

Autorità Indipendenti: posizione sistematica e funzioni giurisdizionali; analisi comparata dei procedimenti para giurisdizionali.

Le Autorità Amministrative indipendenti hanno assunto, negli ultimi tempi, una importanza fondamentale nel nostro ordinamento, alla luce soprattutto dei nuovi compiti e delle nuove materie che si sono offerte alla loro attenzione; il numero di esse, insieme alla loro composizione, funzionamento, procedure e legislazione, non omogenee, hanno finito, però con il creare qualche confusione circa il loro funzionamento pratico.

Un conto, infatti, è studiare il loro modo di operare in astratto delle nuove *Authority* ponendosi nell'ottica del semplice studioso, un altro, e ben più complicato, è avvicinarsi alla materia dal punto di vista dell'operatore del diritto, costretto a fare i conti con procedure a lui poco familiari e sostanzialmente poco chiare.

Le *Authority*, infatti, sono state create dal legislatore sulla spinta dell'esigenza di fare operare in settori di particolare importanza e delicatezza, enti ed organi in posizione di imparzialità ed autonomia; a questo proposito non meraviglia come tra le stesse si possano riscontrare differenze ed anomalie dettate soprattutto da esigenze concrete.

Quello che invece si lamenta, come al solito, purtroppo, è la mancanza di chiarezza su alcuni punti dell'istituzione delle *Authority*, che hanno generato dubbi interpretativi e problemi di applicazione pratica.

Ora, il presente articolo certamente non si prefigge lo scopo di effettuare una completa analisi di tutte le *Authority* istituite nel nostro ordinamento, del loro funzionamento e della loro composizione, materia certamente troppo vasta e articolata per essere riassunta in poche pagine, al contrario cercherà solo, se possibile, di rispondere a degli interrogativi pratici, concreti, in grado di aiutare l'operatore del diritto che si trovi a dover essere parte, a qualsiasi titolo, di un procedimento di fronte ad una *Authority*.

Certamente brevi considerazioni di carattere generale sarà di dovere porgerle, ed esse saranno mirate all'accertamento di alcuni presupposti necessari per rispondere ad interrogativi concreti.

1. La natura giuridica delle Autorità indipendenti

Il primo problema a cui bisogna senza dubbio cercare di rispondere, perché propedeutico agli altri è quello della **natura giuridica** delle autorità indipendenti; infatti, mentre per la maggior parte di esse la natura amministrativa non viene messa in dubbio¹, perché espressamente chiarita dal legislatore, per altre, invece essa si pone e si accompagna anche ad una serie di interrogativi che si determinano a seconda della risposta scelta.

In primo luogo, quindi, le *Authority* sono soggetti pubblici di diritto amministrativo?

Sul punto si sono enucleati diversi orientamenti - come sempre del resto accade per organi di nuova creazione - : per alcuni, infatti, il tratto fondamentale da prendere in considerazione è quello dalla loro sostanziale e formale indipendenza dall'esecutivo che le fa annoverare all'esterno dalla Pubblica Amministrazione.

Posto, infatti, che la PA è caratterizzata per definizione da una stretta relazione con il Governo, che nei suoi confronti attua poteri di direzione e di controllo, così come stabilito

¹ Il Consiglio di Stato, (Commissione Speciale 29 maggio 1998, n. 988/97, in R:C:S: 1998, 1483), ha avuto occasione di pronunciarsi sulla natura dei nuovi organismi, ponendo alcuni punti fermi, con particolare riguardo all'Autorità Antitrust: «l'istituzione delle autorità indipendenti, infatti, secondo la Corte, chiamate ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo, ad agli organi di ogni amministrazione, risponde all'esigenza di dare corpo ad una funzione amministrativa di garanzia incardinata nella funzione amministrativa anche perché il loro operato si deve uniformare a quei requisiti di concretezza, spontaneità e discrezionalità che sono propri dell'azione amministrativa».

dall'art. 95 Cost., il semplice fatto che l'Autorità indipendente sia completamente irresponsabile nei confronti del potere esecutivo ne dovrebbe escludere la natura amministrativa; d'altra parte il diritto positivo prevede espressamente il potere per il Consiglio dei Ministri di annullare gli atti amministrativi illegittimi che contrastino con l'ordinamento generale²

D'altra parte, come evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale³, soltanto gli organi aventi rilievo costituzionale possono essere esclusi dall'applicazione della normativa sopra citata; conseguentemente, nessun provvedimento delle varie *Authority* potrebbe essere considerato come diverso da "atto amministrativo", proprio in quanto le *Authority* stesse, ovviamente, non hanno rilievo costituzionale, essendo state tutte istituite con leggi ordinarie.

A dire il vero le posizioni sopra richiamate sono andate per lo più modificandosi nel corso degli ultimi anni, tanto che ormai la grande maggioranza degli autori concorda nell'attribuire alle Autorità indipendenti caratteri e funzioni essenzialmente amministrative⁴, argomentando che l'indipendenza è un carattere di per sé non inconciliabile con il concetto di amministrazione perché, accanto alla concezione dell'amministrazione come apparato dipendente del governo, la Costituzione contempla il modulo "*dell'amministrazione apparato a sé separato dal Governo e dal potere politico*" (art. 97 comma 1, comma 3 e 98).

Comunque l'indirizzo che, a modesto parere di chi scrive, ci sembra più idoneo a risolvere o quantomeno ad affrontare meglio il problema, sembra essere quello che distingue preliminarmente le funzioni assegnate in concreto a dette autorità.

2. Le funzioni delle Autorità indipendenti

Infatti, solitamente ci si riferisce alle Autorità Indipendenti come ad un insieme omogeneo di organi, tralasciando il fatto che esse, invece sono istituzioni molto diverse tra loro sia per grado di indipendenza che per le attribuzioni di funzioni e tipologie di procedimenti che ad esse fanno capo; da ciò si deduce facilmente come un discorso che voglia ricomprenderle necessariamente tutte sia quantomeno arduo ed azzardato, anche se si prende atto che posizioni contrarie continuano ad essere enunciate.

² Art. 2 comma 3 lettera p) L. 23.08.1988 n.400:

"le determinazioni concernenti l'annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, previo parere del Consiglio di Stato e, nei soli casi di annullamento di atti amministrativi delle regioni e delle province autonome, anche della Commissione parlamentare per le questioni regionali."

³ La Corte costituzionale, con sentenza 13-21 aprile 1989, n. 229 (Gazz. Uff. 26 aprile 1989, n. 17 - Serie speciale), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, terzo comma, lettera p), nella parte in cui prevede l'adozione da parte del Consiglio dei Ministri delle determinazioni concernenti l'annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi delle Regioni e delle Province autonome.

⁴ Così si sono espressi recentemente in occasione della Giornata di Studi organizzata dall'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma e dal Consiglio di Stato, svoltasi a Palazzo Spada il 25 gennaio 1999, alcuni illustri autori: Carlo Malinconico nel suo intervento "*I procedimenti di aggiudicazione*" parlando dell'Autorità della concorrenza afferma: « *il dato normativo è, piuttosto nel senso che l'Autorità stessa sia stata istituita come autorità amministrativa, come autorità che persegue delle finalità pubbliche, sia pure in un ruolo assolutamente indipendente dal potere esecutivo.*»

Dello stesso parere Alberto Predieri che ne "*I procedimenti amministrativi*" parte proprio dal presupposto che esse facciano parte della PA: « *Partiamo dal presupposto che le Autorità indipendenti sono amministrative e che non possono essere considerate fuori dell'amministrazione dato che non sembra possibile accettare la tesi espressa dalla Corte dei Conti e da parte di alcuni autorevoli studiosi; pur nella loro varietà e disomogeneità, sono sempre amministrative e come tali i loro atti sono soggetti al sindacato dell'art. 113 Cost.*».

Ancora Luigi Meruotti che ne «*Il contraddittorio nei procedimenti*» afferma che: "*La Costituzione consente...di ridurre la minimo, e quasi a zero, i poteri del Governo nei confronti di Autorità "Amministrative di garanzia", da annoverarsi sì nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, ma dotate di particolare autonomia e indipendenza, tanto da non rispondere neppure nei confronti degli organi costituzionali che ne hanno nominato i componenti.*».

In alcuni casi, infatti, a questi organismi sono affidati compiti marcatamente amministrativi (comparazioni di interessi pubblici e privati), mentre in altri essi sono chiamati a svolgere funzioni che si avvicinano molto a quelle degli organi giurisdizionali (accertamenti e qualificazione dei fatti, risoluzione dei conflitti ecc.).

Queste doppie funzioni, quindi, fanno sì che si parli di una **doppia natura** delle Autorità Indipendenti: da un lato le *amministrazioni indipendenti pure* adibite a funzioni paragiurisdizionale e non amministrative e dall'altro le *Autorità indipendenti che svolgono attività amministrativa classica* e che sono soggette al normale controllo del Governo⁵.

Se si accetta questa distinzione, appare subito chiaro come le Autorità che interessano l'operatore del diritto sono sostanzialmente quelle che svolgono funzioni tutorie e giurisdizionali, prima di tutto perché si pone il problema del procedimento da adottare davanti a loro e poi, perché, in seconda battuta, è necessario sapere **come si pongano nei confronti dell'autorità giudiziaria ordinaria**.

Affermata, infatti, la loro indipendenza dal potere politico, si pone il quesito dei controlli che possono essere effettuati, atteso che esse, in alcune materie sono chiamate a risolvere controversie e a comporre interessi pubblici e privati al pari degli organi giurisdizionali.

Quali rimedi, insomma, ha il singolo cittadino contro le loro decisioni? E, prima di tutto come devono essere considerati i loro provvedimenti?

Alcune considerazioni al riguardo sono abbastanza pacifiche: nei confronti degli atti delle Authority non è esperibile il ricorso gerarchico, trattandosi di organismi *superiores non reconoscentes*, né il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, mentre nessun dubbio si pone per la ricorribilità giurisdizionale dei loro atti.

Quanto all'autorità giurisdizionale competente, però si pongono alcuni problemi: infatti, prima dell'emanazione del D.Lgs. n.80/98, i provvedimenti di praticamente tutte le Autorità erano ricorribili al TAR del Lazio in funzione di giudice di primo grado ed al Consiglio di Stato, normalmente, in secondo grado.

Il D.Lgs 80/98 ulteriormente complicato la questione, in quanto ha affidato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (da individuare quindi secondo gli ordinari criteri di competenza) le decisioni di gran parte delle Authority o, perlomeno, quelle che riguardano i "pubblici servizi"; comunque notevoli perplessità rimangono per il Garante dei dati personali, le cui decisioni sono state dichiarate dal legislatore espressamente ricorribili innanzi al giudice ordinario.

Nella logica del riparto di giurisdizione del Garante sicuramente sarà risultata prevalente l'esigenza di tutela dei diritti soggettivi (affidati alla cognizione del giudice ordinario) sugli interessi legittimi (affidati alla cognizione del giudice amministrativo), e sul criterio adottato *nulla quaestio*, peccato però che, sempre ponendosi nell'ottica concreta dell'operatore del diritto, sussistano dei dubbi circa poi i successivi gradi di giudizio.

Infatti se problemi interpretativi della norma non si pongono per la giurisdizione del Tribunale e per l'eventuale gravame della decisione del Tribunale stesso (art.737 c.p.c. e comma 7, articolo 29, L. 675/96), si può configurare anche il rimedio del ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. avverso il provvedimento del Garante, emanato ex art. 29 L.675/1996⁶?

⁵ In questo senso anche Renato Laschena che, nella sua "Introduzione al tema" afferma che: «Esse possono essere distinte, sotto i profili organizzativi e funzionali, tra autorità indipendenti in senso stretto ed entità con carattere di indipendenza attenuata, anche se con particolari garanzie di autonomia dall'esecutivo».

⁶ Art. 29 L.675/96 Tutela. (modificato dal D.P.R. n. 501/98)

1. I diritti di cui all'art. 13, comma 1, possono essere fatti valere dinanzi all'autorità giudiziaria o con ricorso al Garante. Il ricorso al Garante non può essere proposto qualora, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, sia stata già adita l'autorità giudiziaria.

2. Salvi i casi in cui il decorso del termine esporrebbe taluno a pregiudizio imminente ed irreparabile, il ricorso al Garante può essere proposto solo dopo che siano decorsi cinque giorni dalla richiesta avanzata sul medesimo oggetto

Sappiamo, infatti che la disciplina positiva non prevede che contro gli atti di una autorità amministrativa, anche quando siano espressione di una attività paragiurisdizionale, sia direttamente esperibile ricorso in Cassazione per violazione di legge ex art. 111 Cost. se non sia possibile ottenere il riesame della questione tramite i normali canali ordinari di giudizio (ricorso contro il provvedimento al TAR, impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato ed eventuale ricorso in Cassazione).

Ora se si propende per la tesi che configura le Autorità Indipendenti come organi facenti parte della PA ne discende che i loro atti, dovendosi considerare puramente e semplicemente amministrativi non siano direttamente impugnabili con ricorso in Cassazione; ma se si accetta l'idea che le Authority vadano distinte a seconda della funzione svolta, il discorso si complica e va affrontato separatamente per le due distinte ipotesi:

- 1) per le autorità indipendenti pure che svolgano funzioni paragiurisdizionali
- 2) per le autorità indipendenti che svolgano attività amministrativa classica.

È chiaro come sul punto 2) non ci sia nulla da dibattere riguardo alla non ricorribilità in Cassazione, essendo gli atti emanati dall'autorità formalmente e sostanzialmente amministrativi, mentre sul punto 1) considerazioni devono essere fatte se si chiama in causa alcune norme che pone problemi interpretativi, ossia l' art. 323 e 360 c.p.c. e l'art. 111 Cost.

Il ricorso per Cassazione è dato, a norma dell'art. 360 c.p.c. contro le sentenze pronunciate in grado di appello e quello in unico grado dal giudice ordinario, oltre a quelle di primo grado che, normalmente non impugnabili in Cassazione, possono esserlo in via eccezionale quando vi sia l'accordo delle parti.

L'art. 111 Cost. ha però fortemente innovato la materia, ammettendo il ricorso contro tutte le sentenze dei giudici ordinari o speciali, intendendo con il termine "sentenze" ogni provvedimento a contenuto decisorio, incidente su diritti soggettivi e definitivo, cioè non altrimenti impugnabile, quale che sia la forma in concreto assunta.

Il principio applicato è quello della prevalenza della sostanza sulla forma; si ritiene, cioè, che se un provvedimento ha contenuto decisorio ed è dato in forma di ordinanza, deve considerarsi come una sostanziale sentenza e viceversa.

al responsabile. La presentazione del ricorso rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto.

3. Nel procedimento dinanzi al Garante il titolare, il responsabile e l'interessato hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, e hanno facoltà di presentare memorie o documenti. Il Garante può disporre, anche d'ufficio, l'espletamento di perizie.

4. Assunte le necessarie informazioni il Garante, se ritiene fondato il ricorso, ordina al titolare e al responsabile, con decisione motivata, la cessazione del comportamento illegittimo, indicando le misure necessarie a tutela dei diritti dell'interessato e assegnando un termine per la loro adozione. Il provvedimento è comunicato senza ritardo alle parti interessate, a cura dell'Ufficio del Garante. La mancata pronuncia sul ricorso, decorsi venti giorni dalla data di presentazione, equivale a rigetto.

5. Se la particolarità del caso lo richiede, il Garante può disporre in via provvisoria il blocco in tutto o in parte di taluno dei dati ovvero l'immediata sospensione di una o più operazioni del trattamento. Il provvedimento cessa di avere ogni effetto se, entro i successivi venti giorni, non è adottata la decisione di cui al comma 4 ed è impugnabile unitamente a tale decisione.

6. Avverso il provvedimento espresso o il rigetto tacito di cui al comma 4, il titolare o l'interessato possono proporre opposizione al tribunale del luogo ove risiede il titolare, entro il termine di trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento o dalla data del rigetto tacito. L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento.

*7. Il tribunale provvede nei modi di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, anche in deroga al divieto di cui all'articolo 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E), e può sospendere, a richiesta, l'esecuzione del provvedimento. **Avverso il decreto del tribunale è ammesso unicamente il ricorso per cassazione.***

8. Tutte le controversie, ivi comprese quelle inerenti il rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 22, comma 1, o che riguardano, comunque, l'applicazione della presente legge, sono di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.

9. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche nei casi di violazione dell'articolo 9.

A questo punto la domanda fondamentale che si pone è: i provvedimenti⁷ emanati dalle Authority che hanno funzioni strettamente paragiurisdizionali, quando decidono su una controversia tra soggetti, e quindi conoscono di diritti soggettivi, possono considerarsi formalmente sentenze? Possiedono, cioè, tutti quei requisiti che sono richiesti dalla norma costituzionale per assimilarli alle sentenze, ossia, hanno un contenuto decisorio, a carattere definitivo idoneo al giudicato?

Invero si ripropone un vecchio interrogativo che sembra abbia avuto, dopo qualche incertezza, una soluzione dalla dottrina e dalla giurisprudenza che, hanno individuato i requisiti suesposti.

«Per l'esercizio del ricorso straordinario contro provvedimenti giurisdizionali aventi forma giuridica diversa dalla sentenza, è necessario che i provvedimenti medesimi presentino il carattere della decisorietà e della definitività. Il primo requisito si traduce nell'esigenza che l'atto sia idoneo ad incidere sulle situazioni giuridiche sostanziali delle parti alle quali si riferisce; il secondo implica la necessità che l'atto sia espressione di un potere giurisdizionale esercitato con carattere vincolante rispetto all'oggetto della pronuncia, in modo da garantirne l'immodificabilità e le due condizioni debbono coesistere».

Cassazione, sez. I sentenza 21 giugno 1999 n. 6228.

Quindi alla luce di ciò, un provvedimento è considerato sostanzialmente una sentenza se con esso si è disposto del diritto delle parti e non sia data altra possibilità di tutela della posizione giuridica della parte soccombente; il provvedimento delle autorità amministrative indipendenti possono considerarsi tali.

A ben vedere il problema sembra porsi in maniera concreta solo per il Garante, dal momento che dalla legge è esplicitamente affermato che la presentazione del ricorso rende improponibile un'ulteriore domanda al giudice ordinario; inoltre tra le stesse parti e per il medesimo oggetto se è stata già adita l'autorità giudiziaria il ricorso al Garante è improponibile.

Già ad una sommaria analisi si riscontra che il requisito della **definitività** del provvedimento, come richiesto dall'art. 111 Cost. è senz'altro presente dal momento che con la proposizione del ricorso al Garante il soggetto consuma l'azione se poi è precluso adire il giudice ordinario.

Anche l'altro requisito sembra configurabile, ossia quello della **decisorietà**, dal momento che le decisioni del Garante sono in grado di incidere sulle situazioni giuridiche sostanziali delle parti, in quanto alla stessa autorità sono stati attribuiti dalla legge i mezzi necessari (infatti il Garante può disporre in via provvisoria il blocco dei dati e l'immediata sospensione delle operazioni di trattamento dei medesimi).

Inoltre, per esempio, la mancata osservanza dei provvedimenti del Garante è penalmente sanzionata così come la mancata osservanza dei provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria⁸.

Se anche questi argomenti non dovessero convincere a fondo, basterebbe esaminare una qualunque decisione del Garante per rendersi perfettamente conto che quella che si ha di fronte **è in tutto e per tutto una sentenza**, a partire dalla stessa costruzione e finire alla terminologia utilizzata.

Perché allora contro queste "sentenze" non dovrebbe essere possibile effettuare il ricorso cd. "per saltum" in Cassazione?

⁷ I vari tipi di atti che le Authority possono emanare sono:

- a) regolamenti per un determinato settore
- b) decisioni di natura giustiziale
- c) atti di concreta gestione in veste neutrale degli interessi coinvolti

è chiaro che il discorso che si farà di seguito riguarda esclusivamente i provvedimenti di natura giustiziale e non gli altri.

⁸ **Art. 37 - Inosservanza dei provvedimenti del Garante**

1. Chiunque, essendovi tenuto, non osserva il provvedimento adottato dal Garante ai sensi dell'articolo 22, comma 2, o dell'articolo 29, commi 4 e 5, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni.

Se questo particolare sistema di impugnazioni è stato espressamente inserito nel nostro sistema legislativo e le norme che lo regolano sono abbastanza specifiche, perché creare uno strappo normativo laddove un'ipotesi presenta tutti i requisiti per rientrare nelle previsioni di applicazione?

Perché insomma togliere al soggetto, che vede soccombere le sue ragioni davanti al Garante, per questioni che riguardano solo ed esclusivamente la legittimità e non il merito, la possibilità di evitare le lungaggini di un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria?

Come si vedrà, tali dubbi persistono anche ad una esame più attento della normativa procedurale prevista per le varie Autorità.

1. I procedimenti in generale

Dato il difficile problema di inquadramento nel quadro istituzionale delle Autorità indipendenti, l'analisi prospettata è stata quella di analizzare direttamente la disciplina relativa al procedimento davanti alle stesse.

In tema di procedimento davanti alle Autorità indipendenti va premesso che i problemi interpretativi riguardano in particolare gli atti emanati in sede di esercizio dei poteri decisori per la risoluzione delle controversie di loro competenza.

Primo principale problema di ordine sistematico: ai suddetti procedimenti si applicano le disposizioni della legge n.241/90?

Non sempre è opinione comune l'estensibilità della disciplina dettata dalla legge 241/90 sul procedimento amministrativo, soprattutto nella giurisprudenza; anche se occorre sottolineare che il legislatore ha a volte previsto espressamente nella disciplina di settore l'applicazione della normativa generale del procedimento amministrativo (D.P.R. 318/97 all'art.6, la legge n. 249/97 all' art.2 comma 3 e D.P.R. 318/97 art.6 comma 3)

Nel caso specifico della legge 287/90 ⁹, che all'art.10 comma 5 rinvia per la disciplina delle procedure istruttorie al D.P.R. 217/98 ¹⁰, non sussistono problemi di coordinamento con la legge 241/90 essendo la disciplina di settore esaustiva nella tutela dei principi di snellezza, trasparenza e contraddittorio ispiratori della attività amministrativa.

Anzi, posto che l'art. 20 comma 8 della legge 287/90 estende le procedure previste per l'Antitrust anche ad altre autorità quali CONSOB e ISVAP, mentre il comma 1 relativo al Garante per la radiodiffusione e l'editoria è stato abrogato dall'art.1 comma 6 lett. C num.9 della legge n.249/97, la disciplina posta dovrebbe assumere rilevanza di regolamentazione tipo.

In particolare, il T.A.R. del Lazio ¹¹ si è pronunciato sulla mancata applicazione della disciplina dettata dalla legge n.241/90 alle attività di segnalazione e consultiva di cui agli artt. 21 e 22 della legge 287/90, nonché all'attività di indagine conoscitiva espletata dall'Autorità ai sensi dell'art.12 comma 2 della stessa legge, data la non riconducibilità nell'ambito dell'attività amministrativa di dette attività.

Al contrario, è opinione comune in giurisprudenza ¹² che, **in difetto di disciplina specifica**, la normativa generale in materia di accesso, di cui alla legge n.241/90, è applicabile alle Autorità indipendenti, e ciò a prescindere da indagini sulla natura giuridica della attività in concreto svolta.

A tutela del corretto funzionamento del mercato e a garanzia della libera concorrenza la **Legge n.287/90** ha istituito **l'Autorità garante della concorrenza e del mercato**, più comunemente chiamata Antitrust.

4. Il procedimento innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

⁹ Legge che ha istituito l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato (<http://www.agcm.it>)

¹⁰ Legge che disciplina le procedure istruttorie innanzi alla l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato

¹¹ T. A.R. del Lazio Sez.1, 16 settembre 1996, n.1548

¹² T. A.R. del Lazio sez.1, 16 settembre 1996, n.1547, Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 1994, n.1697

La disciplina antitrust interviene su tre settori:

- 1) le intese;
- 2) gli abusi di posizione dominante;
- 3) le operazioni di concentrazione;

nell'ambito dei quali, assegna alla Autorità poteri di vigilanza, di indagine e sanzionatori, ma il legislatore non ha previsto una tutela penale per le violazioni della normativa sulla concorrenza.

Di fatto, l'Autorità si limita, accertata la violazione, alla diffida contro il comportamento lesivo, potendo comminare sanzioni amministrative pecuniarie e solo in ipotesi di reiterata inottemperanza alla diffida la sospensione dell'attività di impresa.

La disciplina antitrust ha come destinatari (quindi i sostanziali legittimati passivi) principalmente le "imprese" e solo indirettamente si rivolge ai consumatori (in quanto, comunque, fruitori di vantaggi derivanti da un sistema di mercato di libera concorrenza e quindi portatori solamente di quel diritto "diffuso" la cui esistenza viene ammessa soltanto in particolari e sporadici casi), mentre la disciplina della pubblicità ingannevole si pone a tutela principalmente degli interessi collettivi dei consumatori ed ovviamente a tutela degli interessi dei concorrenti.

L'antitrust ha competenze specifiche anche in materia di pubblicità ingannevole, disciplinata dal **decreto legislativo n. 74/92** e dal **D.P.R.10 ottobre 1996, n.627** per quanto concerne il regolamento delle procedure istruttorie.

Nel procedimento innanzi all'Autorità in materia di pubblicità ingannevole più che in ogni altra ipotesi si ritiene possa affermata la natura *«paragiurisdizionale»* della Autorità¹³:

- per le regole sull'onere della prova, in quanto il legislatore ha previsto (art.11 d.lgs.627/96) un'inversione dell'onere della prova in quanto l'operatore pubblicitario è chiamato a provare documentalmente l'esattezza dei contenuti della pubblicità;
- per la qualifica dell'atto di impulso e l'atto finale come «ricorso» l'uno, come «decisione motivata» con «effetto definitivo» l'altro (art. 7 comma 6 D.lgs.74/92);
- per il procedimento assai simile ai ricorsi amministrativi (anche se non è promosso contro una p.a. ma contro un atto/comportamento di un privato).

Il procedimento in questo caso, al contrario di quanto accade in materia di antitrust, non può attivarsi d'ufficio bensì su denuncia di concorrenti, consumatori, loro associazioni, ovvero del ministro dell'industria o di ogni altra amministrazione interessata.

Soprattutto il mancato adeguamento ai provvedimenti di «inibitoria», «d'urgenza» o di «rimozione degli effetti adottati con la decisione che definisce il ricorso» da parte dell'operatore pubblicitario comporta per lo stesso responsabilità penale; quindi si potrebbe parlare in questo caso di sostanziale equiparazione della decisione ad una sentenza, anche alla luce del disposto dell'art. 388 C.P.¹⁴

La disciplina specifica prevede:

- la comunicazione dell'avvio del procedimento ai soggetti interessati (il committente del messaggio pubblicitario, l'autore, il richiedente);

¹³ Diritto Antitrust, Ed. Simone 199_ , Lorenzo Allegrucci pag.131

¹⁴ Art. 388 Codice Penale. *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice.*

Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna , o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da lire duecentomila a due milioni.

La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci , ovvero prescrive misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito. Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora una cosa di sua proprietà sottoposta a pignoramento ovvero a sequestro giudiziario o conservativo è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa fino a lire seicentomila.

Si applicano la reclusione da due mesi a due anni e la multa da lire sessantamila a lire seicentomila se il fatto è commesso dal proprietario su una cosa affidata alla sua custodia e la reclusione da quattro mesi a tre anni e la multa da lire centomila a un milione se il fatto è commesso dal custode al solo scopo di favorire il proprietario della cosa.

Il custode di una cosa sottoposta a pignoramento ovvero a sequestro giudiziario o conservativo che indebitamente rifiuta, omette o ritarda un atto dell'ufficio è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a un milione.

Il colpevole è punito a querela della persona offesa.

- i termini del procedimento;

- la facoltà di intervento è espressamente prevista in generale per quei soggetti che siano portatori di interessi pubblici o privati, portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati cui possa derivare pregiudizio dal provvedimento dell'Autorità;

-«nel rispetto del principio del contraddittorio» sono regolamentate le audizioni, il deposito di controdeduzioni in caso di produzione da parte dell'operatore pubblicitario di prove sull'esattezza materiale dei dati contenuti nella pubblicità, qualora ai sensi dell'art.7 comma 4 del decreto 74/92 l'Autorità disponga che l'operatore fornisca tali prove (art.11 d.lgs.627/96).

L'Autorità ha anche la possibilità di emanare provvedimenti d'urgenza come, per esempio, sospensione della pubblicità per «gravi e motivate ragioni d'urgenza».

Anche l'eventuale mancato rispetto di tali provvedimenti comporta la sanzione penale come appena ricordato.

L'Autorità non può pronunciare *ultra petita* e si applica alle sue decisioni il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato¹⁵

E' opinione in dottrina che sembri *«preferibile ravvisare un procedimento amministrativo c.d. misto, giustiziale e sanzionatorio, che si attiva ad istanza di parte, è dominato dal principio del contraddittorio e può concludersi con una decisione che, accertata la fondatezza della domanda, può esercitare tutti i poteri di vigilanza e di repressione che le sono attribuiti dalla legge»*¹⁶

Anche in questo caso contro il provvedimento dell'Autorità si può presentare ricorso giurisdizionale al TAR del Lazio, la mancata presentazione del ricorso o il rigetto dello stesso rende il provvedimento inoppugnabile e preclude ogni azione civile; conseguentemente tale provvedimento è suscettibile di "passare in giudicato".

Il risarcimento danni del soggetto danneggiato dalla pubblicità ingannevole potrà essere richiesto al G.O, mentre il settore relativo alla concorrenza sleale ex art.2598 c.c. rimane di competenza del G.O.

5. Il procedimento innanzi all'Autorità per i servizi di pubblica utilità

Nel **Settore dei Servizi di pubblica utilità** la **legge n.481/95** istituisce l'Autorità garante per l'energia elettrica ed il gas e, solo formalmente, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in quanto rinvia ad altra disciplina specifica per la sua regolamentazione (**legge n.249/97**) ed alla quale sono comunque applicabili i principi generali stabiliti.

La legge n. 481/95 rinvia a successivi Regolamenti, emanati ai sensi dell'art.17 comma 1 legge n.400/98, per la definizione a) delle procedure istruttorie davanti alle Autorità ; b) delle procedure di conciliazione o arbitrato in contraddittorio presso le Autorità per la soluzione delle controversie insorte tra utenti ed esercenti il servizio e i casi in cui tali procedure possono essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (Art.2 comma 24 lett. a, b). Fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione dell'istanza di conciliazione o deferimento ad arbitri il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile.

Contro i provvedimenti e gli atti dell'Autorità può essere esperito Ricorso in sede giurisdizionale innanzi tribunale amministrativo regionale ove ha sede l'Autorità.

Anche nel settore in esame i **poteri sanzionatori** della Autorità si limitano ad ordini e diffide, e, nei casi di reiterato inadempimento al provvedimento dell'autorità, a sanzioni amministrative pecuniarie, alla sospensione dell'attività di impresa, qualora non comprometta la fruibilità del

¹⁵ Cons. di Stato, sez.VI ord. 11 ottobre 1996 n.1072: in sede cautelare ha ritenuto che l'Autorità non poteva ordinare la pubblicazione della pronuncia in assenza di specifica domanda

¹⁶ Luigi Maruotti «Il contraddittorio nei procedimenti» in "Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti" G.Giappichelli Editore, 1999

servizio da parte degli utenti, ovvero alla proposta al Ministro competente della sospensione o decadenza della concessione.

La legge 481/95 prevede all'art.2 comma 12 che l'Autorità determini i casi di **indennizzo automatico** a favore dell'utente quando il soggetto esercente il servizio non rispetti le clausole contrattuali o eroghi un servizio di qualità inferiore ai livelli stabiliti nel regolamento di servizio.

L'Autorità costituisce comunque nel piano sistematico della legge l'organo referente per i reclami degli utenti per i livelli qualitativi e tariffari dei servizi conferendole in tal caso poteri di modifica delle stesse modalità del servizio

6. Il procedimento innanzi all'Autorità di Garanzia per le telecomunicazioni

(A differenza della legge n. 481/95) La legge n. 249/97, istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, all'art.1 comma 11, rimanda ad apposito Regolamento della Autorità, non solo per l'individuazione delle controversie che potrebbero insorgere tra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro, ma anche per la fissazione delle procedure di conciliazione; prevedendo, inoltre, espressamente che i criteri così stabiliti dall'Autorità costituiscono principi di riferimento per la definizione delle controversie che le parti abbiano concordato di deferire ad arbitri.

Per le controversie suindicate il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non venga esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione che deve essere ultimato entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza innanzi all'Autorità; Per cui fino alla scadenza di tali termini restano sospesi i termini per agire innanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio.

Sempre con proprio regolamento l'Autorità disciplina:

a) i provvedimenti di cui all'art.2 comma 7 della legge n.249/97 nelle ipotesi di violazione del divieto di posizioni dominanti;

b) i casi di ricorso degli utenti avverso l'interruzione del servizio art.1 comma 6 lett.a num.10 legge n.249/97.

Le procedure di risoluzione delle controversie sono disciplinate dal D.P.R. 318/97.

L'attivazione d'ufficio è prevista solo nei casi espressamente indicati all'art.18 comma 3 del D.P.R. 318/97.

Il verbale di conciliazione o la decisione arbitrale costituiscono titolo esecutivo

Anche nel settore in esame i **poteri sanzionatori** della Autorità si limitano ad ordini e diffide, e, nei casi di reiterato inadempimento al provvedimento dell'autorità, a sanzioni amministrative pecuniarie, alla sospensione dell'attività nei confronti del titolare di licenza o autorizzazione o concessione, ovvero la revoca.

Inoltre, a fronte delle richieste su dati contabili o fatti concernenti l'esercizio dell'attività da parte dell'Autorità, il soggetto che abbia reso comunicazioni non veritiere è responsabile ai sensi dell'art.2621 c.c.

7. Il procedimento innanzi al Garante per i dati personali

Nel settore della tutela dei dati personali la **legge n.675/96** ha istituito all'art.30 il Garante per la protezione dei dati personali. L'organo in esame presenta caratteristiche peculiari che lo contraddistinguono rispetto alle altre autorità, innanzi tutto perché il ricorso al garante per la tutela dei diritti di cui all'art.13 si pone in maniera alternativa al ricorso all'autorità giudiziaria art.29 comma 1 per cui la presentazione del ricorso rende improponibile un'ulteriore domanda al giudice tra le stesse parti e per il medesimo oggetto. Perché contro il provvedimento del garante si può proporre opposizione al Tribunale del luogo dove risiede il titolare entro il termine di 30 gg dalla

data di comunicazione del provvedimento o dalla data del rigetto tacito; tuttavia l'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento.

Avverso il decreto del tribunale è ammesso unicamente il Ricorso per Cassazione ex art.29 comma

L'opposizione deve essere proposta con ricorso da depositarsi nel termine suddetto, pena l'inammissibilità del giudizio, nella cancelleria del tribunale, la cui competenza è per materia, mentre territorialmente esso si individua in quello del luogo di residenza del titolare; il ricorso deve essere notificato a cura dell'opponente unitamente al decreto di fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti²¹.

Al procedimento così instaurato si applicano gli artt. 737 e ss., come stabilisce l'art. 29 della legge al comma 7, ossia il giudizio avrà le regole generali dei procedimenti in camera di consiglio²², mentre non si applicano le norme sulle preclusioni introdotte dalla L. n. 353 del 1990 e si conclude con decreto avverso il quale è ammesso unicamente il ricorso per Cassazione.

8. Conclusioni

Dall'analisi dei procedimenti sopra specificati appare senza ombra di dubbio che quello innanzi al Garante per i dati personali sia quello che più degli altri, insieme al Garante stesso, possa essere considerato come particolare e possa correre seriamente il pericolo di essere tacciato di incostituzionalità.

In effetti il ricorso al Garante è alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, mentre per gli tutti gli altri procedimenti il ricorso alle varie *Authority* si pone come il primo gradino rispetto alla tutela giurisdizionale, in pratica come strumento deflattivo delle liti.

La decisione del Garante è, per così dire, suscettibile di "passare in giudicato", nel senso che il provvedimento del Garante diviene definitivo qualora non vengano esperiti i gravami previsti; ora, anche in questo caso, è chiaro l'intento del legislatore di voler snellire il più possibile il procedimento in materia di dati personali, visto gli interessi che sono in gioco, eliminando le lungaggini ed un contenzioso di fronte alle autorità giurisdizionali, ma questo non basta a dissipare i dubbi.

E' appena il caso di notare come tutti i procedimenti innanzi alle *Authority* diverse dal Garante possano - di fatto - essere considerati come una sorta di "arbitrati statali", nel senso che le parti decidono di far dirimere la questione innanzi ad un soggetto che assomiglia molto ad un collegio arbitrale, sia per il presupposto della conoscenza "tecnica" del problema, sia per la - presunta - snellezza del procedimento.

Infatti la celerità e la prontezza di risposta non possono essere ottenute a discapito delle garanzie irrinunciabili che dall'ordinamento sono stabilite a favore del soggetto; è importante certo che la tutela sia semplice e veloce ma questa presunta "velocità" non deve divenire un'arma a doppio taglio nel senso che possa portare ad una giustizia frettolosa e pressapochista.

Altro discorso da tenere presente e che si evince da una lettura comparata delle varie *Authority* - quale è quella che si è tentato di offrire nel corso del presente scritto - è quello del diverso modo di atteggiarsi e di operare delle stesse.

Lasciando per ora da parte aspetti marginali come possono essere quelli della loro composizione e del diverso numero dei loro componenti, diversità forse dettate da esigenze diverse, dubbi suscita il fatto di non trovare tra la varie Autorità quella omogeneità di compiti, mezzi e competenze che invece sarebbe stato doveroso aspettarsi.

Il discorso non va tanto affrontato tra tutte indistintamente, quanto tra i due blocchi che sembrano essersi formati: da un lato tutte le varie *Authority*, telecomunicazioni, editoria, autorità garante concorrenza, ecc. e dall'altro il Garante per la tutela dei dati personali.

Proprio in merito a quest'ultima appare interessante la dichiarata risarcibilità del danno non patrimoniale; il giudice pronunciando la condanna potrà sia quantificare l'importo caso per caso ed in relazione ai contenuti ed alle modalità delle accertate violazioni, dandone adeguata motivazione che tenga conto delle proposte avanzate dalle parti.

²¹ L'opposizione comunque non sospende automaticamente la provvisoria esecutorietà del provvedimento che invece andrà decisa di volta in volta e su richiesta del ricorrente.

²² I procedimenti in camera di consiglio, diversamente noti come «procedimenti di volontaria giurisdizione», diversamente da quelli contenziosi, sono caratterizzati dalla c.d. *iniziativa d'ufficio* che ha il giudice e dunque nei maggiori poteri istruttori che gli consentono di conservare la direzione del procedimento.

In effetti mentre alle prime appaiono correttamente assegnati dei compiti "verticali", nel senso che sono state trasferite a tali autorità competenze in materie specifiche che possono essere assimilate ad una fetta della torta tagliata in senso verticale, al Garante dei Dati Personali sono state assegnate delle competenze assolutamente "trasversali", in quanto il concetto di "trattamento dei dati" è talmente ampio che ben difficilmente si può pensare a qualche attività giuridicamente rilevante senza che vi sia, appunto, trattamento dati.

A questo punto si pone quindi in prima battuta il problema del coordinamento delle decisioni e delle attività delle varie Authority, che certamente non può essere risolto soltanto con il disposto dell'art. 31, commi 5 e 6²³; infatti, dal punto di vista di colui che si trova a dover applicare in maniera "pratica" il diritto, il punto fondamentale è il seguente: in caso di sovrapposizione di decisioni, in caso di discordanza di decisioni, quale decisione prevale?

L'articolo di legge in esame, infatti, anche a volerlo considerare, con un evidente sforzo, esaustivo in materia, propone, perlomeno a parere di chi scrive, una soluzione quanto mai complicata da attuare; infatti sicuramente prevedere un momento di raccordo tra le varie autorità in una sorta di decisione collegiale ha i suoi pregi, anche come momento di scambio di esperienze ed opinioni, ma, a ben vedere una procedura siffatta va sicuramente a scapito della celerità e speditezza dei giudizi delle autorità.

Vogliamo, infatti, soltanto per un momento provare ad immaginare il tempo che sarebbe necessario spendere per organizzare «riunioni» di questo tipo? Ricordiamo poi che i termini per definire tutto il giudizio sono estremamente ridotti e alcune volte le Authority anche quando devono semplicemente emettere, da sole il provvedimento non riescono ad osservare i tempi, figuriamoci se riuscirebbero a farlo dovendo esperire procedure come quelle delineate dall'art. 31!

Il problema fondamentale è che in tutto il sistema delle Authority non è stata prevista una funzione unificatrice come quella esplicitata dalla Suprema Corte di Cassazione²⁴ nell'ambito della giurisdizione ordinaria, ed inoltre - nonostante le premesse corrette²⁵ - i vari procedimenti sono differenti nella forma e nella sostanza, con buona pace della certezza del diritto. Continuando il paragone con il diritto e la procedura civile, è un po' come se si applicassero dei codici di procedura civile diversi a seconda dell'ambito territoriale; penso che il concetto sia abbastanza chiaro da spiegarsi da solo senza necessità di ulteriori approfondimenti.

Immaginando poi la sempre maggiore espansione e pervasività delle competenze delle varie Authority, ritengo che sia certamente auspicabile una azione di coordinamento anche nel campo del diritto positivo; infatti a parere dello scrivente sarà certamente necessario coordinare sia a livello normativo che a livello operativo l'attività delle varie Authority, onde evitare che invece di avere uno snellimento delle procedure si abbia una inutile dispersione delle risorse, unitamente ad un decremento della certezza del diritto.

Per concludere, ancora un accenno alla Legge 675/96: come è possibile che una legge ordinaria quale è appunto la legge citata possa - di fatto - stabilire che le "altre" leggi di pari grado, anche se successive, dovranno adeguarsi alla 675/96 stessa?

Tale prerogativa appartiene soltanto alle leggi di rango costituzionale ed ai trattati internazionali; ovvero, può essere immaginata rispetto a provvedimento normativi di rango minore (regolamenti, etc.) ma non certamente rispetto a "pari grado" ovvero alla c.d. "leggi quadro".

²³ Comma 5: «il Garante e l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione cooperano tra loro nello svolgimento dei rispettivi compiti; a tal fine invitano il presidente o un suo delegato membro dell'altro organo a partecipare alla discussione di argomenti di comune interesse iscritti all'ordine del giorno; possono richiedere, altresì la collaborazione di personale specializzato addetto all'altro organo».

Comma 6: «le disposizioni del comma 5 si applicano anche nei rapporti tra il Garante e le autorità di vigilanza competenti per il settore creditizio, per le attività assicurative e per la radiodiffusione e l'editoria».

²⁴ Art. 65, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12: «La Corte Suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge...»

²⁵ Vedi sopra note 8 e 9 del presente articolo e n.3 "I procedimenti in generale" ibidem

Ma la 675/96, comunque, non lo è formalmente; da qui una domanda: ***a quando una pronunzia dell'Autorità Giudiziaria ordinaria - magari della Corte Costituzionale - in merito?***

Personalmente, attendo - abbastanza - fiducioso.

Avv. Luca-M. de Grazia