

PARTE SPECIALE

SANDRA ANTONIAZZI

PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI COMUNITARI COMPOSTI E PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO

SOMMARIO: PARTE PRIMA. *Procedimenti amministrativi comunitari e principio del contraddittorio: l'elaborazione della giurisprudenza.* 1. L'ambito specifico di indagine: l'affermazione giurisprudenziale del principio del contraddittorio e l'introduzione nella disciplina dei procedimenti amministrativi comunitari e, in particolare, in quelli composti. — 2. L'applicazione della regola del contraddittorio nel settore della concorrenza e la tutela delle imprese. — 3. La nozione comunitaria di impresa, secondo un'interpretazione estesa. — 4. L'evoluzione del principio fondamentale del contraddittorio collegato al diritto di difesa nel settore della concorrenza. — PARTE SECONDA. *L'introduzione del procedimento comunitario composto nei settori degli aiuti di Stato alle imprese, della concorrenza e delle comunicazioni elettroniche.* 5. Il procedimento per gli aiuti di Stato alle imprese ed il prevalente contraddittorio tra Commissione e Stato interessato. — 6. Il procedimento per l'inchiesta riguardo a prodotti oggetto di *dumping*. — 7. La disciplina comunitaria sulla concorrenza attuata con lo strumento del procedimento composto: accentuata applicazione del contraddittorio tra autorità e imprese ed innovazioni nell'organizzazione delle funzioni. — 8. Il procedimento nella disciplina sulle comunicazioni elettroniche: la più recente evoluzione del contraddittorio. — PARTE TERZA. *Procedimenti composti e principio del contraddittorio: l'individuazione di regole generali.* 9. Procedimenti composti e contraddittorio: l'individuazione di regole generali e la necessaria estensione ai procedimenti amministrativi nazionali. — 10. Il riscontro di aspetti comuni nel procedimento antitrust di cui alla legge n. 287 del 1990. — 11. Il contraddittorio nel confronto tra la normativa comunitaria esaminata e la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo. — PARTE QUARTA. *Considerazioni conclusive ed alcune previsioni sull'evoluzione del procedimento comunitario nella prospettiva dell'integrazione amministrativa.* 12. Nell'evoluzione più recente, il principio del contraddittorio può essere inteso come criterio di organizzazione delle funzioni amministrative comunitarie, secondo un'interpretazione estesa. — 13. Considerazioni di sintesi sulle questioni dibattute: la distinzione tra contraddittorio in senso ampio e contraddittorio tra autorità amministrative e imprese. — 14. Le previsioni prospettabili riguardo all'evoluzione del procedimento amministrativo comunitario, con esigenze di codificazione di principi uniformi.

PARTE PRIMA

PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI COMUNITARI
E PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO:
L'ELABORAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

1. *L'ambito specifico di indagine: l'affermazione giurisprudenziale del principio del contraddittorio e l'introduzione nella disciplina dei procedimenti amministrativi comunitari e, in particolare, in quelli composti.*

La riflessione sull'esistenza di una nozione di procedimento amministrativo comunitario è piuttosto recente, dato che non esiste una disciplina generale, ma esistono diverse discipline sui procedimenti per i vari settori regolati dal diritto comunitario, con disposizioni che non sono inevitabilmente principi generali validi per tutti i procedimenti comunitari.

La dottrina(1), in un primo tempo, ha limitato la nozione alla sola attività esterna di esecuzione diretta della Comunità e cioè riguardo ad una serie chiusa di atti preordinati all'adozione di un provvedimento finale previsto dal Trattato o dalle altre fonti comunitarie; secondo questa prima impostazione, il procedimento consente l'applicazione necessaria del principio comune del diritto di difesa, ed è modulo garantistico di tutela delle posizioni soggettive in relazione agli obiettivi primari del Trattato di sviluppo economico e sociale, poi soggetto al sindacato della Corte di giustizia(2).

(1) E. PICOZZA, *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, in questa *Rivista*, 1994, 327 ss.; L. PAREJO ALFONSO, *El procedimiento administrativo comunitario*, in AA.VV., *Manual de derecho administrativo comunitario*, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 2000, 233 ss., che conferma l'inesistenza di una disciplina generale del procedimento amministrativo comunitario e la possibilità, peraltro, di distinguere i procedimenti in categorie generali (procedimenti dell'amministrazione comunitaria, di esecuzione indiretta, derivanti dalla cooperazione orizzontale tra due o più amministrazioni degli Stati membri, di esecuzione diretta del diritto comunitario da parte dell'amministrazione comunitaria).

Si segnala anche lo studio di M.C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001.

(2) Alla Corte di giustizia interessa, in linea con gli indirizzi e le preoccupazioni affermati costantemente dalla giurisprudenza, quali che siano le modalità di tutela nazionali, la garanzia di una piena tutela giurisdizionale per tutte le posizioni soggettive, una tutela che potrà anche variare a seconda dell'ordinamento anche in relazione alla natura della posizione soggettiva e che, comunque, deve essere adeguata ed effettiva; così già Corte di giustizia, 19 dicembre 1968, causa C-13/68, in *Racc.*, 1968, I, 615, secondo cui le norme di diritto comunitario direttamente applicabili «obbligano le autorità e in partico-

Più recentemente è emersa la figura del procedimento «misto» o «composto» secondo la nuova logica di coamministrazione⁽³⁾ sul presupposto della stretta connessione tra le funzioni delle autorità amministrative nazionali e comunitarie, nel senso di una contitolarità delle competenze tra amministrazione europea e nazionale, come evoluzione e superamento del modello dell'esecuzione indiretta⁽⁴⁾.

Infatti, questo nuovo strumento sembra consentire, da un lato, un'integrazione diretta in quanto le amministrazioni nazionali devono attuare la disciplina nazionale nel procedimento e, dall'altro, un'integrazione indiretta con meccanismi orizzontali di rapporti tra le amministrazioni nazionali⁽⁵⁾; la tendenza alla diffusione di questi procedimenti sembra trovare conforto nel principio di sussidiarietà e nell'impostazione monistica con riferimento all'integrazione delle amministrazioni nazionali al fine di un'amministrazione comune⁽⁶⁾.

lare i giudici competenti degli Stati membri a proteggere gli interessi dei singoli contro eventuali violazioni di dette disposizioni, garantendo loro la tutela diretta ed immediata dei loro interessi, e ciò indipendentemente dal rapporto intercorrente, secondo il diritto nazionale, fra detti interessi e l'interesse pubblico a cui si riferisce la questione. Spetta all'ordinamento giuridico nazionale stabilire quale sia il giudice competente a garantire detta tutela e, a tale effetto, il decidere come debba qualificarsi la posizione individuale in tal modo tutelata».

(3) Il modello della coamministrazione è stato ampiamente approfondito a partire dagli anni novanta: C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993, 203 ss., esamina il nuovo criterio organizzatorio della collaborazione e cooperazione tra soggetti nazionali e comunitari, che esercitano una funzione di mediazione tra diversi interessi, con azioni e strutture amministrative che si influenzano reciprocamente.

(4) Riguardo all'amministrazione «mista» integrata di organi nazionali e comunitari come «terza via» di organizzazione unica, fase successiva all'esecuzione diretta e a quella indiretta, S. GALERA RODRIGO, *La aplicacion administrativa del derecho comunitario. Administracion mixta: tercera via de aplicacion*, Madrid, 1998; una parte della dottrina spagnola (L.F. MAESO SECO, *I procedimenti composti comunitari: riflessioni intorno alla problematica della impossibilità di difendersi ed eventuali alternative*, in G. DELLA CANANEA-M. GNES (a cura di), *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea. Un'indagine*, Torino, 2004, 17 ss.) equipara il procedimento composto comunitario (definito anche come integrato) al procedimento amministrativo complesso o connesso del diritto spagnolo (in particolare per la dottrina: L. ORTEGA ALVAREZ, *Procedimiento administrativo*, in L. PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho administrativo*, I, Barcellona, 1998) in quanto procedimenti che ne includono un altro (o altri) perdendo così l'autonomia e, per questo aspetto, si distinguono dai procedimenti interdipendenti che integrano, invece, una relazione tra diversi procedimenti comunque autonomi. Quanto ai fini la distinzione attiene, ovviamente, al perseguimento di obiettivi comunitari per l'adozione di una decisione comunitaria, anche se nel procedimento composto siano inseriti procedimenti nazionali dai quali può dipendere la decisione finale.

(5) A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in questa *Rivista*, 2005, 889.

(6) Per questa posizione M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 442.

Peraltro, proprio lo studio dei procedimenti composti per alcuni settori (ad esempio, concorrenza, aiuti, comunicazioni elettroniche, *dumping*) consente di approfondire l'evoluzione del principio fondamentale del contraddittorio.

Per l'elaborazione di un «elenco» di principi generali sull'azione amministrativa, ha assunto un ruolo determinante il contributo dei giudici comunitari; ciò vale anche per il diritto al contraddittorio (7), preferibilmente definito dalla Corte come principio del rispetto del diritto di difesa (8), in base al quale «qualora i provvedimenti della pubblica autorità ledano in *maniera sensibile* gli interessi dei destinatari, questi ultimi devono essere messi in grado di presentare tempestivamente le loro difese» (9), con la possibilità di essere ascoltati e di accedere ai documenti in pos-

I procedimenti amministrativi composti sono emersi anche nella politica agricola per gli aiuti alla produzione di certi prodotti, oppure vi sono procedimenti per la composizione di organi quali il Comitato economico e sociale ed il Comitato delle regioni e degli enti locali e procedimenti per l'erogazione di benefici finanziari, o di autorizzazione di determinati prodotti o di registrazione del marchio comunitario.

(7) La Corte di giustizia da tempo ha ritenuto il principio del contraddittorio riconducibile alla categoria dei principi generali del diritto comunitario: sentenza 13 febbraio 1979, causa C-85/76, in *Racc.*, 1979, I, 461; 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, in *Racc.*, 1983, I, 1825; in seguito, chiaramente la Corte di giustizia afferma che il diritto di difesa deve essere garantito «anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi» (sentenza 29 giugno 1994, causa C-135/92, in *Racc.*, 1994, I, 2885, che si riferiva ad una sanzione per infrazioni relative alla disciplina della pesca, secondo cui il diritto di difesa comporta che chiunque deve poter inoltrare osservazioni sugli elementi considerati dalla Commissione).

Sull'evoluzione del principio nella giurisprudenza comunitaria, cfr., A. MASSERA, *I principi generali*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretta da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, I, Milano, 2007, 345 ss.

(8) Si segnala il contributo della dottrina spagnola nella ricostruzione dei principi del procedimento amministrativo comunitario con studi risalenti a fine anni ottanta; in particolare, R. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho comun europeo*, Madrid, 1989, 282 ss., che, sul presupposto dell'elaborazione di un nuovo *ius commune europeo* sul procedimento amministrativo, ha esaminato l'applicazione giurisprudenziale del diritto di difesa e del contraddittorio — come espressione del principio di buona amministrazione — nei vari settori confermando la tesi secondo cui il principio non è limitato solamente ai procedimenti sanzionatori, ma riguarda anche in quelli da cui può derivare comunque un pregiudizio anche in modo sensibile per gli interessati. Il diritto all'audizione orale è, invece, riconducibile ai procedimenti disciplinari per consentire al funzionario interessato di esprimere il proprio punto di vista prima della decisione finale ed esteso dalla giurisprudenza a gran parte dei procedimenti.

Più di recente, sui principi generali del procedimento, J. BARNES, *Procedimiento administrativo e integracion europea*, in questa *Rivista*, 2004, 1116 ss.

(9) Corte di giustizia, 23 ottobre 1974, causa 17/74, in *Racc.*, 1974, I, 1063 ss.; la regola è stata, in seguito, inserita nel regolamento (CE) del Consiglio, 20 dicembre 1993, n. 40, che prevede le osservazioni degli interessati in materia di registrazione di un marchio comunitario e di decisioni dell'Ufficio per l'armonizzazione del mercato, e in tal senso Trib. CE, 16 febbraio 2000, causa T-122/99, in www.europa.eu.int.

nesso della Commissione (10), in tal modo l'interessato acquisisce ed esercita pienamente la qualità di parte nel procedimento (11).

Proprio perché il Trattato non indica regole sul procedimento ma solamente alcune direttive generali, l'intervento dei giudici comunitari è stato determinante e volto ad ampliare la tutela dei privati con l'affermazione del principio del contraddittorio, dapprima nei procedimenti che riguardavano la responsabilità disciplinare dei funzionari (12) e in seguito in quelli di accertamento e sanzionatori relativi alla concorrenza (13), attività di amministrazione diretta delle istituzioni comunitarie; in particolare, è stata considerata l'attività della Commissione in relazione al procedimento che iniziava con la denuncia di cui all'art. 3 del regolamento n. 17/1962 (14).

Inoltre, i diversi regolamenti relativi a singoli settori non comportano un diritto procedimentale generale; soprattutto negli anni novanta tale diritto era definibile «per punti» e non costruiva una «rete fitta» (15) e riguardo al diritto ad essere ascoltati è prevalsa la considerazione di regola derivante dal principio dello stato di diritto.

È poi intervenuta la giurisprudenza in molteplici occasioni; la Corte di giustizia, come vedremo, ha evidenziato il contenuto *garantista* del diritto alla difesa come facoltà degli interessati di intervenire nel procedimento, qualora l'azione comunitaria produca effetti pregiudizievoli nella loro sfera giuridica; tuttavia, non

(10) Al principio del contraddittorio si collegano il diritto a non testimoniare contro se stessi, l'assistenza del difensore, la tutela del segreto professionale, la riservatezza della corrispondenza e l'obbligo di motivazione chiara e coerente dei provvedimenti adottati (Corte di giustizia, 7 febbraio 1990, causa C-213/87, in *Racc.*, 1990, I, 221; Trib. CE 12 dicembre 1996, causa T-16/91, in *Racc.*, 1996, II, 1827).

(11) E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 322 ss.

(12) Si legga G. COGLIANDRO, *La responsabilità dei funzionari nella CEE*, in questa *Rivista*, 1994, 45 ss.

(13) In particolare, le garanzie procedurali riconosciute a tutela del diritto di difesa riguardavano la procedura amministrativa e la fase contenziosa di cui all'art. 19 del regolamento n. 17/1962, e gli interessati possono presentare osservazioni sugli addebiti (ad esempio, Corte di giustizia, 15 luglio 1970, causa C-41/69, in *Racc.*, 1970, I, 661).

(14) Per un'analisi storica del sistema comunitario della concorrenza: M. SCAGLIONE e B. CARUSO, *Considerazioni sulla recente disciplina comunitaria delle concentrazioni e dell'abuso di posizione dominante delle imprese, con riferimento anche al settore pubblico*, in questa *Rivista*, 2002, 741 ss. Si ricorda anche il regolamento n. 19/65/CEE del Consiglio, circa l'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3, del Trattato e categorie di accordi e pratiche concordate.

(15) A. WEBER, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità Europea*, in questa *Rivista*, 1992, 395 ss.

sempre si ravvisa una posizione univoca, poiché l'orientamento iniziale limitava il principio al caso delle sanzioni e, quindi, dei provvedimenti sfavorevoli di contenuto *repressivo* adottati con il fine di *punire* la condotta antigiuridica del destinatario (16). In altre decisioni (17) il diritto di difesa dipende dal contenuto *svantaggioso* ovvero dalla lesione *rilevante* degli interessi dei destinatari, ma secondo una visione estensiva, che comunque comprende anche il concetto di sanzione (18) dato che la Corte insiste prevalentemente sull'*incidenza negativa* e sulla *lesività*, come criteri generali per il riconoscimento del diritto di difesa e del diritto «ad essere ascoltati» (19).

In particolare, il diritto «ad essere ascoltati» nel corso del procedimento amministrativo è direttamente connesso allo stato di diritto, in quanto principio comune agli stati membri per esigenze di giustizia e di buona amministrazione (20); l'adozione di sanzioni o di altre misure sfavorevoli per le posizioni private sono presupposti generali e consolidati di applicabilità dell'audizione orale, inizialmente inserita nei procedimenti di concorrenza e, in

(16) Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, causa C-85/76, in *Racc.*, 1979, I, 461, ove si legge che «Il rispetto dei diritti di difesa in qualsiasi procedimento con cui possono essere inflitte sanzioni, specie ammende o penalità di mora», costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa» e in materia di concorrenza «il rispetto dei diritti della difesa esige che l'impresa interessata sia stata messa in grado di far conoscere in modo efficace il proprio punto di vista sulla realtà e sulla pertinenza dei fatti e delle circostanze allegare e sui documenti di cui la Commissione ha tenuto conto per suffragare il suo addebito d'infrazione».

(17) Corte di giustizia, 23 ottobre 1974, causa 17/74, in *Racc.*, 1974, I, 1063.

(18) Corte di giustizia, 29 giugno 1994, causa C-135/92, in *Racc.*, 1994, I, 2899, il principio del diritto di difesa riguarda i casi di provvedimenti sanzionatori.

(19) Peraltro, la giurisprudenza della Corte di giustizia (ad es., 15 dicembre 1982, causa n. 211/81, in *Racc.*, 1982, I, 4547) riconosce anche agli stati membri il diritto ad essere ascoltati nella fase amministrativa in materia di procedura per il controllo dell'esecuzione del diritto comunitario (di cui agli artt. 226-228 del Trattato), al fine di proteggere gli interessi degli stati membri.

(20) M.P. CHITI, *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in questa *Rivista*, 2000, 303 ss.; al principio generale di buona amministrazione sono riconducibili altri principi individuati dalla giurisprudenza e tra i quali la diligenza nell'istruzione e nell'esame del fascicolo, la partecipazione al procedimento con il diritto ad essere ascoltati, la trasparenza (diritto di accesso e obbligo di motivazione), qualificabili come diritti procedurali. L'Autore esamina l'evoluzione giurisprudenziale del principio generale del diritto ad essere ascoltati in relazione alla complessità e alla varietà dei procedimenti amministrativi (*Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 420 ss.).

Per approfondimenti di giurisprudenza: V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004, 20 ss. Si richiama, ad es., Trib. CE, 6 luglio 2000, causa T-62/98, in *Racc.*, 2000, 5171, ha inteso la violazione del principio di buona amministrazione come mancato rispetto dei *principi elementari di procedura* con riferimento al procedimento avviato di cui all'art. 81 Trattato.

seguito, nel settore *antidumping* e dei fondi strutturali (21), su impulso della Corte di giustizia (22).

Emerge così un primo criterio generale: il principio di tutela procedimentale riguarda la categoria dei procedimenti *afflittivi* consentendo agli interessati di esporre le proprie ragioni per ottenere un provvedimento motivato; in alcune risalenti pronunce (23) il diritto al contraddittorio in sede amministrativa è stato ricondotto all'art. 220 del Trattato (24) chiarendo che «il rispetto delle prerogative della difesa in qualsiasi procedimento instaurato a carico di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo, costituisce un principio fondamentale di diritto comunitario e va garantito anche se non vi è alcuna normativa che riguardi il procedimento in questione».

Il carattere saliente di questi atti lesivi è la produzione di effetti giuridici obbligatori nei confronti dei destinatari, modificando «in misura rilevante» (25) la situazione giuridica; si prospetta una questione discussa e cioè se gli effetti siano necessariamente obbligatori oppure se comportino l'attribuzione di diritti ed obblighi. Non sembra sostenibile quest'ultima soluzione, e neppure è sufficiente un qualsiasi effetto giuridico per riconoscere in una decisione un atto lesivo (26), rilevando essenzialmente la lesione di un interesse giuridicamente tutelato.

(21) Si precisa che per gli aiuti di stato le parti non sono i privati ma i governi che distribuiscono gli aiuti; pertanto, i diritti individuali non sono approfonditi come in materia di concorrenza, ad es. per gli accordi restrittivi, l'abuso di posizione dominante e le intese; sui più limitati diritti procedurali nel settore degli aiuti di stato: Corte di giustizia, 2 aprile 1998, causa 367/95, in *Racc.*, 1998, I, 1719, ed il regolamento del Consiglio n. 659/99 che sarà in seguito esaminato nel § 4.

(22) Peraltro, la più recente dottrina (F. BIGNAMI, *Tre generazioni di diritti di partecipazione nei procedimenti amministrativi europei*, in S. CASSESE-F. BIGNAMI (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Quad. n. 1, 2004, 90 ss.) considera il diritto ad essere sentiti come diritto di partecipazione di «prima generazione» emerso per la prima volta nel settore della concorrenza, riguardo al quale la Commissione stabilisce sanzioni ed altri oneri per le imprese.

(23) Si legga, ad esempio, Corte di giustizia, 23 ottobre 1974, causa C-17/74, cit.

(24) L'art. 220 del Trattato (ora art. 293) riguarda l'impegno degli stati membri per negoziati volti a garantire a favore dei loro cittadini «la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno stato ai propri cittadini».

(25) Trib. CE, 16 aprile 1997, causa T-541/93, in *Racc.*, 1997, II, 549.

(26) Trib. CE, 18 dicembre 1992, cause riunite T-10-15/92, in *Racc.*, 1992, II, 2667, ove si legge che «Gli atti con i quali la Commissione si rifiuta, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione delle norme sulla concorrenza, di comunicare alle imprese interessate dal procedimento una parte della comunicazione degli addebiti nonché di consentire loro l'accesso a tutti i documenti che fanno parte del suo fascicolo non possono produrre effetti giuridici idonei ad incidere, prima dell'eventuale

L'applicazione del diritto di difesa è, quindi, collegato agli atti amministrativi sfavorevoli per i destinatari e per i terzi esclusi da un beneficio a vantaggio di altri, e tale situazione di pregiudizio potrebbe ritenersi il presupposto per l'applicazione del contraddittorio; in un primo momento tale regola non era recepita nella disciplina sulla concorrenza (regolamento n. 17/1962) che, peraltro, si riferisce prevalentemente agli atti amministrativi *ad personam*, escludendo gli atti contenenti misure di carattere generale per gli operatori e che presuppongono scelte di politica economica (27). In particolare, la giurisprudenza, di fine anni novanta (28), ha affermato con chiarezza che le imprese a cui vengano contestate violazioni del diritto comunitario devono «essere sentite» prima dell'adozione dei provvedimenti (soprattutto sanzionatori).

Un'ulteriore questione per la tutela dei destinatari che dovrà essere esaminata attiene alla *definitività* dei provvedimenti e al riguardo il regolamento n. 17/62 (29) già indica come atti impugnabili la «richiesta formale di informazioni» e la «domanda di nuovi accertamenti»; si tratta di atti preparatori volti ad attivare un procedimento e determinanti per l'integrazione di prove circa l'illegittimità di comportamenti delle imprese da cui deriva responsabilità (30). Mentre non sono impugnabili gli atti meramente preparatori quali le comunicazioni, le note informative, la semplice richiesta di informazioni e la decisione di procedere all'accertamento dopo la presentazione del mandato di all'art. 14 (31), poiché non producono effetti giuridici qualificati, pur rientrando nell'attività amministrativa in senso ampio.

emanazione di una decisione che accerti un'infrazione delle norme del Trattato, sugli interessi delle dette imprese. Si tratta, pertanto, solo di atti procedurali, preparatori rispetto alla decisione che costituirà lo sbocco ultimo del procedimento amministrativo disciplinato dai regolamenti nn. 17/62 e 99/63, i quali non sono, di per sé, impugnabili con ricorso d'annullamento ai sensi dell'art. 173 del Trattato».

(27) Trib. CE, 11 dicembre 1996, causa T-521/93, in *Racc.*, 1996, II, 1707, la decisione esclude l'applicazione del diritto di audizione alle procedure legislative comunitarie che culminano nell'adozione di provvedimenti normativi con scelte di politica economica e che si applicano alla generalità degli operatori interessati.

(28) Trib. CE, 11 dicembre 1996, causa T-521/93, cit.

(29) Il procedimento disciplinato dal regolamento del Consiglio n. 17/62 (sostituito più recentemente dal regolamento del Consiglio n. 1/2003), più volte modificato, e dal regolamento n. 2842/98 sulle *audizioni* delle imprese interessate, può ritenersi il primo modello di un'attività amministrativa della Commissione nonché riferimento determinante per i procedimenti in materia di aiuti alle imprese e di *dumping*.

(30) Corte di giustizia, 17 ottobre 1989, causa C-85/87, in *Racc.*, 1989, I, 3137.

(31) Trib. CE, 9 giugno 1997, causa T-9/97, in *Racc.*, 1997, II, 909.

Nei procedimenti composti vi sono anche atti produttivi di effetti giuridici rilevanti e cioè suscettibili di produrre in via diretta una modificazione della posizione giuridica a seguito della conclusione di una procedura particolare, che può essere anche distinta dal procedimento in cui si inserisce (32); ne deriva un delicato problema di tutela giurisdizionale degli interessati e, in particolare, circa la legittimazione a ricorrere (33).

In materia di concorrenza, vi sono atti preparatori impugnabili connessi alla procedura preliminare di inchiesta e alla fase in contraddittorio, dato che il diritto di difesa potrebbe essere pregiudicato anche durante le indagini che influenzano in modo determinante l'esito del procedimento; in questi casi occorre verificare se dalla procedura derivi un effetto giuridico qualificato che pregiudichi in modo diretto gli interessati e se le conseguenze negative non possano essere rimosse con l'annullamento dell'atto finale definitivo.

La questione deve essere ora esaminata alla luce della nuova disciplina del regolamento n. 1 del 2003, ma in ogni caso sempre secondo il consolidato criterio applicabile degli *effetti giuridici concreti* dell'atto come manifestazione definitiva di volontà e che può anche non essere conclusivo di un procedimento.

Dall'esame di questi profili del tema, appare chiaro che la disciplina del procedimento amministrativo nel sistema comunitario è inevitabilmente lacunosa non essendovi una disciplina generale, prevalendo una regolazione settoriale per materia con difficoltà non tanto per i procedimenti eseguiti direttamente dagli organi comunitari, ma per quelli eseguiti dalle amministrazioni nazionali e soprattutto riguardo ai procedimenti composti con un'attuazione congiunta.

Il dibattito sulla necessità di una codificazione generale ha riguardato anche l'eventuale inserimento nei Trattati e, più di recente, nella Costituzione europea, pur limitatamente ad alcuni principi (ad es., il diritto di essere ascoltati, il diritto di accesso al

(32) Per questa ipotesi si legga M. VERONELLI, *Procedimenti composti e problemi di tutela giurisdizionale*, in G. DELLA CANANEA e M. GNES (a cura di), *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea. Un'indagine*, Torino, 2004, 59 ss.

(33) M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 443.

proprio fascicolo, l'obbligo di motivazione delle decisioni)(34), o in un regolamento specifico in tema di procedimento (35).

È, comunque, ancora prevalente il necessario carattere evolutivo ed aperto dei principi generali già elaborati dalla giurisprudenza ed ulteriormente approfonditi(36) ed il contraddittorio è stato poi esteso ad altri procedimenti composti espressione della più recente coamministrazione(37); da ciò l'opportunità di un'indagine ricostruttiva dei singoli procedimenti, al fine di delineare i caratteri del principio generale in relazione all'incidenza delle istituzioni comunitarie nei confronti dei privati. La configurazione comunitaria potrebbe, peraltro, distinguersi dalla nozione di contraddittorio accolta nel nostro procedimento per un contenuto di più ampia tutela e, in tal caso, necessariamente dovrà applicarsi all'azione amministrativa interna, considerando il rinvio ai principi comunitari contenuto nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990.

Assai determinante è stato il contributo del Tribunale di primo grado(38) che, in materia di concorrenza e di aiuti comunitari, ha senza dubbio approfondito quelle poche garanzie procedurali previste da disposizioni di regolamento e, in particolare, il contenuto del diritto di difesa. Mentre per situazioni connesse al Fondo europeo di sviluppo e ai fondi strutturali, per le quali non vi era alcuna previsione, la giurisprudenza ha esteso il diritto dei singoli ad essere ascoltati alla fase che precede l'adozione di prov-

(34) Infatti, la Costituzione europea riconosce, nell'art. II-101, comma 2, lett. a), il diritto ad essere ascoltati come «diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio», il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda (art. II-101, comma 2, lett. b), nonché l'obbligo di motivazione delle decisioni già affermato dal Trattato CE (art. 253) e da una consolidata giurisprudenza; occorre anche ricordare il diritto ad una buona amministrazione ampiamente riconosciuto nella Carta europea dei diritti e per approfondimenti si veda D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2005, 819 ss.

(35) M.P. CHITI, *op. cit.*, 322.

(36) In tema di integrazione dei procedimenti amministrativi nazionali in quelli comunitari per i principi generali: E. PICOZZA, *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, cit., 345 ss.

(37) Ampiamente, in tema di contitolarità della competenza dell'amministrazione comunitaria e di quelle nazionali da cui deriva una gestione contemporanea tra soggetti distinti: E. CHITI, *Le agenzie europee*, Padova, 2002, 407 ss.

(38) Trib. CE, 6 dicembre 1994, causa T-450/93, in *Racc.*, 1994, II, 1177 ss.; 8 marzo 1995, causa T-34/93; 29 giugno 1995, cause T-30/91, in *Racc.*, 1995, II, 1775; causa T-31/91, in *Racc.*, 1995, II, 1821; causa T-32/91, in *Racc.*, 1995, II, 1825; causa T-36/91, in *Racc.*, 1995, II, 1847; causa T-37/91, in *Racc.*, 1995, II, 1901.

vedimenti incidenti negativamente nella sfera giuridica dei privati, come principio immanente ai procedimenti comunitari.

È possibile delineare già una prima conclusione riguardo all'introduzione delle garanzie del contraddittorio nei singoli procedimenti: il contraddittorio è strumento di partecipazione degli interessati alla formazione dei provvedimenti e di «bilanciamento» dei poteri della Commissione (39), che esercita, ad esempio, in materia di concorrenza funzioni di istruzione, decisione e sanzione, secondo una procedura di carattere inquisitorio che inizialmente non prevedeva questa garanzia nella contestazione degli addebiti.

Alla fine degli anni novanta, la Commissione ed il Consiglio hanno emanato regolamenti che accolgono espressamente le regole procedurali (40) elaborate dalla giurisprudenza, mentre in precedenza l'introduzione di regole con finalità di garanzia del diritto di difesa era attuata con comunicazioni per il settore della concorrenza (41) e degli aiuti.

Più recentemente, occorre considerare che il regolamento 6 febbraio 1962, n. 17 è stato abrogato dal regolamento 16 dicem-

(39) M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 26 ss.; il diritto comunitario ha introdotto il diritto di difesa in tre settori principali: i procedimenti disciplinari per i funzionari della Comunità, quelli per le infrazioni alle regole della concorrenza, e per i provvedimenti *antidumping*. Il primo settore, in ordine cronologico, è quello dei procedimenti disciplinari ed, infatti, lo statuto dei funzionari prevede il diritto del soggetto coinvolto di ricevere una comunicazione scritta degli addebiti, di consultare il fascicolo, di disporre di un termine di almeno 15 giorni per preparare la difesa, di inoltrare le osservazioni con l'assistenza di un difensore e di citare testimoni. In seguito, il contraddittorio è stato esteso ai procedimenti per le infrazioni alle regole della concorrenza e per le sanzioni contro le importazioni oggetto di *dumping* (sovvenzioni da parte di paesi non membri della Comunità); in quest'ultimo caso la comunicazione degli addebiti deve precedere l'esercizio dei poteri di inchiesta della Commissione con la possibilità per gli interessati di conoscere tutte le informazioni e di un confronto diretto tra gli interessati. Secondo l'Autrice, per questi settori «le garanzie del contraddittorio sono state introdotte in ambito comunitario come *contrappeso* ai poteri detenuti dalle autorità, che si spingono fino alla irrogazione di sanzioni» alla luce dell'«indissolubile binomio: contraddittorio - poteri repressivi delle pubbliche autorità».

(40) Regolamento CE della Commissione, 1 marzo 1998, n. 447 relativo alle notificazioni, ai termini e alle audizioni previste dal regolamento CEE n. 4068/89 del Consiglio sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese; regolamento CE della Commissione, 22 dicembre 1998, n. 2842, relativo alle audizioni in taluni procedimenti a norma dell'articolo 85 e dell'articolo 86 del Trattato CE, disciplina reperibile in www.europa.eu.int.

(41) Si richiamano, ad esempio, la comunicazione n. 97/C313/03 della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli stati membri per i casi disciplinati dagli artt. 85 e 86 del Trattato CE; comunicazione n. 97/C 23/03 della Commissione relativa alle regole procedurali interne per l'esame delle domande di accesso al fascicolo nei casi di cui agli artt. 85 e 86 del Trattato CE, degli artt. 65 e 66 del Trattato CECA e del regolamento CEE n. 4064/89.

bre 2003, n. 1 (applicato dal 1° maggio 2004), introducendo un nuovo sistema secondo cui la Commissione, le autorità amministrative di concorrenza e i giudici nazionali sono competenti nell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, con una soluzione complessa di applicazione *decentralizzata* anche delle regole procedurali (42).

2. *L'applicazione della regola del contraddittorio nel settore della concorrenza e la tutela delle imprese.*

In particolare, esaminiamo l'applicazione del principio del contraddittorio in materia di concorrenza introducendo il tema con alcuni riferimenti alla prima disciplina sul procedimento, volto ad accertare l'infrazione ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato, prevista dall'art. 3 del regolamento n. 17/62 (43) che stabilisce il potere della Commissione di obbligare, con una decisione, le imprese a sospendere le infrazioni anche irrogando sanzioni.

Il soggetto principale destinatario delle norme che regolano la concorrenza è l'impresa, a differenza delle disposizioni sugli aiuti di stato che si riferiscono direttamente agli stati membri; pe-

(42) Sulla nuova modalità di applicazione «decentralizzata» degli artt. 81 e 82 del Trattato, si legga anche E. GALAN CORONA, *Notas sobre el regolamento (CE) n. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicacion de los articulos 81 y 82 del Tratado de Roma*, in *Rev. Der. Com. Eur.*, 2003, 516 ss.

(43) La disciplina è stata integrata dai regolamenti n. 27/62 per la procedura sulle notifiche e n. 99/63 relativo alle audizioni, poi sostituiti dal regolamento n. 3385/94 e dal n. 2842/98 della Commissione, per la forma, il contenuto ed altre modalità delle domande e delle notifiche. Questa normativa è stata interamente sostituita dal regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 e dal regolamento della Commissione n. 773/2004, che saranno esaminati in seguito.

Già il regolamento n. 17/62 prevedeva dettagliate regole procedurali in particolare per la procedura davanti alla Commissione, senza però escludere la rilevanza della disciplina nazionale sul procedimento; ciò è stato affermato dalla giurisprudenza (Corte di giustizia, 21 settembre 1989, cause riunite C-46/87 e 227/88, in *Racc.*, 1989, I, 2859), ad esempio, in materia di rapporto tra norme comunitarie e garanzie per l'istruttoria. Circa l'estensione e le modalità istruttorie che devono essere osservate sulla base dell'art. 14, sesto comma, del regolamento n. 17, la Corte ha sottolineato che rientra nella competenza dei singoli stati membri stabilire le condizioni in base alle quali le istituzioni nazionali prevedono l'assistenza ai dipendenti della Commissione ed, inoltre, gli Stati membri devono assicurare l'efficacia dell'attività della Commissione. Le modalità procedurali a garanzia dei diritti delle imprese sono previste dall'ordinamento interno e, in particolare, la Corte ha precisato che «la Commissione, se vuole dar corso a misure istruttorie con l'assistenza delle autorità nazionali, che non richiedono la collaborazione delle imprese interessate, deve tener conto delle garanzie procedurali stabilite nell'ordinamento interno».

Sui limiti all'autonomia procedimentale degli stati membri: C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2001, 6 ss.

raltro, non esiste nel sistema comunitario una nozione unitaria di impresa, ma occorre considerare ad alcuni dati normativi e giurisprudenziali in relazione ai diversi settori (44).

3. *La nozione comunitaria di impresa, secondo un'interpretazione estesa.*

È, infatti, prevalsa una nozione elastica e speciale, adeguata alle finalità particolari della disciplina coinvolta (45); nell'applicazione delle numerose disposizioni comunitarie che riguardano l'impresa che svolge attività rilevanti per la realizzazione del mercato unico (46), si è affermato un approccio pragmatico e teleologico, secondo l'indirizzo della Commissione (47) e della Corte di giustizia, che riconosce un'impresa in tutte quei casi in cui sia ravvisabile un atto economico volto ad incidere sul mercato comune (48).

(44) Sulle motivazioni che possono giustificare l'assenza di una disposizione comunitaria: L. FALCIONI, *Ambito di applicazione*, in AA.Vv., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, cit., 50 ss.; la nostra nozione di impresa prevista dal codice civile non coincide di certo con quella comunitaria che è stata, peraltro, recepita nella legge n. 287 del 1990 e a quest'ultima si riferisce l'Autorità *antitrust* ed il TAR Lazio; così ad esempio, secondo T.A.R. Lazio, sez. I, 27 marzo 1996, n. 476 (in T.A.R., 1996, I, 1193) sono imprese tutti quei soggetti (anche liberi professionisti ed associazioni di categoria) che svolgono attività economica e che sono attivi in un determinato mercato.

(45) P. CORAPI-B. DE DONNO, *L'impresa*, in A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, vol. XXIV, 971, ove si afferma che «ogni settore di disciplina ha le proprie finalità cui si adatta anche la *polimorfa* nozione di impresa (...) per cui le conclusioni cui si giunge per il diritto della concorrenza (...) non valgono per tutto il diritto comunitario. Sono invece valide ogni qualvolta vi siano delle norme che si pongono i medesimi obiettivi».

(46) Per ampi riferimenti di giurisprudenza: D. CORAPI-B. DE DONNO, *L'impresa*, cit., 958 ss.; N. RANGONE, *Principi comunitari e disciplina interna della concorrenza: l'abuso di posizione dominante in un'analisi per casi*, in questa *Rivista*, 1995, 1309 ss.

(47) Ad esempio, nella raccomandazione n. 361/2003 (entrata in vigore il 1° gennaio 2005) la Commissione riprende la posizione della giurisprudenza e definisce la nozione di impresa come ogni entità che, a prescindere dalla forma giuridica, eserciti un'attività economica; sono altresì precisate le soglie finanziarie che determinano le categorie di imprese e l'innovazione più importante riguarda la definizione di impresa autonoma, associata e collegata.

In sostanza, le caratteristiche salienti della nozione comunitaria di impresa consistono nella mancanza di omogeneità ed unitarietà di disciplina e nella ricostruzione secondo un profilo strettamente economico; il criterio di collegamento tra una data realtà fattuale e la norma comunitaria da applicare sarebbe di natura economica attribuendo rilevanza al solo «dato reale e strutturale dei vari fenomeni, piuttosto che ad una loro razionalizzazione giuridica» (V. GRISOLI, voce *Impresa comunitaria*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 1 ss.).

(48) L'interpretazione è sostenuta anche dalla dottrina civilistica, così G. GUIZZI,

Dal Trattato deriva di certo una nozione imprecisata e non viene mai menzionata la figura dell'imprenditore, peraltro esiste oggi un orientamento giurisprudenziale consolidato riguardo al *discrimen* tra attività economica (o di impresa) e attività non economica. La distinzione andrebbe individuata nel fatto che l'offerta e la produzione di un determinato bene da parte di un soggetto un certo mercato «sia fondamentalmente rapportata ad una domanda che (...) si basa su preferenze soggettive e su scelte individuali di consumo» (49); secondo la Corte vi sarebbe impresa, quando il corrispettivo versato dal consumatore per un determinato servizio possa ritenersi prezzo del servizio, prevalendo la finalità di profitto (50).

Il concetto di impresa diverge così dal concetto usualmente accolto nel diritto civile degli stati membri, poiché assume carattere essenzialmente economico riferendosi a qualsiasi soggetto che

Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 298.

Per un approfondito esame della nozione alla luce del Trattato C.E.E., si legga F. BONELLI, *La nozione di impresa nelle regole di concorrenza del Trattato C.E.E.*, in P. VERRUCOLI (a cura di), *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977, 37 ss., ove l'Autore ha individuato alcune caratteristiche che presuppongono un «soggetto giuridico» e che sono ancora attuali. Si consideri l'irrilevanza della forma giuridica e della dimensione che potrà essere anche individuale; l'impresa deve però essere destinata al mercato dato che l'art. 85 (ora art. 81) del Trattato si riferisce al commercio, ma l'attività non deve essere necessariamente esercitata a fine di lucro dato che teoricamente anche in questo caso le imprese possono concludere intese. Quindi, l'art. 85 del Trattato CEE non può essere applicato agli accordi di associazioni di imprese non aventi finalità speculativa (Corte di giustizia, 15 maggio 1975, causa C-71/74, in *Racc.*, 1975, I, 563).

Secondo P. VERRUCOLI, *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario e nel diritto italiano: evoluzioni e prospettive*, in P. VERRUCOLI (a cura di), cit., 419 ss., l'ordinamento comunitario utilizza il termine impresa con riferimento ad una realtà pregiuridica nel senso di «organismo economico» con una certa elasticità per il necessario adattamento ai casi concreti con una «polivalenza» di soluzioni anche riguardo alle posizioni dei diritti nazionali; vi sono divergenze profonde tra i diritti degli stati membri per la nozione di impresa, mancando una nozione comunitaria unitaria con diversità di impostazione e di contenuti.

(49) Secondo una prospettiva di «sovranità del consumatore», G. PERICU-M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, cit., 761 ss.; secondo gli Autori la normativa europea non fornisce una definizione compiuta dell'impresa pubblica come del resto neppure dell'impresa, pur riconoscendone l'esistenza.

Più di recente per approfondimenti nell'individuazione dei casi di impresa, si legga: G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 603 ss.; M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, III, cit., 1216 ss.

(50) Corte di giustizia, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, in *Racc.*, 1993, I, 637; più di recente, Corte di giustizia, 22 gennaio 2002, causa C-218/00, in questa *Rivista*, 2002, 801, con nota di commento di V. FERRARO, *Il rapporto tra le nozioni di impresa ed ente pubblico nella giurisprudenza comunitaria: una riflessione sulla base della decisione della Corte di giustizia nel caso INAIL-CISAL-Battistello*, ove il criterio solidaristico del sistema di contribuzione previdenziale esclude il requisito essenziale, per la nozione di impresa ex artt. 82 e 86, della finalità di profitto.

svolga un'attività economica in grado di incidere sulla concorrenza (51), secondo una visione funzionale e molto ampia rispetto a quella prevista dall'art. 2082 del codice civile.

In tal modo, si impone una valorizzazione di elementi strettamente economici, quali, ad esempio, lo svolgimento di un'attività economica o il compimento di atti con effetti sul mercato da parte di un soggetto giuridico autonomo (52), e ciò è giustificato dalla finalità prioritaria di repressione di illeciti e dalla *ratio* delle norme in materia di concorrenza (53).

È, tuttavia, possibile delineare in sintesi il concetto di impresa, elaborato dalla giurisprudenza, a cui applicare la disciplina sulla concorrenza come «qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento» (54), dato che il Trattato non definisce la categoria neppure negli artt. 81 e 82, pur indicando i comportamenti illegittimi delle imprese; l'attività deve poter incidere e limitare la concorrenza sul mercato rilevante, con la conseguenza di un'estensione soggettiva nella regolamentazione comunitaria comprendendo tutte quelle ipotesi in cui emerge il dato sostanziale di carattere economico potenzialmente anti-concorrenziale ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato CE (55).

Peraltro, l'assenza di una definizione normativa non deve essere interpretata come una carenza, ma come una naturale conseguenza della necessaria evoluzione della disciplina *antitrust* nel

(51) Corte di giustizia, 17 dicembre 1991, causa C-6/89, in *Racc.*, 1991, I, 1623.

(52) Corte di giustizia, 13 luglio 1962, cause riunite C-17/61 e C-20/61, in *Racc.*, 1962, I, 597.

(53) E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2004, 18 ss.

(54) Corte di giustizia, 23 aprile 1991, causa C-41/90, in *Racc.*, 1991, I, 2010; 17 febbraio 1993, cause riunite C-159-160/91, in *Racc.*, 1993, I, 637; 16 novembre 1995, causa C-244/94, in *Racc.*, I, 1995, 4013; 21 settembre 1999, causa C-67/96, in *Racc.*, 1999, I, 5751; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, in *Racc.*, 2000, I, 6451.

Per approfondimenti E. CANIZZANO, E. BOZZA, *Le politiche di concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, Torino, 2005, 297 ss.; F. MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, 1156 ss.

(55) Si pone anche il problema delle attività di enti pubblici che siano suscettibili di valutazione economica e separabili dall'esercizio di pubblici poteri; in tal caso, l'ente è qualificabile come impresa nel mercato di riferimento e in quanto tale soggetta alla disciplina comunitaria sulla concorrenza e all'art. 86 del Trattato CE; ad esempio, la Corte di giustizia, 25 ottobre 2001, causa C-475/99, in *Racc.*, 2001, I, 8089, ha ritenuto che un'organizzazione sanitaria potesse essere qualificata come impresa esclusivamente per il mercato dei servizi di trasporto d'urgenza dei malati.

tempo, essendo pertanto più adeguata l'interpretazione della giurisprudenza comunitaria contestualmente al perfezionamento della materia.

Una certa evoluzione della nozione è derivata dalla direttiva 2002/21/CE, in materia di comunicazioni elettroniche (parte seconda, § 8), che richiede alle autorità di regolazione nazionali un'analisi dei mercati rilevanti individuati in base al diritto *anti-trust*, al fine di accertare l'effettiva competitività; gli obblighi regolamentari devono essere imposti solo per i mercati ove non esiste una concorrenza effettiva, che secondo la direttiva, sono quelli «in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema» (56).

Le autorità nazionali, dopo aver individuato i mercati che corrispondono alla situazione nazionale, devono verificare se siano presenti una o più imprese con un significativo potere di mercato e, quindi, di una o più imprese con una posizione dominante (57). In tal caso, le autorità nazionali devono imporre, mantenere o modificare adeguati obblighi nei confronti di queste imprese; quando invece nei mercati considerati non risulta possibile designare le imprese con quel significativo potere di mercato, in quanto non definibili in posizione dominante individuale o collettiva (58), gli obblighi precedentemente imposti devono essere eliminati.

L'analisi effettuata dalle autorità di regolazione nazionali per il settore delle comunicazioni elettroniche è simile a quella svolta

(56) Così il 27° considerando della direttiva 2002/21/CE.

(57) Ai sensi dell'art. 14, della direttiva 2002/21/CE, «Si presume che un'impresa disponga di un significativo potere di mercato se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori». Per questo aspetto, la direttiva recepisce, quindi, l'orientamento della giurisprudenza ormai consolidata nel tempo, della Corte di giustizia, ad. es., Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, causa 85/76, in *Racc.*, 1979, 461.

(58) La direttiva quadro per la definizione di «posizione dominante condivisa o collettiva» prevede nell'allegato II una serie di criteri che le autorità nazionali devono considerare nell'accertare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, secondo l'art. 14; l'allegato II prevede una definizione puntuale di posizione dominante rispetto a quella più generale dell'art. 82 del Trattato, secondo cui «Si può ritenere che due o più imprese godano congiuntamente di una posizione dominante ai sensi dell'art. 14 allorché, anche se non sussistono tra di loro interconnessioni strutturali o di altro tipo, esse operano in un mercato la cui struttura è considerata tale da comportare effetti coordinati».

dalla Commissione e dalle autorità in materia di concorrenza per autorizzare o vietare un'operazione di concentrazione (59); anche in quest'ultimo caso le autorità individuano i mercati rilevanti secondo le regole della concorrenza e considerano quei mercati ove potrebbe costituirsi o rafforzarsi una posizione dominante o collettiva per la concentrazione, alla luce dei possibili sviluppi futuri dei mercati rilevanti coinvolti dalla concentrazione con la rilevanza di una posizione dominante.

4. *L'evoluzione del principio fondamentale del contraddittorio collegato al diritto di difesa nel settore della concorrenza.*

Per comprendere l'evoluzione del contraddittorio in materia di concorrenza occorre esaminare e confrontare il procedimento disciplinato dal regolamento n. 17 del 1962 e quello previsto dal regolamento n. 1 del 2003.

Entrambe le discipline prevedono due fasi che si distinguono in relazione all'ampiezza e alle modalità di esercizio dei diritti di difesa riconosciuti ai privati interessati; la prima fase di indagine, di carattere «precontenzioso», è volta alla verifica degli elementi sufficienti per l'apertura della seconda fase che è in contraddittorio nel rispetto del diritto di difesa.

La seconda fase è attivata dalla notifica alla parte indagata della decisione con la comunicazione specifica degli addebiti e l'indicazione puntuale delle censure relative all'accordo tra imprese e i destinatari possono presentare le osservazioni per iscritto entro un certo termine oppure oralmente durante l'audizione; la Commissione, previa audizione delle parti, se ritenga di dover proseguire la procedura prima della conclusione dell'istruttoria, deve chiedere il parere del comitato consultivo sul progetto preliminare di decisione per adottare la decisione finale, senza precludere nuovi accertamenti (60).

In altri termini, il principio fondamentale del contraddittorio e l'attuazione del diritto di difesa comportano che l'informazione delle parti circa gli addebiti contestati, sia esatta il più possi-

(59) Per approfondimenti sul confronto: I. CHIEFFI, *L'integrazione amministrativa europea nelle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2006, 17 ss.

(60) Per un esame dell'evoluzione dei poteri della Commissione: A.M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004, 89 ss.

bile (61); l'obbligo della precisa enunciazione dei fatti contestati si completa con l'obbligo della necessaria corrispondenza tra il fatto contestato e quello accertato e con il divieto per l'amministrazione di motivare la decisione finale riguardo a fatti diversi rispetto a quelli già contestati, come ora previsto dall'art. 27, primo comma, del regolamento n. 1/2003, secondo cui «La Commissione basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizione di essere sentite» (62).

Il provvedimento di estensione degli addebiti deve presentare i medesimi requisiti di precisione e di specificazione dei fatti contenuti nel provvedimento di avvio con l'indicazione di un nuovo termine per la presentazione di memorie difensive; ciò consente la corretta applicazione dei principi del contraddittorio e del diritto di difesa, che non sarebbero effettivi se l'impresa non potesse illustrare pienamente le difese per la genericità delle contestazioni (63).

È così possibile definire il contraddittorio in senso stretto come «contenzioso», per cui gli interessati hanno diritto di essere ascoltati nel corso del procedimento per poter esporre le proprie ragioni e di avere una risposta da parte dell'istituzione competente (64).

(61) Sulla necessità di un'esatta contestazione degli addebiti: Corte di giustizia, 10 gennaio 2002, causa C-480/99, cit.; 13 dicembre 2001, causa C-1/00, in *www.europa.eu.int*.

(62) Il principio è enunciato in numerose decisioni del giudice comunitario: cfr., Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, causa C-85/76, in *Racc.*, 1979, I, 461; Trib. CE, 23 febbraio 1994, cause riunite T-39-40/92, in *Racc.*, 1994, II, 49. Il giudice comunitario ha anche ritenuto illegittima la decisione finale basata su fatti diversi da quelli inizialmente indicati, precisando di non poter escludere che la decisione sarebbe stata diversa se le parti fossero state messe in condizione di formulare le proprie obiezioni (Trib. CE, 23 febbraio 1994, cause riunite T-39-40/92, cit.), mentre non vi sarebbe violazione del diritto di difesa se i fatti non contestati non sono comunque presupposto della decisione finale: Corte di giustizia, 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, in *Racc.*, 1983, 1825; Trib. CE, 15 marzo 2000, causa T-25/95-T-104/95, in *www.europa.eu.int*.

(63) La giurisprudenza ha così individuato dei requisiti specifici di precisione del contenuto della comunicazione di avvio e sembra poter prospettare una lesione immediata del diritto di difesa qualora la comunicazione sia formulata in modo generico; peraltro, l'autonoma impugnazione è esclusa dalle pronunce più risalenti (ad esempio, Corte di giustizia, 11 novembre 1981, causa C-60/81, in *Racc.*, 1981, 2639), poiché in tal modo la Corte decide su questioni riguardo alle quali la Commissione non ha ancora espresso la sua posizione.

(64) Già Corte di giustizia, 4 luglio 1963, causa 32/63, in *Racc.*, 1963, I, 97; 23 ottobre 1974, causa 17/74, in *Racc.*, 1974, I, 1079; 21 novembre 1991, causa C-269/90, in *Racc.*, 1991, I, 5469; Trib. CE, 11 luglio 2002, causa T-205/99, in *www.europa.eu.int*.

Le decisioni della Commissione possono consistere nell'accertamento dell'esistenza dell'infrazione oppure nell'attestazione negativa e nella concessione dell'esenzione, e queste ultime determinazioni rappresentano provvedimenti finali che presuppongono la notifica di un accordo effettuata ad almeno una delle imprese, mentre l'accertamento dell'infrazione è il risultato di un'inchiesta derivata da una denuncia da parte di uno stato o di una persona fisica o giuridica che vi abbia interesse (65).

L'art. 6 del regolamento n. 2842/98 (ora sostituito dal regolamento n. 773/2004 della Commissione del 7 aprile 2004) prevede l'obbligo di informare l'autore della denuncia dei motivi che non confortano l'avvio del procedimento, fissando un termine per la presentazione delle osservazioni ed accertando eventuali violazioni della disciplina sulla concorrenza; mentre, l'orientamento iniziale della giurisprudenza si poneva nel senso che la Commissione poteva limitarsi a respingere una denuncia senza entrare nel merito, pur dovendo indicare le ragioni della mancata attivazione del procedimento di accertamento dell'infrazione di cui all'art. 81 del Trattato (66). Ciò vale non solo per il caso in cui la Commissione non abbia disposto l'istruttoria (67), ma anche quando l'indagine si concluda con l'archiviazione e questo in coerenza con l'art. 3 del regolamento n. 17/62 che prevede la facoltà della Commissione di adottare una decisione nel merito dell'infrazione (68).

Per la fase «precontenziosa» del procedimento amministrativo di esame della denuncia, la giurisprudenza (69) aveva individuato tre momenti essenziali: la raccolta delle informazioni, l'invio di una comunicazione e la decisione di avvio della procedura in contraddittorio o di rigetto della denuncia.

(65) Trib. CE, 18 dicembre 1992, cause riunite T-10-12/92 e T-15/92, in *Racc.*, 1992, II, 2668.

(66) In tal senso, Corte di giustizia, 30 marzo 2000, causa C-265/97, in *www.europa.eu.int*.

(67) Peraltro, il regolamento n. 17/1962 — così come il regolamento n. 1/2003 — prevede il controllo degli stati membri nei confronti dei poteri istruttori della Commissione; infatti, le autorità competenti devono sempre essere informate dell'esercizio di tali poteri. Sul punto, L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, 246 ss.

(68) Per approfondimenti riguardo alle regole procedurali previste dal regolamento n. 17/62, M. IGLESIAS CABERO, *Fundamentos de derecho comunitario europeo*, Madrid, 1995, 325 ss.; C.F. MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, 1997, 605 ss.; S. GONZALES-VARAS IBANEZ, *El derecho administrativo europeo*, Instituto Andaluz de Administracion Publica, Sevilla, 2000, 87 ss.

(69) Trib. CE, 10 luglio 1990, causa T-64/89, in *Racc.*, 1990, II, 367.

Fin dall'inizio, l'applicazione del contraddittorio è stata interpretata come garanzia di partecipazione delle imprese al procedimento e alla formulazione della decisione finale con la possibilità di manifestare la propria posizione riguardo a fatti e documenti. La visione prevalente è in senso « sostanziale » dato che i giudici comunitari hanno annullato atti viziati per il mancato rispetto delle regole procedurali in caso di prova che l'atto avrebbe potuto essere diverso se fossero state rispettate le norme sul procedimento oppure se le irregolarità fossero state in seguito efficacemente sanate (70).

Appare, quindi, chiara la finalità del contraddittorio e cioè quella di *consentire alle imprese interessate di incidere nella formazione dell'atto finale* con la possibilità di manifestare la propria posizione riguardo all'oggetto del procedimento tramite la presentazione di osservazioni e l'audizione degli interessati. Già il regolamento n. 17/1962 riconosce queste facoltà alle imprese (71) con i poteri di accertamento conferiti alla Commissione o di richiesta di informazioni e di verifiche *in loco*; secondo l'art. 11 la Commissione può, infatti, acquisire presso i governi, le autorità competenti degli stati membri e le imprese informazioni utili per verificare l'infrazione contestata, secondo un principio di « stretta collaborazione » nell'applicazione della disciplina *antitrust* (72).

Mentre l'art. 14 stabilisce la possibilità di procedere ad accertamenti da svolgere presso le imprese diverse rispetto a quelle coinvolte nell'indagine con la possibilità di accedere ai locali, ai mezzi di trasporto e di controllare i documenti e i libri aziendali; questi poteri sono presenti e meglio sviluppati nella disciplina del regolamento n. 1/2003 che pone questioni critiche per la garanzia del contraddittorio e per l'introduzione più chiara di un'applica-

(70) Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, causa C-85/76, cit.

(71) Per una rassegna ed un esame approfondito della giurisprudenza comunitaria in tema di procedimento in contraddittorio disciplinato dal regolamento n. 17/62 si veda L. CASES PALLARES, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, 1995, 161 ss., in particolare riguardo all'audizione dell'impresa interessata, questa deve avere la possibilità nel corso del procedimento di far conoscere utilmente il punto di vista riguardo alle circostanze e ai documenti allegati dalla Commissione, in quanto elemento essenziale del diritto di difesa (Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, cit.; Trib. CE, 21 settembre 1989, causa T-46/87, in *Racc.*, 1989, II, 2932).

(72) Questo principio di collaborazione è interpretato da una parte della dottrina (F.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., 397 ss.) come vicendevole controllo in senso « verticale discendente », ma anche come cooperazione orizzontale tra le autorità nazionali (artt. 13, 11, 22 del regolamento n. 1 del 2003).

zione *decentrata* del regime della concorrenza, che riguarda la Commissione, le autorità amministrative nazionali della concorrenza ed i giudici nazionali (73).

Si assiste così al passaggio da un sistema centralizzato introdotto dal precedente regolamento ad un *modello decentrato* sulla cui base le autorità garanti e le giurisdizioni dei singoli stati membri sono competenti non solo in relazione all'attuazione delle norme e dei divieti, ma anche riguardo all'applicazione delle esenzioni (74).

Già da tempo, è, comunque, evidente l'evoluzione generale verso strumenti di collaborazione tra amministrazioni nazionali e comunitaria con attività complementari in modo da consentire «la gestione unitaria degli interessi coinvolti» e «la contitolarità della funzione» con un'interazione tra i soggetti per assicurare un «raccordo tra il momento della decisione e quello della esecuzione» (75); vi è poi una distinzione tra i procedimenti: quelli meramente strumentali e quelli misti (o composti) che si svolgono in parte a livello comunitario e in parte a livello statale con combinazioni diverse (76).

L'applicazione *decentrata* (77) riguarda l'art. 81, nn. 1 e 2 e il n. 3 sulle esenzioni dal divieto, che si caratterizza per il pas-

(73) Il cambiamento era già evidente nel Libro Bianco del 1999 della Commissione, da cui la proposta di regolamento del 2000, sulla base di un nuovo indirizzo per un maggior decentramento dei poteri e del coinvolgimento delle autorità *antitrust* nazionali e dei giudici nazionali, con il fine di costituire una rete di autorità preposte alla politica della concorrenza a vari livelli di governo; riguardo a questa evoluzione si legga G. COLANGELO, *La politica di concorrenza e di tutela del mercato*, in A. QUADRIO CURZIO (a cura di), *Profili della costituzione economica europea*, Bologna, 2001, 435 ss.; E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Torino, 2005, 35 ss.

Sulla più recente tendenza al decentramento nelle discipline settoriali comunitarie: E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., 420 ss.

(74) Y. ARIANO, *Concentrazioni*, in M. COLUCCI-S. SICA (a cura di), *L'unione europea*, Bologna, 2005, 290.

(75) C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, cit., 4; queste nuove relazioni, secondo l'Autore, influiscono sugli ordinamenti nazionali che non appaiono «come sistemi chiusi in sé stessi, che si contrappongono a quelli degli altri Stati, ma come *sistemi integrati* in un complesso più ampio, che tutti li ricomprende». Per questa evoluzione, ampiamente S. CASSESE, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in questa *Rivista*, 2000, 987 ss., mentre per l'evoluzione più recente dei processi di decisione: *Il diritto amministrativo globale: una evoluzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 343 ss.

(76) M.P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in AA.VV., *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, 1997, 55.

(77) G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 700 ss.; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 37, se-

saggio dal regime dell'autorizzazione a quello dell'eccezione legale con la conseguenza che le decisioni adottate non avranno valore costitutivo e la norma è applicabile non solo dalla Commissione ma anche dalle autorità di concorrenza e dai giudici nazionali che, nella valutazione delle intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, abbiano deciso per la non applicabilità del divieto.

Gli artt. 81 n. 1 e 82 del Trattato, che si riferiscono all'intesa anticompetitiva e all'abuso di posizione dominante, prevedono una complessa attività di accertamento e di valutazione tecnica, che, da un lato, è sottoposta al diretto controllo di legittimità del giudice amministrativo che può utilizzare anche il rinvio pregiudiziale, e dall'altro, all'applicazione da parte delle amministrazioni nazionali; ciò non suscita dubbi se consideriamo le autorità nazionali della concorrenza, mentre qualche perplessità risulta inevitabile per le amministrazioni senza una specifica competenza nel settore.

L'esame del nuovo regolamento n. 1/2003 evidenzia chiaramente che la normativa comunitaria e quella nazionale sono volte a disciplinare profili diversi della concorrenza e dei comportamenti delle imprese; in particolare nel sistema comunitario, si applica la disciplina *antitrust* in presenza di pratiche restrittive sul commercio tra paesi membri. Peraltro, la dimensione puramente interna e quella rilevante per l'area comunitaria risultano interdipendenti, ciò nel senso che un provvedimento nazionale che risulti incompatibile con i risultati elaborati dalla Commissione al termine di un procedimento comunitario deve essere comunque disapplicato.

Questa disciplina deve essere interpretata alla luce dell'obiettivo primario di cui all'art. 2 del Trattato CE secondo cui l'azione della Comunità è finalizzata alla creazione di «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno» per un assetto unitario, secondo i valori dell'economia di mercato nella prospettiva di consentire alle imprese una competizione «ad armi pari» e ai consumatori la possibilità di scegliere i prodotti e i servizi più convenienti.

condo l'Autore «il diritto amministrativo diviene più complesso, disponendosi su più livelli o risultando dall'interazione di tali livelli».

Il regime della concorrenza delineato dal Trattato negli artt. 3, 81, 82, 86 e 89 è ovviamente funzionale all'obiettivo di unificare i diversi mercati nazionali in un unico mercato con analoghe caratteristiche a quelli interni dei paesi membri; in tal modo, l'efficacia della concorrenza viene verificata con riferimento al prodotto, al servizio e alla struttura del relativo mercato (78). In generale, la politica di tutela della concorrenza si inserisce nel contesto della politica della coesione sociale, di ricerca, di sviluppo e di quella ambientale e, comunque, le restrizioni della concorrenza sono finalizzate al raggiungimento di altri obiettivi del Trattato.

Assai determinante l'innovazione prevista dal regolamento n. 1/2003 che prevede, negli artt. 4, 5 e 6, la competenza per concedere esenzioni non solo alla Commissione (come nella disciplina precedente), ma anche alle autorità di concorrenza e alle giurisdizioni nazionali; gli strumenti utilizzati hanno natura diretta ed indiretta ed alcuni riguardano i *comportamenti delle imprese*, per evitare le strategie di concerto a pregiudizio della libera circolazione delle merci e dei servizi e delle condizioni di concorrenza, che dovrebbero dipendere esclusivamente dalla capacità imprenditoriale e dai meccanismi concorrenziali.

Questa disciplina deve essere coordinata con la nozione ampia di impresa (§ 3), comprensiva di qualsiasi soggetto persona giuridica o fisica che svolga un'attività economicamente rilevante di natura industriale o commerciale o di prestazione di servizi (79). In questa prospettiva devono essere interpretate le norme del Trattato destinate alle imprese e le disposizioni dirette agli stati membri, come l'art. 86 secondo cui non devono essere adottate misure contrarie alla disciplina comunitaria sulla concorrenza; peraltro, rientrano nel medesimo regime le norme relative alle imprese pubbliche e agli aiuti.

In definitiva, le disposizioni del Trattato che riguardano le imprese sono quelle di cui agli artt. 81 e 82 sulle intese tra imprese e l'abuso di posizione dominante, con effetto diretto e, quindi, invocabili in sede di giudizio nazionale; il regolamento 16

(78) Si ricorda, ad esempio, già Corte di giustizia, 25 ottobre 1977, causa C-26/76, in *Racc.*, 1977, 1875; 13 febbraio 1979, causa C-85/76, in *Racc.*, 1979, 461.

(79) In questo senso già Corte di giustizia, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, in *Racc.*, 1994, 43.

dicembre 2003, n. 1, ha introdotto alcune modifiche della disciplina comunitaria prevista dal regolamento n. 17 del 1962 e, in particolare, dal 1 maggio 2004 le autorità nazionali della concorrenza ed i giudici nazionali applicano direttamente l'art. 81, n. 3 del Trattato sulle esenzioni individuali; la normativa specifica sui procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli artt. 81 e 82 del Trattato CE è ora prevista dal regolamento n. 773/2004.

I poteri di indagine della Commissione erano già previsti dagli artt. 11 e seguenti del regolamento n. 17/1962 e con l'ultimo regolamento sono stati rafforzati, ampliando il potere di accertamento; la Commissione può chiedere informazioni ai governi dei paesi membri, alle imprese o alle associazioni di imprese coinvolte nella procedura o ai terzi (concorrenti, fornitori, che hanno eventualmente proposto il reclamo).

In sostanza, il regolamento n. 17/1962 attribuiva alla Commissione due poteri di accertamento che sono stati ampliati e rafforzati dal regolamento n. 1/2003 e consistenti nel potere di raccogliere informazioni presso le imprese (anche imprese terze) con una semplice richiesta alla Direzione della concorrenza o contenuta in una decisione della Commissione, con la possibilità di ammende in caso di indicazioni inesatte o fornite in ritardo, e nel potere di accertamento presso le imprese che può essere nella forma semplice o derivante da una decisione della Commissione.

La disciplina ora prevista dall'art. 20 del regolamento n. 1/2003 ha introdotto alcune nuove modalità, così, ad esempio, gli agenti della Commissione non hanno il diritto di impossessarsi personalmente dei documenti per esaminarli, ma devono richiedere la consegna al personale dell'impresa e, in caso di rifiuto, possono richiederli allo stato membro interessato oppure redigere un verbale sulla cui base la Commissione potrà infliggere un'ammenda.

La Commissione può adottare una decisione vincolante ai sensi dell'art. 18 del regolamento n. 1/2003, quando la risposta dell'impresa ad una domanda semplice non sia soddisfacente o quando l'impresa non abbia risposto nei termini stabiliti; nella decisione devono essere precisate le informazioni richieste, il termine adeguato entro cui adempiere, le sanzioni e la tutela giudiziaria per l'impresa che può impugnare la decisione davanti al Tribunale di primo grado.

L'art. 19 introduce la possibilità della Commissione di sentire persone fisiche o giuridiche o associazioni senza personalità giuri-

dica, interessate o meno al procedimento, e di verbalizzare le dichiarazioni orali; questa disposizione interviene in una lacuna nei poteri della Commissione in quanto consente la verbalizzazione delle osservazioni orali e addotte come prove nei procedimenti.

La Commissione può anche effettuare verifiche *in loco* presso le sedi delle imprese o di associazioni di imprese, previa definizione dell'oggetto, dello scopo e dei tempi dell'accertamento, elementi ed indizi determinanti per giustificare l'accesso e per valutare l'ambito del dovere di collaborazione e del diritto di difesa (80).

L'intervento dell'azione comunitaria sulle condotte anticoncorrenziali si basa essenzialmente sulle possibilità della Commissione, che ha un ruolo centrale, di acquisire elementi utili nella valutazione dell'infrazione con il potere di eseguire ispezioni sia nelle sedi delle imprese sia nel domicilio privato; il regolamento n. 1/2003 non indica un criterio di preferenza tra i mezzi di indagine (richiesta di informazioni, raccolta di dichiarazioni, ispezioni) di cui dispone la Commissione, ma richiama un implicito principio di proporzionalità ed il carattere necessario degli accertamenti, con il divieto di prevedere obblighi e restrizioni in misura superiore a quella richiesta. Sarebbe certo preferibile l'interpretazione secondo cui la Commissione può procedere all'ispezione solo quando non possa utilizzare strumenti di indagine meno «invasivi» con l'obbligo di motivazione del provvedimento.

Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto alla Commissione un'ampia discrezionalità riguardo alla scelta dell'accertamento più opportuno, l'autonomia e la distinzione tra ispezione e richiesta di informazioni (81), senza particolari obblighi di giustificazione e, quindi, limitando l'applicazione effettiva del principio di proporzionalità, nel perseguimento degli obiettivi del Trattato (82).

Le modalità concrete di disposizione dell'ispezione aziendale sono contenute in un mandato (lettera di autorizzazione della di-

(80) Secondo la giurisprudenza anche più risalente (Corte di giustizia, 17 ottobre 1989, cause C-97-99/87, in *Racc.*, 1989, I, 3165) la Commissione non sarebbe tenuta ad un'elencazione completa dei documenti e delle prove da acquisire.

(81) Così già Corte di giustizia, 18 ottobre 1989, causa C-374/87, in *Racc.*, 1989, I, 3283.

(82) Ad esempio, Corte di giustizia, 18 maggio 1982, causa C-155/179, in *Racc.*, 1982, I, 1575; Trib. CE, 11 dicembre 2003, causa T-66/99, in *www.europa.eu.int*.

reazione *antitrust*) o in una decisione della Commissione ove deve essere indicato lo scopo e l'oggetto degli accertamenti, la sanzione nel caso in cui siano presentati in modo incompleto gli atti richiesti o le informazioni siano rese inesatte (art. 20, terzo e quinto comma, del regolamento n. 1/2003); per l'impresa non è previsto un obbligo di sottoporsi all'ispezione, ma se aderisce sussiste un obbligo di collaborazione e la violazione comporta una sanzione pecuniaria.

L'autorizzazione dell'ispezione con decisione vincolante della Commissione deve indicare l'oggetto, lo scopo degli accertamenti e le sanzioni in caso di inosservanza (artt. 23 e 24), la data di inizio delle operazioni ed il diritto di presentare ricorso avanti alla Corte di giustizia; peraltro, i funzionari comunitari, nello svolgimento delle operazioni, devono rispettare non solo le regole procedurali comunitarie, ma anche le garanzie stabilite dalla legislazione nazionale, prospettando anche questioni di compatibilità costituzionale interna, poiché i poteri ispettivi incidono su diritti fondamentali (ad esempio, l'inviolabilità del domicilio, la garanzia del diritto di difesa, l'effettività della tutela giurisdizionale), presupposto di ogni ordinamento democratico (83).

L'esercizio dei poteri di controllo da parte della Commissione è stato spesso esaminato dalla giurisprudenza anche più risalente sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, per l'inviolabilità del domicilio e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La Corte ha affermato che l'esigenza di una protezione a fronte di interventi pubblici arbitrari o sproporzionati, integra un principio generale del diritto comunitario ed è stato recepito nell'art. 20, comma 5, del regolamento n. 1/2003 (84); la regola deve essere rispettata anche dalle autorità nazionali garanti che devono assistere la Commissione durante l'accesso all'impresa (art. 20, regolamento n. 1/2003) nelle procedure istruttorie per la violazione delle norme sulla concorrenza. In queste occasioni le istituzioni nazionali e comunitarie, nell'esercizio delle competenze,

(83) Corte di giustizia, 21 settembre 1989, cause C-46/87 e C-227/88, in *Racc.*, 1989, I, 2859. Per approfondimenti si legga A. TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 88 ss.; M. ANTONIOLI, *Concorrenza*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, II, cit., 847 ss.

(84) Corte di giustizia, 21 settembre 1989, cause C-46/87 e C-227/88, cit.; 22 ottobre 2002, causa C-94/00, in *Racc.*, 2002, I, 9011.

devono operare rispettando l'obbligo di leale collaborazione che è stato ampiamente richiamato nel regolamento n. 1/2003.

Inoltre, a protezione del diritto di difesa, la Commissione che è un organo amministrativo e non giudiziario, deve seguire in ogni caso una procedura di accertamento rispettosa delle garanzie riconosciute dal diritto comunitario (85); inoltre, il procedimento si conclude con la previsione di una sanzione e, quindi, con la *lesione degli interessi dell'impresa* che deve poter esercitare il diritto di difesa sulla base di una precisa conoscenza dei fatti addebitati espressi in una comunicazione formale con indicati gli elementi essenziali (86).

È, comunque, evidente che l'efficacia dell'azione comunitaria volta alla repressione delle condotte anticoncorrenziali dipende prioritariamente dalla possibilità per la Commissione di acquisire in via autonoma elementi utili per valutare l'esistenza di un'infrazione e proprio a tal fine il regolamento n. 1/2003 attribuisce un ampio potere di eseguire ispezioni ed accertamenti presso le imprese e nel domicilio privato (87).

La giurisprudenza comunitaria ha affrontato alcune questioni escludendo la violazione del diritto di difesa nel caso di accertamenti *in loco* senza previo avviso dell'impresa (88); assai controverso il diritto dell'impresa di non fornire dichiarazioni idonee a sostenere l'eventuale violazione della disciplina sulla concorrenza,

(85) Corte di giustizia, 7 giugno 1983, C-100-103/80, in *Racc.*, 1983, I, 1825; Trib. CE, 29 giugno 1995, causa T-30/91, in *Racc.*, 1995, II, 1775; 22 ottobre 1997, cause T-213/95 e T-18/96, in *Racc.*, 1997, II, 1739.

(86) Trib. CE, 7 ottobre 1999, causa T-228/97, in *Racc.*, 1999, I, 2969; 30 marzo 2000, causa T-65/96, in *www.europa.eu.int*.

(87) Per utili approfondimenti si legga A. TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza*, cit., 113 ss.; l'Autore rileva un certo contrasto tra la tutela dei diritti di difesa di cui all'art. 24 Cost., che pur ammette restrinzioni giustificate da altre norme o da principi fondamentali secondo la Corte costituzionale (sentenze 19 febbraio 1965, n. 5, in *Giur. cost.*, 1965, 43; 22 marzo 1971, n. 55, in *Giur. cost.*, 1971, 577) e tra i quali la libertà di iniziativa economica e la tutela del mercato concorrenziale, e il valore preminente del mercato dell'ordinamento comunitario non rilevabile nel nostro sistema, con la conseguenza che il contemperamento in ambito comunitario tra la tutela della difesa degli interessati e l'esigenza di assicurare un'efficace azione di controllo potrebbe essere diverso rispetto alla sede nazionale. Mentre la Corte di giustizia ha tendenzialmente considerato prevalenti gli interessi della Commissione nell'esercizio del potere di indagine rispetto agli interessi privati; secondo l'Autore, la Corte costituzionale potrebbe sostenere soluzioni diverse e più garantiste riguardo al principio di non autoincriminazione, alla tutela degli scritti difensivi e all'assistenza legale o, più in generale, della *privacy*.

(88) Già Corte di giustizia, 26 giugno 1980, causa C-136/79, in *Racc.*, 1979, I, 2033.

in quanto ritenuto espressione del diritto di difesa secondo una visione ampia ed estesa ai procedimenti amministrativi sanzionatori e, nel caso particolare, alla fase istruttoria precontenziosa che pone a carico della Commissione la prova della violazione⁽⁸⁹⁾. In questo caso la Commissione può richiedere all'impresa ogni utile informazione sui fatti, ma non può esigere notizie che siano prova *ex se* della violazione, poiché l'esistenza dell'infrazione deve essere provata dalla Commissione⁽⁹⁰⁾. Peraltro, tale principio è richiamato nel regolamento n. 1/2003, distinguendo tra le imprese sottoposte all'inchiesta e quelle che hanno inoltrato il reclamo, che godono di garanzie procedurali meno ampie.

I poteri di intervento della Commissione sono particolarmente incisivi con l'art. 21 del regolamento n. 1/2003; ad esempio, la Commissione può accedere ai domicili privati del personale delle imprese e apporre sigilli ai locali e ai documenti aziendali, ma rispettando limiti più chiari e maggiori garanzie; i documenti oggetto di interesse devono comunque riguardare l'accertamento delle gravi violazioni di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, ma la Commissione deve indicare gli elementi a sostegno della ragionevolezza dei sospetti⁽⁹¹⁾.

Inoltre, l'art. 21, terzo comma, indica espressamente le circostanze (quali la gravità della presunta infrazione, natura del coinvolgimento dell'impresa interessata, rilevanza della prova ricercata, ragionevole probabilità che i registri e i documenti aziendali relativi all'accertamento siano detenuti nei locali oggetto dell'ispezione) che dovranno essere valutate dal giudice nazionale nella

(89) Corte di giustizia, 18 ottobre 1989, causa C-374/87, in *Racc.*, 1989, I, 3283.

(90) Si veda Trib. CE, 8 marzo 1995, causa T-343/93, in *Racc.*, 1995, II, 545.

(91) Corte di giustizia, 19 gennaio 2006, causa C-240/03, in *www.europa.eu.int*, nel caso di una visita ispettiva, nonostante siano richiesti ragionevoli e provati «sospetti», il diritto di difesa non impone alla Commissione di presentare all'impresa un verbale o un elenco di documenti fotocopiati in occasione del controllo, purché l'impresa sia stata messa in condizione di contestare gli addebiti formulati dopo il controllo. Come massima con valore di principio generale, la giurisprudenza della Corte afferma che il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e idoneo a sfociare in un atto lesivo, costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario e deve essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma che disciplini la procedura. Il principio impone che i destinatari di decisioni che pregiudichino in maniera «sensibile» i loro interessi siano messi in condizione di «far conoscere utilmente il proprio punto di vista» (ad es., Corte di giustizia, 24 ottobre 1996, causa C-32/95, in *Racc.*, 1996, I, 5373, punto 21; 21 settembre 2000, causa C-462/98, in *Racc.*, 2000, I, 7183, punto 36; 9 giugno 2005, causa C-287/02 in *www.europa.eu.int*).

verifica «che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate».

La verifica del giudice nazionale è un presupposto dell'autorizzazione all'esecuzione della misura disposta dalla Commissione, con la facoltà di richiedere alla Commissione «una spiegazione dettagliata» riguardo agli elementi necessari per verificare la proporzionalità delle misure coercitive adottate; all'indagine preliminare svolta dalla Commissione segue la decisione sull'archiviazione in base all'art. 81, n. 1, o sull'avvio della procedura formale.

Le fasi del procedimento amministrativo consistenti nella comunicazione degli addebiti, nell'accesso al fascicolo e nell'audizione hanno quale *ratio* quella di far conoscere all'impresa le censure della Commissione e i relativi documenti a sostegno, al fine dell'esercizio del diritto di difesa prima dell'adozione della decisione finale.

La Corte di giustizia, anche più risalente e relativa alla disciplina del 1962, ha riconosciuto l'esigenza di applicare determinate regole e di riconoscere determinati diritti alle imprese nel corso della procedura amministrativa, anche se la disciplina non lo prevedeva espressamente.

La comunicazione degli addebiti apre la procedura formale, dopo che la Commissione abbia accertato la violazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE e contiene la descrizione dei fatti presupposto delle pratiche contestate e l'analisi giuridica dei principali punti in diritto sui quali l'atto è basato, elementi necessari per rendere comprensibile l'*iter* logico seguito dalla Commissione (92); il contenuto deve essere sufficientemente chiaro per definire i comportamenti dell'impresa in modo da consentire la difesa prima che la Commissione adotti la decisione definitiva, secondo un principio riconosciuto dalla giurisprudenza (93).

Un ulteriore requisito necessario è la corrispondenza tra la contestazione degli addebiti e la decisione finale, proprio al fine di una piena tutela del diritto di difesa, in modo che la decisione non si riferisca ad infrazioni diverse da quelle contestate inizial-

(92) Affermava questo principio già Corte di giustizia, 4 luglio 1963, causa 24/62, in *Racc.*, 1963, I, 127.

(93) Si richiama, ad esempio, Trib. CE, 14 maggio 1998, causa T-352/94, in *Racc.*, 1998, II, 1989.

mente e consideri solamente quei fatti riguardo ai quali gli interessati abbiano manifestato il proprio punto di vista (94).

Mentre il principio non prevale se nella decisione finale sono inseriti nuovi punti in diritto, in quanto il fondamento normativo non comporta un nuovo addebito se si riferisce ai medesimi comportamenti riguardo ai quali le imprese avevano già formulato le proprie osservazioni (95). Non deve esservi, ovviamente, un'assoluta identità di contenuto tra comunicazione e decisione finale, e il diritto di difesa non deve ritenersi violato nel momento in cui la comunicazione contiene elementi sufficientemente chiari sugli addebiti formulati dalla Commissione (96).

In sostanza, il rispetto del diritto di difesa nel contraddittorio comporta la possibilità per le imprese di illustrare gli argomenti in relazione ai comportamenti contestati; non può, quindi, essere addebitata un'infrazione distinta rispetto a quella inizialmente contestata, e in caso di una modifica del contenuto con nuovi addebiti, una diversa qualificazione giuridica e nuovi elementi di fatto, la giurisprudenza richiede una nuova notifica della comunicazione degli addebiti (97).

Altrettanto puntuale si presenta l'orientamento sulla questione dell'indicazione della durata presunta dei comportamenti illegali sulla base di specificate circostanze di fatto, ma senza che occorra indicare anche la data di cessazione dell'infrazione e ciò soprattutto quando l'infrazione si protrae oltre la data della comunicazione (98).

Ora chiaramente l'art. 18 del regolamento n. 1/2003 stabilisce che la Commissione nelle sue decisioni può esaminare solamente gli addebiti riguardo ai quali le imprese o le associazioni di imprese hanno espresso le loro osservazioni; le indagini possono co-

(94) Già Corte di giustizia, 15 luglio 1970, causa 41/69, cit.

(95) Corte di giustizia, 15 ottobre 2002, causa riunite 328/99 e nn. 244-245-247-250-252-254/99, in *Racc.*, 2002, I, 8375; Trib. CE, 19 marzo 2003, causa T-213/00, in *www.europa.eu.int*.

(96) Corte di giustizia, 31 marzo 1993, cause riunite C-89/95, in *Racc.*, 1993, I, 1307.

(97) Trib. CE, 23 febbraio 1994, cause riunite T-39/92 e T-40/92, in *Racc.*, 1994, I, 49; in questo caso la Commissione aveva modificato la natura degli addebiti con una comunicazione supplementare rispetto a quella originaria inviandola in forma irregolare (assenza di lettera raccomandata e di un termine fissato per le osservazioni) ad una sola delle parti; il giudice ha così annullato la decisione, poiché l'impresa non ha potuto manifestare la propria posizione sui nuovi addebiti.

(98) Corte di giustizia, 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, in *Racc.*, 1983, I, 1825.

munque continuare anche dopo la comunicazione degli addebiti, purché le nuove azioni si riferiscano esclusivamente agli addebiti già comunicati alle parti (99) e, in ogni caso, dopo la risposta dei destinatari delle comunicazioni, la Commissione può ritirare alcuni addebiti, non integrando di certo una violazione del diritto di difesa (100).

La corrispondenza tra comunicazione degli addebiti e decisione finale non è, invece, richiesta se la decisione considera ed include elementi della risposta dell'impresa manifestata nel procedimento amministrativo e questa non abbia espresso la sua posizione anche sulle osservazioni già manifestate (101).

Un ulteriore elemento necessario della comunicazione degli addebiti è la precisazione dell'eventuale successivo esercizio del potere di imporre un'ammenda nella decisione finale per consentire all'impresa di difendersi pienamente presentando osservazioni anche su questo punto, come requisito di forma di rilevanza sostanziale; peraltro, l'obbligo può essere adempiuto anche in seguito con un supplemento della comunicazione secondo le norme di procedura previste dalla disciplina (102).

Sotto il profilo della qualificazione giuridica e della tutela giudiziaria, la comunicazione degli addebiti è un atto preparatorio e, quindi, non può essere oggetto di un'impugnazione autonoma avanti al Tribunale ai sensi dell'art. 230 del Trattato, ma solo contestualmente alla decisione finale.

(99) Il principio è presente nella giurisprudenza più risalente: Corte di giustizia, 13 luglio 1972, cause riunite 48 e 57/69, in *Racc.*, 1972, I, 619.

(100) Corte di giustizia, 7 giugno 1983, cause riunite da 100-103/80, cit. In ogni caso, la recente giurisprudenza (Trib. CE, 7 giugno 2006, cause riunite T-213-241/01, in *www.europa.eu.int*), riconosce il diritto di un richiedente o di un denunciante alla trasmissione degli addebiti e ad essere sentito nel procedimento amministrativo di accertamento di un'infrazione agli artt. 81 e 82 Trattato CE fino a che il procedimento è in corso.

(101) Trib. CE, 7 ottobre 1999, causa T-228/97, in *Racc.*, 1999, I, 2969. Peraltro, secondo la costante giurisprudenza (di recente, Trib. CE, 19 marzo 2003, causa T-213/00, in *Racc.*, 2000, II, 913; 29 aprile 2004, causa T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, in *www.europa.eu.int*), la comunicazione degli addebiti deve consentire realmente agli interessati di prendere atto dei comportamenti contestati dalla Commissione; questa esigenza è rispettata quando la decisione finale non pone a carico degli interessati infrazioni diverse da quelle contemplate nella comunicazione e considera solamente fatti riguardo ai quali gli interessati hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista. In ogni caso, è sufficiente che la Commissione consenta alle imprese di pronunciarsi in modo specifico sulle osservazioni svolte riguardo alla comunicazione degli addebiti.

(102) Corte di giustizia, 7 giugno 1983, cit.

La possibilità delle parti interessate (e anche dei terzi, art. 27, quarto comma, del regolamento n. 1/2003) di presentare le osservazioni entro un termine stabilito dalla Commissione (non inferiore ad un mese, ai sensi dell'art. 33, secondo comma, è in concreto consentita con la previsione del diritto di accesso al fascicolo della Commissione, fermo il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei segreti aziendali e con l'audizione assai estesa delle parti, dei ricorrenti e dei terzi (art. 27).

Il possibile contenuto delle osservazioni scritte delle parti è delineato nell'art. 10, terzo comma, dal regolamento n. 773/2004 come esposizione dei fatti noti rilevanti per la difesa con l'eventuale allegazione di documenti e la possibilità di sentire persone a conferma delle circostanze di fatto affermate.

Questi istituti sono precisamente definiti nel regolamento n. 773/2004 e, in particolare, è previsto per le parti il diritto ad essere sentite prima della consultazione del comitato consultivo di cui all'art. 14 del regolamento n. 1/2003 (art. 11), distinto dal diritto all'audizione, ipotesi in cui l'interessato ha la possibilità di sviluppare gli argomenti se richiesto nelle osservazioni scritte; l'audizione è ampiamente consentita anche ai terzi, persone fisiche e giuridiche⁽¹⁰³⁾, che chiedano di essere sentite e dimostrino di avere un «interesse sufficiente» e a queste la Commissione deve inviare una comunicazione scritta riguardo alla natura e all'oggetto del procedimento con un termine per la presentazione delle osservazioni scritte e la possibilità di sviluppare gli argomenti nel corso dell'audizione delle parti destinatarie degli addebiti.

La previsione si conclude con l'apertura dell'istruttoria «ad eventuali altre persone» che la Commissione può invitare a presentare osservazioni scritte ed assistere all'audizione e ad esprimersi nel corso della stessa. La fase delle audizioni è, dunque, una modalità centrale per sentire le parti e consentire il contraddittorio tra Commissione e imprese; peraltro, nel settore della concorrenza il diritto ad essere sentiti è spesso collegato dalla giurisprudenza al principio della «parità delle armi»⁽¹⁰⁴⁾. Anche i

(103) In quanto non diretti interessati e diversi dalle persone fisiche e giuridiche che abbiano dimostrato «di avere un interesse legittimo alla presentazione della denuncia» (art. 5 del regolamento n. 773/2004) e dai destinatari della comunicazione degli addebiti.

(104) Corte di giustizia, 20 marzo 1985, causa C-264/82, in *Racc.*, 1985, I, 849; 27 giugno 1991, causa C-49/88, in *Racc.*, 1991, I, 3187; più di recente: Trib. CE, 19 novem-

soggetti denunciati, pur non disponendo degli stessi diritti e delle garanzie delle imprese incriminate, sono destinatari di alcuni diritti quale la consultazione del fascicolo che comunque non può avere la stessa ampiezza oppure la possibilità di esporre il proprio punto di vista in occasione dell'audizione delle parti, previa richiesta scritta (art. 6 e 8, del regolamento n. 773/2004) (105).

Il diritto di accesso al fascicolo è ricondotto dall'art. 27 del regolamento n. 1/2003 alla più ampia garanzia dei diritti di difesa delle parti interessate nel corso del procedimento, ma dopo la comunicazione degli addebiti, al fine di acquisire gli elementi di prova e di dedurre sulle conclusioni (106); i limiti sono specificati nell'art. 15 del regolamento n. 773/2004 (che ha sostituito il regolamento 2842/1998) (107): segreti aziendali, informazioni riservate, documenti interni della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli stati membri. Nella fase di accesso al fascicolo la Commissione deve così conciliare due opposte esigenze: il rispetto del diritto di difesa e la tutela delle informazioni riservate delle imprese; inoltre, si prospetta il limite dei documenti del fascicolo interno della Commissione non conoscibile dalle parti in quanto trattasi di corrispondenza con imprese terze, con gli stati membri o le autorità garanti, informazioni pubbliche, rapporti di verifica e, quindi, amministrativi in quanto provenienti da autorità pubbliche o «riservati» perché derivano da imprese non destinatarie degli addebiti (108).

È evidente che la consultazione del fascicolo rientra nelle garanzie procedurali volte a tutelare i diritti di difesa e a garantire in modo effettivo il diritto al contraddittorio previsto espres-

bre 1998, causa C-147/97, in *Racc.*, 1998, II, 4137; Trib. CE, 21 novembre 2002, causa C-88/98, in *Racc.*, 2002, II, 4897.

(105) Corte di giustizia, 29 ottobre 1990, cause riunite C-209, 215 e 218/78, in *Racc.*, 1990, I, 3125, esclude comunque la possibilità di ricevere informazioni riservate.

(106) La recente giurisprudenza (Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00, C-217/00, C-219/00, in www.europa.eu.int) ravvisa l'irregolarità del procedimento amministrativo quando la Commissione non abbia comunicato la maggior parte dei documenti del fascicolo istruttorio; peraltro, qualsiasi violazione dei diritti della difesa intervenuta nel procedimento non può essere sanata dal fatto che l'accesso è stato reso possibile in una fase ulteriore e, in particolare, nel procedimento giurisdizionale relativo ad un ricorso volto all'annullamento della decisione contestata.

(107) Sull'accesso al fascicolo: G.M. ROBERTI, *Procedure applicative delle regole di concorrenza*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, cit., 1233 ss.

(108) Corte di giustizia, 6 aprile 1995, causa C-310/93, in *Racc.*, 1995, 865.

samente e approfondito nei regolamenti sulla concorrenza, che ha reso positivo il principio fondamentale elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui tale diritto deve essere rispettato in qualsiasi procedimento (e in ogni fase di esso) che possa concludersi con una sanzione (109) e, più in generale e secondo una successiva elaborazione (110), estendendo il principio anche ai procedimenti non aventi carattere sanzionatorio.

Alcune considerazioni utili per interpretare pienamente il diritto di accesso al fascicolo, sono contenute nella sentenza del Tribunale per la causa *Cemento* (111) ove si afferma che nel procedimento in contraddittorio (già previsto dal regolamento n. 17/62) non può spettare alla Commissione la decisione su quali siano i documenti utili per la difesa delle parti e ciò alla luce del principio di «parità delle armi» (112), ravvisando una sostanziale incongruità con il potere della Commissione di decidere sull'utilizzabilità dei documenti contro le imprese ricorrenti, quando queste non abbiano in concreto potuto prenderne visione per utilizzarli nella difesa. Da ciò il principio generale, reso in seguito positivo, secondo cui la Commissione ha l'obbligo di rendere accessibile il fascicolo integrale, ad eccezione degli atti contenenti segreti aziendali di altre imprese, informazioni riservate o comunque interne.

Detto obbligo riguarda i documenti in esso contenuti e non quegli atti estranei e che non sono stati utilizzati nella decisione definitiva; di conseguenza, se un'impresa sia venuta a conoscenza di documenti utili per la difesa, deve presentare un'espressa richiesta di accesso nel corso del procedimento, poiché diversamente vi sarebbe un effetto preclusivo sul punto, in un eventuale e successivo ricorso per l'annullamento della decisione definitiva.

(109) Trib. CE, 1 aprile 1993, causa T-65/89, in *Racc.*, 1993, II, 389.

(110) Trib. CE, 9 novembre 1995, causa T-346/94, in *Racc.*, 1995, II, 2841.

(111) Trib. CE, 15 marzo 2000, cause riunite T-25/95-T-104/95, in *www.euro-pa.eu.int*.

(112) Già affermato nelle decisioni *Solvay* del Tribunale del 29 giugno 1995, causa T-30/91, T-31/91, T-32/91, T-36/91, T-37/91, in *Racc.*, 1995, II, 1779; il Tribunale qui affermava che il principio di parità delle armi impone che le imprese siano messe a conoscenza del fascicolo in posizione di parità rispetto alla Commissione e cioè le imprese devono essere informate di tutti i documenti che possono essere utili e non solo di quelli connessi agli addebiti in senso stretto. Di conseguenza non può spettare alla sola Commissione la decisione sulla scelta dei documenti utili alla difesa, ma occorre consentire all'impresa la valutazione di tutti i documenti e un'eventuale controversia viene decisa dal consigliere-auditore.

Si precisa, comunque, che la giurisprudenza ha ritenuto che la violazione del diritto di difesa è indipendente dal modo in cui l'impresa si è comportata nel corso del procedimento amministrativo, e con esclusivo riferimento all'accesso ai documenti che sono inclusi nel fascicolo dell'istruttoria della Commissione (113); qualora sia stata respinta la domanda volta ad ottenere l'accesso a documenti non presenti nel fascicolo, è riconosciuta la violazione del diritto di difesa solamente se sia dimostrabile che il procedimento avrebbe potuto concludersi con esito diverso disponendo dei documenti (114).

L'esame della nuova disciplina a confronto con la precedente consente di elaborare alcune conclusioni rilevanti sulle modalità del contraddittorio; sono accentuati i due distinti profili di tipo strutturale e di tipo funzionale relativi alla dimensione orizzontale e verticale del contraddittorio e alla funzione di garanzia del diritto di difesa, di partecipazione con finalità collaborativa e di rappresentanza degli interessi (115). Questa impostazione non è riscontrabile nei procedimenti amministrativi tradizionali in cui la partecipazione del privato comporta una comparazione dell'interesse pubblico con quello privato, mentre è chiara nei procedimenti nei quali le autorità svolgono la funzione di fissare la regola procedurale della parità delle armi (116), assicurando la *par condicio* tra le parti in un contraddittorio concorrenziale con «pari possibilità di contendere» secondo «una contesa che può coinvolgere ad armi pari qualsiasi interesse purché sia introdotto nel contraddittorio, che, quando le parti sono più d'una, assume la forma e le regole del litisconsorzio» (117).

Le soluzioni adottate dalla disciplina comunitaria si avvicinano chiaramente alla disciplina nazionale del procedimento *anti-trust* che ad essa si è ispirata: in questo settore il contraddittorio deve intendersi come difesa in senso tecnico e, quindi, come possibilità di dedurre e di controdedurre; in quanto tale, l'istituto è diverso dalla partecipazione come principio generale stabilito dall'art. 10 della legge n. 241 del 1990 che, in senso collaborativo,

(113) Trib. CE, 29 giugno 1995, causa T-30/91, in *Racc.*, 1995, II, 1775.

(114) Trib. CE, 15 marzo 2000, cause riunite T-25/95-T-104/95, cit.

(115) Circa la dinamica funzionale del contraddittorio M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.

(116) F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 83 ss.

(117) F. MERUSI, *ult. op. cit.*, 25.

prevede la facoltà di accesso ai documenti e la possibilità di presentare memorie scritte che l'amministrazione deve valutare se relativi all'oggetto del procedimento.

Nel procedimento *antitrust* la regola del contraddittorio consiste prioritariamente nel potere di controdedurre alla statuizione dell'autorità garante, dopo la comunicazione formale dell'istruttoria; la regola applicata in modo rigoroso esclude che l'autorità possa considerare violazioni diverse da quelle riguardo alle quali gli interessati hanno espresso le proprie posizioni, secondo un criterio di effettività (118).

PARTE SECONDA

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO COMUNITARIO NEI SETTORI DEGLI AIUTI DI STATO ALLE IMPRESE, DELLA CONCORRENZA E DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

5. *Il procedimento amministrativo per gli aiuti di Stato alle imprese ed il prevalente contraddittorio tra Commissione europea e Stato interessato.*

Lo studio dei procedimenti comunitari nella disciplina vigente nei settori degli aiuti di Stato alle imprese, delle inchieste sui prodotti oggetto di *dumping*, della concorrenza e delle comunicazioni elettroniche, consente un utile confronto tra le diverse soluzioni adottate nell'instaurazione del contraddittorio tra i soggetti pubblici e privati coinvolti.

È di risalente esperienza comunitaria l'assegnazione di finanziamenti della Comunità derivanti dal Fondo europeo di sviluppo o dai fondi strutturali, sulla base di un procedimento con fasi di erogazione e di controllo spettanti alle autorità nazionali; per i progetti di aiuti statali alle imprese, l'attività di esecuzione può essere svolta direttamente dagli stati e solo in via mediata dai soggetti privati, mentre la vigilanza sull'esecuzione degli obblighi è di competenza della Commissione.

(118) M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 679 ss.; per problematiche più generali riguardo all'impatto della disciplina della concorrenza sul diritto amministrativo, M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347 ss.

La disciplina che regola il controllo degli aiuti alle imprese è stata caratterizzata, per molto tempo, dall'assenza di una compiuta previsione di garanzie procedurali per le parti e, in particolare, per i soggetti privati; il regolamento CE n. 659 del 1999 (119) ha finalmente codificato le regole che derivano in sostanza dalla prassi procedurale osservata dalla Commissione e dagli stati membri e dalle poche disposizioni preesistenti di origine giurisprudenziale, ma con nuovi poteri ingiuntivi per la Commissione.

Gli aiuti comunitari integrano una materia cogestita tra amministrazione comunitaria e nazionale e le relazioni tra Commissione europea ed amministrazione nazionale non seguono il principio gerarchico, ma un criterio di *complementarietà* delle funzioni collegate ed interdipendenti, per lo svolgimento di un'unica azione comunitaria; gli organi nazionali partecipano alla formazione delle decisioni del sistema sovranazionale e alla fase di esecuzione, e, in particolare, sono coinvolti i governi regionali che non possono adottare misure incidenti su un mercato limitato e così più esposto ad eventuali distorsioni della concorrenza, con il rischio di situazioni di oligopolio o di monopolio per settori determinati. In questo caso prevale il divieto di concedere alle imprese, insediate nel territorio regionale, vantaggi economici con pregiudizio della concorrenza, oppure vantaggi analoghi a quelli previsti per le imprese pubbliche, pur considerata l'ammissibilità di interventi a sostegno dell'economia locale nell'ordinamento nazionale, non essendo escluse dall'elenco di cui all'art. 117, secondo comma, della Costituzione (120).

Il sistema è complessivamente composito e risponde soprattutto all'esigenza di risolvere problemi specifici che possono ostacolare il mercato unico con soluzioni diverse da quelle tradizionali; così risulta sempre più frequente l'adozione di procedure

(119) Il successivo regolamento n. 794/2004 reca disposizioni di esecuzione con allegati appositi modelli per la notifica e le informazioni supplementari. Altri regolamenti riguardano gli aiuti di Stato alle piccole e medie imprese (n. 70/2001), alla formazione (n. 68/2001), occupazione (n. 2204/2002), agricoltura e pesca (n. 1860/2004 e n. 875/2007).

(120) La legge n. 287 del 1990, ispirata chiaramente al diritto comunitario della concorrenza, non prevede un divieto di aiuti di stato *ex art.* 87 del Trattato CE, limite che comunque doveva essere previsto dalla Costituzione come vincolo per il legislatore; invero, nell'art. 117 Cost., per la potestà legislativa statale e regionale, vi è l'espresso riferimento ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, tuttavia gli aiuti regionali, in assenza di un divieto interno, potrebbero integrare ipotesi rilevanti per l'*antitrust* comunitario. Si segnala, per approfondimenti, A. TERRASI, *Regioni italiane e tutela della concorrenza tra dimensione nazionale e comunitaria*, in questa *Rivista*, 2006, 421 ss.

composte codificate dal legislatore, con nuovi problemi giuridici soprattutto per il profilo organizzativo e per la tutela dei privati e delle imprese; si tratta di questioni assolutamente aperte e con un'esigenza di classificazione per le nuove categorie.

Le disposizioni sugli aiuti di Stato contenute negli artt. 87-89 del Trattato CE (121) sono volte alla tutela del regime di concorrenza tra le imprese «non falsata» da misure di sostegno finanziario pubblico o da interventi agevolativi per determinati settori economici; tuttavia, la disciplina degli aiuti di stato — nei limiti in cui sono consentiti — rafforza inevitabilmente la competitività delle imprese nel mercato interno con un effetto di protezionismo verso l'esterno. Nella sostanza, l'art. 87 prevede casi specifici di deroga al divieto generale secondo un criterio di compatibilità e con il controllo della Commissione *ex art.* 88, che in tal modo contribuisce ad orientare scelte di politica industriale che devono essere coerenti con gli interessi comunitari.

La disciplina degli aiuti di Stato alle imprese si basa sul principio generale dell'incompatibilità come divieto di erogare aiuti se non siano dichiarati preventivamente compatibili con il mercato comune e sottoposti ad un sistema di autorizzazione preventiva della Commissione (e, in via eccezionale, del Consiglio) (122).

Le ipotesi di deroghe sono espressamente previste dall'art. 87 del Trattato, nei paragrafi 2 e 3, mentre altre categorie di aiuti possono essere proposte dalla Commissione e determinate con decisione del Consiglio.

Il regolamento CE 22 marzo 1999, n. 659 (123), recante modalità di applicazione dell'art. 88 del Trattato, prevede la speci-

(121) Sulla nozione rilevante di aiuto di Stato: C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, I, cit., 65 ss.; A. TONETTI, *I poteri amministrativi comunitari in materia di aiuti di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 443 ss.; G. LUCHENA, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, 2006, 57 ss.; G. STROZZI, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Parte speciale, Torino, 2005, 364 ss.; L. BELLODI-D. GRESPAN, *La procedura in materia di aiuti*, in G. TOSATO-L. BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004, 342 ss.; G. BELLOTTI, *Il nuovo regolamento comunitario di procedura degli aiuti di Stato*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1999, 535 ss.; T. BALLARINO-L. BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997, 25 ss.

(122) Per approfondimenti sulla nozione di aiuto oggetto del divieto generale: G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 746 ss.

(123) Si ricordano anche le discipline sui fondi strutturali previste dal regolamento n. 1260 del 1999, sul Fondo europeo di sviluppo regionale con reg. n. 1783 del 1999, sul Fondo sociale europeo con reg. n. 1784 del 1999, al Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia con regolamenti n. 1257 e n. 1750 nonché reg. n. 1263 del 1999 relativo allo strumento finanziario di orientamento della pesca.

fica disciplina procedurale del controllo sugli aiuti statali alle imprese, ulteriore conferma del prevalente metodo delle codificazioni settoriali; peraltro, la previsione di un procedimento in contraddittorio — come fase precontenziosa — è prevista dall'art. 88, secondo comma, secondo cui la Commissione, dopo *aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni*, qualora abbia constatato che un aiuto, concesso da uno Stato o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 87, oppure che tale aiuto è attuato in modo abusivo, decide l'obbligo per lo stato interessato di sopprimerlo o di modificarlo entro un certo termine.

Più precisamente, si tratta di un procedimento di indagine formale e la decisione di avvio viene comunicata allo stato membro e viene pubblicata notizia sulla *GUCE*; è espressa una valutazione preliminare della Commissione sul carattere di aiuto della misura e sui rilievi di incompatibilità, con un invito allo Stato membro e a tutti gli interessati — l'impresa destinataria dell'aiuto, i concorrenti e qualsiasi soggetto con un interesse al mantenimento o alla soppressione dell'aiuto (124) — a presentare le osservazioni entro un termine da ritenersi come messa in mora che è anche requisito di regolarità della procedura (125); qualora le osservazioni non siano presentate o siano incomplete, la Commissione può ingiungere un termine ulteriore e in mancanza può decidere sulla base degli elementi disponibili.

Il diritto di difesa è riconosciuto quale garanzia procedurale secondo alcune limitate modalità: la giurisprudenza (126) riconosce da tempo l'obbligo per la Commissione di comunicare allo stato le osservazioni presentate dagli interessati e agli interessati una copia della decisione finale e questo orientamento è stato ampiamente recepito nel regolamento CE n. 659/1999; la Commissione, dopo aver chiarito i dubbi sulla compatibilità della misura, può adottare una decisione positiva e prevedere delle condizioni specifiche di compatibilità.

(124) Corte di giustizia, 14 novembre 1984, causa C-323/82, in *Racc.*, 1982, I, 3809.

(125) La messa in mora degli interessati è, infatti, una formalità necessaria per la validità della decisione della Commissione e se non effettuata sarebbe illegittima; il principio è stato enunciato dalla Corte di giustizia, 14 novembre 1984, causa C-323/82, cit. e poi ripreso dall'art. 6 del regolamento n. 659/1999.

(126) Già Corte di giustizia, 10 luglio 1986, causa 234/84, in *Racc.*, 1986, I, 2263.

Quando, invece, le osservazioni non sono considerate adeguate a sostenere la compatibilità dell'aiuto con il sistema della concorrenza, la Commissione ordina allo Stato di sopprimerlo o di modificarlo (ad esempio, nell'importo o nelle modalità di finanziamento) fissando un nuovo termine per l'intervento, considerando la procedura nazionale e l'esigenza di adeguamento del beneficiario dell'aiuto.

Il regolamento n. 659/1999 prevede puntuali norme procedurali, integrando l'art. 88 del Trattato, anche riguardo al procedimento di indagine formale volto a consentire alla Commissione di ottenere le informazioni necessarie per accertare la compatibilità dell'aiuto e agli interessati di trasmettere le proprie osservazioni; per i nuovi aiuti, al fine di impedirne l'erogazione prima che sia stata verificata la compatibilità con il diritto comunitario, è previsto un duplice obbligo a carico dello Stato, e cioè di notifica alla Commissione del progetto di concessione di nuovo aiuto (o di modifica) e di non esecuzione delle misure progettate prima della dichiarazione finale di compatibilità all'esito del controllo da parte della Commissione (127).

Dopo la notifica si apre una procedura di verifica secondo due fasi (artt. 2 ss.) di cui una necessaria ed un'altra eventuale: la prima disciplinata dall'art. 88 T., come fase di esame in via preliminare da parte della Commissione riguardo alla compatibilità dell'aiuto in modo informale; questa fase precede una forma di pubblicità per i terzi ed è ritenuta di breve durata, dato che l'art. 88, terzo comma, stabilisce che la Commissione deve iniziare la fase successiva «senza indugio».

Questa fase si chiude con la decisione che dichiara che la misura notificata non integra un aiuto (art. 4, secondo comma), oppure che non vi sono dubbi sulla compatibilità (art. 4, terzo comma) o, infine, con la decisione di avviare la procedura di indagine formale. La seconda fase (regolata dall'art. 88 T. primo capoverso), in contraddittorio tra i soggetti interessati, è di «indagine formale» (art. 6), qualora siano necessarie ulteriori infor-

(127) Per un esame delle fasi del procedimento comunitario sul recupero degli aiuti comunitari, con ampi riferimenti di giurisprudenza e di approfondimento delle difficoltà conseguenti all'eventuale inesistenza di strumenti adeguati nell'ordinamento interno e, in particolare, in quello spagnolo: E. GARCIA-TREVIJANO GARNICA, *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales». Especial referencia a la recuperacion de ayudas*, in *Rev. esp. Der. Eur.*, 2002, 101 ss.

mazioni anche di mercato oppure se è stata già rilevata un'incompatibilità.

Il contraddittorio è attivato con l'invito allo Stato membro e agli interessati di formulare le loro osservazioni riguardo ai dubbi di compatibilità entro un termine di regola non superiore ad un mese; le osservazioni degli interessati devono essere comunicate allo stato membro che può controdedurre. Anche nella procedura relativa agli aiuti illegali (art. 10) è prevista per lo Stato la possibilità di presentare le proprie osservazioni prima dell'ingiunzione di sospendere o di recuperare in via provvisoria gli aiuti.

È assai interessante l'art. 20 sui «Diritti degli interessati» ove viene garantito un diritto di difesa nella procedura di indagine formale per «ogni parte interessata», ma limitata alla presentazione di osservazioni ed alla trasmissione di una copia della decisione adottata dalla Commissione, come ad ogni beneficiario di aiuti individuali.

Per interessati l'art. 1 lett. h) si riferisce a qualsiasi stato membro e a qualsiasi soggetto, impresa o associazione d'impresе «i cui interessi possano essere lesi dalla concessione di aiuti, in particolare il beneficiario, le imprese concorrenti e le organizzazioni professionali», recependo l'orientamento della giurisprudenza (128) che ha inteso per «interessati» o «parte interessata» tutti i soggetti titolari di un interesse al mantenimento o alla soppressione dell'aiuto; le imprese coinvolte sono anche quelle sulla cui posizione concorrenziale incide l'aiuto.

Gli interessati diversi dallo stato membro hanno solamente il ruolo di soggetti chiamati a fornire le informazioni necessarie ad indirizzare l'attività di controllo della Commissione e, quindi, «non possono pretendere direttamente un dibattito in contraddittorio con questa» (129) e in tal senso anche la giurisprudenza più recente (130), che conferma la visione secondo cui il procedimento di controllo degli aiuti di stato è avviato esclusivamente nei confronti dello Stato membro «responsabile, alla luce dei suoi obblighi comunitari, della concessione dell'aiuto».

(128) Corte di giustizia, 14 novembre 1984, causa C-323/82, in *Racc.*, 1984, 3809.

(129) Corte di giustizia, 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 e 75/00, in www.europa.eu.int.

(130) Trib. CE, 11 maggio 2005, cause riunite T-111/01 e T-133/01, in www.europa.eu.int.

Gli interessati diversi assumono un ruolo di «fonte di informazione» della Commissione e la comunicazione dell'avvio dell'indagine formale non garantisce una partecipazione efficace, poiché prevale in materia di aiuti una concezione restrittiva di contraddittorio; tuttavia, tale visione non appare convincente dato che gli altri procedimenti che saranno in seguito esaminati presentano caratteri simili, ma all'obbligo di fornire informazioni e documentazione corrisponde un pieno diritto di difesa e di partecipazione.

Peraltro, a ben vedere, il procedimento di controllo degli aiuti di Stato non sarebbe attivato solo nei confronti dello Stato membro, dato che numerosi provvedimenti adottati dalla Commissione *ex art. 88 CE*, sono direttamente impugnabili non solo dai soggetti beneficiari degli aiuti ma anche dalle imprese concorrenti e questi soggetti sono comunque coinvolti nella decisione; allora il rapporto tra autorità europee e soggetti interessati è limitato alla presentazione delle osservazioni senza una solida giustificazione.

La legittimazione all'impugnazione della decisione negativa o condizionata può ritenersi spettante all'impresa beneficiaria dell'aiuto, anche se sia soggetto terzo rispetto alla procedura, dato che la decisione riguarda lo stato membro⁽¹³¹⁾, e all'impresa concorrente di quella beneficiaria anche se non abbia partecipato al procedimento⁽¹³²⁾ nonché all'associazione professionale che rappresenta gli interessi dei propri associati intervenuti nella procedura⁽¹³³⁾ oppure che ha negoziato l'aiuto con lo Stato, rappresentando le imprese di un certo settore⁽¹³⁴⁾, è stata riconosciuta la legittimazione anche all'ente locale che ha concesso l'aiuto⁽¹³⁵⁾. In sostanza, i giudici comunitari hanno ritenuto

(131) Corte di giustizia, 4 febbraio 1992, causa C-294/90, in *Racc.*, 1992, I, 493. Nessuna disposizione del procedimento di controllo degli aiuti di Stato riserva un particolare ruolo, tra gli interessati, al beneficiario dell'aiuto; infatti, il procedimento di controllo degli aiuti di Stato non è un procedimento avviato contro il beneficiario degli aiuti e gli interessati diversi dallo Stato membro considerato non possono fare valere un diritto ad un procedimento in contraddittorio con la Commissione (così Trib. CE, 8 luglio 2004, causa T-198/01, in *www.europa.eu.int*).

(132) Trib. CE, 27 aprile 1995, causa T-435/93, in *Racc.*, 1995, II, 1281.

(133) Trib. CE, 6 luglio 1995, cause riunite T 447-449/93, in *Racc.*, 1995, II, 1971.

(134) Corte di giustizia, 2 febbraio 1988, cause riunite 67, 68 e 70/85, in *Racc.*, 1988, I, 219.

(135) Corte di giustizia, 8 marzo 1988, cause riunite 62 e 72/87, in *Racc.*, 1988, I, 1573.

come requisito essenziale il diretto interesse del ricorrente all'aiuto, mentre la partecipazione alla procedura è solo uno dei casi di interesse diretto dell'impresa ed anche l'operatore economico, in rapporto di concorrenza con il beneficiario dell'aiuto, può sostenere un interesse diretto (136).

Le limitate garanzie procedurali in materia di aiuti non derivano, quindi, solamente dall'indirizzo prevalente della giurisprudenza, ma sono evidenti nel regolamento n. 659/1999 che ha recepito questa impostazione, e che comunque delinea una disciplina che comprime il ruolo dei privati; anche la questione sulla nozione di « parte interessata » è stata a lungo dibattuta quale presupposto per l'applicazione delle garanzie procedurali e di partecipazione all'esame preliminare degli aiuti. Alla posizione è collegata la legittimazione a partecipare al procedimento di controllo degli aiuti e ad impugnare le decisioni della Commissione. Tuttavia, la partecipazione è limitata, poiché non è prevista l'audizione formale delle parti né lo scambio di informazioni tra loro, ma le autorità comunitarie si limitano ad una consultazione degli operatori economici interessati, senza però instaurare un vero e proprio contraddittorio.

Peraltro, la procedura di esame preliminare degli aiuti non prevede un'adeguata forma di pubblicità per consentire ai terzi di conoscere i progetti di incentivo notificati alla Commissione; il procedimento di indagine formale, pur iniziando con la pubblicazione della decisione di apertura della fase di verifica della compatibilità degli aiuti con il mercato comunitario, stabilisce solamente la facoltà degli interessati di presentare osservazioni, di informare le autorità europee sulle circostanze ed il diritto di ricevere la decisione. Queste norme, pur non espressione di un contraddittorio, potrebbero essere interpretate secondo una più ampia prospettiva di considerazione degli interessi degli operatori economici, applicando le regole di tutela già presenti nel sistema comunitario, ad esempio, in materia di concorrenza.

(136) La giurisprudenza consolidata ha evidenziato che gli interessati di cui all'art. 88, n. 2 del Trattato CE sono le persone, le imprese o le associazioni pregiudicate dall'erogazione di un aiuto, e in tal senso, Corte di giustizia, 13 dicembre 2005, causa C-78/03, in www.europa.eu.int; in particolare, la nozione riguarda le imprese concorrenti dei beneficiari degli aiuti e le organizzazioni di categoria. Questo orientamento è stato recepito nella regolamento n. 659/99 secondo cui la nozione di parte interessata comprende qualsiasi stato membro e ogni persona, impresa (o associazione di imprese) i cui interessi possano essere lesi dall'erogazione di aiuti e si riferisce esplicitamente al beneficiario delle risorse, alle imprese concorrenti e alle organizzazioni professionali.

Secondo la giurisprudenza (137), per il procedimento di cui all'art. 88 CE, occorre distinguere la fase preliminare di esame degli aiuti che ha solamente la finalità di consentire alla Commissione di elaborare una prima opinione sulla compatibilità parziale o totale dell'aiuto, e la fase di cui al n. 2 dell'art. 88 da cui si evince l'obbligo per la Commissione di intimare ai soggetti interessati di presentare le osservazioni; non è, quindi, possibile individuare alcuna garanzia nella fase dell'esame preliminare, dato che il soggetto che ha fornito informazioni sulle presunte sovvenzioni illegali, ha esclusivamente il diritto di ricevere copia delle decisioni adottate dalla Commissione su queste notizie (art. 20, n. 2, reg. n. 659/99) (138).

È evidente, per questa fase, un vuoto di tutela dei soggetti coinvolti come beneficiari e, soprattutto, come concorrenti; più in generale, è possibile dire che le garanzie procedurali sono diverse a seconda del soggetto «controparte» (governo dello stato membro o impresa beneficiaria o concorrente) della Commissione e l'applicazione dei principi generali del diritto comunitario (ad es., diritto ad essere sentiti, il diritto ad una buona amministrazione) subisce un «adattamento» (139) nel senso che i soggetti diversi dallo stato non possono vantare un diritto ad un procedimento in contraddittorio con la Commissione e neppure all'accesso complessivo del fascicolo (140).

La *ratio* della soluzione restrittiva adottata dal legislatore comunitario, secondo alcuni (141) è giustificata dall'intento di evitare l'aggravio del procedimento soprattutto nella fase preliminare, limitando così la partecipazione e le garanzie procedurali degli interessati; invero, il contributo più ampio dei terzi potrebbe rendere più veloce la valutazione della misura statale, ridurre la discrezionalità della Com-

(137) Da ultima, Corte di giustizia, 13 dicembre 2005, causa C-78/03, cit.

(138) Il n. 2 dell'art. 20 del reg. n. 659 del 1999, prevede che ogni parte interessata possa informare la Commissione di un presunto aiuto illegale o di una presunta attuazione abusiva di aiuti e se non vi siano motivi sufficienti per esprimere un parere sul caso, l'interessato viene informato; se, invece, la Commissione adotta una decisione su un caso che riguarda le informazioni ricevute, deve inviare una copia del provvedimento alla parte che ha chiesto l'intervento dell'organo. Non è, comunque, prevista alcuna partecipazione in contraddittorio con le autorità, ed è evidente che si tratta di una comunicazione di informazioni con natura unilaterale.

(139) S. MENTO, *Le garanzie procedurali nel controllo comunitario degli aiuti di Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1200 ss.

(140) Trib. CE, 8 luglio 2004, causa T-198/01, in www.europa.eu.int.

(141) S. GUZZI, *La tutela dei terzi nella procedura per il controllo degli aiuti di Stato nel regolamento n. 659/1999/CE*, in *Dir. com. scambi intern.*, 2004, 805.

missione, con il vantaggio di un più rapido accertamento utile anche per orientare lo stato nelle scelte di politica economica.

6. *Procedimento per l'inchiesta riguardo a prodotti oggetto di dumping.*

Anche la procedura in materia di prodotti oggetto di *dumping*, offre spunti di approfondimento; il procedimento è disciplinato dal regolamento del Consiglio n. 384/1996 (relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di *dumping* da parte di paesi non membri della Comunità europea, modificato di recente con reg. n. 2117/2005), che è attuato dalla Commissione secondo la regola del contraddittorio con tutti gli interessati (denunciante, denunciato e soggetti intervenuti); l'avviso di apertura del procedimento annuncia l'inizio dell'inchiesta, l'indicazione del prodotto e dei paesi interessati, le informazioni assunte, fissando i termini entro i quali le parti interessate possono comunicare le loro osservazioni ed informazioni da considerare nel corso dell'inchiesta che ha ad oggetto le pratiche di *dumping* e la misura del pregiudizio (artt. 5 e 6).

I denunzianti, gli importatori, gli esportatori, le associazioni rappresentative, gli utenti, le organizzazioni di consumatori ed i rappresentanti del paese esportatore, con richiesta scritta, possono intervenire nella procedura con il *diritto ad essere ascoltati ed acquisire tutte le informazioni* fornite dalle parti interessate all'inchiesta e presentare osservazioni a risposta con sufficienti elementi di prova.

Le discipline procedurali esaminate hanno così recepito l'indirizzo della giurisprudenza comunitaria che ha esteso il principio del rispetto del *contraddittorio* come *espressione del principio generale del diritto di difesa* non solo a quei procedimenti che si concludono con l'irrogazione di sanzioni — come in materia di concorrenza — ma anche ai procedimenti d'inchiesta che si concludono con l'adozione di regolamenti *antidumping* che, pur con una portata generale, possono interessare direttamente le imprese con conseguenze sfavorevoli⁽¹⁴²⁾; le procedure sono diverse, ma il dato comune è rappresentato dal riconoscimento del diritto di difesa quando possano essere adottati atti che incidono sfavore-

(142) Corte di giustizia, 27 giugno 1991, causa C-49/88, in *Racc.*, 1991, I, 3236. Per la disciplina del dazio *antidumping* per i vari settori, si rinvia al sito www.euro-pa.eu.int; ad esempio, regolamento n. 994/2007 sulle importazioni di ferro silicio.

volmente sulla posizione giuridica dell'interessato, diminuendone il contenuto.

Diverso è il caso di procedimenti che, invece, possono migliorare la posizione, ad esempio, in materia di amministrazione di fondi comunitari (143), poiché in questo caso non è prevista l'audizione degli interessati prima di una decisione di rifiuto dell'aiuto; quindi, la tutela della posizione è successiva e solo in caso di revoca o riduzione del beneficio concesso (144), mentre non vi sarebbe un effetto sfavorevole nel caso di concessione di un nuovo beneficio dato che la posizione sarebbe migliorata. In queste ipotesi la tutela del singolo non viene assicurata dal rispetto del principio del contraddittorio e dalla partecipazione, ma dalla legittimità dello svolgimento della procedura (145).

Il contraddittorio ha, quindi, assunto il ruolo di principio fondamentale dell'ordinamento comunitario e in quanto tale deve prevalere a prescindere dalle finalità del procedimento (146).

7. *La disciplina comunitaria sulla concorrenza attuata con lo strumento del procedimento composto: accentuata applicazione del contraddittorio tra autorità e imprese ed innovazioni nell'organizzazione delle funzioni.*

Il procedimento comunitario in materia di concorrenza, disciplinato dal regolamento n. 1 del 2003, rappresenta una certa evoluzione nel contraddittorio con più puntuali garanzie per le mo-

(143) Regolamento n. 229/72 della Commissione sulle modalità di funzionamento del Fondo europeo di sviluppo.

(144) Regolamento del Consiglio n. 1469/95 riguardo a provvedimenti sanzionatori nei confronti di beneficiari di operazioni finanziate che devono essere sentiti e che hanno il diritto di impugnare la decisione.

(145) Corte di giustizia, 6 luglio 1993, cause riunite C-121-122/91, in *Racc.*, 1993, I, 3900.

Il concetto di pregiudizio è stato approfondito da un'attenta dottrina (M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 96 ss.), come presupposto di partecipazione al contraddittorio, con l'interrogativo se il contraddittorio consenta ai privati di intervenire per ottenere anche un beneficio dall'amministrazione procedente o se, invece, si limiti a garantire l'intervento in quelle ipotesi in cui la situazione del privato può essere diminuita; nel sistema comunitario il contraddittorio è prevalentemente garantito quando vi è un pregiudizio effettivo della posizione e non un mancato miglioramento. Ciò è evidente proprio per i fondi comunitari, dato che la disciplina non precede l'audizione prima di una decisione di rifiuto della richiesta, mentre è diverso il caso della revoca di un beneficio già concesso.

(146) Trib. CE, 17 settembre 1998, causa T-50/96, in *Racc.*, 1998, II, 3773; Corte di giustizia, 24 ottobre 1996, causa C-32/95, in *Racc.*, 1996, I, 5387.

dalità di esercizio del diritto di difesa e un'applicazione decentrata delle funzioni degli organi pubblici; nell'attuale formulazione il procedimento rappresenta chiaramente un esempio di procedimento composto volto ad integrare punti di vista di diverse autorità e a comporre diversi interessi pubblici, espressione di coamministrazione, ed approfondisce il contraddittorio tra autorità e imprese secondo il principio generale della «parità delle armi».

Le funzioni amministrative risultano articolate in sequenze procedimentali con diversi soggetti e meccanismi organizzativi⁽¹⁴⁷⁾, innovando sotto questo profilo⁽¹⁴⁸⁾; si è così affermato un nuovo modello di organizzazione *composta* le cui strutture operano in connessione tra loro e in modo complementare, presupponendo un rapporto di integrazione tra ordinamenti. Questo è proprio il caso del *decentramento* delle competenze della Commissione in materia di concorrenza presso le autorità nazionali, finalizzato alla *complementarietà* tra i diversi livelli di intervento, favorendo l'applicazione della disciplina tramite una rete di autorità che operano sulla base di principi comuni, ed il criterio della stretta collaborazione⁽¹⁴⁹⁾.

Anche in questo contesto di evoluzione, il modello dell'«ente autarchico comunitario»⁽¹⁵⁰⁾ è comunque confermato in quanto

(147) Anche i procedimenti in cui intervengono le agenzie europee hanno un certo rilievo funzionale, pur non riconducibili alla categoria dei procedimenti composti ma a quella dei procedimenti collegati caratterizzati da una procedura centralizzata e da una decentrata, come nel caso della procedura di autorizzazione per l'immissione in commercio di medicinali di cui al regolamento n. 726/2004; la funzione è quella di composizione tra le amministrazioni competenti, ma in ogni caso si applicano i principi comuni ai vari procedimenti tra i quali la regola secondo cui l'istruttoria deve svolgersi in contraddittorio. Per approfondimenti: E. CHITI, *I procedimenti in cui intervengono le agenzie europee*, in *Quad. n. 1, Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 346 ss.

(148) Con l'ulteriore conseguenza che l'organizzazione amministrativa comunitaria influisce sulle strutture amministrative degli stati membri delineando un rapporto di tipo «circolare» con una comparazione ed uno scambio continuo di principi e figure giuridiche; per questa tendenza ormai prevalente, si legga S. CASSESE, *L'arena pubblica*, cit., 645 ss.; C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 679 ss.

(149) Ampiamente C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, cit., 680, nonché *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2000, 85, ove l'Autore ben rileva che la distribuzione della funzione tra Commissione e soggetti nazionali deriva da un *processo composito* per la concorrenza di diversi centri di potere: quello comunitario, che stabilisce i principi generali anche con un'attività di indirizzo, e quello nazionale volto «alla loro concretizzazione sostanziale».

(150) F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 75 ss. Le autorità amministrative indipendenti rappresentano un esempio di ente autarchico comunitario, poiché la funzione risulta disciplinata direttamente o indirettamente da norme comunitarie,

gli enti svolgono compiti istituzionali dell'Unione europea che persegue fini propri ed esclusivi, tramite soggetti nazionali che agiscono con procedimenti inseriti in modo strumentale nel più ampio procedimento composto.

È, peraltro, evidente l'evoluzione dell'organizzazione comunitaria che si riflette inevitabilmente sull'organizzazione nazionale e sulle scelte degli stati membri riguardo ai modelli da adottare, dipendenti per diversi profili dalle scelte effettuate in sede comunitaria con un processo continuo di adeguamento ai modelli e ai principi.

Si assiste all'affermazione di una diversa prospettiva e cioè dall'integrazione comunitaria alla *coesistenza* della comunità europea e degli stati membri con forme di cooperazione tra governi e *procedure di attuazione assai flessibili*, come nel caso di procedimenti composti, che hanno di fatto causato la crisi dell'«autonomia procedimentale» degli stati membri (151), prevalendo il criterio dell'applicazione decentrata del diritto comunitario e della coamministrazione, superando il modello dell'amministrazione indiretta.

La sentenza *Borelli* della Corte di giustizia del 1992 (152) ha contribuito in modo determinante, come è noto, a definire la nuova tipologia di procedimenti; essi si svolgono in parte a livello comunitario e in parte a livello statale, volti a realizzare interessi *combinati* in modo diverso con la prevalenza, a seconda dei casi, della componente comunitaria o nazionale, con evidenti iniziali lacune nella disciplina e nelle modalità di tutela degli interessati (153).

È stata evidente, fin dall'inizio, la difficoltà di ricondurre l'ipotesi ad una categoria generale di procedimento, riconoscendo, invece, un tipo *speciale* di carattere *integrato* per la partecipazione dell'amministrazione comunitaria e di quella statale; l'individua-

mentre l'organizzazione dipende dalla normativa statale; per approfondimenti F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, 96 ss.

(151) M.P. CHITI, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, in *Quad. n. 1, Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 73 ss.

(152) Corte di giustizia, 3 dicembre 1992, causa C-97/91, in *Racc.*, 1992, I, 6313.

(153) Gli iniziali profili di dibattito sono stati espressi da M. P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, cit., 55 ss. e per una prima ricostruzione dei procedimenti composti comunitari: E. GARCIA DE ENTERRIA, *La ampliacion de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del derecho comunitario. Sentencia Borelli de 3 de diciembre de 1992 del tribunal de justicia y el art. 5 CEE*, in *AA.Vv., Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 880 ss.

zione delle regole da applicare per la tutela dei soggetti privati, di natura procedimentale e processuale, non è risultata nel tempo di certo agevole, proprio per la duplice componente nazionale e comunitaria con inevitabili problemi riguardo alla compatibilità con i principi tradizionali dell'attuazione diretta ed indiretta del diritto comunitario (154).

Le sequenze dei procedimenti composti sono varie e possono iniziare con atti ed attività in sede nazionale o viceversa e concludersi con la decisione di un organo nazionale o comunitario, con natura strumentale se esauriscono gli effetti all'interno dell'amministrazione ed altri con natura finale (155).

La più attenta dottrina (156) ha individuato tre categorie: in una prima tipologia l'azione inizia negli uffici comunitari che stabiliscono i criteri che dovranno essere seguiti dalle amministrazioni nazionali, con il controllo comunitario; oppure l'azione inizia in sede nazionale e si conclude presso l'amministrazione comunitaria. Nella terza categoria vi è una coesistenza degli elementi delle due categorie, essendo il procedimento diviso in due fasi e nella prima fase l'organo decidente è l'amministrazione nazionale e quella comunitaria ha un ruolo di organo interveniente; nella seconda fase la Commissione assume il ruolo di organo de-

(154) Per questa tipologia di collaborazione si segnala, con riferimento alla Spagna, S. GALERA RODRIGO, *La aplicacion administrativa del Derecho comunitario. Administracion mixta: tercera via de aplicacion*, Madrid, 1998.

(155) Si prospetta un complesso problema di qualificazione degli atti amministrativi prodotti nei procedimenti composti, e per uno studio recente: S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2006, 85 ss. e 234 ss. Secondo l'Autore l'analisi non deve essere limitata agli atti conclusivi ma estesa anche a quelli interni, che solo apparentemente sono strumentali rispetto al provvedimento finale, in quanto possono acquisire rilevanza esterna, e quelli finali possono risultare sprovvisti di incidenza poiché confermativi di atti interni che hanno già prodotto effetti; da ciò la questione dell'impugnabilità e della giurisdizione competente. La complessa combinazione di fasi procedimentali evidenzia come l'atto amministrativo rappresenti un «punto di equilibrio» tra più interessi nazionali e comunitari, e stabilire il criterio più adeguato per «misurare il grado di comunitarietà» dell'atto che deriva da un procedimento composto non è agevole, soprattutto se si considera come presupposto il confronto del «peso degli interessi coinvolti e sull'eventuale carattere comunitario o nazionale degli stessi». Infatti, le amministrazioni inserite nei procedimenti composti rappresentano interessi comuni per i quali non è possibile distinguere la componente comunitaria da quella nazionale.

(156) Le categorie sono approfondite con alcuni esempi di procedimenti composti da S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 44; sono richiamati quale esempio della prima categoria il procedimento per l'assegnazione di premi e aiuti nel settore degli zuccheri, e il procedimento di autorizzazione all'immissione nell'ambiente di organismi geneticamente modificati come esempio della terza categoria. Mentre è un esempio di procedimento misto quello di autorizzazione all'immissione in commercio di farmaci.

cidente e le amministrazioni nazionali svolgono il ruolo di interventori.

Sul piano definitorio la varietà delle sequenze si distingue a seconda che il procedimento si concluda con atti delle autorità nazionali (caso di procedimento *top-down*) o con atti di autorità comunitarie nel caso dei procedimenti *bottom-up*; la distinzione non risulta rigida, ma evidenzia figure miste che presentano caratteri comuni ai procedimenti (157). In tal modo i procedimenti non sono riconducibili ad un modello unitario, ma a diverse finalità a tutela di interessi generali (ad esempio, lo sviluppo sostenibile), di altri interessi degli stati membri oppure degli operatori economici privati.

Quindi, la categoria si caratterizza per diversi elementi desumibili dalle discipline di settore e relativi alla cura di interessi generali, particolari e collettivi, e per la struttura che è elemento distintivo rispetto ad altri procedimenti; le diverse ipotesi non sono riconducibili ad una disciplina comune, e la nozione di «composto» avrebbe in realtà una funzione meramente conoscitiva (158).

La dottrina straniera (159), che ha approfondito l'istituto, inquadra i procedimenti composti in una tipologia speciale di procedimento comunitario secondo un'integrazione di fasi, con dei profili imprecisi dato che non si collocano nelle forme classiche dell'attuazione comunitaria, e prospettano conseguenze nuove aprendo una crisi nel sistema consolidato; la finalità perseguita è, in ogni caso, l'adozione della decisione comunitaria per il conseguimento di un obiettivo comunitario, sebbene siano coinvolti procedimenti nazionali da cui può dipendere la decisione.

Questi procedimenti consentono maggiore spazio ai privati rispetto alle figure di composizione di interessi pubblici e relative all'organizzazione, per la *funzione garantistica* del procedimento, più ampia rispetto al sistema statale (160); infatti, l'intervento dei

(157) G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in *Quad. n. 1, Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 309. Tra i procedimenti del primo tipo l'assegnazione del marchio di qualità ecologica, mentre un esempio di procedimento *bottom-up* riguarda la gestione di strumenti finanziari nel settore agricolo.

(158) G. DELLA CANANEA, relazione per il convegno *La disciplina europea del procedimento amministrativo*, Roma, 8 aprile 2003, dall'illustrazione di B. ARGOLAS, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1146-1147.

(159) L.F. MAESO SECO, *I procedimenti composti comunitari: riflessioni intorno alla problematica della impossibilità a difendersi ed eventuali alternative*, cit., 12 ss.

(160) G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, cit., 333.

privati, che agiscono per la difesa di interessi particolari o collettivi, è presupposto di una dinamica diversa rispetto a quella derivante dai procedimenti caratterizzati esclusivamente dall'azione pubblica, poiché nel primo caso lo stato deve negoziare in processi decisionali aperti all'intervento di altri soggetti.

La questione, inizialmente prevalente, riguardava l'effettività della tutela giurisdizionale circa l'impugnazione degli atti del procedimento composto e di quelli interni e direttamente lesivi, in sede nazionale e comunitaria, ed è questo il problema che probabilmente ha interessato di più la dottrina⁽¹⁶¹⁾ a partire dalla sentenza *Borelli*.

In questa occasione è, invece, oggetto di attenzione lo studio della categoria con l'esame di alcune discipline settoriali, analizzando gli aspetti più problematici e le interpretazioni più significative e dibattute in dottrina, ma con la finalità di approfondire l'esistenza e l'ambito di applicabilità del principio generale del *contraddittorio* a quei procedimenti che coinvolgono le imprese, e relativi agli aiuti statali, alla concorrenza e al settore delle comunicazioni elettroniche.

In una prospettiva più generale, gli aspetti più innovativi dei procedimenti composti sono sintetizzabili nell'alterazione dell'ordine procedimentale e nella minore rilevanza del provvedimento finale rispetto agli atti endoprocedimentali delle varie fasi, aspetti tra loro assai connessi considerando che la partecipazione di autorità amministrative comunitarie, nazionali e infranazionali ha inevitabilmente pregiudicato l'unitarietà del procedimento; vi sono, inoltre, delle sostanziali differenze tra provvedimento finale e gli altri atti in realtà difficilmente definibili come endoprocedimentali, considerata una sempre più evidente rilevanza esterna⁽¹⁶²⁾.

Le diverse fasi hanno un rilievo maggiore rispetto alla struttura dei procedimenti nazionali e ciò può dipendere dalla diversa natura delle amministrazioni coinvolte oppure dal contenuto «decisorio» di alcune fasi, superando così la distinzione tradizionale tra atti interni del procedimento e provvedimento finale. La diversa impostazione rileva anche per la contestazione di atti che

(161) M.P. CHITI, *op. cit.*, 63 ss.; C. FRANCHINI, *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, cit., 85 ss.

(162) M.P. CHITI, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, in *Quad. n. 1, Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 73.

precedono il provvedimento finale, questione che trova diverse soluzioni negli stati membri e con difficoltà per l'individuazione della giurisdizione competente nazionale o comunitaria; le diverse fasi nazionali e comunitarie possono comportare lacune nella tutela degli interessati, dato che nel nostro sistema prevale il sindacato tradizionale sul provvedimento finale e che, eventualmente, alcuni provvedimenti pur adottati da autorità nazionali rientrano prevalentemente nel diritto comunitario.

La disciplina di procedimenti comunitari composti ha anche comportato conseguenze sulla normativa nazionale riguardo ai procedimenti a rilevanza comunitaria, nel senso che vi sono dei criteri di riferimento di equivalenza (o di non discriminazione) e di effettività; l'equivalenza comporta che le procedure interne non devono essere aggravate rispetto a quei procedimenti che si riferiscono a materie esclusivamente nazionali, mentre secondo l'effettività (principio più noto) i procedimenti nazionali non devono essere formulati in modo da rendere impossibile o eccessivamente complessa la tutela delle situazioni giuridiche di fonte comunitaria (163).

L'attuale ruolo del diritto comunitario non si limita di certo a colmare lacune nella disciplina interna sui procedimenti oppure a fondare la disapplicazione di disposizioni nazionali in contrasto con i principi comunitari. La tendenza ormai prevalente è l'affermazione di una disciplina omogenea anche se l'attuazione spetta all'amministrazione; per alcuni settori, le amministrazioni nazionali hanno assunto il ruolo di amministrazioni «comuni» dell'ordinamento europeo, con un'integrazione in senso verticale tra organi comunitari e nazionali e in senso orizzontale tra le amministrazioni degli Stati membri e la definizione di nuovi principi generali di un «diritto procedimentale europeo» (164).

L'esistenza del procedimento comunitario composto è ormai un dato empirico acquisito con manifestazioni rilevabili in diversi settori per la frequente utilizzazione in relazione all'espansione dell'amministrazione comunitaria, e sembra, a nostro avviso, inte-

(163) M.P. CHITI, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, cit., 74.

(164) M.P. CHITI, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, cit., 75; l'Autore indica alcuni esempi quale il regolamento CE n. 1334/2000 del Consiglio sul regime di controllo nell'esportazione di prodotti e tecnologie con uso civile e militare, disciplina di un compiuto procedimento amministrativo che deve essere attuato dalle amministrazioni nazionali.

ressante esaminare le effettive ed attuali possibilità di partecipazione delle imprese, considerando gli atti e la fase finale del procedimento di natura *contenziosa* (secondo la sequenza delle fasi dell'iniziativa, dell'istruttoria e della decisione) che può concludersi con un *provvedimento di natura ablatoria*, con evidente pregiudizio per la posizione giuridica degli operatori economici nell'esercizio del diritto di iniziativa economica (165).

L'introduzione di forme adeguate di tutela procedimentale è stata graduale, così nei procedimenti che coinvolgono le autorità nazionali in materia di aiuti di stato e di concorrenza, che attivano procedure anche su sollecitazione della Commissione. L'adozione di modalità contenziose riguarda soprattutto quei procedimenti definibili come ablatori non perché siano coinvolti diritti reali, ma in quanto attinenti all'attività di impresa e, in particolare, riguardo al divieto di intese fra imprese che limitino la concorrenza (166).

In generale, per i procedimenti misti, l'istituto della partecipazione è applicato nella fase comunitaria e in quella nazionale, e può riferirsi a soggetti diversi: amministrazioni nazionali e privati, in quest'ultimo caso con funzione di difesa e di collaborazione; il giusto procedimento viene comunque assicurato nelle diverse fasi a garanzia del privato che non deve essere pregiudicato dalla previsione di diversi livelli di procedimento (167).

L'introduzione del principio del contraddittorio nei procedimenti composti consente di verificare occasioni di composizione degli interessi pubblici e privati (di tutela delle imprese), anticipando i rimedi giurisdizionali; il procedimento come strumento di composizione degli interessi pubblici e privati ha una struttura verticale nel senso che è attivato dalla Commissione e termina in un ufficio nazionale (o viceversa), ma talvolta anche orizzontale poiché si richiede l'accordo delle amministrazioni nazionali nella composizione degli interessi nazionali (168).

(165) In questo senso G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 1902 ss.

(166) G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi della Unione europea*, in M.P. CHITI e G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 507 e sul diritto ad essere sentiti, *ivi*, 518 ss.

(167) M. VERONELLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE, *Corso di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo europeo, casi e materiali*, Milano, 2005, 128.

(168) S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. BIGNAMI-S. CAS-

Di certo, la natura dei provvedimenti finali, direttamente lesiva dei diritti delle imprese, pone il problema dell'opportunità di una codificazione del principio generale del contraddittorio, anche a confronto con la disciplina nazionale del procedimento.

8. *Il procedimento nella disciplina sulle comunicazioni elettroniche: la più recente evoluzione del contraddittorio.*

La procedura che regola il settore delle comunicazioni elettroniche rappresenta un ulteriore e significativo esempio di modalità di realizzazione dell'integrazione amministrativa con l'azione contestuale nazionale e comunitaria, diversamente dal precedente regime secondo la prevalente amministrazione diretta con il coinvolgimento di funzionari statali; anche in questo caso il procedimento si snoda in più fasi con una formazione progressiva e con un sistema organizzativo basato su una pluralità di soggetti e sulla collaborazione tra Commissione europea e autorità nazionali di regolazione.

Nella successione delle discipline, è possibile ravvisare l'evoluzione dell'amministrazione diretta e di quella indiretta in cui la funzione è svolta da organi nazionali con il controllo della Comunità, nella nuova forma dell'integrazione rispetto alla regola secondo cui la disciplina comunitaria riguarda il procedimento che però è solo nazionale; invece, in questo caso, le direttive comunitarie disciplinano il procedimento per la fase nazionale e per quella comunitaria con regole evolute rispetto ad altri settori.

Per le comunicazioni elettroniche (169), dopo le direttive di «prima generazione» del periodo 1990-1997, sono state intro-

SESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Quad. n. 1, cit., 36 ss.; l'adozione del principio del contraddittorio e, più in generale, del modello dell'*interest representation model* anche riguardo agli stati membri comporta che questi assumano il ruolo di «centri di cura di interessi privati». In questo modo l'elemento dell'autorità non prevale, ma emerge la formula definita dell'«arena pubblica (sfruttamento dei dislivelli di regolazione e dei differenziali di interessi) per assicurarsi il consenso dei destinatari della propria azione» (S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 51).

La ricostruzione delle sequenze procedimentali, secondo l'Autore (*Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 315), «in termini di iniziativa, istruzione e decisione, nonché in termini di subprocedimenti, per le fasi interne, e di procedimenti collegati, per i procedimenti composti, costituisce una forzatura della realtà giuridica, nella quale il procedimento si presenta (...) come una sequenza non ordinata secondo un modello unitario, ma modellata secondo i fini da raggiungere».

(169) Sulla distinzione tra le due categorie di direttive e, quindi, di procedimenti:

dotte nuove soluzioni procedurali con le direttive di «seconda generazione» del 2002 (170), poi recepite nell'ordinamento nazionale dal decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, in cui sono individuabili ipotesi di procedimenti composti, con fasi in sede nazionale e comunitaria, e occasioni di contraddittorio da esaminare. Le procedure nazionali sono oggetto di conformazione secondo le regole comunitarie ed, infatti, la direttiva quadro n. 21/2002 istituisce un quadro normativo comune introducendo un procedimento amministrativo del tutto peculiare, secondo cui le autorità di regolazione degli stati membri devono svolgere una doppia consultazione nazionale e comunitaria, al fine di adottare misure regolamentari nei confronti delle imprese che detengono una significativa posizione di potere nei settori di livello comunitario. In tal modo, si assiste ad un rafforzamento dell'intervento comunitario con lo strumento del procedimento amministrativo composto con una struttura complessa con più fasi che coinvolgono organismi comunitari, nazionali ed organismi compositi costituiti da rappresentanti di autorità nazionali e comunitarie.

La direttiva prevede obblighi di cooperazione e informazione per le autorità della concorrenza, di informazione della Commissione e di altre autorità, di consultazione, cooperazione e di ricerca di accordo con altre autorità delle telecomunicazioni e con la Commissione; vi è una disciplina espressa, rispetto ai regolati, della partecipazione, del contraddittorio (art. 6.1) e del diritto di difesa in sede giurisdizionale o quasi-giurisdizionale contro le de-

S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689 ss., nonché *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, 106 ss.; tra gli studi più recenti, F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002; G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, Torino, 2003; M. CLARICH-G.F. CARTEI, *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004; R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004; I. CHIEFFI, *Competenze dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della commissione nel nuovo quadro normativo comunitario e italiano per le comunicazioni elettroniche*, in questa *Rivista*, 2004, 457 ss.

(170) Occorre considerare la direttiva 2002/21/CE istituisce un quadro comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, definita anche direttiva quadro, la direttiva 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; la direttiva 2002/19/CE riguardo all'accesso alle reti di comunicazione elettronica (direttiva «diritto di accesso») e la direttiva 2002/22/CE sul servizio universale e i diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva «servizio universale»); queste direttive sono state approvate dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 7 marzo 2002. In particolare, sul servizio universale nella prospettiva comunitaria: G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, in *Quaderni Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 2002, 125 ss.

cisioni delle autorità di regolazione. Sono, inoltre, definiti i principi essenziali dei procedimenti delle autorità nazionali di regolazione, con effetti diretti nell'applicazione della disciplina interna dei procedimenti amministrativi.

È così istituito un ordinamento *composito* in parte nazionale, in parte *comune* e in parte comunitario (171), che consente di superare la competizione tra i diversi sistemi nazionali per creare un mercato europeo secondo una regolazione uniforme; in questo contesto le imprese non possono scegliere l'Autorità di regolazione che dipende dal mercato nazionale ove operano e l'Unione europea ha così adottato la soluzione di collegare tra loro i regolatori nazionali e questi con la Commissione europea, secondo un'*organizzazione composta e procedimenti composti*.

In questo modo si è affermato un diritto amministrativo *comune* che è applicabile all'organizzazione comunitaria senza l'intermediazione degli stati membri (172); la disciplina, assai complessa, del rapporto tra regolatori e regolati si caratterizza per una «solida architettura di procedure composte» (173) che consente una connessione tra l'attività dei regolatori nazionali e quella delle autorità comunitarie, con il riconoscimento di certe esigenze di partecipazione, di contraddittorio, applicando la regola secondo cui l'attività istruttoria deve essere svolta con il contributo delle parti interessate secondo meccanismi di consultazione, sebbene vi sia un inevitabile aggravamento del procedimento.

Il «concerto regolamentare europeo» (174) risulta così la figura di composizione ormai prevalente e, nel caso delle comuni-

(171) Per alcune significative considerazioni essenziali sulla direttiva quadro e sul passaggio dal vecchio al nuovo ordinamento: S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689 ss.; G. DELLA CANANEA, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005, 9 ss. Per approfondimenti, R. PEREZ, *Comunicazioni elettroniche*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, II, cit., 783 ss. Riguardo all'inserimento di istituti del diritto della concorrenza (ad es., mercato rilevante, posizione dominante singola o collettiva), M. SIRAGUSA-S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, 529 ss.

(172) S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., 33 ss.

(173) E. CHITI, *Le ambivalenze del «concerto regolamentare europeo» nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, cit., 22 ss.

(174) S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689 ss.

cazioni elettroniche, tende a realizzare un obiettivo di stabilità con l'intervento di «conformazione» della Comunità ed un'organizzazione «mista» tramite strumenti di raccordo tra i vari soggetti.

Il meccanismo di consultazione consente l'acquisizione delle necessarie informazioni ed il coinvolgimento degli interessati nel procedimento; vi è anche una finalità di stabilizzazione delle possibili interazioni tra i soggetti pubblici e privati coinvolti che illustrano le ragioni della loro posizione, poi oggetto di discussione per eliminare le incoerenze ed adottare una soluzione finale «ragionevolmente giustificabile, vale a dire accettabile» da parte degli interessati (175).

Assai particolare si presenta il procedimento per l'adozione di atti generali con una sequenza complessa e con problemi nella rappresentanza di interessi per l'eccessiva rigidità e la lentezza delle regole da adottare per la loro natura tecnica. La disciplina pone diverse questioni critiche e, in particolare, se la procedura composta delineata comporti nella realtà una compressione delle situazioni giuridiche dei privati, soprattutto in relazione alla complessità del procedimento con dubbi riguardo all'effettivo carattere unitario e stabile (176).

Mentre è forse possibile parlare di un particolare contraddittorio tra soggetti pubblici alla luce della direttiva «quadro» n. 21/2002 che definisce una particolare procedura di consultazione che coinvolge l'Autorità nazionale di regolazione, la Commissione e le altre Autorità di regolazione degli stati membri; l'eventuale adozione di una misura da parte dell'Autorità nazionale, ai sensi dell'art. 15, che possa, ad esempio, influenzare gli scambi tra gli stati membri o incidere sulle procedure di definizione dei mercati, comporta l'obbligo di rendere accessibile il progetto di

(175) E. CHITI, *Le ambivalenze del «concerto regolamentare europeo» nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit., 23.

(176) L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 391 ss.; un problema si pone anche riguardo al coordinamento tra la riforma comunitaria della concorrenza e la regolazione delle comunicazioni elettroniche. Sotto questo profilo assumono rilievo determinate le linee guida della Commissione, che dovrebbero orientare l'attività delle autorità di settore, si riferiscono alla regolazione di settore per individuare uno strumento per definire fattispecie che altrimenti non sarebbero sanzionabili secondo la disciplina *antitrust*, come nel caso, ad esempio, della disciplina speciale sui criteri per qualificare una posizione dominante collettiva (per approfondimenti, F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, cit., 100 ss.).

misura alla Commissione e alle altre Autorità nazionali con la possibilità per queste di presentare osservazioni, instaurando un contraddittorio orizzontale (177).

Per quanto riguarda, invece, la questione specifica del coinvolgimento delle imprese nei procedimenti e la compressione della loro libertà di iniziativa economica, occorre considerare che le misure dell'Autorità di regolazione non derivano da un procedimento esclusivamente nazionale, con evidenti difficoltà per la partecipazione degli interessati.

La direttiva «quadro» all'art. 15 richiede che l'emanazione della raccomandazione sia preceduta da una consultazione pubblica, mentre non è previsto il coinvolgimento dei privati prima dell'emanazione degli orientamenti; ancora, non si precisa se per la procedura di consultazione i privati abbiano la possibilità di esprimere osservazioni alle Autorità di regolazione e neppure vi è la possibilità per i privati di intervenire nella fase di «negoziazione» dei progetti di misura o nella fase precedente la decisione della Commissione di utilizzare il potere di veto.

La disciplina comunitaria ha utilizzato lo schema della rappresentazione degli interessi solamente per quegli atti che spettano in via esclusiva alla Commissione, come nel caso della raccomandazione, o alle Autorità nazionali per le misure di regolazione; mentre non è prevista la partecipazione delle imprese quando la Commissione e le Autorità di regolazione devono verificare la conformità delle misure nazionali sono conformi al diritto comunitario e alle regole del mercato unico.

La procedura di consultazione esterna (178), inserita in un procedimento composto, è prevalentemente uno strumento di composizione di diversi interessi pubblici al fine di individuare

(177) La Commissione, ai sensi dell'art. 7, comma quinto, della direttiva «quadro», ha un «potere di veto» riguardo ai progetti di misura nazionali, se possano influenzare gli scambi commerciali tra gli stati o siano incompatibili con il diritto o con gli obiettivi comunitari.

(178) Riguardo alle consultazioni previste dagli artt. 11 e 12 del nostro Codice delle comunicazioni elettroniche rinvia alla legge n. 241 del 1990 per la comunicazione di avvio, la facoltà di intervenire nel procedimento, il diritto di presentare memorie e tali riferimenti erano già presenti nel sistema previgente, mentre ora il diritto di partecipare sembra codificato come uno *ius commune* delle comunicazioni elettroniche di origine comunitaria con le conseguenze note in caso di diritto nazionale non conforme; la partecipazione si caratterizza però prevalentemente come intervento dei regolati coinvolti nel processo di regolazione con l'esercizio di un diritto ad influenzare l'attività normativa (F.M. SALERNO, in M. CLARICH-G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., 99 ss.).

l'interesse pubblico comune e non tanto strumento di applicazione del *contraddittorio in senso stretto* o di partecipazione per il coinvolgimento di interessi privati.

L'applicazione del principio di contraddittorio sembra in questo caso piuttosto limitato a differenza della disciplina esaminata in materia di concorrenza, e neppure offre particolari occasioni di partecipazione degli interessati con finalità garantistica.

La sequenza procedimentale e la connessione tra atti posti in essere a livello comunitario, nazionale e comune (179) delinea un procedimento composto con caratteristiche diverse rispetto allo schema esaminato in materia di concorrenza; inoltre, il sistema della composizione degli interessi che ha consentito l'integrazione amministrativa non risolve in ogni caso la questione della tutela giurisdizionale tra piano nazionale e comunitario, con un problema di tutela dei privati, poiché il giudice può accertare solo una fase del procedimento nazionale o comunitaria, ma non l'intero *iter* per valutare la proporzionalità della misura e la considerazione degli interessi pubblici e privati.

Nell'ordinamento interno, l'art. 12 del codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259) (180) prevede l'applicazione di un procedimento esclusivamente comunitario, nel senso che lo stato non interviene con un'attività di recepimento, ma in via diretta l'Autorità garante nazionale «coopera in modo trasparente con le autorità di regolamentazione degli altri stati membri e con la Commissione europea al fine di assicurare la piena applicazione, in tutti gli stati membri, delle disposizioni delle direttive comunitarie recepite con il Codice»; nella fase istruttoria la «consultazione» coinvolge direttamente le amministrazioni regolatrici e la Commissione, e l'organo comunitario controlla la fase decisionale inducendo l'autorità garante a rivedere la proposta di provvedimento.

Il contenuto interessante dell'art. 12 per lo studio del tema, è quello previsto dal comma 7 che richiama l'applicazione delle disposizioni di cui alla legge n. 241 del 1990 con alcune conse-

(179) L. SALTARI, *I procedimenti composti e l'integrazione funzionale nella nuova disciplina delle telecomunicazioni*, in G. DELLA CANANEA-M. GNES (a cura di), *I procedimenti dell'Unione Europea. Un'indagine*, Torino, 2004, 49 ss.

(180) Per un esame dei problemi interpretativi del Codice delle comunicazioni elettroniche: M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 19 ss.

guenze che occorre esaminare; infatti, l'art. 11, che attua l'art. 6 della direttiva quadro, introduce un'ipotesi di contraddittorio che consiste nella possibilità per le parti interessate di presentare osservazioni sulla proposta di provvedimento adottata dal Ministero o dell'Autorità garante se l'atto abbia «un impatto rilevante sul mercato di riferimento» (181), entro un termine non inferiore a trenta giorni, a decorrere dalla notifica della medesima proposta. Questa figura è decisamente diversa dalla procedura di consultazione e dalla partecipazione al procedimento in sede istruttoria, fase alla quale si applica comunque la legge n. 241 del 1990.

In sostanza, l'espresso riferimento alla legge n. 241 del 1990 consente di chiarire che, pur considerata la specialità del procedimento composto, la partecipazione degli interessati nella fase istruttoria segue comunque le regole nazionali, mentre per la fase di adozione del provvedimento si applica la disciplina comunitaria recepita dal Codice.

Nel contraddittorio c.d. «in contestazione» tra le parti, il provvedimento (che può anche non essere normativo) si riferisce a comportamenti di singole imprese ed è così superato il tradizionale ambito della tutela della proprietà privata nella disciplina sull'espropriazione per pubblica utilità; peraltro, è stato osservato (182) che poiché l'art. 1 della legge n. 241 del 1990 rinvia ai principi dell'ordinamento comunitario, allora la regola comunitaria del contraddittorio dovrà applicarsi al procedimento interno, aggiungendosi alla partecipazione procedimentale, quando sia coinvolto il diritto di impresa ed il diritto di proprietà.

La natura di regola generale per la tutela dell'impresa nel mercato, che supera la specialità del settore delle telecomunicazioni, potrebbe affermarsi sul presupposto del riferimento al mer-

(181) Il provvedimento riguarda singole imprese perché il Codice introduce una regolazione *ex post* ed interviene a garanzia del mercato quando l'impresa detiene una rilevante posizione di mercato.

(182) F. MERUSI, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche*, in questa *Rivista*, 2004, 1273 ss.; ID., *Le «avventure» del contraddittorio nelle recenti riforme del procedimento amministrativo*, in F. MERUSI-A. FIORITTO-G. CIAGLIA-V. GIOMI-A. BERTANI, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2005, 9 ss. La specialità del procedimento composto che coinvolge autorità nazionali e comunitarie non esclude l'applicazione della normativa nazionale con la partecipazione degli interessati nella fase istruttoria, come prevede la legge n. 241 del 1990, e nella fase finale di «prospettazione» dell'atto conclusivo da adottare come stabilito dalla disciplina comunitaria recepita dal Codice delle comunicazioni.

cato concorrenziale che è principio fondamentale del sistema comunitario.

Più in generale, in questo settore, l'esercizio del potere amministrativo incontra i limiti della libertà economica e d'impresa, che non può trasformarsi in potere di mercato, poiché prevale la funzione regolativa a tutela della libertà di tutti gli altri soggetti (imprenditori, investitori, consumatori, utenti, risparmiatori) che intervengono nel mercato⁽¹⁸³⁾ con il problema più ampio del controllo pubblico dei poteri privati⁽¹⁸⁴⁾.

PARTE TERZA

PROCEDIMENTI COMPOSTI E PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO: L'INDIVIDUAZIONE DI REGOLE GENERALI

9. *Procedimenti composti e contraddittorio: l'individuazione di regole generali e la necessaria estensione ai procedimenti amministrativi nazionali.*

L'esame della disciplina comunitaria sui principali procedimenti composti ha evidenziato una diversa applicazione del principio del contraddittorio che non ha un'identica incidenza, in quanto assume una significativa rilevanza nei procedimenti sanzionatori, mentre è di rilievo minore quando la finalità è quella più generale di garantire la conformità a diritto di atti e di situazioni soggettive.

Nell'ordinamento comunitario ormai da tempo è definita in via giurisprudenziale una definizione di «buona amministrazione procedurale» come insieme di regole essenziali soprattutto a tutela del diritto di difesa e non tanto della partecipazione in gene-

(183) M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 356 ss.

(184) In questo settore gli operatori con più di un quarto delle quote di mercato sono soggetti a certi obblighi per garantire alle altre imprese l'accesso alle infrastrutture e le direttive del 2002 stabiliscono obblighi per le imprese in posizione dominante; nel settore dell'energia elettrica e del gas, le imprese, che si trovavano in una posizione di monopolio, devono cedere quote di mercato per consentire l'accesso ad altri operatori, con il controllo delle autorità indipendenti. La posizione dominante collegata ad un oggettivo potere di mercato è sottoposta ad obblighi, pur presupponendo il diritto di impresa da intendersi come potere economico «tollerato» e non garantito in assoluto dall'ordinamento.

rale, ed identificabili nel diritto di accesso ai documenti e al fascicolo (185), nel diritto ad essere sentiti, nella necessaria motivazione (186) e nella completa rappresentazione degli elementi di fatto e di diritto della fattispecie e ciò è di certo ravvisabile nella disciplina esaminata, secondo regole adeguate anche alle finalità della regolazione delle autorità nazionali. Queste regole flessibili risultano applicabili in relazioni diverse, sia nei rapporti soggetti privati e amministrazione secondo una dimensione «verticale» sia nei rapporti tra soggetti privati secondo una dimensione «orizzontale» (187). Tra i tradizionali istituti della partecipazione, il contraddittorio si pone, quindi, come «super principio» con un contenuto operativo assai rilevante, espressione dei principi generali di buona amministrazione e del diritto di difesa.

L'esame della giurisprudenza non ha evidenziato un criterio costante per l'ambito di applicazione del diritto di difesa, dato che in alcuni casi sembra che il principio sia sempre da rispettare e in altre occasioni sembra riguardare — almeno nell'orientamento più risalente (188) — solo l'ipotesi dell'irrogazione delle sanzioni come specifico provvedimento sfavorevole al destinatario; mentre più di recente il criterio è stato inteso estensivamente ed applicato anche a casi in cui l'atto amministrativo non presenta alcun carattere sanzionatorio.

Si pone, peraltro, il problema se il contraddittorio deve essere garantito solo quando l'azione amministrativa incide negativamente sulla posizione privata oppure se lo strumento possa applicarsi anche per interessi di contenuto pretensivo (189); nell'indirizzo prevalente (190) il contraddittorio sembra essere, invece, garantito solamente quando l'attività possa integrare una diminuzione della posi-

(185) Sul diritto di accesso al fascicolo come necessaria espressione del diritto di difesa si veda A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'unione europea*, Milano, 2004, 76 ss.

(186) L'esame della motivazione consente non solo il sindacato del giudice sugli atti, ma permette all'interessato di formulare in modo adeguato la difesa, coinvolgendo direttamente il principio del contraddittorio; sulle possibilità di tutela che ne derivano, soprattutto per gli atti sfavorevoli al privato, cfr., M. SIMONCINI, *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in questa *Rivista*, 2005, 1962 ss.

(187) E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit., 692.

(188) Corte di giustizia, 17 dicembre 1981, causa C-115/80, in *Racc.*, 1981, I, 3147; Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, causa C-85/76, cit.

(189) Per questo profilo alcuni spunti di M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 96 ss.

(190) Corte di giustizia, 4 marzo 1982, causa 182/80, in *Racc.*, 1982, 799.

zione soggettiva e non quando vi sia un incremento e ciò è evidente, come già visto, nella disciplina dei fondi comunitari ove non è contenuta una norma che consenta l'audizione degli interessati prima di adottare la decisione di diniego dell'assistenza richiesta (191), mentre il diritto di difesa prevale quando vi sia stata la revoca del beneficio.

In altre occasioni (192) collegate all'emanazione di provvedimenti ampliativi, invece, l'amministrazione deve anticipare le ragioni del rigetto delle richieste del privato per consentire la formulazione delle difese, poiché anche la mancata adozione di un provvedimento favorevole comporta comunque uno svantaggio per l'impresa.

In effetti, gli istituti elaborati dai giudici comunitari sono volti a garantire il contraddittorio tra le parti ed il potere pubblico come emerge nelle varie regole procedurali della concorrenza e degli aiuti di stato e dal necessario collegamento sostenuto dalla Corte di giustizia tra la garanzia dei diritti di difesa, il principio della «parità delle armi» e la protezione dei diritti fondamentali; a ciò è connessa la questione più generale dell'effettività del diritto comunitario nell'attuazione amministrativa, che comporta il rispetto del diritto di difesa come principio generale, e nell'attuazione uniforme delle discipline di settore.

10. *Il riscontro di aspetti comuni nel procedimento antitrust di cui alla legge n. 287 del 1990.*

La valorizzazione del contraddittorio nei procedimenti comunitari composti è certo equiparabile al rilievo dell'istituto nei procedimenti nazionali delle autorità indipendenti (193), mentre non

(191) Ad esempio, sulle modalità di funzionamento del Fondo europeo di sviluppo: regolamento CEE n. 229/72 della Commissione.

(192) Trib. CE, 16 febbraio 2000, causa T-122/99, in www.europa.eu.int, che ha precisato che l'art. 73 del regolamento n. 40/94 sul marchio comunitario, prevede che le decisioni dell'ufficio per l'armonizzazione del mercato interno devono essere fondate su motivi per i quali le parti hanno potuto esprimere osservazioni; infatti, il diritto di difesa comporta l'obbligo per l'amministrazione di consentire all'interessato di difendersi anche sui motivi che impediscono la registrazione (cfr., Trib. CE, Sez. V, 22 marzo 2007, causa T-215/03, in www.europa.eu.int). Si può, peraltro, rilevare un certo riscontro nell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 che esamineremo in seguito.

(193) M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio e procedimento*, cit., 76 ss., distingue le funzioni delle autorità indipendenti in tre categorie essenziali: quelle amministrative con una dimensione bilaterale e verticale riconducibile al tipico rapporto tra potere pubblico e privato, e relative ai procedimenti sanzionatori e di diffida; in questo caso il contraddittorio ha una dimensione verticale assicurando il diritto di difesa del soggetto nella cui sfera giuridica si producono gli effetti del provvedimento con alcune garanzie rafforzate quale il contraddittorio orale previsto da alcune discipline specifiche sulle autorità, e

sembra un adeguato riscontro la legge n. 241 del 1990 (194) che si limita a definire alcuni istituti della partecipazione senza chiari riferimenti ad una tipologia di contraddittorio in senso stretto. Nel procedimento *antitrust*, invece, il contraddittorio è garantito con molteplici modalità: la comunicazione di avvio dell'istruttoria con la notifica secondo il codice di procedura civile, l'esercizio del diritto di accesso ai documenti formati e detenuti dall'autorità, la possibilità di essere sentiti (195) e di depositare memorie, deduzioni, documenti e pareri (art. 14, primo comma, legge n. 287/1990; art. 7, secondo comma, lett. a), terzo comma, d.P.R. n. 217/1998), la comunicazione alle imprese delle risultanze istruttorie da parte del collegio ed il principio di corrispondenza tra contestazione e decisione finale.

La funzione del contraddittorio in questo caso particolare è assai ampia e da intendersi come garanzia per il diritto di difesa

una dimensione orizzontale consentendo la partecipazione di altri soggetti concorrenti, consumatori e denunciati. Tuttavia, non sussiste l'eguaglianza tra l'impresa inquisita e quella concorrente che non è posta sullo stesso piano della prima e per la quale è prevista una partecipazione ridotta. Ciò diversamente dal diritto comunitario che, invece, prevede che la Commissione comunichi all'impresa denunciante la contestazione degli addebiti e la replica dell'impresa. La seconda categoria di funzioni ha natura «giustiziale» con la prevalenza di relazioni orizzontali tra i privati e l'autorità che è arbitro in una posizione neutrale; la terza categoria attiene alla funzione di regolazione di carattere normativo e in questo caso il contraddittorio assume una dimensione verticale con funzione collaborativa.

Si rinvia anche allo studio di M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Torino, 1997.

(194) La legge n. 241 del 1990 ha, in effetti, introdotto esclusivamente il contraddittorio procedimentale da intendersi in un'ampia prospettiva collegata al principio della partecipazione e come svolgimento in contraddittorio dell'attività che precede la decisione finale a garanzia della trasparenza per «assicurare la visibilità dei meccanismi che presiedono alla formazione della regola da applicare alla fattispecie concreta» e come momento centrale che anticipa la ponderazione comparativa degli interessi coinvolti; per questo profilo interpretativo, F. FIGORILLI, *Linee evolutive in materia di contraddittorio nel procedimento amministrativo*, L. VANDELLI-A. LOLLI (a cura di), *Interesse pubblico e interessi privati, Significato dell'interesse pubblico e coordinamento con gli interessi privati*, Bologna, 2000, 35 ss.

Nell'impostazione più risalente il contraddittorio amministrativo è inevitabilmente collegato ad un provvedimento decisorio con «una forte carica contenziosa e, ove respinga gli argomenti addotti dal privato a propria difesa applicando la misura sanzionatoria, opera una concreta restrizione della sfera giuridica dell'interessato»; in questo caso prevale l'esigenza di tutela sostanziale, mentre non emerge l'aspetto «organizzatorio di collaborazione» tra autorità e partecipanti che pure è riconosciuto (G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, 175).

(195) La possibilità di essere sentiti trova un riscontro positivo nel diritto di essere ascoltati di cui al comma secondo dell'art. II-101 della Costituzione europea «il diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio» riprendendo il principio già contenuto in norme settoriali ed affermato come generale e fondamentale dalla giurisprudenza comunitaria, dato che è ritenuto applicabile anche in assenza di norme specifiche (cfr., Corte di giustizia, 29 giugno 1994, causa C-135/92, in *Racc.*, 1994, I, 2885 ss.; 24 ottobre 1996, in causa C-32/95, in *Racc.*, 1996, I, 5373; Trib. CE, Sez. IV, 11 luglio 2007, in causa T-170/06, in *www.europa.eu.int*); sul punto si legga la nota 34.

delle imprese a fronte di procedimenti sanzionatori e di accentuata collaborazione per gli altri soggetti diversi dai destinatari del provvedimento finale che «avendo un interesse diretto, immediato ed attuale» hanno presentato denunce (art. 6, quarto comma, d.P.R. n. 217/1998), i soggetti portatori di interessi pubblici o privati e le associazioni rappresentative dei consumatori «cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa» (art. 7, primo comma).

Si tratta di un procedimento contenzioso con la fase istruttoria soggetta alle rigorose regole del contraddittorio e, in particolare, per gli abusi e le intese, sono doverose la comunicazione delle risultanze istruttorie con la contestazione degli addebiti, e l'audizione avanti al Collegio che può essere richiesta dalle parti, con l'esercizio di un ampio diritto di accesso per l'acquisizione delle prove.

La disciplina dell'istruttoria nel procedimento avanti alle autorità indipendenti, che si caratterizza per il sistema «inquisitorio» di acquisizione delle circostanze fattuali, si fonda, quindi, complessivamente sulla regola del contraddittorio (196) ed è assai vicina ai procedimenti comunitari e, in particolare, ai procedimenti composti esaminati. È, invece, evidentissima la distanza dalla legge generale sul procedimento amministrativo che non approfondisce chiaramente la fase istruttoria secondo una prospettiva dinamica, anche dopo le recenti modifiche; mentre l'Autorità deve basare le scelte su elementi di fatto, documenti ed informazioni riguardo ai quali gli interessati hanno elaborato delle difese, e in questo senso la giurisprudenza comunitaria è intervenuta da tempo (197).

Il sistema più garantistico del contraddittorio, istituito ormai generale dei procedimenti comunitari, consente la partecipazione

(196) Anche i regolamenti dei singoli procedimenti delle autorità indipendenti prevedono particolari modalità di contraddittorio non riconducibili alla legge n. 241 del 1990, ad esempio l'art. 2, comma 24, lett. a) della legge 14 novembre 1995, n. 481 sulle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, prevede che i regolamenti da esse emanati devono definire procedure «idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, *il contraddittorio, in forma scritta e orale*, e la verbalizzazione». Sul punto M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna, 2005, 149 ss.

(197) Corte di giustizia, 13 luglio 1966, cit.; Trib. CE, 29 giugno 1995, causa T-36/91, in *Racc.*, 1995, II, 1847; il principio è stato anche accolto da Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652 e in Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 26 marzo 2001, n. 62, in www.giustizia-amministrativa.it.

già nella procedura istruttoria per ridurre la contestazione delle circostanze evidenziate prima dell'adozione della sanzione; la mancata previsione di una norma espressa, non escluderebbe, secondo una certa interpretazione (198), l'applicazione di questa regola con la fissazione di un termine congruo per consentire all'interessato di presentare memorie.

In questo caso l'ampia tutela procedimentale è anche giustificata, secondo la dottrina più attenta (199), dall'esigenza di individuare una valida legittimazione di queste autorità, secondo una democrazia procedimentale e «la parità delle armi nel contraddittorio concorrenziale» (200) con garanzie che si avvicinano alle garanzie giurisdizionali; quindi, la piena trasparenza e la partecipazione degli interessati ai procedimenti di regolazione assumono un ruolo assai rilevante nel caso delle autorità indipendenti che sono anche titolari di un ampio potere normativo, con il fine di «colmare il *deficit* di legalità sostanziale con garanzie procedurali rinforzate» (201); è, peraltro, ricondotta al principio del contraddittorio e di garanzia del diritto di difesa la regola secondo cui la decisione finale deve essere adottata da un organo imparziale (202).

(198) L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in AA.Vv., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, 62.

(199) S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in AA.Vv., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, 42, la legittimazione si riscontra proprio nella «visibilità delle loro decisioni, nella completezza delle loro informazioni, nella loro capacità di udire gli interessati»; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 27 ss. e *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, 25 ss.

(200) F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 28. Più precisamente «Il procedimento che si consuma di fronte alle autorità amministrative indipendenti non realizza la partecipazione del cittadino ad una pubblica funzione attraverso la comparazione fra il suo interesse e quello che la P.A. deve perseguire, come accade nel procedimento amministrativo, bensì determina il ristabilimento o la fissazione di una *regola procedurale*, quella della *parità delle armi* in un contraddittorio semplice o litisconsortile. Ne deriva che nel procedimento davanti alle autorità amministrative indipendenti manca la comparazione degli interessi e assume rilievo particolare l'istruttoria e la contestazione dei fatti», *ibidem*, 84-85.

Il contraddittorio ad armi pari consentirebbe la realizzazione della democrazia nei settori economici e, in particolare, per le autorità amministrative indipendenti il contraddittorio integra una regola procedimentale e un criterio sostanziale dato che la regolazione ha quale fine il mercato concorrenziale.

Per la «parità delle armi» riguardo alla prova nel processo amministrativo con considerazioni più ampie sul principio del contraddittorio, F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 5 ss.

(201) M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.Vv., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, cit., 19. Si

(202) Per l'approfondimento di questo profilo, di recente, A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 199 ss. La regola è anche

La finalità generale è quella di tutelare la libertà economica nel rispetto della libertà altrui garantita dal principio della parità delle armi nel contraddittorio e dal «coinvolgimento litisconsortile» degli interessati, secondo lo schema fondamentale della concorrenza; in alcuni casi, come nell'ipotesi dell'autorità nazionale per le comunicazioni elettroniche disciplinata dal recente Codice, le finalità sono quelle di adottare «tutte le misure ragionevoli e proporzionate intese a conseguire gli obiettivi generali» ai sensi degli artt. 4 e 13 del Codice, ma non solo per garantire la parità delle armi tra gli operatori, ma anche per la promozione degli investimenti, la tutela degli interessi degli utenti finali e per lo sviluppo tecnologico, con un'ampia discrezionalità riguardo alla valutazione degli interessi prevalenti rispetto all'iniziativa economica dei privati (203).

11. *Il contraddittorio nel confronto tra normativa comunitaria esaminata e la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo.*

Il contraddittorio in senso tecnico, collegato al diritto di difesa come dialettica tra le parti che possono dedurre e controdedurre a fronte delle risultanze istruttorie comunicate, emerge chiaramente nella disciplina comunitaria e nella normativa sulle autorità indipendenti, secondo un modello ben diverso dalla partecipazione delineata dall'art. 10 della legge n. 241 del 1990, che ha soprattutto finalità di trasparenza e non tanto di attuazione del diritto di difesa e di contraddittorio (204).

contenuta nell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e definito come «diritto ad un equo processo» ritenuta applicabile anche al procedimento amministrativo, e precisato nella norma come diritto «ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale».

(203) Questo nuovo carattere è stato approfondito da G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 611 ss.

(204) Confortano questa opinione: G. AMATO, *Conclusioni*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, cit., 100; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59, che distingue il modello di contraddittorio seguito dalle discipline per le autorità indipendenti dalla normativa sulla partecipazione contenuta nella legge n. 241 del 1990, considerando le diverse modalità di attuazione con l'audizione orale o la possibilità per gli interessati di inoltrare osservazioni sugli schemi di atti normativi e generali.

Secondo la dottrina più risalente (205), il riferimento al contraddittorio nel procedimento amministrativo deve intendersi in senso atecnico rispetto all'istituto processuale, vale a dire come diritto degli interessati ad esporre le proprie ragioni e ad essere sentiti prima dell'adozione dell'atto finale e tale impostazione è stata sostanzialmente recepita nella legge n. 241 del 1990.

Peraltro, occorre ora richiamare il nuovo art. 10-*bis* che ha introdotto nel procedimento amministrativo la regola più puntuale della comunicazione delle risultanze istruttorie, che pur con modalità diverse, è anche regola dei procedimenti sanzionatori attivati dalle autorità indipendenti, fase che precede il contraddittorio; inoltre, è prevista la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, da ciò una maggiore apertura all'instaurazione del contraddittorio nel procedimento amministrativo generale (206), come contraddittorio endoprocedimentale «rafforzato» (207), che sembra avvicinarsi al contraddittorio ad armi pari e che comunque consente una più ampia possibilità per il partecipante di incidere sul contenuto del provvedimento finale (208).

(205) G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, cit., 64; l'Autore esamina quella giurisprudenza costituzionale di inizio anni sessanta (2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, 126; 22 dicembre 1961, n. 70, in *Giur. cost.*, 1961, 1282; 14 luglio 1958, n. 52, in *Giur. cost.*, 1958, 598) che delineava la nozione di «giusto procedimento» come principio generale che richiede quale condizione necessaria la possibilità per i privati di esporre le proprie ragioni. Per approfondimenti: P. LAZZARA, *L'azione amministrativa e il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 396 ss.

(206) G. BOTTINO, *Commento all'articolo 10-bis*, in V. ITALIA (coordinato da), AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 404 ss.; l'Autore ha approfondito la posizione nella nota a sentenza TAR Lazio, Sez. II-*bis*, 18 maggio 2005, n. 3921, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1554 ss.

Anche E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *Dir. amm.*, 2005, 1033 ss., rileva una certa apertura e l'art. 10-*bis* ha configurato una nuova formula partecipativa distinta da quella di cui all'art. 10 e più vicina alla fase decisoria, ma di certo non assimilabile agli accordi disciplinati dall'art. 11; si tratterebbe, invece, di una forma intermedia tra il modello classico introdotto dall'art. 10 e quello negoziale dell'art. 11. Si rileva un'evoluzione: da una partecipazione senza una interazione tra amministrati ed amministrazione ad una forma più evoluta che pare consentire un dialogo — sebbene non paritario e ancora non equirabile ad un contraddittorio secondo il principio della parità delle armi — tra amministrazione procedente e privato in una fase istruttoria prossima alla decisione.

(207) S. TARULLO, *L'art. 10-bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it.

(208) Più precisamente, l'art. 10-*bis* ha introdotto il contraddittorio in contestazione, prima limitato ai procedimenti relativi al diritto proprietà (ad es., espropriazione per pubblica utilità) e al diritto di iniziativa economica nel settore della concorrenza, secondo un'evoluzione «dalla logica della garanzia alla logica dell'esercizio attivo dei diritti di libertà» che consentirebbe il contraddittorio sulla decisione; in questo senso, F. ME-

Nel settore delle autorità indipendenti, che ha accolto le indicazioni comunitarie, l'applicazione rigorosa del principio del contraddittorio dovrebbe escludere la considerazione di violazioni diverse da quelle riguardo alle quali gli interessati hanno presentato memorie ed evidenziato il proprio punto di vista; l'effettivo contraddittorio deve consentire alle imprese di presentare osservazioni e memorie in tempi adeguati secondo una chiara distinzione tra la fase istruttoria e quella decisoria nel medesimo procedimento avanti all'autorità garante (209).

La disciplina procedurale trova, quindi, un diretto riferimento in alcuni principi comunitari e non tanto nella legge n. 241 del 1990, anche se non vi deve essere contrasto, e ciò è giustificato dalla natura degli interessi; proprio per questo sono, invece, direttamente rilevanti i principi comunitari e, in particolare, il principio di proporzionalità (210) e quello, già richiamato, della buona amministrazione procedurale relativo al rispetto dei diritti di difesa nell'attività decisionale a garanzia del «criterio di neutralità», carattere tipico della funzione regolativa.

Peraltro, ora il controllo di legittimità e di proporzionalità delle decisioni della Commissione sulle ispezioni e richieste istruttorie è disciplinato, in materia di concorrenza, dagli artt. 20 e 21 del regolamento n. 1 del 2003, pur riconosciuta espressamente l'esigenza di ampliare i poteri di indagine della Commissione a fronte della difficoltà di individuare le infrazioni delle regole della concorrenza; la richiesta di informazioni e le decisioni della Commissione sono qualificate come atti impugnabili e sindacabili per la legittimità dalla Corte di giustizia (211).

Vi sono, infatti, diverse modalità in relazione al tipo di accertamento se presso le imprese o in locali diversi dalla sede del-

RUSI, *Le «avventure» del contraddittorio nelle recenti riforme del procedimento amministrativo*, cit., 11.

(209) M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 680 ss.

(210) In particolare si legga E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit., 724 ss.

(211) La possibilità di impugnare immediatamente questi atti ha un'importante conseguenza nel caso in cui la decisione finale si basi sulle risposte date ad una richiesta di informazioni, nel senso che è preclusa alla parte destinataria della richiesta, e che non aveva impugnato l'atto istruttorio tempestivamente, la possibilità di far valere la circostanza in sede di impugnazione del provvedimento finale e di contestarne la legittimità per violazione del diritto di difesa (Trib. CE, 20 aprile 1999, cause riunite T-305-307/94; T-313-318/94; T-325/94; T-328-329/94; T-335/94, in *Racc.*, 1999, II, 931).

l'impresa, e l'eventuale ausilio della forza pubblica necessita dell'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria dello stato membro, qualora lo preveda il diritto nazionale dello stato ove si deve effettuare l'ispezione, mentre se gli accertamenti riguardino altri locali, l'autorizzazione è sempre necessaria. Il controllo giudiziario deve accertare che le misure coercitive non siano né arbitrarie né sproporzionate in relazione ad alcuni criteri, quali la gravità della presunta infrazione, l'importanza della prova richiesta e del coinvolgimento dell'impresa interessata.

La comunicazione dell'inizio del procedimento assume nei procedimenti comunitari un rilievo sostanziale, poiché consente la partecipazione degli interessati che possono acquisire gli elementi essenziali del procedimento; la normativa comunitaria esaminata disciplina le modalità, ma con alcune differenze rispetto alla legge n. 241 del 1990 e, in particolare, non stabilisce l'individuazione del responsabile del procedimento e dell'amministrazione competente anche perché la competenza è di regola della Commissione (212).

Le indicazioni più precise sono state assunte dalla giurisprudenza e recepite nei regolamenti più recenti, così per il contenuto della comunicazione di avvio del procedimento che deve indicare gli elementi essenziali di fatto e di diritto conosciuti dall'autorità (213); ciò rileva per l'oggetto della decisione finale dato che è condizionata dagli elementi comunicati agli interessati da cui l'amministrazione non può discostarsi, ma con la possibilità di integrare con circostanze inizialmente irrilevanti o non note. L'integrazione con altri elementi presuppone in ogni caso l'instaurato

(212) I procedimenti in materia di intese e di abuso di posizione dominante di cui alla legge n. 287 del 1990 e del D.P.R. n. 217 del 1998 sono anche strumenti di applicazione da parte dell'Autorità garante degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, dopo il regolamento comunitario n. 1 del 2003 e ai sensi dell'art. 54, quinto comma, della legge n. 52 del 1996. Si pone il problema del rapporto tra questi procedimenti in relazione alla legge n. 241 del 1990, e sembra potersi definire un rapporto di specialità e in parte di complementarietà, se le norme della legge n. 241 rappresentano principi generali dell'ordinamento, ma dopo una verifica di tipo logico-giuridico che consideri la disciplina speciale di cui alla legge n. 287 del 1990 e la *ratio* specifica. Questo rapporto di specialità è stato riscontrato, in particolare, per le disposizioni sul contraddittorio orale, mentre è di complementarietà per le norme sul termine, la motivazione, il responsabile del procedimento, e in questa direzione si pone la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2003, n. 7265; TAR Lazio, sez. I, 14 settembre 2000, n. 7089, in *www.giustizia-amministrativa.it*); per approfondimenti E. GUERRI, *op. cit.*, 145 ss.

(213) Ad esempio, il precedente regolamento in materia di concorrenza: l'art. 2 del regolamento CEE/99/63 della Commissione indicava solamente la comunicazione degli addebiti per iscritto; mentre è più specifico l'art. 7 del regolamento CEE/2176/84 sull'apertura e lo svolgimento dell'inchiesta in materia di *dumping*.

contraddittorio con gli interessati che devono aver recepito i dati necessari (214) per poter esercitare pienamente il diritto di difesa; nei procedimenti composti esaminati il contraddittorio è consentito da uno scambio di informazioni ed osservazioni tra autorità e imprese e, quindi, la partecipazione è più volte sollecitata da disposizioni espresse.

Peraltro, il pieno contraddittorio è anche assicurato da norme puntuali (ad esempio, in materia di concorrenza o di comunicazioni elettroniche) che obbligano la Commissione all'audizione e all'acquisizione di memorie scritte con la possibilità di allegare, comunque, ogni tipo di documento come mezzo di prova e che ben si distingue dalla memoria come testo contenente argomentazioni ed opinioni in forma scritta; è anche ammessa la testimonianza per supportare la veridicità di fatti o la credibilità di opinioni sostenute dall'interessato e alla Commissione spetta il potere di ammettere l'audizione (215).

Per i procedimenti volti a constatare le infrazioni alle regole della concorrenza, si è posto il problema dell'imparzialità della Commissione dato che svolge funzioni inquirenti e decisorie, con un'eventuale compromissione del diritto di difesa (216); secondo

(214) Corte di giustizia, 7 giugno 1983, cause riunite 100-103/80, cit.

(215) Per ulteriori approfondimenti anche di giurisprudenza riguardo alla regola di *audi alteram partem*: H.P. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, 1999, 70 ss.; X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, Istituto Vasco de Administración Pública, Onati, 1998, 482 ss., secondo cui la regola dell'audizione assume un significato speciale in relazione al carattere contraddittorio del procedimento amministrativo comunitario, anche perché è oggetto di una puntuale disciplina nei vari settori. Sebbene la regola abbia un riconoscimento positivo, la giurisprudenza la ritiene comunque un principio generale secondo cui i destinatari di una decisione della pubblica autorità, devono poter esporre adeguatamente il punto di vista riguardo agli interessi pregiudicati in modo percepibile dalla decisione (così Trib. CE, 23 ottobre 1974, causa T-74/74, in *Racc.*, 1974, II, 1603). In seguito, il principio si è evoluto come principio fondamentale del diritto comunitario per tutti i procedimenti da cui poteva derivare una sanzione (ad es., Trib. CE, 29 giugno 1995, causa T-30/91, in *Racc.*, 1995, II, 1779); in altre pronunce, invece, il principio è stato esteso a tutti i procedimenti da cui può derivare un atto di gravame, e a quei procedimenti volti ad accertare un'infrazione o a constatare un'incompatibilità legale (Trib. CE, 26 giugno 1980, causa T-136/79, in *Racc.*, 1980, II, 2033) e, ancora, tutti i procedimenti di carattere amministrativo (Corte di giustizia, 7 giugno 1983, cause riunite T-100-103/80, cit.), prevalendo infine un'interpretazione estensiva volta a considerare il termine sanzione non in senso tecnico, ma come contenuto dell'atto che incide negativamente sugli interessi del destinatario (Trib. CE, 6 dicembre 1994, causa T-450/93, in *Racc.*, 1994, II, 1177; più recente, Corte di giustizia, 2 ottobre 2003, causa C-194/99, in *Racc.*, 2003, I, 10821). L'audizione non esige, comunque, una fase di dibattito orale; il procedimento comunitario è soprattutto in forma scritta e una fase di udienza orale non è obbligatoria, ma l'audizione rappresenta un elemento essenziale del diritto di difesa (Trib. CE, 21 settembre 1989, causa T-46/87, in *Racc.*, 1989, II, 2859).

(216) A. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 200 ss.

la giurisprudenza comunitaria (217), il contenuto dell'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo (218), non esclude la compatibilità tra il rispetto delle garanzie procedurali e le funzioni istruttorie e decisorie della Commissione, anche considerando l'impugnabilità della decisione finale con un'azione giurisdizionale, che rappresenta un'adeguata garanzia dato che la parte può, con il ricorso, chiedere la verifica della correttezza e dell'imparzialità dell'attività della Commissione circa l'indicazione, la valutazione dei fatti e la determinazione dell'ammontare della sanzione.

L'effettività del diritto di difesa, deve avere come presupposto informazioni quanto più possibile esatte riguardo agli addebiti ed alla posizione accolta dall'amministrazione (219); la giurisprudenza ravvisa la violazione del contraddittorio solamente nel caso in cui gli elementi non comunicati o non chiari abbiano comunque rilievo per la decisione finale (220), accogliendo un orientamento « sostanzialista » probabilmente anche perché il provvedimento finale può avere di frequente contenuto sanzionatorio e, quindi, si richiede una comunicazione tanto più puntuale in relazione all'entità del pregiudizio che può derivare alla posizione soggettiva; così è indispensabile la comunicazione di fatti e di documenti che possano essere presupposto dell'atto finale.

(217) Corte di giustizia, 18 giugno 1991, causa C-260/89, in *Racc.*, 1991, I, 2925; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, in *Racc.*, 1995, I, 4921; Trib. CE, 15 marzo 2000, cause riunite T-25/95-T-104/95, cit.

(218) Si veda nota 170. Per una piena applicazione dell'art. 6 e delle conseguenti regole del giusto processo, del diritto di accesso, del contraddittorio, della motivazione delle decisioni e del diritto a non autoincriminarsi, etc. al procedimento comunitario, X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, cit., 457 ss.

(219) L'effettività del diritto al contraddittorio presuppone l'esatta contestazione degli addebiti in modo che la parte sia in condizione di formulare le difese: Corte di giustizia, 10 gennaio 2002, causa C-480/99, in *Racc.*, 2002, I, 265; 13 dicembre 2001, causa C-1/00, in *Racc.*, 2001, I, 9989. Proprio per il principio della determinatezza e della corrispondenza tra fatto contestato e fatto accertato, l'amministrazione è tenuta a richiedere immediatamente i necessari chiarimenti e a specificare gli addebiti per consentire al privato di elaborare la difesa; la decisione finale deve fondarsi sui medesimi fatti già contestati al momento dell'avvio del procedimento, e in tal senso Trib. CE, 28 gennaio 2004, causa T-180/01, in *www.europa.eu.int*, che ha escluso la violazione del diritto di difesa se la Commissione non risponda immediatamente alle osservazioni delle parti, quando non vi sia stata alcuna modifica delle contestazioni iniziali e comunque siano formulate in modo sufficientemente chiaro.

Mentre Trib. CE, 30 settembre 2003, causa T-911/98 e T-212-214/98, in *Racc.*, 2003, II, 3275, individua dei limiti alle richieste di informazioni della Commissione, in un numero elevato, alle imprese dopo la comunicazione degli addebiti, nel rispetto del diritto di difesa.

(220) Corte di giustizia, 25 ottobre 1983, causa C-107/82, in *Racc.*, 1983, II, 3151.

Le modalità di comunicazione possono rilevare come garanzia del contraddittorio e la disciplina esaminata evidenzia la regola generale della comunicazione personale, mentre nel nostro sistema vi sono altre forme alternative quando questa non sia possibile.

Nell'ordinamento comunitario è anche salvaguardata la garanzia di un termine dilatorio sufficientemente ampio per la presentazione delle osservazioni orali o scritte e nei settori esaminati esso è espressamente previsto, secondo una regola di risalente affermazione giurisprudenziale riguardo alla necessaria predisposizione di un termine ragionevole in relazione alla specificità del procedimento considerato, quale presupposto fondamentale del contraddittorio (221), nella costante attenzione per la celerità dell'azione amministrativa e gli interessi delle imprese.

Da questo complesso di regole, inizialmente elaborate dalla giurisprudenza e poi previste in disposizioni, emerge con chiarezza che nel sistema comunitario, ormai da tempo, la difesa degli interessi nel procedimento presenta fortissime analogie con il diritto di difesa garantito in sede giurisdizionale e, in particolare, il contraddittorio è stato delineato con un diretto riferimento alle garanzie giurisdizionali comuni agli ordinamenti nazionali. Mentre il confronto con la legge n. 241 del 1990 evidenzia solo di recente, dopo la riforma del 2005, un certo adeguamento al contraddittorio con alcune garanzie processuali, pur non ravvisandosi ancora la previsione dell'assistenza di un consulente legale per il termine adeguato tra la comunicazione e la presentazione delle osservazioni, e la possibilità di introdurre prove e l'audizione.

Le regole comunitarie sul contraddittorio sono state acquisite in altri procedimenti per altri settori specifici, ad esempio, si consideri la normativa in materia di istruttoria avanti all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244), il cui procedimento volto a garantire i diritti degli utenti assume carattere quasi-contenzioso e si ispira alle regole del contraddittorio (222).

(221) Corte di giustizia, 17 dicembre 1981, causa C-115/80, cit. in materia di sanzioni disciplinari.

(222) Si legga il commento di P. LAZZARA, *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'energia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 363 ss.

Più recente la regolamentazione con le direttive n. 54 e n. 55 del 2003 (per l'attuazione, d.l. 18 giugno 2007, n. 73, convertito in legge 3 agosto 2007, n. 125), relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e per quello del gas naturale, per incentivare la cooperazione ed il coordinamento delle autorità nazionali, e al fine di promuovere lo sviluppo del mercato interno e l'applicazione della disciplina comunitaria. La direttiva n. 54 ha anche introdotto norme sulle autorità di regolamentazione nazionali (art. 23) (223) e, in linea generale, la nuova disciplina ha previsto obblighi più intensi e ciò è previsto anche per il settore del gas naturale (art. 25 della direttiva n. 55); le autorità nazionali sono responsabili della corretta attuazione, devono agire con autonomia rispetto alle imprese e pubblicare un rapporto annuale sull'attività svolta.

La cooperazione, il coordinamento e la consultazione tra le autorità nazionali è stata favorita dall'istituzione di un unico gruppo dei regolatori europei per l'elettricità ed il gas secondo un meccanismo di tipo orizzontale e verticale (224); l'organizzazione comune dei due settori si ispira al principio di consultazione dei centri di riferimento degli interessi, con procedimenti di autorizzazione nazionali resi pubblici, con decisioni motivate se di rifiuto dell'autorizzazione e soggette ad impugnazione con ricorso (art. 6 della direttiva n. 54; art. 4 della direttiva n. 55).

In generale, la tendenza seguita dall'ordinamento comunitario è quella di sostituire le norme nazionali, ma per l'amministrazione non vi è una sovrapposizione ma un'organizzazione comune con organi nazionali e comunitari che collaborano, conformando la struttura e le modalità di azione secondo un modello « policentrico » e non monista; ciò tutela l'autonomia degli stati e la « sperimentazione » di figure organizzative e di tecniche di regolazione, e consente la concorrenza tra i regolatori (225).

(223) Le direttive n. 54 (per il mercato interno dell'energia elettrica) e n. 55 (per il mercato interno del gas naturale) del 2003 hanno sostituito la normativa precedente, ribadendo i principi di trasparenza e di non discriminazione e disciplinando l'accesso al mercato e le procedure applicabili agli operatori economici pubblici e privati; il regolamento n. 1128/2003 ha poi modificato le condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri.

(224) Con decisione della Commissione n. 796 del 2003; si legga a commento G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in questa *Rivista*, 2004, 1388 ss.

(225) G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, cit., 1392-1393.

L'Autorità garante nazionale si caratterizza per penetranti poteri istruttori disciplinati a garanzia dei diritti degli interessati riguardo ad una relazione di tipo trilaterale tra autorità, istanze delle imprese e denunce degli utenti; il necessario riferimento ai principi del procedimento e alle regole sul contraddittorio riguarda non solo l'azione amministrativa, ma è anche come « presupposto di legittimazione » dell'autorità che assume il ruolo di arbitro e *garante del diritto al contraddittorio* (226).

È, quindi, evidente il carattere innovativo della disciplina rispetto al modello della legge n. 241 del 1990 (anche dopo le modifiche del 2005), soprattutto per la regola organizzativa della separazione tra attività istruttoria (agli uffici) e la funzione decisoria (rimessa al Collegio); la garanzia del contraddittorio è un contenuto centrale del procedimento delle autorità indipendenti così come il criterio di autonomo svolgimento delle procedure istruttorie (227).

Queste regole derivano chiaramente dalla disciplina speciale in materia di attività contenziosa e dalla normativa comunitaria esaminata, con la conseguenza che l'istruttoria come delineata nei procedimenti delle autorità indipendenti rappresenta il riferimento più significativo di codificazione di principi generali sull'istruttoria amministrativa. L'attività di indagine si basa sull'acquisizione di informazioni e documenti, con l'audizione degli interessati, da cui la comunicazione delle risultanze istruttorie, l'adozione di provvedimenti individuali o di parametri presupposti di atti generali. A ciò si aggiunge il dovere di « leale collaborazione » che semplifica l'istruttoria dato che è previsto il dovere per le imprese di fornire all'Autorità qualsiasi notizia e informazione richiesta anche durante lo svolgimento delle ispezioni, con la conseguenza che i documenti non esibiti non potranno essere presi in considerazione neppure se poi risultino a favore dell'impresa.

In particolare, il d.P.R. n. 244 del 2001 disciplina il collegamento tra conoscenza degli atti e garanzia del contraddittorio e,

(226) L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 482 ss.

(227) Nel caso dell'autorità garante per la concorrenza ed il mercato, il collegio è competente per la deliberazione finale e per provvedimenti a rilevanza esterna, mentre i dirigenti curano le attività istruttorie strumentali, le proposte di provvedimento e l'esecuzione delle deliberazioni, e ciò diversamente dalla legge n. 241 del 1990 che affida al responsabile del procedimento l'istruttoria senza comunque escludere l'eventuale coincidenza con l'autorità decidente, ai sensi dell'art. 5.

in tal modo, l'informazione diventa strumento di difesa a tutela del principio di «parità delle armi», da intendersi come uguale livello di informazione tra Autorità e soggetti coinvolti (228), di origine comunitaria risalente ai procedimenti della Commissione (229).

La comunicazione delle risultanze istruttorie — adempimento costantemente presente nei procedimenti comunitari e in quelli delle autorità garanti — consente di contemperare l'oggettiva difficoltà di contestare adeguatamente fin dall'inizio il contenuto dell'infrazione e l'effettività della garanzia del diritto di difesa; è solo in questo momento che gli interessati possono avere piena conoscenza delle contestazioni, dei fatti e dei presupposti della successiva decisione. L'autorità precisa gli addebiti che intende formulare e le imprese possono formulare le difese nelle osservazioni scritte anche dopo un'audizione formale che consente un confronto diretto con ulteriori istanze e chiarimenti.

La legge n. 241 del 1990 non prevede la possibilità di un'audizione formale con queste garanzie, ma esclusivamente il diritto di presentare memorie ed osservazioni scritte; manca, inoltre, una disposizione di principio che ammette il contraddittorio orale, si potrebbe così dubitare che la parte possa pretendere di essere ascoltata oralmente fuori dai casi in cui lo imponga una norma specifica o che fuori dei casi *ex lege* l'amministrazione possa disporre liberamente l'audizione delle parti e la trattazione orale (230). La soluzione estensiva sembra preferibile e fondatamente giustificata dalla derivazione, in via interpretativa, del diritto di manifestare oralmente le proprie ragioni dai principi ge-

(228) In dottrina il contraddittorio si riconduce alla posizione di eguaglianza delle parti nel processo riguardo all'«elaborazione del contenuto della sentenza», così secondo F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio*, (*diritto amministrativo*), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 738 «il contraddittorio si manifesta in ciò che ad ogni pretesa può corrispondere la relativa difesa e nel fatto che ogni affermazione di una parte e del materiale probatorio da essa offerto può essere integrata con le affermazioni dell'altra parte e col materiale probatorio da essa offerto». Pur essendo il processo l'ambito naturale di riferimento, il contraddittorio esprime un *principio giuridico generale* «di carattere costituzionale, principio che si manifesta ogni qualvolta la funzione svolta sia retta dalla ragione di imparzialità» come «uguale interesse di chi è chiamato ad essere destinatario» dell'esercizio della funzione amministrativa; si legga anche F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 138 ss.

(229) Corte di giustizia, 13 luglio 1966, cause 56 e 58/64, in *Racc.*, 1966, 458.

(230) Un divieto di questo contenuto non sembra sostenibile secondo la dottrina, cfr., F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 137.

nerali del contraddittorio e del diritto di difesa riferibili ad ogni tipologia di atto amministrativo (231). In effetti, l'esclusivo e letterale riferimento all'art. 10 della legge n. 241 del 1990 con la facoltà di presentare solo memorie e documenti scritti, delinea un contraddittorio esclusivamente documentale, limitando l'esercizio del diritto di difesa ed impedendo l'utilizzo di uno strumento assai efficace e di immediata percezione, peraltro costantemente richiamato nei procedimenti comunitari (232), mentre l'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 non menziona espressamente l'audizione.

Il contraddittorio ha, quindi, una *ratio* prioritaria e sostanziale che è quella di permettere agli interessati di influire sul contenuto delle decisioni finali, con l'applicazione delle regole procedurali esaminate. Questa concezione «sostanziale» del principio del contraddittorio è stata di certo accolta dalla Corte di giustizia, che ha riconosciuto la possibilità degli interessati di intervenire nel procedimento di formazione dell'atto, garantendo le osservazioni e l'audizione secondo modalità particolari ed essenziali per l'effettività del principio (233); quindi, la partecipazione dei privati al procedimento comunitario si configura come *requisito sostanziale* e tendenzialmente svincolato da mere formalità, poiché da un lato la tutela prevale anche se non espressamente pre-

(231) S. CASSESE, *Il privato e il procedimento*, cit., 134, richiama l'opinione di Santi Romano, che riguardo al procedimento disciplinare — allora non disciplinato dalla legge — affermava, quale garanzia comunque necessaria e che doveva precedere la sanzione disciplinare, l'audizione dell'interessato.

A conforto, di recente, A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., 229 ss.

(232) Si ricorda che il diritto ad un'udienza orale è diffuso nei sistemi di *common law* ove, invece, è eccezionale l'udienza scritta con memorie e osservazioni nella medesima forma (H.-W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969, 270; vi è il contraddittorio orale nella legge generale tedesca sul procedimento (legge 25 maggio 1976) di cui al § 28 oltre che negli artt. 81 e 82 del Trattato e negli artt. 65 e 66 del Trattato CECA con la figura del consigliere-auditore che ha il compito di vigilare per il rispetto dei diritti di difesa; è, inoltre, prevista una disciplina specifica dell'audizione orale (assistenza di un consulente legale e possibilità di chiedere copia delle registrazioni) contenuta nel regolamento CE n. 2842/1998 sulle audizioni in taluni procedimenti ex artt. 85-86 del Trattato CE.

(233) Il diritto ad essere ascoltati, in quanto espressione del diritto di difesa e di partecipazione nel procedimento amministrativo, viene considerato dalla giurisprudenza (ad. es., Trib. CE, 18 gennaio 2000, causa T-290/97, in www.europa.eu.int) principio fondamentale e di grado superiore rispetto alle norme regolamentari; ciò vale per qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona che possa sfociare in un atto per essa lesivo, e deve essere garantito anche in assenza di una norma specifica. Di recente Corte di giustizia, 8 febbraio 2007, causa C-3/06 P., in www.europa.eu.int.

vista e, dall'altro, non è essenziale il rispetto di norme procedurali quando, comunque, il diritto sia stato garantito (234).

In conclusione, l'ordinamento comunitario ha elaborato un significativo contenuto del contraddittorio come principio generale dell'ordinamento, sulla base di alcuni indispensabili adempimenti procedurali preliminari alla presentazione delle osservazioni entro un termine ragionevole, quali l'acquisizione di informazioni sulle circostanze di fatto e sulle ragioni giuridiche dell'instaurato procedimento consentita dalla comunicazione e dall'accesso ai documenti, l'audizione degli interessati secondo correttezza con la possibilità di verificare, nella successiva motivazione del provvedimento finale, che l'autorità ne abbia tenuto conto adottando il provvedimento.

PARTE QUARTA

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ED ALCUNE PREVISIONI SULL'EVOLUZIONE DEL PROCEDIMENTO COMUNITARIO NELLA PROSPETTIVA DELL'INTEGRAZIONE AMMINISTRATIVA

12. *Nell'evoluzione più recente, il principio del contraddittorio può essere inteso come criterio di organizzazione delle funzioni amministrative comunitarie, secondo un'interpretazione estesa.*

L'esame della disciplina comunitaria, in materia di comunicazioni elettroniche, ha evidenziato l'istituto della *consultazione*, come *modello di rappresentanza degli interessi* e con finalità di raccolta di informazioni necessarie all'esercizio delle funzioni pubbliche, e di garanzia di partecipazione e di collaborazione degli interessati al procedimento di definizione delle norme; sembra ravvisabile una componente «difensiva» — non certo secondo la struttura del contraddittorio in senso stretto — quando l'esercizio della funzione di regolazione possa riguardare, in via diretta o indiretta, la posizione di determinate imprese che possono partecipare al procedimento di formazione dell'atto generale (235).

(234) Su questo punto, si legga M. GNES, *La partecipazione al procedimento amministrativo comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1201 ss., che commenta la decisione del Trib. CE, 18 gennaio 2000, causa T-290/97, cit.

(235) S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legi-*

Questi meccanismi di coordinamento, pur avvicinandosi al contraddittorio in quanto strumenti di partecipazione nella fase precedente la composizione degli interessi e la decisione finale, *si distinguono* dal contraddittorio inteso come «parità delle armi» nella difesa, perché riguardano prevalentemente relazioni tra autorità pubbliche con finalità di collaborazione.

L'attuale tendenza è volta ad una «moltiplicazione» di strumenti di composizione degli interessi con procedimenti specifici per settori e, sotto il profilo dell'organizzazione, alla diffusione di sistemi di esercizio congiunto delle funzioni amministrative comunitarie con organizzazioni comuni che coinvolgono le autorità nazionali e comunitarie; le funzioni amministrative sono in concreto articolate in procedimenti che prevedono la partecipazione di diversi soggetti pubblici e privati e occasioni di contraddittorio, con modalità volte allo sviluppo congiunto delle funzioni e secondo il modello recente dell'integrazione amministrativa decentrata (236).

Si assiste, inoltre, all'istituzione di reti di regolatori nazionali che esercitano funzioni in modo coordinato e l'esempio più significativo è rappresentato dalle direttive del 2002 per il settore delle comunicazioni elettroniche poi recepite nel Codice, che ha introdotto una *nuova forma di contraddittorio*, quello tra autorità nazionali di regolazione, per garantire che le decisioni assunte a livello nazionale non incidano negativamente sul mercato unico; è anche prevista la cooperazione tra l'autorità europea, autorità di regolamentazione degli stati membri e Commissione, ai sensi dell'art. 12 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Il contraddittorio collegato ad un espresso dovere di trasparenza delle decisioni regolatorie di particolare incisività sugli scambi con l'obbligo di rendere visionabile il progetto di misura alla Commissione e alle altre autorità nazionali, che possono trasmettere le proprie *osservazioni* all'autorità nazionale proponente entro il termine di un mese. Può intervenire la Commissione, se ritenga che la proposta di misura sia in contrasto con il mercato

slazione e della giurisprudenza, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 25 ss., che esamina la distinzione tra partecipazione, collaborazione e difesa.

(236) E. CHITI, *I caratteri giuridici dell'ordinamento amministrativo integrato*, in C. FRANCHINI-E. CHITI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, 101 ss. Per un esame della prima evoluzione delle amministrazioni comunitarie e dei procedimenti nazionali come forma iniziale di integrazione tramite un apparato unico sovranazionale e con molteplici organi transnazionali, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 306.

unico ed il Trattato, richiedendo il ritiro del progetto; anche dall'esame del regolamento n. 1/2003 emerge lo stretto rapporto tra i regolatori (art. 11 ss.) ed il nuovo riferimento a doveri di collaborazione tra autorità indipendenti e giurisdizioni nazionali (artt. 15 e 16).

Si delinea così un sistema di collaborazione orizzontale tra autorità di regolazione nazionali e di collaborazione in senso verticale con la Commissione europea e un innovativo strumento di «contraddittorio» orizzontale instaurato tra i regolatori ancora in fase di sperimentazione e che potrebbe estendersi come principio generale di organizzazione ad altri settori oltre a quello delle comunicazioni elettroniche e della concorrenza. In effetti, questa particolare forma di contraddittorio è stata introdotta in modo significativo, superando l'ambito più circoscritto del contraddittorio tra autorità e imprese, posizioni private degli operatori economici.

Si pone il problema se sia possibile parlare di un *contraddittorio in senso ampio*, espressione di finalità più generali rispetto alla garanzia del diritto di difesa (in senso stretto), di partecipazione con finalità collaborativa e di rappresentanza degli interessi, comunque connesse al procedimento per la formazione del provvedimento finale; quindi, nella più recente evoluzione comunitaria il contraddittorio, in una forma collaborativa, ha assunto il ruolo di criterio di organizzazione coinvolgente diverse amministrazioni ed autorità nazionali e comunitarie (237).

La gestione amministrativa comunitaria appare assai complessa evidenziando un fenomeno definito «discendente» (238) consistente nell'esercizio da parte di autorità nazionali di competenze amministrative che prima erano di esclusiva spettanza comunitaria; ciò è emerso chiaramente con il regolamento n. 1 del

(237) In dottrina (G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, cit., 173-174) è presente una certa opinione che riconosce nel contraddittorio, per le ipotesi previste dalla legge (e prima della legge n. 241 del 1990), due finalità: quella sostanziale a tutela della parte in una fattispecie contenziosa e la finalità collaborativa tra autorità e partecipanti ed è «indispensabile suddividere a seconda della natura litigiosa o meno della materia sulla quale interviene il procedimento in contraddittorio»; le soluzioni adottate dal legislatore dipendono dalle diverse materie disciplinate e dalla diversa funzione della partecipazione dei privati; quindi, non sembra possibile una costruzione unitaria, ma un quadro generale delle diverse ipotesi ricondotte, a seconda dei casi, alle due finalità.

(238) G. FALCON, *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi nell'Unione europea*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 9.

2003 sulla concorrenza secondo cui ogni autorità nazionale applica direttamente gli artt. 81 e 82 del Trattato, e che considera come riferimento non solo l'ambito nazionale, ma quello comunitario ed europeo coinvolgenti le autorità dei paesi membri. Si instaura un «sistema a rete» con un centro (la Commissione) e riferimenti locali nelle autorità nazionali con proprie competenze nel livello comunitario, con regole di coordinamento che affermano la supremazia della Commissione.

Vi sono nuove forme organizzative e procedimenti secondo un sistema di «reti» di autorità amministrative con esigenze di armonizzazione degli interessi tramite procedimenti composti e di relazioni tra Commissione ed autorità nazionali.

Nell'esame della disciplina comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche una parte dell'attività delle autorità nazionali riguarda un procedimento composto che comporta la connessione di atti adottati in fasi diverse (nazionale, comunitaria, comune)(239) ma non separate, e ciò è evidente, ad esempio, riguardo ai progetti di misura disciplinati dagli artt. 7, terzo comma, a), b), 15 e 16 della direttiva quadro.

(239) Nella fase comunitaria, la Commissione europea acquisisce i pareri dei privati e delle autorità nazionali ed adotta la raccomandazione e gli orientamenti, atti presupposto delle fasi successive della regolazione; mentre nella fase comune, l'autorità nazionale adatta alle condizioni interne le indicazioni contenute nella raccomandazione e definisce «i mercati rilevanti corrispondenti alla situazione nazionale» (art. 15, terzo comma, della direttiva quadro). In collaborazione con l'Autorità *antitrust* (art. 8, d.lgs. n. 259/2003) l'Autorità nazionale di regolazione accerta la concorrenzialità dei mercati rilevanti sulla base dei criteri comuni fissati negli orientamenti; la prima fase è vincolante e connessa per il procedimento, come emerge ai sensi dell'art. 15, terzo comma, della direttiva quadro, secondo cui l'Autorità nazionale deve considerare «nel massimo conto la raccomandazione e gli orientamenti» e qualora l'Autorità si discosti dalla raccomandazione, la Commissione può impedire l'attuazione della decisione nazionale ai sensi dell'art. 7, quarto comma, della direttiva quadro. Nella fase comune i progetti di misura che comportino l'imposizione o la revoca di obblighi o che si discostino dalla raccomandazione sono comunicati alla Commissione e ai regolatori nazionali che possono elaborare proprie osservazioni all'Autorità proponente. Il procedimento risulta così integrato dal contributo delle Autorità di regolazione nazionali e dalla Commissione e si instaura di nuovo sul piano nazionale in quanto l'Autorità può adottare il provvedimento tenendo «nel massimo conto le osservazioni delle Autorità nazionali di regolamentazione e della Commissione»; nel caso in cui il progetto di misura risulti incompatibile con il diritto comunitario o con gli obiettivi della regolazione, la Commissione può decidere per il ritiro. Vi è anche una fase eventuale «congiunta» nella quale la Commissione comunitaria, sentito il Gruppo europeo dei regolatori (autorità comune), può identificare direttamente i mercati transnazionali; si tratta di un procedimento con una fase comune e una fase comunitaria e a ciò segue l'analisi del mercato effettuata in via congiunta dalle Autorità di regolazione nazionali.

In sintesi nel sistema comunitario, sono individuabili quattro modalità di procedimento composto caratterizzate da diverse relazioni tra organi comunitari, nazionali e comuni; può dirsi che la prima categoria riguarda quei procedimenti che comportano la modifica, la revoca o la soppressione di vincoli di regolazione e che sono attivati al livello comunitario concludendosi con un provvedimento nazionale con effetti nella sfera dei privati.

La seconda categoria attiene a quei procedimenti che derivano dall'adozione di misure regolatorie particolari e con una struttura mista: il procedimento è attivato dall'Autorità nazionale con la stesura di un progetto di provvedimento e la successiva consultazione delle altre Autorità europee tramite l'acquisizione delle loro osservazioni, con la fase finale di adozione nazionale del provvedimento che deriva dal contributo comune dei regolatori nazionali.

Il procedimento di consultazione può, invece, concludersi con il veto della Commissione e l'intervento comunitario non consente di adottare l'atto finale vincolante per i privati; infine, la quarta ipotesi di procedimento composto attiene all'attività congiunta per l'individuazione dei mercati transnazionali sulla base di atti della Commissione che impongono a due o più Autorità nazionali di agire congiuntamente.

Lo studio della disciplina comunitaria di settore evidenzia la prevalente adozione di procedimenti composti, con struttura piuttosto complessa per le fasi tipicamente procedimentali e le finalità anche organizzative; vi sono, infatti, le fasi tipiche di iniziativa, istruttoria e di decisione e procedimenti collegati che coinvolgono altre autorità diverse dal soggetto che ha attivato il procedimento, secondo un modello adeguato ai fini da realizzare di natura nazionale e comunitaria. Ciò deriva dalla nuova tendenza alla cooperazione fra le amministrazioni comunitaria, nazionale e tra le amministrazioni degli stati membri con l'effetto di un'estensione del diritto comunitario all'organizzazione dei poteri pubblici nazionali.

I procedimenti composti e, in particolare, consideriamo il settore delle telecomunicazioni come ipotesi significativa, rappresentano così uno *strumento di attuazione dell'integrazione amministrativa* e, in particolare, con l'obiettivo di limitare l'ampia discrezionalità delle Autorità di regolazione nazionale, che potrebbe sfuggire al principio di applicazione omogenea della disciplina

sulla regolazione per il mercato unico integrato (240). Il metodo adottato è quello di introdurre collegamenti tra poteri pubblici di diverso livello con relazioni in senso verticale tra stati membri e istituzioni comunitarie e nella direzione orizzontale tra apparati amministrativi statali e sistemi diversi di diritto.

È possibile così individuare un ordinamento settoriale con carattere derivato dall'ordinamento comunitario e, per questo, con una particolare organizzazione che si manifesta nel procedimento composto e nell'assetto istituzionale che ha anch'esso un carattere composito.

Le più recenti direttive comunitarie per i settori esaminati evidenziano chiaramente il superamento del modello dell'amministrazione indiretta e della distinzione rilevante tra piano comunitario (anche con la disciplina delle funzioni amministrative) e piano nazionale a cui spettava in via prioritaria l'esecuzione; più di recente, in materia di regolazione, l'esecuzione è gestita dall'amministrazione comunitaria e dalle Autorità nazionali secondo modalità «composte» nel senso che queste tutelano l'applicazione dei vincoli regolatori alle imprese nel mercato nazionale. Mentre i procedimenti composti consentono il collegamento tra livello nazionale, comunitario e comune secondo un «ordinamento sezionale composto» in base al quale l'autorità nazionale è soggetta all'influenza degli altri regolatori nazionali e può influire sulle altre autorità europee (241).

Nel recente modello la funzione regolatoria (242) è organizzata secondo una pluralità di figure soggettive pubbliche comuni-

(240) Questa interpretazione sembra ormai prevalere in dottrina: S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, cit., 31 ss. e *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, cit., 295 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 442 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003, 90, secondo l'Autore l'Unione non si accontenta di vigilare sull'esecuzione da parte dei poteri nazionali, ed «innesta i procedimenti da essi svolti all'interno di sequenze più ampie, i procedimenti composti, per esempio relativamente agli interventi nei mercati agricoli». Gli uffici nazionali responsabili dell'esecuzione (in Italia, l'Agea prevista dal d.lgs. n. 165/1999) sono sottoposti ad una «duplice connessione, organizzativa e funzionale con i rispettivi sistemi politico-amministrativi, funzionale con la Comunità».

(241) Sul nuovo sistema diffusamente, S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit., 105; L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, cit., 409 ss.

(242) La regolazione, secondo la dottrina (S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, 266), sussiste in presenza di almeno sei elementi essenziali, quali «indipendenza dell'autorità pubblica regolatrice, affidamento ad essa di un unico compito; natura condizionale; relazione trilaterale; sottoposizione al principio del giusto procedimento; controllo giurisdizionale delle decisioni» ed il *giusto proce-*

tarie, nazionali e miste che devono essere considerate quali interlocutori dalle imprese e dagli utenti, e ciò è evidente soprattutto nel contraddittorio. La funzione amministrativa così ripartita necessita di una connessione tra le varie autorità anche tramite la composizione degli interessi che si attua nel procedimento composto; la composizione è particolarmente rilevante nel quadro comunitario considerando che in esso coesistono interessi diversi anche per la «dimensione» e cioè di «area vasta» e «locali» nel senso di nazionali e talvolta in contraddizione, ad esempio, tra mercato concorrenziale e disciplina degli aiuti (243).

La connessione è, inoltre, resa possibile da altre forme di collegamento tra le Autorità con modalità informali e fuori dal procedimento, considerando, ad esempio, i compiti del Gruppo dei regolatori europei per il settore delle comunicazioni elettroniche, che si presta particolarmente a considerazioni anche più generali; ne è derivata una connessione tra procedimenti della Commissione e procedimenti nazionali con l'intervento delle amministrazioni nazionali e comunitarie e di autorità «miste» in quanto costituite da rappresentanti dei due livelli, con diverse soluzioni adottate dal legislatore comunitario in relazione al settore.

L'approfondimento delle diverse soluzioni, inevitabilmente anche descrittivo, consente comunque di individuare alcuni criteri generali e comuni ai procedimenti basati sulla finalità della rappresentanza di tutti gli interessi e in questo particolare ed ampio «contraddittorio» in evoluzione sono coinvolti non solo i privati, le imprese, ma anche le amministrazioni nazionali che a seconda del settore assumono il ruolo di parte a tutela di interessi statali o di organi decidenti della misura nella fase finale del procedimento; le posizioni di interesse rappresentate sono quelle delle autorità nazionali e quelle private soprattutto delle imprese, anche come controinteressati.

dimento ricollegato all'attività che non può essere svolta in forma libera, ma secondo «moduli predeterminati»: pubblicazione dei progetti di decisione, consultazione degli interessati, partecipazione con memorie o oralmente, obbligo di esaminare le posizioni delle parti (regole che consentono il contraddittorio) e di motivare la decisione.

(243) Più chiaramente nell'ordinamento comunitario vi sarebbe «una tensione interna tra l'obiettivo finale di una tendenziale deregolamentazione o liberalizzazione — con tutto quello che ciò comporta in termini di procedimenti semplificati, razionalizzati addirittura soppressi in tutto o in parte — ma con tecniche che per giungere a questo fine assumono carattere iperegolatorio» (M.P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in AA.Vv., *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, 1997, 60).

I procedimenti evidenziano anche una struttura verticale, con fasi che coinvolgono prima organi nazionali e poi sovranazionali o viceversa, ed una orizzontale nel senso di un confronto e di un «contraddittorio» tra le amministrazioni nazionali che sono tenute a collaborare e tra le altre autorità nazionali e comunitarie. Alla luce delle più recenti discipline comunitarie, è, quindi, possibile ricostruire un criterio di organizzazione delle funzioni che deriva dall'applicazione estesa della regola del contraddittorio, inteso come garanzia procedimentale nel rapporto tra autorità e privati.

13. *Considerazioni di sintesi sulle questioni dibattute: la distinzione tra contraddittorio in senso ampio e contraddittorio tra autorità amministrative e imprese.*

Lo studio ha evidenziato il carattere complesso del sistema amministrativo europeo istituito per singolo settore con una varietà di principi organizzativi e procedurali di difficile coordinamento nell'attuazione, regole che però inevitabilmente si inseriscono negli ordinamenti nazionali; di conseguenza, il procedimento comunitario rappresenta un modello per l'attività amministrativa e per l'organizzazione delle funzioni, con il fine dell'integrazione delle amministrazioni.

È evidente che, negli anni più recenti, l'integrazione comunitaria non rappresenta più un prevalente problema di organizzazione delle relazioni tra gli stati membri, ma una questione di amministrazione per l'organizzazione (decentrata e composta, con diversi centri di interesse) ed i procedimenti, con la disciplina dell'azione tipica e garanzie procedurali che sono anche fonte di informazioni per l'amministrazione (come nel caso del contraddittorio orale e scritto).

La nuova struttura organizzativa composita trova un certo riscontro nell'art. I-5 della Costituzione europea (comunque non ancora in vigore) ove si legge, nel rispetto del principio di leale cooperazione, che «l'Unione e gli stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dalla Costituzione» e nell'art. III-285 «l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli stati membri (...) è considerata una questione di interesse comune», disposizioni che confortano

la nuova tendenza di interazione tra le amministrazioni nazionali e comunitaria.

L'art. I-33 distingue tra atti di natura legislativa (legge europea e legge quadro europea) e gli atti amministrativi (regolamento, decisione, raccomandazione e pareri), per la prima volta, dato che i Trattati vigenti non distinguono chiaramente funzioni e poteri (244). L'art. I-37, relativo agli atti esecutivi degli stati membri e quelli dell'Unione in adempimento di atti vincolanti dell'Unione, potrebbe interpretarsi come un riferimento normativo di base per i procedimenti composti; infatti, il paragrafo I dell'art. I-37, prevede che «Gli stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione», regola comunque riconducibile alla leale collaborazione di cui all'art. 10 Trattato CE e che, peraltro, per il settore delle comunicazioni elettroniche, sembra ravvisabile nell'attività delle autorità di regolazione nazionali nel procedimento disciplinato dalla direttiva 2002/21/CE, dato che si conclude con misure di diritto interno per l'attuazione della direttiva quadro (245).

Un altro utile riferimento che può confermare l'utilizzo e la diffusione dei procedimenti composti, secondo il principio di integrazione, è l'art. I-12 «Categorie di competenze», secondo cui «In taluni settori e alle condizioni previste dalla Costituzione, l'Unione ha competenze per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori».

Per la composizione degli interessi coinvolti nell'attività amministrativa, l'evoluzione più recente ha affermato i modelli della coamministrazione, dell'integrazione decentrata con il fine dell'e-

(244) M.P. CHITI, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, cit., 62.

(245) I. CHIEFFI, *L'integrazione amministrativa europea nelle comunicazioni elettroniche*, cit., 130 ss., esamina l'art. I-37, par. 2, della Costituzione europea «Allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste all'art. I-40, al Consiglio» in relazione al potere della Commissione nel settore delle comunicazioni elettroniche, ravvisandovi la possibilità di un rafforzamento e una conferma per il potere di controllare e di modificare i progetti di misure, al fine di rispettare condizioni uniformi di esecuzione. In tal caso l'Unione svolge non solo un ruolo di sostegno nei confronti degli stati membri, ma anche di adozione di regole, competenza che rientra comunque nella sfera delle autorità di regolazione nazionali; detta forma di cooperazione amministrativa appare più evoluta rispetto al contenuto dell'art. III-285 della Costituzione europea.

servizio di una particolare funzione di regolazione (agenzie europee, procedure centralizzate di autorizzazione) e del «concerto regolamentare europeo» che riguarda le autorità indipendenti nazionali per l'integrazione funzionale e strutturale delle medesime e che, più di recente, si è manifestato con l'istituzione di autorità indipendenti comunitarie in collaborazione con le autorità nazionali.

I modelli si caratterizzano per la specifica disciplina comunitaria, il conferimento delle funzioni ad una pluralità di uffici comunitari e nazionali, anche misti e la «concorrenza» delle attività amministrative svolte; l'ordinamento comunitario è, quindi, orientato verso la continua elaborazione di figure speciali di azione con l'obiettivo dell'integrazione e della cooperazione amministrativa, finalità generale espressamente richiamata nella Costituzione europea e caratterizzante il diritto amministrativo comunitario (246).

Con questi strumenti la Comunità persegue l'obiettivo della omogeneizzazione tra ordinamenti giuridici diversi, affermando l'applicazione di un diritto amministrativo dell'Unione europea con direttive comunitarie che riguardano l'*organizzazione* ed il *procedimento*, attualmente delineato per settori, e da cui deriva, inevitabilmente, l'affermazione di un principio di legalità comunitario con effetti diretti e assai rilevanti nell'ordinamento nazionale, dato che sono coinvolte tematiche di rilevanza generale come il patto di stabilità e gli aiuti di stato (247).

In una più ampia prospettiva, possiamo dire che lo studio dei procedimenti comunitari composti e del contraddittorio evidenzia la progressiva «sostituzione» — per alcuni settori — del diritto amministrativo nazionale con il diritto amministrativo comunitario o, più precisamente, con un *diritto amministrativo composto e comune* (248), secondo modalità procedurali di compo-

(246) In particolare, l'art. III.285 della Costituzione europea sulla «Cooperazione amministrativa» tra gli stati membri.

(247) Questa tendenza sembra essere un valido rimedio all'attuale «decostruttivismo amministrativo» volto a non considerare, per alcuni istituti (ad es., interessi introdotti nel procedimento come elementi costitutivi della decisione e non dell'istruttoria, decisioni amministrative «contrattate») il presupposto del principio di legalità (F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost.*, 2006, 279).

(248) In questa direzione si ravvisa una certa attenzione, di recente L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, cit., 428; è così chiarissima l'evoluzione dalla «convergenza» dei diritti amministrativi nazionali sotto l'influenza comunitaria anche per i principi del procedimento (J. SCHWARZE, *The Europeanization of National Administrative Law*, in J. SCHWARZE, *Administrative Law under Euro-*

sizione anche «negoziale» degli interessi coinvolti (249), soprattutto pubblici, essendo prevalente l'intervento delle autorità pubbliche; mentre i privati e le imprese possono evidenziare la loro posizione nella partecipazione al contraddittorio oppure ottenere considerazione nelle procedure di consultazione (250).

La questione aperta e al centro del dibattito è l'oggetto della composizione degli interessi e cioè se nei procedimenti composti e in questa forma di «contraddittorio» prevalga il conflitto tra gli interessi pubblici di diverso livello (nazionale e comunitario) oppure tra gli interessi pubblici e quelli privati delle imprese, con una complessa questione di tutela giurisdizionale dato che il giudice competente (comunitario o nazionale) dovrà sindacare solamente la fase comunitaria o quella nazionale, ma non può accertare l'intero procedimento e la considerazione complessiva degli interessi; infatti, i procedimenti amministrativi sempre più complessi, anche per l'*intreccio* di competenze nazionali e comunitarie, hanno pregiudicato l'applicabilità del criterio generale del riparto di giurisdizione secondo la provenienza comunitaria o nazionale dell'atto applicativo del diritto europeo (251).

Ciò dipende anche dal fatto che i procedimenti composti sono regolati in parte da norme comunitarie che disciplinano l'at-

pean Influence, Baden-Baden, 1996, 804 ss.) al modello di composizione di diversi interessi pubblici in una procedura composta.

(249) Di recente, F. DE NOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli amministrati*, relazione per il Convegno *Analisi economica e diritto amministrativo*, Venezia, 28-29 settembre 2006 (in AA.Vv., *Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007), ha esaminato, nella prospettiva economica, la crisi della concezione formale dell'interesse pubblico come definito dalla legge e sintesi dell'interesse comune, con il prevalere di disposizioni che derivano da un compromesso tra diversi gruppi di pressione; di conseguenza, l'obiettivo non è più quello di realizzare l'interesse pubblico *ex lege*, ma di organizzare gli accordi e le transazioni tra gli interessati (organi pubblici e privati, imprese) e, quindi, non tanto miglior realizzazione dell'interesse pubblico predefinito, secondo il criterio dell'efficacia, ma centralità dell'efficienza come «scoperta del punto di massima soddisfazione di tutti gli interessi coinvolti», fenomeno chiaramente evidente nelle recenti procedure comunitarie.

(250) Secondo I. CHIEFFI, *op. cit.*, 138, invece, la previsione dell'intervento dei privati comporta una decisa limitazione del potere esecutivo degli stati membri, soprattutto per il necessario accordo nelle procedure di decisione, dato che gli stati devono giustificare le posizioni e possono essere convenuti in azioni di privati avanti ai giudici comunitari. In ogni caso, la disciplina sulle comunicazioni elettroniche conserva un ampio potere discrezionale delle autorità di regolazione nazionali, comunque soggetto al controllo giurisdizionale a livello comunitario.

(251) D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in questa *Rivista*, 2005, 22 ss.; secondo l'Autrice, questa evoluzione ha comportato un potenziamento del ruolo della Corte di giustizia che deve individuare nuovi criteri nel riparto di giurisdizione tra giudice nazionale e comunitario ed anche nel riparto delle funzioni amministrative fra ordinamenti nazionali ed organi comunitari.

tività delle amministrazioni comunitarie, da quelle nazionali e miste, e in tal modo l'azione interna si «conforma» al diritto comunitario che si sostituisce a quello nazionale; dalla struttura verticale ed orizzontale dei procedimenti composti deriva un confronto ed un continuo «contagio» tra i diritti amministrativi nazionali con l'effetto di uno «scambio» e di una diffusione degli istituti più adeguati alla funzione ed un adattamento dei procedimenti nazionali agli interessi comunitari (252). Di certo, si prospetta qualche perplessità per alcune ipotesi di composizione «negoziale» degli interessi (ad es., in materia di comunicazioni elettroniche), superando in tal modo il principio tradizionale di legalità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, peraltro già in crisi nel nostro sistema.

L'affermazione di ordinamenti composti in relazione ai vari settori comunitari sembra perseguire quale obiettivo la soluzione della concorrenza tra ordinamenti nazionali (253), al fine di creare una disciplina uniforme della regolazione per il mercato unico; ne deriva un'organizzazione composta, dato che agiscono regolatori nazionali con reciproci rapporti e con la Commissione europea. Il sistema comune deve essere, comunque, ancora adeguatamente sperimentato per accertare l'effettiva uniformità creata dagli strumenti di composizione degli interessi nel procedimento e dalle relazioni tra Autorità nazionali e, in alcuni casi, con una fase di

(252) Ampiamente riguardo a questo profilo, E. CHITI, *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale nella disciplina procedurale dei «sistemi comuni»*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, cit., 69 ss.

(253) L'«intreccio» sempre più stretto tra diritto amministrativo comunitario e i diritti amministrativi nazionali ha giustificato l'elaborazione della formula «concorrenza tra ordinamenti» per indicare un fenomeno che si distingue dalla visione tradizionale dei rapporti tra ordinamenti separati per i quali sovranità ed esclusività coincidono; per alcuni riferimenti essenziali: S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.; ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2002; G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, cit., 171 ss., l'Autore affronta il profilo della competizione tra poteri pubblici nella produzione di regole, che si ispirano — come nel caso del sistema comunitario — a principi, orientamenti e criteri direttivi solo in parte comuni, con la conseguenza che le regole sono prevalentemente influenzate dagli ordinamenti più avanzati rispetto ad altri, ad es., in materia di disciplina antitrust e di misure *antidumping*. Sul tema della concorrenza tra ordinamenti: L. TORCHIA, *Concorrenza tra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo*, A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, 109 ss.; M. SAVINO, *I comitati dell'Unione europea*, Milano, 2005, 25 ss., esamina la tendenza dell'Unione — intesa come ordinamento composito — a mantenere unite le varie componenti con procedure decisionali e strutture organizzative volte all'integrazione, secondo il criterio della partecipazione degli interessi rilevanti, soprattutto statali. L'esigenza di composizione degli interessi è anche soddisfatta con particolari scelte organizzative, quale il sistema dei comitati collegato alle attività del Consiglio e della Commissione.

«consultazione» di queste (ad es., per le comunicazioni elettroniche, art. 12 del Codice).

14. *Le previsioni prospettabili riguardo all'evoluzione del procedimento amministrativo comunitario, con esigenze di codificazione di principi uniformi.*

Nonostante la complessità del sistema, è possibile definire alcune logiche previsioni dell'evoluzione del procedimento comunitario; infatti, dopo l'avvenuta formulazione di diversi principi generali da parte della giurisprudenza poi recepiti nei procedimenti settoriali, sembra potersi prospettare anche la codificazione di un «catalogo» di regole uniformi applicabili a tutti i procedimenti con la conseguenza di un inevitabile inserimento diretto nei principi dell'azione amministrativa nazionale, soprattutto dopo il nuovo art. 1, primo comma, della legge n. 241 del 1990, secondo cui l'attività amministrativa è retta anche dai principi dell'ordinamento comunitario; peraltro, già l'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, prevede che nell'interpretazione delle norme in materia di intese restrittive, abuso di posizione dominante e concentrazioni, occorre considerare i principi comunitari della disciplina sulla concorrenza. In effetti, come abbiamo visto, tutta la disciplina anche interna è ora regolata dai principi comunitari e la giurisprudenza nazionale richiama gli orientamenti della Corte di giustizia. Ne deriva quel fenomeno, ormai noto, dell'inserimento progressivo dell'ordinamento comunitario, anche sulla base delle tradizioni comuni dei diritti nazionali, negli ordinamenti degli stati membri, con un effetto di «ravvicinamento» tra gli ordinamenti e di positiva evoluzione dei livelli di tutela (254).

In effetti, le regole procedurali comunitarie, che riguardano i procedimenti composti, possono già ritenersi inserite nei sistemi nazionali se consideriamo che sono principi in genere presenti in tutti o in alcuni ordinamenti interni (255), ritenuti fondamentali

(254) Di recente, sul tema G. MORBIDELLI, *Corte Costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 312.

(255) Peraltro, secondo J. SCHWARZE, *Rules and general principles of European Administrative Law*, in questa *Rivista*, 2004, 1222, nella fase iniziale di formazione di un diritto amministrativo europeo, è stata determinante l'influenza dei principi nazionali per lo sviluppo di principi generali non scritti dell'ordinamento comunitario; la Corte di giustizia, in diverse occasioni, ha elaborato alcuni principi generali senza che questi fossero

dalla giurisprudenza ed appartenenti, pertanto, all'ordinamento comunitario che è di diretta applicazione. Inoltre, detti principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria si caratterizzano per una significativa duttilità e riguardano ampi settori, oltre i confini delle materie di rilevanza comunitaria; si consideri proprio il diritto di difesa ed il principio del giusto procedimento, oltre al legittimo affidamento (256) e al principio di proporzionalità, direttamente applicabili nell'ordinamento interno, che ampliano la portata dei diritti e degli interessi, indipendentemente dalla disciplina particolare in cui sono inseriti.

La previsione di una disciplina generale sui procedimenti comunitari, che consideri le particolarità dei procedimenti composti, potrebbe di certo velocizzare il graduale processo di integrazione, dato che in ogni caso la tendenza prevalente è quella di sostituire le norme nazionali con disposizioni comunitarie; ciò è evidente nei procedimenti composti che, peraltro, sotto il profilo organizzativo, non comportano una sovrapposizione di amministrazioni, ma un'organizzazione comune con un ampio apparato amministrativo, secondo livelli diversi e con funzioni che si espandono progressivamente.

Nel caso del procedimento per le comunicazioni elettroniche emerge, chiaramente, la connessione tra le attività delle amministrazioni nazionali e quelle della Commissione, con la previsione di poteri e di doveri ben distinti; sono definite una fase nazionale che riguarda le singole autorità nazionali di regolazione, la fase sovranazionale in cui è coinvolta la Commissione ed una fase di rapporti tra le autorità nazionali, in senso orizzontale. L'esercizio del potere amministrativo comunitario sembra qui prevalente rispetto a quello nazionale, considerato il possibile veto della Commissione previsto dalla direttiva quadro ed il potere di imporre provvedimenti che devono essere adottati dalle autorità nazionali; si assiste così ad un superamento della funzione amministrativa svolta in modo paritario dalle amministrazioni nazionali e comu-

già presenti in tutti gli stati membri, applicando il metodo della comparazione valutativa dei diritti.

(256) R. CARANTA, *La «comunitarizzazione» del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in questa *Rivista*, 1996, 446 ss.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001, 288 ss.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 236 ss.

nitaria, con una certa supremazia dell'amministrazione comunitaria, sebbene non vi siano norme di riferimento nei Trattati su rapporti di gerarchia tra ordinamenti.

In particolare, il procedimento composto, per la sua struttura e per i riflessi sull'organizzazione, rappresenta un valido strumento di attuazione dell'integrazione amministrativa con la previsione di limiti all'esercizio della discrezionalità delle autorità nazionali; ciò, ad esempio, è evidente per il settore delle comunicazioni elettroniche, con il fine di limitare l'ampia discrezionalità dell'Autorità garante e in attuazione delle finalità di omogenea applicazione della disciplina sulla regolazione e di armonizzazione delle regole di azione amministrativa per evitare divergenti applicazioni da parte delle singole amministrazioni nazionali.

Anche per la composizione degli interessi coinvolti, il modello del procedimento composto, pur complesso, si presenta adeguato dato che in ambito comunitario coesistono interessi diversi per la dimensione comunitaria o nazionale e che ciò impone la considerazione di diversi soggetti (amministrazioni nazionali, imprese, organi comunitari) nella struttura particolare del procedimento.

Ulteriori occasioni di limitazione del potere amministrativo nazionale possono ravvisarsi nel riconosciuto diritto delle imprese operanti nel settore delle comunicazioni elettroniche, e di chiunque vi abbia interesse, di essere informati entro un congruo termine e di rendere nota l'opinione circa l'attività di controllo e di regolazione svolta dalle autorità di regolazione nazionali. In particolare, in questo contesto, proprio la *partecipazione* ed il *contraddittorio* possono ritenersi espressione di una *ratio* di limitazione del potere discrezionale delle autorità nazionali e questa tendenza è evidente, in generale, nei procedimenti composti (257); non si dimentica, peraltro, l'orientamento prevalente della giurisprudenza comunitaria ampiamente favorevole a riconoscere il diritto all'audizione nei procedimenti incidenti in modo rilevante sugli interessi privati.

(257) La struttura del procedimento composto è riscontrabile anche per l'assegnazione del marchio comunitario ed è previsto il diritto dei privati ad essere ascoltati, con riferimento alla disciplina di cui al regolamento CEE del Consiglio n. 40/93 e al regolamento CEE della Commissione n. 28/95. Per il tema più ampio della partecipazione in una prospettiva di studio comparato: «La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche», Seminari di diritto amministrativo comparato, S. CASSESE, in sito www.irpa.eu.

Le prospettive future potrebbero essere diverse e aperte all'introduzione di fasi nuove nei procedimenti nazionali esistenti oppure di una generale disciplina procedurale comunitaria, coinvolgendo diversi uffici (comunitari e nazionali) che operano separatamente o nella procedura esclusivamente comunitaria.

Una previsione sull'evoluzione del procedimento comunitario, superando l'attuale dibattito dottrinale di approfondimento e di sistemazione delle categorie, potrebbe consistere nella codificazione di una disciplina generale dei principi, degli istituti e delle fasi procedurali, come efficace strumento di «omogeneizzazione» dei sistemi nazionali, considerando il percorso già evoluto della disciplina — prevalentemente di elaborazione giurisprudenziale — dai principi comuni ai sistemi nazionali alla formazione di un diritto amministrativo comune, applicabile direttamente nei sistemi nazionali.

Come è noto, il diritto amministrativo comunitario deriva dal rapporto tra l'esperienza dell'ordinamento comunitario e le tradizioni nazionali, secondo una combinazione dell'interesse generale della Comunità e degli interessi degli stati membri; peraltro, non tutti gli istituti hanno trovato un adeguato sviluppo e, infatti, mentre l'organizzazione si caratterizza per una disciplina dettagliata, il procedimento amministrativo risulta non omogeneo, in quanto regolato per settori, pur con principi ed alcune figure simili, ma con soluzioni differenziate. Non esiste per ora una disciplina generale uniforme, ma esistono dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza con soluzioni per problemi specifici nell'indirizzo dell'integrazione amministrativa.

Nel tempo, i regolamenti hanno disciplinato settori nazionali sempre più ampi coinvolgendo i procedimenti e l'organizzazione, non solo con l'indicazione generale dei fini e delle modalità, ma anche con la puntuale previsione delle procedure, proprio in materia di concorrenza, di comunicazioni elettroniche e di procedure di autorizzazione per i farmaci⁽²⁵⁸⁾. Quindi, per alcuni settori, si è già verificata una progressiva sostituzione del diritto amministrativo nazionale con il diritto comunitario.

(258) Il procedimento di autorizzazione coinvolge organi comunitari e nazionali, stabilisce i compiti delle autorità nazionali, ed è disciplinato dalla direttiva 2001/83/CE recante un Codice comunitario relativo ai medicinali ad uso umano, attuata dal d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

Peraltro, gli organi amministrativi dovranno agire non solamente per il soddisfacimento degli interessi propri dell'ordinamento nazionale di appartenenza, ma per il perseguimento degli interessi comunitari tutelati dalle discipline settoriali, con l'ulteriore conseguenza che l'esercizio del potere amministrativo in funzione di questi interessi comunitari comporta il naturale trasferimento di principi di diritto amministrativo nazionale nel diritto amministrativo europeo.

In effetti, la codificazione di principi generali del procedimento comunitario consentirebbe un riferimento chiaro, con norme «aperte» al contributo della giurisprudenza, come strumento di integrazione amministrativa. Potrebbe così prevedersi un procedimento comunitario comune, con particolari modalità di formazione (considerando gli istituti comuni ai paesi membri, gli indirizzi consolidati della giurisprudenza comunitaria e le leggi nazionali), e come *catalogo* di riferimento per i principi fondamentali.

In particolare, per il principio comunitario del contraddittorio può prospettarsi un'applicazione uniforme più definita; il principio di fatto è già vincolante considerata la diretta applicabilità dei principi comunitari nei sistemi nazionali e nel nostro sistema, ulteriormente (e forse in modo superfluo) confermata dall'art. 1, primo comma, della legge n. 241 del 1990, con un'estensione della più ampia prospettiva di tutela delineata dall'ordinamento comunitario. Infatti, regole uniformi sul contraddittorio potrebbero comportare una *più ampia tutela* delle posizioni soggettive, pur essendo già un principio comune a diversi paesi europei, ma con diverse modalità di attuazione; nel nostro sistema, come abbiamo visto, i riferimenti significativi più adeguati non sono tanto le disposizioni sul procedimento di cui agli artt. 10 e 10-bis, ma la disciplina complessiva dell'istruttoria prevista per i procedimenti delle Autorità indipendenti, che già da tempo hanno recepito le regole comunitarie, soprattutto per il contraddittorio.

Nella ricostruzione più recente, il principio comunitario si pone come «super principio» di contenuto assai rilevante in quanto espressione dei principi generali di buona amministrazione e del diritto di difesa, inizialmente limitato dalla giurisprudenza a sanzioni e a provvedimenti comunque sfavorevoli, ed ora applicato estensivamente ad altri ambiti; più di recente, la giurispru-

denza (259) afferma il necessario collegamento tra la garanzia dei diritti di difesa, il principio della «parità delle armi» e la protezione dei diritti fondamentali e un indirizzo costante rammenta che «il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento a carico di una persona e che possa concludersi con un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario» (260).

Il contraddittorio opera ormai in diversi settori, nei procedimenti in materia di concorrenza, di aiuti di Stato (pur con dei limiti per i privati e le imprese), di telecomunicazioni, nei procedimenti *antidumping* (261) e nel settore del pubblico impiego (262), qualificato come principio generale di diritto e, in quanto tale, si applica anche in assenza di espresse disposizioni a garanzia dei diritti di difesa (263) oppure per colmare le lacune di un'eventuale disciplina introducendo vincoli procedurali anche più rigorosi di quelli già previsti. Esso rappresenta una condizione essenziale del giusto procedimento comunitario con finalità di controllo e di limite del potere discrezionale delle amministrazioni nazionali per garantire l'uniforme applicazione della disciplina comunitaria (264).

(259) Corte di giustizia, 19 gennaio 2006, causa C-240/03, in www.europa.eu.int; infatti, la recente decisione richiama la giurisprudenza ormai consolidata secondo cui «il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona idoneo a sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che dev'essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma disciplinante la procedura». Tale principio impone che i destinatari delle decisioni che pregiudichino in maniera sensibile i loro interessi siano messi in condizione di «far conoscere utilmente il proprio punto di vista» e in questa direzione: Corte di giustizia, 24 ottobre 1996, causa C-32/95, in *Racc.*, 1996, I, 5373; 21 settembre 2000, causa C-462/98, in *Racc.*, 2000, I, 7183; 9 giugno 2005, causa C-287/02; Trib. CE, Sez. V, 29 marzo 2007, causa T-366/00, in tema di recupero aiuto incompatibile, in www.europa.eu.int.

(260) Ad es., Corte di giustizia, 14 febbraio 1990, causa C-301/87, in *Racc.*, 1990, I, 307; 29 giugno 1994, causa C-135/92, in *Racc.*, 1994, I, 2885; Trib. CE, 19 giugno 1997, causa T-260/94, in *Racc.*, 1997, II, 997; 8 marzo 2005, causa T-277/03, in www.europa.eu.int.

(261) Corte di giustizia, 27 giugno 1991, causa C-49/88, in *Racc.*, 1991, 3187; 3 ottobre 2000, causa C-458/98, in *Racc.*, 2000, I, 8147, secondo cui le imprese interessate devono essere messe in condizione di far valere il loro punto di vista nel corso del procedimento amministrativo.

(262) Trib. CE, 23 gennaio 2002, causa T-237/00, in *Racc.*, 2002, 163; ad es., il procedimento di compilazione del rapporto informativo è interamente soggetto al principio del contraddittorio, al fine di garantire il diritto alla difesa del dipendente interessato (Conclusioni dell'Avvocato Generale, 13 luglio 2006, causa C-344/05, in www.europa.eu.int).

(263) Corte di giustizia, 10 luglio 1986, causa C-234/84, in *Racc.*, 1986, I, 2263; il principio generale si applica «anche in mancanza di una disposizione espressa prevista a tale scopo dalla normativa riguardante il procedimento di cui trattasi» (Trib. CE, 23 gennaio 2002, causa T-237/00, in *Racc.*, 2002, II, 163).

(264) Più in generale sul procedimento come strumento di controllo politico decentrato della burocrazia, di recente S. CASSESE, *Il sorriso del gatto ovvero metodi nello*

Più in generale e in conclusione, le procedure amministrative composte consentono di delineare la sequenza di un'attività amministrativa complessa, regolando la raccolta e la diffusione delle informazioni e degli interessi privati coinvolti, limitando la decisione finale ad alcune soluzioni alternative; soprattutto, le fasi della partecipazione e del contraddittorio sollecitano l'assunzione di informazioni rilevanti per il perseguimento dei fini pubblici, secondo regole che si prospettano come parametro di legittimità delle procedure e alla luce di un nuovo principio di legalità che coinvolge, per i settori esaminati, criteri quali l'impatto sul mercato e misurazioni economiche nel sistema comunitario della concorrenza.

studio del diritto pubblico, relazione per il Convegno *Analisi economica e diritto amministrativo*, Venezia, 28-29 settembre 2006, e per approfondimenti sul tema M. McCUBBINS, R. NOLL, B. WEINGAST, *Le procedure amministrative come strumento di controllo politico*, in D. FABBRI, G. FIORENTINI, L.A. FRANZONI, *L'analisi economica del diritto. Un'introduzione*, Roma, 1997, 267 ss. Di recente, riguardo al dibattito sulla codificazione di regole del procedimento comunitario, G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, cit., 529 ss.