale¹⁵.

La proposta ricostruzione consentirebbe agevolmente di superare i delicati dubbi di legittimità costituzionale sopra prospettati sotto il profilo della non riconducibilità dell'interesse alla tutela della concorrenza alle posizioni soggettive di interesse legittimo – e, in particolari materie, di diritto soggettivo – per la cui tutela la Costituzione consente il ricorso al giudice amministrativo.

Tali dubbi, come noto, sono stati già portati davanti alla Corte costituzionale dalla Regione Veneto nell'ambito di un ampio ricorso principale depositato il 23 febbraio 2012 con istanza di sospensione sulle norme Salva – Italia. E sono stati prospettati al TAR del Lazio, sez. III-ter, in un ricorso trattenuto in decisione all'udienza del 15 novembre 2012, ma sul quale non è stata ancora depositata la sentenza.

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile con sentenza n. 20 del 14 febbraio scorso. Oltre a rilevare il difetto di legittimazione regionale a denunciare in via principale vizi che non incidono sulle competenze Stato-Regioni, la Corte ha significativamente posto in luce che la disposizione contestata non introduce un “nuovo e generalizzato controllo di legittimità”, sibbene – integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 – prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi “che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”. Sottolinea in particolare la sentenza che il predetto potere si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso. La detta disposizione, dunque, conclude la Corte, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), concernente anche la

¹⁵ M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, IV, 1995, parla a tale proposito dei c.d. *public interests at large* costituiti da consumatori, risparmiatori, investitori, utenti di servizi pubblici, cioè da ampi gruppi di amministrati.

potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, primo periodo, Cost.. Limite che evidentemente non vale per i richiamati poteri ministeriali, che presentano pertanto sicuramente maggiori dubbi di compatibilità costituzionale.

Come già anticipato in precedenti occasioni di dibattito¹⁶, la critica di coerenza costituzionale del potere di legittimazione ad agire delle Autorità indipendenti a tutela degli interessi ad esse specificamente affidati è a mio avviso superabile con la considerazione, che infatti la richiamata dottrina non condivide sul presupposto proprio della loro natura indipendente, che esse sono per legge affidatarie della tutela dell'interesse al corretto andamento del settore vigilato, interesse che per l'AGCM si identifica nella tutela della concorrenza, sicché sono effettivamente portatrici di interessi sostanziali protetti dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizzano in capo ad esse¹⁷ e ne ricevono immediata lesione anche nel caso degli atti a contenuto normativo o generale, riducendosi (fino ad oggi) gli ostacoli al suo accesso diretto alla giustizia non tanto nella inconfigurabilità in capo alla stessa di un interesse sostanziale, "qualificato" in quanto fatto oggetto di una particolare considerazione dall'ordinamento e per questo differenziato da quello della generalità degli altri soggetti, ma, se mai, nella difficoltà di configurare in capo all'Autorità un interesse processuale, consistente, come noto, nella possibilità di conseguire un vantaggio personale, concreto e attuale dalla decisione. Proprio in quanto derivanti da prescrizioni di legge ordinaria, tali condizioni possono però trovare una deroga in fonti di pari rango, nella specie sopravvenute e speciali, che, in un'ottica di massima garanzia della giustizia nell'amministrazione, identifichino, per le Authorities, tale interesse nel rispetto della legge diretta a garantire l'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico ad esse affidato. Del pari non sembra condivisibile l'argomento che il principio di effettività della tutela – e le regole che sul suo presupposto informano il processo amministrativo – avrebbe valenza soltanto per gli interessi dei singoli e non anche per quelli a carattere superindividuale, ancorché specificamente protetti dall'ordinamento e affidati addirittura alla cura di un soggetto appositamente istituito e deputato ad operare in posizione di "indipendenza" dall'apparato amministrativo e di Governo. Proprio la natura

¹⁶ M.A. SANDULLI, *Il nuovo potere di ricorso dell'AGCM a tutela della concorrenza*, Relazione al Convegno dell'AIGE (associazione italiana giuristi europei) sul tema *Norme europee sulla concorrenza e tutela dinanzi al giudice amministrativo EU Competition Law and the enforcement before the administrative Courts*, svoltosi nell'Università di Roma Tre il 19 aprile 2012 e *Introduzione all'Incontro di studio su L'azione di annullamento, L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo e nelle sue applicazioni giurisprudenziali*, svoltosi nell'Università di Roma Tre il 26 aprile 2012.

¹⁷ In senso radicalmente contrario, F. CINTIOLI, op. cit.: "La risposta dev'essere negativa. Non è possibile ritenere che l'Autorità, in quanto tale, sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, potendo (e dovendo) attivarsi per la tutela e realizzazione di un interesse generale alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa di certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto". La posizione negativa sembra condivisa anche da F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana*, Relazione al X Convegno Antitrust svoltosi a Treviso nei giorni 18 e 19 maggio 2012.

indipendente delle Autorità e la specifica missione ad esse affidata (tutela di uno specifico interesse pubblico che, per le forti implicazioni economiche e sovranazionali, si vuole sottratta all'apparato governativo) giustifica infatti a mio avviso la scelta legislativa di attribuire *in primis* a tali soggetti, la legittimazione processuale ad agire per assicurarne la tutela.

In altri termini, il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, deve essere visto come diretta e naturale espressione dell'interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato – alla migliore attuazione del valore “concorrenza”, di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti, interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito (parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini all'uopo indicati.

La proposta ricostruzione ha trovato valido conforto proprio nell'ambito della magistratura amministrativa. In una Relazione a uno specifico convegno sul tema svoltosi recentemente a Milano, R. GIOVAGNOLI ha giustamente sottolineato che ritenere che il ricorso affidato all'Autorità *antitrust* sia semplicemente diretto all'attuazione della legge, e, quindi, sorretto soltanto dall'interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa, rischierebbe di disconoscere il valore della concorrenza come “bene della vita” che l'ordinamento garantisce e protegge.

Il dato di fondo da cui occorre prendere le mosse è che l'AGCM può proporre ricorso non solo e non tanto perché c'è un atto (regolamentare o amministrativo) illegittimo, ma perché quell'atto ha violato le regole in materia di concorrenza, così alterando il corretto funzionamento del mercato e il libero esplicarsi in esso della libertà di iniziativa economica su cui essa deve vigilare¹⁸.

Trattasi, come è agevole riscontrare, di qualcosa di diverso e di ulteriore rispetto alla semplice legalità dell'azione amministrativa. L'A., esprimendo netta adesione alla tesi qui sostenuta, evidenzia che il corretto funzionamento del mercato è certamente un bene della vita di primaria importanza, protetto a livello costituzionale e euro-unitario, un bene della vita che ha assunto oggi un ruolo fondamentale, in un contesto economico nel quale il corretto funzionamento dei mercati viene sempre più spesso indicato come fondamentale fattore di crescita e di competitività.

¹⁸ Il mercato è tutelato “in quanto luogo nel quale si esplicita la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa, è perciò stesso luogo della competizione, cosicché ogni comportamento di mercato che riduce tale competitività diminuisce la possibilità per chiunque di esercitare liberamente la propria pretesa di autoaffermazione” (Cass. Sez. Un. 4 febbraio 2005, n. 2207).

E ricorda che *“la giurisprudenza, nazionale ed europea, ha precisato in più occasioni che le norme a tutela del mercato e della concorrenza fanno nascere situazioni giuridiche qualificate in capo a tutti i soggetti che agiscono sul mercato: in capo tanto alle imprese quanto ai consumatori, anche quest’ultimi ormai da tempo considerati soggetti direttamente tutelati”*. Ne offrono significativo esempio la giurisprudenza che consente ai consumatori di invocare la legge n. 287/1990 per ottenere il risarcimento del c.d. danno da illecito antitrust, o quella che riconosce l’impugnabilità delle archiviazioni e dei provvedimenti negativi dell’AGCM da parte di soggetti terzi, ivi comprese le associazioni dei consumatori.

Entrambi gli orientamenti si fondano invero sul presupposto che l’interesse al corretto funzionamento del mercato non è un mero interesse di fatto, ma un interesse giuridicamente rilevante, la cui lesione legittima appunto il soggetto che, nella situazione concreta, possa vantare una posizione differenziata, ad attivare i necessari rimedi giurisdizionali (dall’azione risarcitoria all’impugnazione dei provvedimenti illegittimi).

Il principale ostacolo alla “giustiziabilità” del bene “concorrenza” deriva però dal fatto che, in molte occasioni, è difficile individuare soggetti privati che rispetto a tale bene della vita si trovino in una posizione differenziata.

L’interesse alla concorrenza è dunque certamente “giuridicizzato”, ma in alcuni casi difficilmente “soggettivizzabile”. Ciò accade in tutti quei casi in cui la lesione del mercato non si traduce anche in una lesione particolare della sfera giuridica del privato (impresa, consumatore, associazione di categoria). In queste situazioni il rimedio giurisdizionale non è attivabile non tanto perché manca l’interesse giuridicamente rilevante, ma perché manca la posizione differenziata del singolo. O, aggiungerei, non è facilmente “attivabile” a causa degli iniqui costi della giustizia.

La situazione, come sopra anticipato, viene assimilata a quella che caratterizza gli interessi diffusi, per i quali, come noto, il problema è stato risolto mediante la loro trasformazione in interessi collettivi di cui diventano titolare gli enti esponenziali del gruppo, dotati dei necessari requisiti di rappresentatività.

Nel caso previsto dall’art. 21-*bis*, in termini se possibile ancora più coerenti, la posizione differenziata è riconosciuta per legge (invece che ad un qualsiasi ente esponenziale) al soggetto pubblico istituzionalmente chiamato a tutelare il bene “concorrenza”, ovvero l’AGCM.

Alla base della norma vi è, invero, la consapevolezza da parte del legislatore dell’importanza che oggi ha assunto, anche per effetto del diritto UE, il bene “concorrenza”, bene talmente rilevante da

far ritenere insufficiente la tutela rimessa solo all'iniziativa di soggetti privati che occasionalmente possano trovarsi in una situazione che li differenzi rispetto al *quisque de populo* e che non sempre possono avere la volontà o le possibilità economiche per azionarla. Da qui la decisione di affidarne anche la tutela giurisdizionale al soggetto pubblico già preposto, in veste "neutrale", alla sua garanzia.

Il disegno è coerente con la natura e le funzioni delle Autorità indipendenti e dell'AGCM in particolare, che, in termini diversi dalle Amministrazioni preposte alla cura di un interesse pubblico particolare, hanno come funzione principale quella di regolare in modo neutrale determinati settori e di assicurare il rispetto delle regole che anche dall'esterno li disciplinano; e, a tal fine, sono collocate in posizione di equidistanza da tutti gli interessi in gioco, sia quelli privati, sia quelli pubblici particolari, di cui sono titolari i soggetti che operano nei settori cui sono preposte.

Questa distinzione dovrebbe sollevare, sotto altro profilo, dal paventato timore che il nuovo potere di legittimazione a ricorrere attribuito alle Autorità indipendenti implichi una generalizzata apertura all'azione dei Ministeri a tutela degli interessi pubblici particolari cui sono preposti. Risultano, per converso, rafforzati i dubbi di legittimità delle surriferite disposizioni sul MEF e sul MIUR, soprattutto se intese nel senso di attribuire a tali soggetti un potere generalizzato di legittimazione nel mero interesse della legge.

In conclusione, le precedenti considerazioni consentono di affermare che la scelta di affidare alle Authorities il potere di agire direttamente a tutela degli interessi affidati alla loro vigilanza, che, ripeto, si distinguono dall'interesse generale e "vuoto" di contenuti al rispetto della legge affidato al potere del pubblico ministero, è una scelta di stretto diritto positivo, che non è condizionata dal vigente quadro costituzionale.

Il quadro legislativo e giurisprudenziale offre del resto sempre più frequenti esempi di aperture alla legittimazione di soggetti pubblici e di associazioni ad agire a tutela di interessi superindividuali.

Si segnalano *in primis* le due ipotesi di legittimazione delle associazioni di categoria ad agire a tutela degli interessi collettivi e degli interessi diffusi previste dall'art. 4 l. 180 del 2011, che, per un verso legittima le associazioni rappresentate in almeno cinque camere di commercio e le loro articolazioni territoriali e di categoria ad agire in giudizio «*sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia [ed è questo l'elemento di novità] a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti*»; e, per l'altro, legittima le

associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale «ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi».

Come è stato giustamente sottolineato, la speciale legittimazione riconosciuta alle associazioni di categoria, ai vari livelli e secondo il grado di rappresentatività, sta a significare non solo il definitivo superamento di alcune acquisizioni giurisprudenziali circa i limiti, i presupposti e le condizioni di azionabilità di procedure e provvedimenti nel settore della concorrenza, del mercato e dell'attività d'impresa, ma comporterà un notevole ampliamento della capacità di intervento per il rispetto delle norme poste a tutela della libertà di impresa, e, in generale, dei principi codificati nello Statuto delle imprese¹⁹.

Una significativa anticipazione della progressiva apertura della legittimazione ad agire è rinvenibile nel d. lgs. n. 198 del 2009, che, in attuazione dell'art. 4 della legge 4 marzo 2009 n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, aveva riconosciuto la possibilità di agire in giudizio per «ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio», oltre che ai singoli titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, alle «associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati»²⁰.

¹⁹ P. QUINTO, *Le imprese protagoniste nel processo amministrativo: una nuova dimensione dell'interesse legittimo*, in www.giustamm.it. Rileva in particolare l'A. che «Sotto il primo aspetto, l'associazione di categoria maggiormente rappresentativa sarà legittimata ad impugnare, in quanto lesivi degli interessi diffusi, i bandi di gara senza il vincolo della presentazione della domanda di partecipazione delle imprese rappresentate, anche quando il bando non contenga clausole escludenti, bensì in tutti i casi di riscontrata difficoltà a formulare offerte remunerative in condizioni di modi e termini idonei a favorire la più diffusa partecipazione.

Sotto l'aspetto più squisitamente istituzionale, la casistica di intervento delle associazioni di categoria, titolari di una legittimazione a tutela di interessi diffusi, assume dimensioni difficilmente comprimibili.

È sufficiente in proposito fare riferimento alle definizioni ed ai contenuti dello Statuto delle imprese e dell'imprenditore, che si pone come obiettivo il «riconoscimento del contributo fondamentale delle imprese alla crescita dell'occupazione e alla prosperità economica», «favorire la competitività del sistema produttivo nazionale nel contesto europeo ed internazionale», «adeguare l'intervento pubblico e l'attività della pubblica amministrazione alle esigenze della micro, piccola e media impresa» ancorché nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente.

In questo quadro vi sono margini notevoli perché atti e provvedimenti della P.A., sia a contenuto generale che particolare, possano essere impugnati in sede giurisdizionale perché confliggenti o lesivi della disciplina statutaria e della libertà d'impresa. A titolo meramente indicativo, ma sulla base di una specifica previsione normativa, ad esempio, «nei provvedimenti amministrativi a carattere generale che regolano l'esercizio di poteri autorizzatori, concessori o certificatori, nonché l'accesso ai servizi pubblici o la concessione di benefici, non possono essere introdotti nuovi oneri regolamentari, informativi o amministrativi a carico dei cittadini, imprese ed altri soggetti privati senza contestualmente ridurre o eliminarne altri».

²⁰La più recente giurisprudenza amministrativa ha poi osservato che la disciplina transitoria di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 198/2009, laddove subordina l'applicabilità delle norme all'adozione di decreti attuativi deputati a definire gli obblighi contenuti nelle carte dei servizi, non opera nell'ipotesi in cui il legislatore abbia già delineato il comportamento esigibile dell'amministrazione. L'azione è, quindi, direttamente esperibile nell'ipotesi di omissione o tardiva emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 20 giugno 2011, n. 552, confermata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3512). Da cui l'ulteriore considerazione che, una volta riconosciuta la legittimazione processuale delle associazioni di categoria delle imprese e

In tale disposizione la giurisprudenza amministrativa ha trovato il sostegno normativo per individuare un criterio idoneo a riconoscere la legittimazione ad agire correlata *“per un verso, all’esistenza di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, per altro verso, alla riferibilità di tali interessi ad un soggetto titolare, ed infine, all’esistenza di una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi”*.

Per questa strada, il G.A. ha così riconosciuto all’Ente locale territoriale, ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della propria comunità nelle materie di competenza istituzionale, una più ampia legittimazione per *“altre materie non direttamente conferitegli dalla legge”*.²¹ In particolare è stato riconosciuto all’Ente pubblico territoriale, in quanto già individuato *ex lege* quale ente esponenziale degli interessi dei propri amministrati, la potestà di impugnare il provvedimento avente ad oggetto gli aumenti dei pedaggi autostradali *“giacché i diritti dei cittadini in tema di tutela di interessi diffusi, possono trovare modi di esercizio paralleli e ulteriori rispetto al meccanismo tradizionale dall’attribuzione della loro cura a un soggetto pubblico predeterminato, sia esso già esistente o costituito ad hoc”*.²²

A prescindere dalla rilevata possibilità di “soggettivizzare” l’interesse alla tutela della concorrenza in capo all’AGCM, il nuovo potere di legittimazione a ricorrere conferitole dall’art. 35 d.l. “salva Italia” non appare peraltro in ineludibile contrasto con l’attuale assetto costituzionale. Due, a mio avviso, gli argomenti spendibili in questo senso. *In primis*, e con valore assorbente, la necessaria correlazione dei poteri giurisdizionali riconosciuti dall’art. 103 al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa con il surrichiamato ruolo di garante della “giustizia nell’amministrazione” che l’art. 100 Cost. riconosce allo stesso Giudice, ruolo più volte

la loro rappresentatività degli interessi diffusi in quel settore, non può essere disconosciuta la legittimazione di dette associazioni a proporre azioni per l’efficienza della Pubblica Amministrazione, ricorrendone i presupposti legali ed in presenza degli interessi categoriali. Significativamente il TAR della Basilicata (Sez. I, 23 settembre 2011, n. 478) accogliendo il ricorso di una associazione privata, della quale ha riconosciuto il grado di rappresentatività di interessi diffusi degli utenti, ha condannato la Regione a consentire di interloquire tramite posta elettronica certificata e a rendere visibile nella *home page* del sito l’elenco degli indirizzi di posta elettronica certificata, come imposto dalle “Linee guida” dettate dal Ministero per la pubblica amministrazione e l’innovazione.

²¹ Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8683.

²² Operando un utile collegamento tra le surrichiamate disposizioni, è stato osservato che *“applicando un siffatto paradigma in diversa direzione e con riferimento ad altri soggetti (come appunto le associazioni di categoria degli imprenditori), ai quali il legislatore ha riconosciuto la rappresentatività degli interessi collettivi degli aderenti e degli interessi diffusi di natura categoriale, si può comprendere come sia stata ampliata la capacità di agire in sede giudiziaria di questi soggetti a tutela di una molteplicità di interessi in attuazione dell’art. 45 Cost., afferenti all’economia, al mercato, alle regole della concorrenza e per l’efficienza della P.A.. E, quindi, come il precetto contenuto nell’art. 1, che consente di agire al fine di ripristinare il corretto svolgimento delle funzioni o la corretta erogazione di un servizio, sia direttamente riferibile alle predette Associazioni, in virtù dell’art. 4 della legge n. 180 del 2011”*.

sottolineato dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 204 del 2004 e significativamente richiamato anche dal Presidente del Consiglio di Stato Giancarlo Coraggio nel suo discorso di insediamento²³: un ruolo perfettamente in linea con una legittimazione di una Autorità indipendente di agire nell'interesse del rispetto delle norme di cui è garante, anche per tutelare posizioni soggettive di terzi lesi dalla loro violazione da parte della p.A.; in aggiunta, non è senza rilievo il richiamato valore primario che l'ordinamento costituzionale ed euro-unitario riconoscono alla concorrenza, cui si correla la riferita responsabilità dello Stato per la violazione delle norme UE²⁴ e la coerente attribuzione ad un organo pubblico del potere di agire a tutela delle lesioni arrecate alle posizioni giuridiche soggettive dalla violazione delle norme che tutelano tale valore.

Come già osservato in sede di riflessione a prima lettura sulle novità legislative di fine 2011 sul processo amministrativo²⁵, il giudizio che viene instaurato dall'Autorità si spoglia in quest'ottica dalle vesti tipiche del tradizionale giudizio di parti per uno specifico e concreto vantaggio del ricorrente, per assumere connotazioni più propriamente oggettive, in cui tale vantaggio si identifica con il rispetto delle norme che tutelano l'interesse affidato al soggetto pubblico ricorrente. Si è addirittura parlato, come noto, in proposito, dell'introduzione di una sorta di "pubblico ministero della concorrenza" nel giudizio amministrativo.

L'assimilazione è però a ben vedere inesatta e rischia di creare confusione. Si è già detto che il pubblico ministero, come il giudice, agisce nell'interesse della legge, senza farsi portatore di alcun interesse particolare (come acutamente osservava S. SATTA, il p.m. esercita la giurisdizione in via di azione). Di contro, l'AGCM, come sopra rilevato, agisce a tutela dell'interesse (proprio o di terzi) al rispetto delle regole sulla concorrenza, in termini al più assimilabili all'azione del Procuratore della Corte dei conti a tutela dell'erario. Non è quindi forse corretto parlare di superamento del processo di parti, quanto piuttosto di rivisitazione della sua filosofia attraverso una valorizzazione, "potenziamento" appunto, del ruolo del soggetto affidatario della tutela di un interesse pubblico particolare, fino al punto di essere legittimato ad agire direttamente in giudizio contro gli atti e i comportamenti che, violando la legge, ne integrino una lesione, in aggiunta a quella dei diritti e degli interessi degli operatori, pubblici o privati, specificamente coinvolti.

²³ Leggibile su www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ Quest'ultimo elemento è valorizzato in particolare da F. ARENA, op. cit., che testualmente riconosce nello scopo perseguito dalla disposizione – id est la promozione di un valore costituzionalmente garantito, quale la concorrenza – l'idoneità a "fronteggiare perplessità, pur comprensibili, anche con riferimento al sistema di giustizia amministrativa delineato in Costituzione".

²⁵ M.A.SANDULLI, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in *Osservatorio del Foro amm. TAR*, 12, 2011.

Con la conseguenza che anche i “paletti” posti dalla giurisprudenza amministrativa in tema di legittimazione all’impugnazione degli atti di gara (cfr. da ultima, la discussa sentenza dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011)²⁶ o i nuovi gravosi oneri di accesso alla giustizia²⁷ potrebbero sostanzialmente essere superati attraverso una denuncia all’AGCM e un successivo ricorso da parte di quest’ultima. Anche su questo punto la Regione Veneto aveva riscontrato un contrasto con i principi costituzionali in tema di ragionevolezza, buona amministrazione, di giustizia amministrativa e di leale collaborazione, che, oltre ad essere denunciato in termini assolutamente generici (come correttamente rilevato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 20 del 2013), non appariva, però, sussistente.

Con riferimento alla tendenza verso una maggiore oggettivizzazione del giudizio amministrativo, timidamente anticipata dall’art. 146 comma 11 del Codice dei beni culturali e del paesaggio nel testo approvato con d. lgs. n. 42 del 2004 (ma repentinamente abrogato nelle successive modifiche),²⁸ merita ricordare che essa è stata da più parti correttamente riscontrata anche nelle

²⁶ Si tratta della nota sentenza sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, nella quale, in merito al particolare profilo della tutela dell’interesse “strumentale”, il Supremo Consesso, nella sua composizione plenaria, ha anche affermato che: *“in linea generale, il possibile vantaggio ottenibile dalla pronuncia di annullamento non risulta affatto idoneo a determinare, da solo, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso. In particolare, a tale fine risulta del tutto insufficiente il riferimento a una utilità meramente ipotetica o eventuale, che richiede, per la sua compiuta realizzazione, come avviene nella vicenda in esame, il passaggio attraverso una pluralità di fasi e di atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell’amministrazione (...) infatti, l’eventuale “interesse pratico” alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente, non dimostra, da solo, la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione”*. In dottrina si veda F. SAITTA, *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 563 ss.; L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell’azione di annullamento. Il problema dell’impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 809 ss.; D. VAIANO, *L’onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, *ivi*, 2004, 697 ss..

²⁷ Su cui v. in senso fortemente critico M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell’abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *Foro amm. -TAR, Osservatorio della giurisprudenza sulla giustizia amministrativa*, 2012.

²⁸ La disposizione (su cui si richiama l’immediato commento di M.A. SANDULLI, *Verso un processo amministrativo “oggettivo” (nota a margine dell’art. 146 co. 11 d.lgs. n. 42 del 2004)*, in *Foro amm.-TAR*, 2004) prevedeva infatti, da un lato, un “obbligo di decisione” dei ricorsi proposti avverso i provvedimenti di autorizzazione paesistica anche nell’ipotesi di rinuncia o di sopravvenuto venir meno dell’interesse da parte del ricorrente (comma 11, primo periodo) e, dall’altro, la possibilità dei soggetti legittimati a ricorrere avverso l’autorizzazione (identificati dallo stesso comma 11 nelle associazioni ambientaliste portatrici di interessi diffusi ex art. 13 l n. 349 del 1986 e in qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse) di proporre appello avverso le ordinanze o le sentenze del TAR in materia anche nelle ipotesi in cui non avessero proposto il ricorso di primo grado (secondo periodo). Si osservava quindi, nel suddetto commento, che *“Se questa seconda parte della disposizione incide, come si è detto, soltanto sul profilo della decadenza dell’azione o tutela di interessi legittimi, e dunque costituisce in sostanza una norma processuale eccezionale, ma “neutra”, la prima parte incide invece profondamente sulla natura stessa del processo amministrativo. Sono note le ipotesi di riforma dirette ad introdurre una sorta di “azione pubblica obbligatoria” (analoga a quella prevista dall’art. 112 cpp) a tutela della legittimità degli atti amministrativi, finora però sempre contrastate. Così come è nota la più recente tendenza a consentire al ricorrente la scelta tra tutela risarcitoria e tutela caducatoria, giustificata (contro chi, come chi scrive, ne ha più volte rappresentato il forte rischio di eversione dei principi di buon*

nuove disposizioni introdotte nel rito speciale sulle controversie in materia di contratti pubblici in attuazione della Direttiva 2007/66, trasfuse, con alcune modificazioni, negli artt. 120 ss. del c.p.a.²⁹. A tutela dell'interesse generale al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica e in deroga al principio di stretta corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il legislatore ha infatti, come noto, riconosciuto al giudice adito contro il provvedimento di aggiudicazione il potere/dovere di dichiarare in ogni caso la cessazione di efficacia del contratto stipulato in esito alle più gravi violazioni delle regole pro-concorrenziali, a prescindere da una specifica richiesta in tal senso. Analoga *ratio* informa l'introduzione del nuovo sistema di sanzioni amministrative, che il giudice, d'ufficio, è chiamato a disporre in alternativa alla dichiarazione integrale di inefficacia del contratto, quando, pur in presenza delle suddette più gravi violazioni, questa non sia possibile.

Come era stato autorevolmente prospettato proprio con riguardo a tali ultime previsioni³⁰, in coerenza con il richiamato ruolo di garanzia della "giustizia nell'amministrazione" affidato al Consiglio di Stato dall'art. 100 cost., le nuove disposizioni potrebbero quindi aprire la strada ad una progressiva estensione di un giudizio amministrativo di tipo oggettivo, legata peraltro pur sempre alla tutela di interessi generali primari (quali l'ambiente, la salute, la sicurezza, il paesaggio, ecc.), con nuove forme di legittimazione "pubblica" a ricorrere ovvero con meccanismi di indebolimento dello stretto rapporto chiesto/pronunciato (anche mediante l'eventuale irrinunciabilità dell'azione) o con l'introduzione di ulteriori sanzioni.

Il riferimento ad interessi relativi a materie affidate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato varrebbe sotto altro profilo a sgombrare il campo, come già sottolineato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 20 del 2013, da censure di indebita interferenza con le autonomie locali. Già in precedenti occasioni ho peraltro ricordato a questo proposito che l'autonomo fondamento costituzionale del controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi (artt. 24, 103, 113 e 125 Cost.) esclude che l'autonomia delle Regioni e degli enti locali possa implicare

andamento e di legalità sostanziale⁽²¹⁾ con il richiamo alla "disponibilità" del processo da parte del ricorrente, che, si è detto, come può in qualunque momento rinunciare in toto alla tutela, può anche sceglierne le modalità, preferendo il risarcimento per equivalente alla caducazione del provvedimento impugnato.

Particolarmente rilevante appare quindi, anche in quest'ottica, la previsione dell'art. 146, co. 11, che (al di là dei problemi di costituzionalità che indubbiamente pone per la fonte in cui è inserito) sembra aprire la strada (ad avviso di chi scrive tutt'altro che inopportuna) verso un giudizio amministrativo più "oggettivo" e probabilmente più coerente con il ruolo di garante della "giustizia nell'amministrazione", che, come ricordato dalla Corte Costituzionale nella recentissima sentenza 204 del 2004, è ad esso affidato dalla Costituzione".

²⁹ Sul tema delle sanzioni alternative si vedano per tutti i rilievi di M.A. SANDULLI *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, (a cura di) G. GRECO, Milano, 2011 e R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, Giuffrè, 2012,.

³⁰ Cfr. la *Relazione* del Presidente Coraggio alla Tavola Rotonda sul tema "Verso il codice del processo amministrativo" svoltasi nell'Aula magna della Corte di cassazione il 21 aprile 2010 sullo schema di c.p.a. redatto dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato.

una limitazione del sindacato giurisdizionale, tanto in ordine agli atti impugnabili e alle censure proponibili, quanto in ordine agli interessi tutelabili e ai soggetti legittimati all'azione.

Non è inutile ricordare in proposito che in riferimento ai controlli successivi della Corte dei Conti nei confronti delle amministrazioni regionali (pur trattandosi di veri e propri controlli amministrativi), la Corte costituzionale rigettò le censure di costituzionalità avanzate, anche in considerazione del ruolo di “garante imparziale” rivestito dalla Corte dei Conti, a servizio dello Stato-comunità e non solo dello Stato-governo³¹. Il che non può non valere, *a fortiori*, nei confronti del Giudice amministrativo³².

L'ambito dell'azione.

Tornando alla disamina della disciplina positiva, il primo tema meritevole di attenzione è costituito dallo stesso ambito di applicazione del nuovo potere.

L'ampia formulazione della norma, che, come si è visto, attribuisce all'AGCM una legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (a contenuto normativo, generale o anche particolare) assunto da una pubblica amministrazione in violazione delle norme “*a tutela della concorrenza e del mercato*”, le consente indubbiamente un vasto spettro di intervento, che, tuttavia, proprio per la sua eccezionalità, non può essere esteso al di là della specifica violazione delle disposizioni dell'ordinamento positivo effettivamente dirette alla tutela della concorrenza e del mercato, ivi compreso l'eccesso di potere, in quanto rientrante nella più ampia categoria dei vizi di legittimità, ma senza potersi spingere ad abbracciare, seguendo un approccio economico-sostanzialista, ogni astratta lesione del benessere del consumatore (troppo legata a parametri di tipo soggettivo e dunque pericolosamente arbitrari).

Quanto alla tipologia delle disposizioni riconducibili alla violazione delle regole a tutela della concorrenza e del mercato, vengono innanzi tutto in considerazione, anche per l'evidente analogia con le surrichiamate disposizioni del Regolamento UE del 2003, gli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, i quali, individuando rispettivamente le caratteristiche dell'intesa anticoncorrenziale e dell'abuso di posizione dominante, rappresentano le principali fonti di riferimento dell'azione *antitrust* in ambito europeo.

Il nuovo potere di azione dell'AGCM si viene così ad aggiungere all'attuale sistema di reazioni configurate dall'ordinamento, interno ed euro-unitario a tali illeciti e, in particolare, per quanto riguarda il diritto nazionale, a rafforzare i due modelli del *private enforcement*, attraverso l'azione

³¹ Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 29.

³² Così anche G. GRECO, op.cit.

davanti al g.o. ex art. 33 l. n. 287 del 1990 e del *public enforcement*, affidato al potere di vigilanza e di controllo della stessa Autorità, già deputata, nell'ambito del sistema disciplinato dal regolamento n. 1 del 2003, ad esercitare un potere di accertamento e di sanzione nei confronti delle imprese ovvero di segnalazione al Parlamento (art. 21 l. n. 287), nei confronti degli atti di natura legislativa o regolamentare nonché dei provvedimenti amministrativi di carattere generale che determinano o semplicemente consentono distorsioni della concorrenza o del mercato senza trovare giustificazione in esigenze di carattere generale. Quanto meno rispetto ad atti amministrativi assunti in violazione dei principi espressi da tali articoli e delle interpretazioni che ne ha dato la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non sembra dunque possibile escludere l'azione diretta dell'Autorità davanti al TAR, sicuramente più efficace del suddetto potere di segnalazione al Parlamento.

Un altro possibile ambito di impugnazione è stato poi correttamente configurato dai primi migliori commentatori³³ negli atti amministrativi assunti in contrasto con il divieto di aiuti di Stato di cui agli artt. 107 ss. del Trattato, laddove l'accertamento di illegittimità dell'aiuto sia stato già effettuato dalla Commissione, alla quale come noto l'ordinamento UE riserva la relativa competenza.

Una sfera nella quale, stante la stretta correlazione con la tutela concorrenza ripetutamente riconosciuta anche dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia, l'AGCM dovrebbe poter sicuramente intervenire, nonostante le perplessità espresse dalla medesima dottrina³⁴, è quella delle procedure concorsuali, ivi comprese quelle che, pur formalmente rispettose del sistema pro-concorrenziale, integrino nei contenuti delle regole di ammissione e/o di selezione o nella loro concreta attuazione una violazione delle sue norme formali e/o sostanziali, eludendone i principi informativi. In senso favorevole a tale possibilità di ricorso opera del resto il già richiamato rinvio all'intero titolo V del libro IV del c.p.a., che, salvo l'art. 119, si occupa proprio del contenzioso in materia di appalti pubblici.

Lo stesso Presidente dell'Autorità aveva poi in varie occasioni posto l'accento sulla diretta correlazione tra il nuovo potere di legittimazione ad agire e quello, esso pure frutto degli ultimi interventi legislativi, di intervenire, in via consultiva, sull'affidamento dei servizi pubblici locali: ora, come noto, questo potere è venuto meno per effetto della sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale. La medesima correlazione sussiste peraltro rispetto al nuovo potere consultivo affidato all'AGCM, nella forma anzi del parere vincolante, dall'art. 4 d.l. 95 del 2012 (sulla c.d. *spending review*) sulla decisione delle pubbliche amministrazioni di non dismettere le società

³³ F. CINTIOLI, op. cit.

³⁴ F. CINTIOLI, *ibidem*.

controllate per l'esercizio di attività strumentali in esito ad un'analisi che riveli l'impossibilità di un efficace e utile ricorso al mercato.

Si è già detto poi che il nuovo art. 21-bis l.n. 287 riconosce in via generale all'AGCM la legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (a contenuto normativo, generale o anche particolare) assunto da una "*pubblica amministrazione*". Quest'ultima precisazione è molto importante: la regola, in quanto eccezionale, non trova dunque applicazione alle imprese pubbliche³⁵ e, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione³⁶, agli organismi di diritto pubblico, che, se sono equiparabili ed equiparati alle pubbliche amministrazioni ad alcuni fini, non sono però perfettamente identificabili con le medesime. Si esclude pertanto il ricorso diretto contro le decisioni dei soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001 (penso alle società pubbliche, ai consorzi istituzionali ecc.) che pongano in essere comportamenti anticoncorrenziali.

Ulteriori questioni investono il carattere facoltativo o doveroso dell'azione, i termini per il relativo esercizio dell'azione e il ruolo del parere previsto dal secondo comma dell'art. 21-bis, il quale dispone che l'AGCM trasmette all'Amministrazione autrice del provvedimento un proprio parere motivato sui profili di illegittimità riscontrati (all'evidente fine di un riesame) e, qualora essa non vi si conforma entro i successivi 60 giorni, valuta (evidentemente anche alla luce delle eventuali controdeduzioni svolte dell'Amministrazione) se proporre o meno ricorso (nel termine "breve" di trenta giorni).

Nonostante la contraria opinione espressa da altri autorevoli commentatori³⁷, la lettura testuale della disposizione e la perfetta coincidenza oggettiva con il precedente comma 1 non sembrano a mio avviso lasciare spazio ad un ricorso non preceduto dal parere. Considerato che peraltro il legislatore non fissa alcun termine per l'espressione del parere (che vale del resto a rafforzare il rapporto tra legittimazione a ricorrere e lesione di un interesse dell'AGCM), il modello rischia di contraddire all'esigenza di immediatezza della tutela avverso gli atti lesivi della concorrenza, confermata anche dal rinvio al rito speciale accelerato di cui all'art. 119 c.p.a.³⁸.

Proprio il diritto europeo, nella Direttiva 2007/66 sui ricorsi in materia di appalti, espressamente richiamando anche la Carta di Nizza, ma anche in diverse sentenze della Corte di Giustizia, pone

³⁵ Sulla peculiare natura delle imprese pubbliche e sui limiti della loro assimilabilità alle pubbliche amministrazioni cfr. Cons. Stato, Ad. Plen, n. 16 del 2011 e Cass. SS.UU., ord. n. 8511 del 2012.

³⁶ Il riferimento è alla sentenza 22 dicembre 2011, n. 28329, con cui le SS.UU. hanno affermato la giurisdizione del g.o. sulle controversie relative alla procedura indetta dalla RAI per la selezione di alcuni giornalisti.

³⁷ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI.

³⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust*, in www.federalismi.it

tuttavia espressamente la sospensione immediata dell'efficacia dell'atto lesivo delle regole pro-concorrenziali come imprescindibile corollario del principio di effettività della tutela.

L'obbligo del previo procedimento stragiudiziale e la mancata previsione di termini per la relativa attivazione desta pertanto, da un lato, evidenti problemi di certezza del diritto, consentendo un intervento del giudice anche a distanza di mesi o anni e preclude dall'altro alla stessa AGCM, nel caso in cui essa riesca ad attivarsi in modo celere, di impedire che l'atto contestato produca i suoi effetti.

Ciò che, se sicuramente pone fondati dubbi di compatibilità costituzionale sotto il profilo della violazione del principio della ragionevolezza denunciato anche dalla Regione Veneto e degli artt. 24 e 103 Cost., potrebbe addirittura giustificare una disapplicazione del secondo comma, quanto meno nei casi di violazioni più gravi in cui la sospensione appaia l'unico strumento per conseguire una tutela effettiva.

Occorre invero a questo riguardo osservare che, una volta riconosciuto in capo all'AGCM un interesse qualificato ad impugnare gli attivi lesivi della concorrenza, non ha all'evidenza alcuna logica privare tale interesse della forma più efficace di tutela, spesso indispensabile ad assicurare, all'esito del giudizio, quella ripristinatoria, che, proprio per la peculiarità del soggetto e del valore protetto, non può essere validamente sostituita da quella risarcitoria.

Ricordo in proposito che la Direttiva ricorsi – e il principio è all'evidenza valido, quantomeno, per tutte le controversie in materia di concorrenza – ha espressamente chiarito che la tutela contro la violazione delle regole che la disciplinano non può essere adeguatamente soddisfatta attraverso il risarcimento del danno per equivalente.

E meno ancora, si ripete, tale forma di soddisfazione può dirsi sufficiente per l'interesse affidato all'AGCM, che, per la sua rilevanza pubblica, non può essere ridotto ad una mera compensazione economica.

Proprio la natura ultraindividuale dell'interesse protetto rende poi, a mio avviso, ancora più importante la tutela cautelare, che già la novella legislativa del 2006 (introducendo un art. 14-*bis* alla l.n. 287) aveva consentito all'Autorità di esercitare in via diretta, con l'adozione di proprie misure cautelari, in esito ad una constatazione in via sommaria della sussistenza di un'infrazione, nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

In particolare, il nuovo potere di azione dell'AGCM potrebbe poi consentire la richiesta (e l'ottenimento) della sospensione (e magari dell'obbligo giurisdizionale di riesame) di quegli atti

che, per il loro contenuto non immediatamente lesivo di interessi individuali) non sono impugnabili da parte dei singoli, con l'indubbio vantaggio di impedire la prosecuzione di un procedimento o l'applicazione di regole lesive della concorrenza.

Le conclusioni raggiunte nella prima parte della Relazione sulla costruzione del potere dell'Autorità come diritto all'azione a tutela di un bene della vita affidato alla sua garanzia inducono sotto altro profilo ad escludere che l'azione costituisca un atto dovuto (tale che i privati potrebbero contestare l'inerzia dell'Autorità di fronte ad una loro sollecitazione) e che essa non sia soggetta ai termini ordinari di decadenza.

La coerenza del carattere meramente facoltativo dell'azione, oltre che dall'evidente impossibilità di seguire tutti i casi di lesione della concorrenza, è confermata, come ben evidenziato da F. ARENA³⁹, anche dai principi giurisprudenziali emersi in sede comunitaria in base ai quali – in una prospettiva analoga a quella di cui in questa sede si discute, ossia l'attivazione di una procedura di infrazione nei confronti di uno Stato membro – si ritiene irricevibile il ricorso proposto da un privato avverso il rifiuto della Commissione di adottare una decisione nei confronti dello Stato membro volta a contestare l'infrazione.

Mentre non sembra neppure il caso di soffermarsi sull'autonoma impugnabilità del parere (chiaramente esclusa dalla sua natura endoprocedimentale), merita infine dedicare un ultimo accenno al successivo comma 3, che dispone che al giudizio instaurato dall'Autorità si applica la disciplina disegnata dal titolo V del libro IV del c.p.a.. Nonostante i primi commenti non lo abbiano rilevato, la disposizione è in questi termini assolutamente criptica: il titolo V si occupa invero tanto, all'art. 119, del "rito speciale comune a particolari materie" considerate economicamente o politicamente più "sensibili", tra cui, in particolare le controversie sugli atti delle autorità amministrative indipendenti (essenzialmente caratterizzato dalla dimidiazione dei termini processuali diversi dalla proposizione dei ricorsi di primo grado e da un maggiore rigore nella concessione delle misure cautelari), quanto, agli artt. 120 ss., del rito super speciale per le controversie sugli atti di affidamento di lavori, servizi e forniture. La novella non chiarisce tuttavia quale dei due riti trovi effettivamente applicazione ai giudizi *de quibus*. La logica farebbe ritenere che la specialissima disciplina del rito appalti trovi applicazione esclusivamente ai giudizi instaurati dall'AGCM in questa materia, valendo in ogni altro caso le regole meno complesse di cui all'art. 119. A prescindere dall'anomalia dell'applicazione di un regime cautelare più rigido per i ricorsi proposti da un organo titolare di un potere pubblico nell'interesse al migliore rispetto delle norme sulla concorrenza, sarà poi in ogni caso necessario stabilire gli opportuni adattamenti delle regole di

³⁹ Op. cit.

cui agli artt. 120 ss. (improntate al rapporto tra impresa e stazione appaltante ed eventuali aggiudicatari, in una logica di bilanciamento dei diversi interessi, anche ai fini della tutela del contraente e dell'eventuale risarcimento per equivalente) al nuovo giudizio. A ciò si aggiunge il silenzio della legge sull'individuazione del giudice competente, che non consente di estendere ai giudizi *de quibus*, la competenza funzionale del TAR del Lazio, nel quale sono invece concentrate a norma dell'art. 135 c.p.a. le controversie contro i provvedimenti delle Autorità per la concorrenza, per i contratti e per le telecomunicazioni, evidentemente in considerazione dell'esigenza di riunire di fronte ad un unico giudice le questioni attinenti alle determinazioni tecnico-giuridiche assunte da tali particolari organismi in nome dei primari interessi economici ad essi affidati. Il generico richiamo al titolo V del libro IV, comprensivo, come si è visto, anche del rito sugli appalti, giustifica invero la mancata previsione di una riserva di competenza nel TAR capitolino anche dei giudizi azionati dall'Antitrust in *subiecta materia*, magari confluenti con quelli proposti contro i medesimi provvedimenti dagli operatori economici direttamente lesi: sicché non sarebbe corretto spostare la competenza in funzione della natura di uno dei soggetti ricorrenti.

Molti, in ogni caso, i problemi di disciplina positiva su cui si auspica la riflessione della dottrina e della giurisprudenza e, laddove possibile, un sollecito intervento chiarificatore da parte del legislatore.