RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO
Anno LVII Fasc. 1 - 2007

Marco Macchia

L'ATTIVITÀ ISPETTIVA DELL'AMMINISTRAZIONE EUROPEA IN MATERIA DI CONCORRENZA

Estratto

MVLTA PAVCIS AG

Milano • Giuffrè Editore

L'ATTIVITÀ ISPETTIVA DELL'AMMINISTRAZIONE EUROPEA IN MATERIA DI CONCORRENZA (*)

MARCO MACCHIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il quadro normativo. - 2.1. Le norme attributive del potere. - 2.2. Le norme di garanzia. - 2.3. Il bilanciamento tra la libertà di concorrenza e i diritti fondamentali. — 3. L'esercizio del potere. - 3.1. Le garanzie procedimentali. - 3.2. La cooperazione con il livello nazionale: il parere dell'autorità nazionale *antitrust* e il controllo preventivo di giurisdizione. — 4. La tutela giurisdizionale e il regime dell'invalidità. — 5. Considerazioni conclusive: il trapianto di culture giuridiche.

1. Nel 1950, Massimo Severo Giannini registrava che «l'autorità, in quanto agisce, incide, e non può in alcun modo evitarlo, nell'ambito delle libertà guarentigiate; così come, per converso, non meno continua è la riaffermazione della libertà ovunque l'autorità ceda o non possa intervenire» (1). Al diritto comunitario della concorrenza sembrano oggi adattarsi entrambe le tendenze. Ma l'ordine deve essere invertito. Da un lato, la libertà di iniziativa economica, che presuppone che la concorrenza non sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole im-

---

(*) Ringrazio il professor Claudio Franchini, nonché il dottor Lorenzo Saltari, per i loro commenti e suggerimenti.

(1) M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 73. Sul rapporto autorità-libertà, in chiave critica, alla luce dei più recenti sviluppi del diritto amministrativo, si v. B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000. Sulle ispezioni amministrative, come atti diretti ad un'acquisizione autoritativa di scienza, e per un loro inquadramento teorico, si v. G. AMATO, *L'ispezione politica del Parlamento*, Milano, 1968; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 488; S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative. Funzione e caratteri*, Milano, 1999; ID., *Ispezione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 935 ss.; M. LANDI, *Ispezioni e inchieste amministrative*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989; M. BOMBARDELLI, *Le ispezioni amministrative*, in questa *Rivista*, 1989, 1111 ss.

prese e dei consumatori, richiede che l'autorità 'ceda' ad un compito neutrale, alla funzione di garante del buon funzionamento del mercato, la cui finalità sia accrescere l'ambito di libertà. Dall'altro, il corretto funzionamento di quest'ultimo esige in parte l'esercizio dell'autorità. Se, dunque, svolgere un'attività economica nel mercato comune costituisce, certamente, una manifestazione di libertà, protetta da norme europee di garanzia, allo stesso tempo, chi la intraprende è tenuto ad assoggettarsi ad alcuni interventi della autorità europea (2).

Manifestazione tipica dell'autorità, nella disciplina della concorrenza, è il potere ispettivo, in cui l'attività della Commissione europea raggiunge i cittadini. Nell'esecuzione di tale accertamento, i responsabili di un'impresa devono consentire agli agenti di accedere ai locali, di domandare spiegazioni orali e verbalizzarne le dichiarazioni, di apporre sigilli, di controllare i documenti e farne copia, quando ricorrano specifici presupposti e condizioni. La materia è disciplinata dal regolamento del Consiglio Ce n. 1/2003 sull'applicazione delle regole di concorrenza, di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato (3).

---

(2) Cambiando l'ordine della nota affermazione, contenuta nella pronuncia *Van Gend en Loos* (C. giust. Ce, 5 febbraio 1963, causa C-26/62, in *Racc.*, 1963, 23 ss.), si rileva che «il diritto comunitario, nello stesso modo in cui attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi, impone loro degli obblighi».

(3) Si tratta del regolamento Ce del Consiglio del 16 dicembre 2002, entrato in vigore a partire dal 1° maggio 2004. Le modifiche contenute in questa previsione normativa sono di diversa natura. Si va dall'estensione alle autorità nazionale del potere di applicare il meccanismo delle esenzioni individuali, all'abolizione del sistema delle notifiche obbligatorie. Sul tema la letteratura è ampia, si v. A.M. Calamia, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004; G. Ghidini-M. Panucci, *Le controversie in materia* antitrust *alla luce del regolamento comunitario n. 1/2003*, in *Dir. ind.*, 2004, 61; H. Nyssens-N. Pecchioli, *Il regolamento n. 1/2003 Ce: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Dir. Ue*, 2003, 357 ss.; R. Rinaldi, *Il regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza*, in *Dir. commercio intern.*, 2003, 155; M. Tavassi, *Il regolamento Ce n.1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in *Dir. comunit. scambi intern.*, 2004, 315 ss. Per una disamina della situazione precedente, si v. P. De Pasquale, *Verso una nuova disciplina comunitaria in tema di concorrenza*, in *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, Torino, 2003, 355 ss. In particolare sui poteri di indagine, si v. A. Frignani, *I poteri di ispezione ed il diritto di difesa nella normativa* antitrust *dell'Unione europea*, in *Contr. impr. eur.*, 2003, 1007; M. Megliani, *Ispezioni domiciliari e normativa comunitaria* antitrust. *Una prima riflessione*, in *Dir. commercio intern.*, 2003, 101 ss.; A. Tonetti, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della*

È particolarmente evidente la circolarità del momento della libertà e di quello dell'autorità. Affinché possa essere garantita a chiunque la libertà di entrare e di operare in un mercato concorrenziale, in condizioni di parità e di non discriminazione, occorre che tutti gli operatori privati permettano all'autorità di controllo di avere il dominio delle informazioni, indispensabile ad impedire pratiche anticoncorrenziali. La piena esplicazione della libertà presuppone, dunque, un parziale stato di soggezione.

Non si tratta degli unici poteri di ispezione assegnati alla Commissione europea, poiché essa ha facoltà di impiegare questa tecnica istruttoria in diversi settori, come la politica sanitaria, monetaria, agricola, dei trasporti, o della pesca (4). In tutte queste ipotesi, la Commissione può condurre accertamenti in via unilaterale, richiedendo la collaborazione dei destinatari, sotto la minaccia di sanzioni, ovvero imponendo a questi l'obbligo di consentirne l'esecuzione.

Ciò nonostante, nel sistema di attuazione del diritto *antitrust*, i poteri ispettivi presentano una struttura più evoluta, anche in ragione del ruolo affatto marginale ricoperto da questi rispetto alla funzione perseguita. Sono più evidenti i collegamenti tra i diversi livelli, nazionale e sovranazionale ed è marcata la continua ricerca del mantenimento di un equilibrio tra essi. È visibile il connotato autoritativo, insito in apparenza nell'esercizio di un potere unilaterale che, prescindendo dal consenso del privato interessato, comporta il sacrificio di un diritto fondamentale protetto da una norma di garanzia. Essi costituiscono, inoltre, un meccanismo direttamente comparabile con gli analoghi poteri delle autorità nazionali (5).

Rappresentando l'attività ispettiva un punto privilegiato di osser-

---

concorrenza, in questa *Rivista*, 2005, 83 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

(4) Si v. J.B. Auby, *Les pouvoirs d'inspection de l'Union européenne*, Paper presentato a Roma in occasione del seminario su *I poteri autoritativi dell'Unione europea*, 3 maggio 2005. In via generale, in base all'art. 284 Trattato Ce, «[p]er l'esecuzione dei compiti affidatile, la Commissione può raccogliere tutte le informazioni e procedere a tutte le necessarie verifiche, nei limiti e alle condizioni fissate dal Consiglio conformemente alle disposizioni del presente Trattato». Tuttavia, si tratta di una previsione a carattere generale, ricognitiva e non legittimante l'esercizio di specifici poteri da parte dell'autorità europea.

(5) Per una ricognizione dei poteri ispettivi affidati alle autorità nazionali a tutela della concorrenza nell'area europea, si v. D. Cahill, *The Modernisation of Eu Competition Law Enforcement in the European Union, Fide 2004 National Reports*, Cambridge, 2004, 30 ss.

vazione per tracciare i profili del rapporto autorità-libertà, sembrano predicabili ad essa le tre direttrici che la scienza giuridica ha a tal proposito declinato: la riserva di legge; le garanzie procedurali nell'esercizio del potere; il diritto alla difesa in giudizio. Si tratta di tre «meccanismi di un congegno», volto ad avallare un corretto equilibrio tra sfera privata ed esigenze pubbliche, quando il privato si trovi «in posizione di istituzionale debolezza» (6).

Elevati i poteri ispettivi a livello europeo, l'autoritatività deve essere inserita in un diverso contesto istituzionale, nel quale un organo sovranazionale agisce in via diretta e incide su diritti dei cittadini. Il suo potere trova fondamento in un atto normativo non statale. Il ruolo di mediazione preventiva tra la libertà e il potere è affidato ad un giudice nazionale. Le garanzie a tutela del privato si combinano di rimedi domestici e comunitari. Il monopolio dell'esercizio legittimo della forza — aspetto *non-State-like* della Comunità europea — rimane all'autorità nazionale, anche in tale procedimento governato dal principio dell'esecuzione diretta.

L'attività ispettiva si scontra principalmente con tre ordini di problemi. Il primo deriva dalla localizzazione dei limiti che circondano l'esercizio dell'autorità. Il secondo è legato alla determinazione della sfera di libertà riservata al cittadino comunitario. Il terzo discende dalla definizione dei mezzi di tutela, atti a salvaguardare i privati da manifestazioni illegittime del potere.

L'indagine intende verificare come il potere di ispezione, nel contesto europeo, rispetti i criteri di garanzia della riserva di legge, del giusto procedimento e del diritto alla *judicial review*. Come l'individuo venga protetto da ingerenze irragionevoli. La tesi che si vuole sostenere è che l'ispezione dell'amministrazione europea risponde ad un congegno particolare, che combina insieme tecniche diverse, dirette a salvaguardare il privato da interventi che mettano in pericolo il momento della libertà. Alcune tipiche dei sistemi nazionali, come la riserva di legge o il diritto alla difesa giurisdizionale. Altre, invece, caratteristiche di un modello sovranazionale, in cui gli organi comuni-

---

(6) S. Cassese, *Orientamenti e ideologie degli studi di diritto amministrativo*, in *Pol. dir.*, 1971, 62, il quale aggiunge che «il dominio dell'uomo sull'uomo si attua come dominio del diritto, vale a dire come dominio di una norma oggettiva ed imparziale», per cui in questo quadro «lo strumento classico di affermazione della legalità è il sindacato giurisdizionale». È il diritto dunque a rappresentare «la linea di confine tra autorità e libertà», così in S. Cassese, *Burocrazia, democrazia e partecipazione*, in *Jus*, 1985, 83.

tari e gli Stati condividono «fette di competenza» nei campi dell'esecuzione e del controllo. La combinazione di rimedi, nazionali e sovranazionali, rappresenta figurativamente un dispositivo originale che, seppure richiede di essere perfezionato, non solo sembra impedire la sopraffazione dell'autorità sulla libertà, ma sembra garantire una tutela al «momento della libertà» adeguata ai più recenti sviluppi della scienza giuridica.

Un'ultima precisazione riguarda il metodo. Non si ha intenzione di ricostruire l'istituto della potestà ispettiva, nell'ordinamento comunitario, utilizzando le categorie giuridiche dei sistemi nazionali. L'analisi deve essere capovolta, a meno che non si voglia utilizzare il microscopio al posto del cannocchiale. Perciò, è dall'ordinamento comunitario che si prova a trarre i profili essenziali di questo istituto: il potere di ispezione, svolto a livello europeo, diviene parte integrante dell'ordinamento giuridico degli Stati membri e deve essere uniformemente interpretato, prescindendo dai singoli sistemi giuridici. Utile, invece, è la comparazione con gli strumenti di indagine tipici dell'ordinamento interno. Raffrontando i meccanismi di garanzia, è possibile mettere in evidenza eventuali differenze, scostamenti o tensioni verso la libertà o verso l'autorità.

2. In tutti i sistemi amministrativi dei paesi occidentali, gli interventi delle pubbliche autorità nella sfera di attività privata di ogni persona, fisica o giuridica, devono essere fondati sulla legge ed essere giustificati dai motivi che essa contempla. La precondizione della riserva di legge, intesa sia come previsione formale del potere sia come predeterminazione sostanziale delle ragioni che ne legittimano l'esercizio, rappresenta la tutela minima contro interventi pubblici arbitrari.

Su questo profilo l'ordinamento comunitario non fa eccezione, quando la 'plurisoggettività' cui fa riferimento è costituita da privati e non da Stati, e la Corte di giustizia lo ha ribadito in più occasioni (7).

Il quadro normativo che si delinea è formato da differenti livelli: vi sono disposizioni che contemplano il «momento del potere», vi sono

(7) Con particolare riferimento ai poteri di ispezione della Commissione, C. giust. Ce, 26 giugno 1980, *National Panasonic* c. *Commissione*, causa C-136/79, in *Racc.*, 1980, 2033 ss.; 21 settembre 1989, *Hoechst* c. *Commissione*, cause riunite C-46/87 e C-227/88, in *Racc.*, 1989, 2859 ss.; 22 ottobre 2002, *Roquette Frères SA c. Commissione*, causa C-94/00, in *Racc.*, 2002, I, 9011 ss.; Trib. primo grado Ce, 11 dicembre 2003, *Minoan Lines* c. *Commissione*, causa T-66/99, in *Racc.*, 2003.

norme di garanzia che difendono il «momento della libertà». Le prime si rifanno sulle seconde, le seconde considerano necessarie le prime. Di questa normazione, volta a regolare il conflitto tra autorità e libertà, si esaminano partitamente i concetti principali.

2.1. Le due principali novità della riforma del diritto comunitario della concorrenza, attuata con il regolamento n. 1/2003, presentano immediate implicazioni con la disciplina dei poteri ispettivi (8). Per un verso, la politica di decentramento, in base alla quale medesime norme sono applicate da una pluralità di autorità nazionali, esige un rafforzamento dell'organo centrale; per l'altro, il controllo di tipo repressivo, che prende il posto del modello preventivo, richiede strumenti istruttori più penetranti che assicurino maggiore certezza alle indagini. A queste esigenze si è fatto fronte tramite un generale irrobustimento dei poteri spettanti alla Commissione, a fronte della precedente disciplina contenuta nel regolamento (Cee) n. 17/1962 in materia di intese e abusi di posizione dominante (9). Fra questi, un posto particolare occupano i poteri di ispezione, cui sono dedicati gli artt. 20 e 21.

Se ai funzionari europei era consentito solo accedere ai locali dell'impresa e chiedere spiegazioni orali, con la nuova disciplina essi hanno facoltà anche di ispezionare il domicilio privato di amministra-

---

(8) Come è noto, il regolamento del Consiglio Ce n. 1/2003 ha introdotto un nuovo sistema di attuazione del diritto comunitario *antitrust*, «sostitu[endo] al precedente modello centralizzato, monistico e preventivo un nuovo sistema decentralizzato, pluralistico e repressivo», così in R. Nazzini, *Procedure comunitarie e nazionali in materia* antitrust. *Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Dir. Ue*, 2006, 98. Per un inquadramento del sistema sotto la lente dell'«equivalenza prefigurata», si v. L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006, 30 ss.

(9) È chiaro come la riforma dell'*antitrust* europeo non implica un indebolimento delle istituzioni comunitarie. Da un lato, «the Regulation implicitly endorses the Commission's commitment to intensify the fight against cartels and abuses of dominant positions», dall'altro, a dispetto della decentralizzazione, «the Community law system will still remain highly centralized, at least compared to the Us model, given, *inter alia*, the Commission's powers of pre-emption, the requirement that the Member States apply Article 81 to agreements and practices that may affect trade between Member States, and the obligation of the national courts to respect prior (and contemplated) Commission decisions», come sostiene J.S. Venit, *Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement Under Articles 81 and 82 of the Ec Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, 580. Della stessa opinione è S. Wilks, *Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission in the Modernization of Competition Policy?*, in *Governance*, 2005, 431.

tori, direttori e altri membri del personale, apporre sigilli e verbalizzare le dichiarazioni. Per di più, alle ispezioni è ora accompagnata una vasta gamma di strumenti per l'acquisizione di prove: le indagini di tipo conoscitivo, per settore economico e per tipo di accordi; le richieste di informazioni alle imprese; il potere di raccogliere dichiarazioni (10). Tutti mezzi che non intervengono direttamente sulla sfera privata e che non contengono tratti autoritativi.

Non si tratta di procedure fungibili a discrezione dell'autorità. L'accertamento ispettivo, infatti, può essere disposto solo quando 'necessario', in conformità all'art. 20, anche se la giurisprudenza tende a minimizzare questo carattere (11). Sono individuabili due macrogruppi di procedure di ispezione: presso i locali dell'impresa e presso i locali non aziendali. La prima è disposta con mandato o con decisione; mentre la seconda solo con decisione. Lo svolgimento della prima non è preceduto dalla sussistenza di particolari condizioni; al contrario, per dare esecuzione alla seconda sono necessari ragionevoli motivi che inducano a sospettare la presenza di documenti, idonei a provare un'infrazione grave, al di fuori dei locali commerciali. Nella prima, è possibile apporre sigilli per la durata dell'accertamento; invece, nella seconda, è vietato. Durante la prima, può essere chiesta l'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria nazionale, nei casi in cui lo contempli la legislazione interna; laddove, la seconda esige sempre il preventivo controllo del giudice. In entrambe, l'*enforcement* può essere garantito per mezzo di una sanzione ovvero tramite il ricorso alla forza pubblica dello Stato. In tutte e due, il controllo successivo è affidato all'autorità giudiziaria europea (12).

---

(10) Le indagini conoscitive sono disciplinate dall'art. 17; in base ad esse, la Commissione può richiedere alle imprese di fornire le informazioni necessarie (accordi, decisioni) ad evidenziare sospette pratiche anticoncorrenziali, pena l'irrogazione di un'ammenda. In particolari casi, la Commissione potrà disporre accertamenti in settori specifici dell'economia. Le richieste di informazioni alle imprese sono disciplinate dall'art. 18; l'autorità di controllo, mediante semplice domanda o con decisione, indica lo scopo della domanda, le informazioni richieste ed il termine entro il quale esse devono essere fornite, nonché le sanzioni previste nel caso in cui siano fornite informazioni inesatte o fuorvianti. Il potere di raccogliere dichiarazioni è previsto dall'art. 19; esso autorizza la Commissione a sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta, ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine; i verbali così formati vengono acclusi alla pratica e possono essere utilizzati nel seguito della procedura.

(11) C. giust. Ce, 18 ottobre 1989, *Orkem* c. *Commissione*, causa C-374/87, in *Racc.*, 1989, 3283 ss.

(12) Per l'esame dei poteri in concreto esperibili dalla Commissione, si v. A.

È evidente come la procedura presso il domicilio privato di persone, legate da rapporti organici e di rappresentanza con l'impresa sottoposta all'indagine, sia circondata da condizioni più rigorose, in ragione della tutela costituzionale assicurata ai luoghi in cui si svolge la vita privata. Per la verità anche nelle ispezioni aziendali viene compressa una libertà fondamentale, tuttavia la maggiore apertura al pubblico di tali luoghi induce a garantire alle persone giuridiche una tutela meno penetrante (13).

In questo quadro, «the Commission acts as an executive body of the Community» (14): la burocrazia europea viene dunque a relazionarsi senza tappe intermedie con i cittadini e l'apparato statale sembra

---

TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza*, cit., 93 ss.

(13) Il *considerando* n. 26 del regolamento n. 1/2003 specifica che l'articolato fa riferimento proprio all'«abitazione privata». A tal proposito, è interessante notare come nel regolamento (Ce) del Consiglio n. 139/2004 sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese compaia all'art. 13 solo il riferimento ai locali aziendali. Inoltre, nelle ispezioni fuori dai locali commerciali, non è prevista la presenza di funzionari nazionali dell'autorità di concorrenza. La ragione starebbe nel fatto che il ruolo di garanzia è comunque svolto dalla presenza della forza pubblica. A ciò si aggiunge anche la motivazione che alcune leggi nazionali non prevedono le ispezioni domiciliari, per cui si intende impedire agli agenti nazionali di ricorrere surrettiziamente a questo strumento. Non è così nel *Competition Act 2002* della Repubblica d'Irlanda, che consente alla *Competition Authority* di avvalersi dell'opera di *authorised officers*, ufficiali che, potendo anche fare ricorso alla forza pubblica, possono ispezionare tanto immobili o esercizi commerciali, quanto l'abitazione di componenti dell'impresa. Sul punto, N. LANDI, *Il nuovo regime della concorrenza nella Repubblica d'Irlanda: il* Competition Act 2002, in *Dir. commercio intern.*, 2004, 320. Nondimeno, secondo A. FRIGNANI, *I poteri di ispezione ed il diritto di difesa nella normativa antitrust dell'Unione europea*, cit., 1007, «l'estensione ed il rafforzamento dei poteri di accertamento sono anche la reazione europea all'assenza dell'istituto della *subpoena* ed al rifiuto di comminare sanzioni penali in Europa, con l'eccezione della Gran Bretagna, Irlanda ed Austria». Il Trattato Ce, come è noto, non conferisce alcuna competenza in materia penale. È noto che l'accesso al domicilio privato costituisce un potere particolarmente penetrante di cui, ad esempio la *Federal Trade Commission* americana non dispone.

(14) I. VAN BAEL-J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague, 2005, 1036. È noto che ciò rappresenta una eccezione alla regola generale, secondo la quale la compagine governativa nazionale «costituisce lo strumento principale per dare esecuzione agli indirizzi» delle organizzazioni sovranazionali, come evidenziato da G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in questa *Rivista*, 2003, 23 ss. Sulle competenze di esecuzione e sul ruolo delle burocrazie statali, si v. C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in questa *Rivista*, 2002, 651 ss.; E. CHITI-C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

scomparire del tutto. Lo stesso sembra potersi dire per la norma di garanzia, che si riscontra direttamente a livello sovranazionale.

2.2. Affinché si possa predicare nello spazio giuridico europeo l'affermazione di una dialettica autorità-libertà, occorre mettere in luce il «momento della libertà» e verificare se sia riconosciuta ai cittadini europei la libertà ad una piena esplicazione della propria vita privata. E quale sia la portata di tale libertà e quali limitazioni all'esercizio di quest'ultima possano essere considerate legittime. Come noto, il riconoscimento dei diritti dell'uomo, in ambito sovranazionale, ha risentito di progressi e battute d'arresto. Non essendo possibile nel presente lavoro ripercorrere le tappe di tale processo, si intende limitare l'indagine all'affermazione del diritto fondamentale qui interessato e ai punti di contatto con l'esercizio dell'autorità.

L'art. 6 del Trattato Ue prevede che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». A tal proposito, è noto che la libertà di domicilio è presente nelle carte costituzionali degli Stati membri, senza che sia dato riscontrare significative differenze ([15]). Nella maggior parte dei casi, unitamente all'affermazione del diritto, è riservata alla legge la facoltà di precisare le condizioni che ne consentono la limitazione ([16]).

Sempre all'art. 6 del Trattato Ue è previsto che l'Unione rispetta i diritti come garantiti «dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo». Secondo l'art. 8 della CEDU, «ogni persona ha

---

([15]) Il diritto alla tutela del domicilio è contenuto: nell'art. 14 della Costituzione italiana; nell'art. 15 della Costituzione belga; nell'art. 72 della Costituzione danese; nell'art. 13 della Costituzione tedesca; nell'art. 9 della Costituzione greca; nell'art. 40 della Costituzione irlandese; nell'art. 12 della Costituzione olandese; nell'art. 34 della Costituzione portoghese; nell'art. 18 della Costituzione spagnola; nell'art. 6 della Costituzione svedese; nell'art. 10 della Costituzione finlandese; nell'art. 66 della Costituzione francese, che protegge il domicilio in quanto forma di espressione della libertà individuale.

([16]) Non esistendo, inoltre, particolari differenze nell'ambito di applicazione del diritto al rispetto della propria vita privata, non si pone nemmeno il problema della determinazione dello *standard* da adottare, se quello maggiormente garantista o quello comune a tutti gli Stati membri. A tal proposito, si v. J.H.W. WEILER, *Eurocracy an Distrust (Some Questions Concerning the Role of European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of European Communities)*, in *Washington Law Review*, 1986, 1105; ID., *Human Rights, Constitutionalism and Integration*, in *Intern. Law*, 2001, 236.

diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza». Tale disposizione adempie ad un duplice compito: afferma il diritto in via astratta e ne precisa concretamente oggetto e limiti. Se l'oggetto è la pretesa di non ingerenze da parte delle pubbliche autorità, i limiti consistono nella necessaria previsione di legge dei casi di compressione, purché si tratti di misure che, in una società democratica, sono necessarie per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e della prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione dei diritti e delle libertà altrui (17).

Il rinvio a norme di garanzia, in altra sede adottate, non è circoscrivibile alle carte costituzionali e alla Cedu. Il *Bill of Rights* europeo è denso di richiami ad altri atti internazionali. Sempre limitando l'indagine al diritto fondamentale al rispetto della vita privata, del domicilio e della corrispondenza, di esso vi è traccia anche in altri accordi, come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (18), ovvero il Patto Internazionale sui diritti civili e politici (19).

Nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue è affermato, all'art. 7, il diritto al rispetto del domicilio privato (20). L'ambito di applicazione è chiaro: secondo l'art. 51, le istituzioni comunitarie sono tenute a rispettare e garantire tale diritto, tra esse, anche la Commissione europea nello svolgimento delle sue funzioni a tutela della concorrenza. Non è evidente, invece, quali siano i limiti all'esercizio dei diritti proclamati dalla Carta. Al riguardo, vi sono due ipotesi: che si faccia riferimento al par. 3 o al par. 1 dell'art. 52 della Carta di Nizza. Nel primo caso, è stabilito un rinvio diretto alla Convenzione europea dei

---

(17) Si tratta di un elenco esaustivo che non ammette la possibilità di limiti impliciti, così in Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1975, *Golder*. Sul punto, si v. T. Groppi, *Art. 7. Rispetto della vita privata e familiare*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* a cura di R. Bifulco-M. Cartabia-A. Celotto, Bologna, 2001, 77.

(18) Art. 12: «Nessuno potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella vita privata, la famiglia, il domicilio, la corrispondenza, né a lesioni dell'onore e della reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni».

(19) Art. 17: «Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese».

(20) Art. 7: «Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni».

diritti dell'uomo, giacché, in caso di diritti a contenuto identico, il significato e la portata di essi è il medesimo di quello conferito dalla CEDU. Sono validi dunque i medesimi *standards*, sopra accennati, come precisati dalla giurisprudenza europea che li ha interpretati. Nel secondo caso, invece, la previsione è pacifica: «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà [...] devono essere previsti dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui» (21).

Nonostante l'apparente antinomia, nei punti qualificanti le due previsioni non sembrano differire molto. Le clausole prodromiche ad evitare uno 'svuotamento' della sfera di libertà consistono in buona sostanza, per un verso, nella riserva di legge, per l'altro, in precise condizioni al contenuto di tale disposizione normativa, riconducibili alla necessarietà della limitazione, al rispetto del contenuto essenziale, al principio di proporzionalità, e alla rispondenza a finalità di interesse generale, come la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Infine, la necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali è completata dal rinvio, compiuto in alcune pronunce dalla Corte di giustizia, all'interpretazione che, dei diritti CEDU, ha dato la Corte di Strasburgo. In tal modo, diviene parametro di validità dell'agire comunitario non solo il catalogo dei diritti, ma anche la lettura che di questi ha dato la Corte europea (22). Con il risultato che anche quest'ultimo viene considerato diritto dell'Unione (23).

---

(21) Per un'aggiornata rassegna delle restrizioni ai diritti fondamentali legittimate dalla Corte di Strasburgo e dal Comitato dei diritti dell'uomo, si v. I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Riv. dir. intern.*, 2005, 955.

(22) Proprio in materia di poteri di ispezione, si v. C. giust. Ce, *Roquette Frères SA*, cit., 9011, punto 29 «per quanto riguarda la tutela dei locali aziendali delle società, si deve tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo posteriore alla sentenza *Hoechst/Commissione*, giurisprudenza da cui emerge, da un lato, che la tutela del domicilio, di cui all'art. 8 della CEDU, può essere in talune circostanze estesa ai locali citati e, dall'altro, che il diritto d'ingerenza autorizzato dall'art. 8, n. 2, della CEDU 'potrebbe più facilmente estendersi a locali o attività aziendali o commerciali piuttosto che ad altri casi'».

(23) C. giust., 17 febbraio 1998, *Grant*, causa C-249/96, parr. 33-35, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1367, con nota di S. GRECO, *Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali.*

Si potrebbe obiettare che alcune di queste disposizioni non sono direttamente vincolanti, ovvero che non ne è chiara la portata giuridica, trattandosi in parte di enunciazioni normative che appaiono ricognitive di diritti già altrove sanciti ([24]). Nondimeno, anche a volerne ammettere la natura di *soft law*, devono essere considerati alcuni fattori. In primo luogo, va sottolineata la progressiva costituzionalizzazione dei diritti fondamentali con il recepimento di essi nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. In secondo luogo, se alcune criticità sono evidenti, quando destinatari sono gli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione, lo stesso non può dirsi con riferimento alle istituzioni e agli organi europei, profilo che qui immediatamente rileva. In terzo luogo, nel momento in cui alcuni di questi 'documenti', benché privi di un diretto valore normativo, vengono utilizzati dalla Corte di giustizia, chiamata ad accertare la validità degli atti comunitari, è chiaro come allora il valore vincolante delle pronunce giurisprudenziali di quest'ultima veicoli una generale obbligatorietà al loro rispetto.

I risultati che emergono da questa breve tassonomia sono i seguenti. Nello spazio giuridico europeo è riconosciuto il momento della libertà a che non vi siano interferenze nella vita privata delle persone fisiche e giuridiche tramite norme di garanzia; esse si incrementano e si sovrappongono l'una all'altra, in un quadro non proprio organico, ma nondimeno evidente ([25]). Vigono i criteri che devono informare la

---

([24]) Se parte della dottrina già riconosce un valore giuridicamente vincolante alla Carta di Nizza, si v. F. Pocar, *Dignità - Giustizia*, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea* a cura di L.S. Rossi, Milano, 2002, 86, tuttavia la giurisprudenza sembra attestata su posizioni di maggior cautela, si v. C. cost. 24 aprile 2002, n. 135, in *Foro it.*, 2004, I, 390, secondo cui «la Carta è priva di efficacia giuridica per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamento europei».

([25]) Secondo G. Silvestri, *Verso uno* ius commune *europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 24, «l'Unione europea è ormai arrivata ad una 'maturità di sviluppo' per possedere uno *ius commune* dei diritti fondamentali, in continuo rapporto dialettico con i diritti nazionali, che può essere talvolta di contrapposizione, ma che, nella prospettiva storica, si risolve in una mutua fecondazione». In una prospettiva parzialmente diversa si pone L. Torchia, *Lo 'spazio amministrativo' dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *Processo costituente europeo e diritti fondamentali* a cura di A. Celotto, Torino, 2004, 124, secondo la quale «i diritti fondamentali 'europei' non sostituiscono i diritti fondamentali 'nazionali', mentre, allo stesso tempo, i diritti fondamentali nazionali non coincidono completamente fra loro e, soprattutto, conoscono e mantengono diversi gradi di protezione e di bilanciamento, tipici di ciascun ordinamento nazionale».

norma primaria: è presente la riserva di legge, che demanda ad un'assemblea rappresentativa il concreto bilanciamento degli interessi che vengono a confliggere nella vicenda sottostante; sono indicate le condizioni in presenza delle quali è consentita la previsione di un intervento limitativo del diritto fondamentale ([26]).

Un tale quadro disomogeneo può condurre a divergenze interpretative, ma nel complesso si presenta garantista ([27]). Dalla combinazione di questi elementi — le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, gli accordi internazionali ai quali essi abbiano partecipato o aderito, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo — sembrano esserci tutti i segnali per una piena tutela dei diritti fondamentali nei settori di competenza comunitaria. Ne deriva che il rispetto di questi diritti non può che costituire uno dei presupposti per la legittimità degli atti comunitari; allo stesso tempo, un procedimento di ispezione che non rispetti queste disposizioni è illegittimo.

In definitiva, la norma di garanzia, pur se costruita in modo frammentato, sembra tutelare il cittadino europeo, assicurando una legalità in senso sostanziale. Essa se, da un lato, non rimanda esclusivamente alla previsione normativa l'*an* e il *quomodo* del potere autoritativo, dall'altro, è sufficientemente non generica tanto da impedire che la norma primaria consenta qualsiasi latitudine di svolgimento.

([26]) Va considerato che anche le Costituzioni nazionali si limitano ad affermare il diritto, rimettendone la limitazione alla legge e predisponendo delle garanzie procedurali che si concretano nella richiesta di intervento dell'autorità giudiziaria. Allo stesso modo, nonostante non preveda alcuna garanzia procedurale, la giurisprudenza sull'art. 8 CEDU ha aggiunto che «il processo decisionale che comporta provvedimenti di ingerenza debba essere equo e deve rispettare opportunamente gli interessi dell'individuo», si v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 1996, *Buckley*, in *Rec.*, 1996, 1271; 24 febbraio 1996, *McMichael*. Sul tema, si v. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, 177, per il quale «nella prospettiva della c.d. globalizzazione, si può ragionevolmente sostenere che un diritto sicuramente esiste se sono chiari: *a*) il soggetto (anche collettivo) che ne beneficia e che quindi può 'azionare' la relativa tutela connessa alla situazione giuridica attiva; *b*) il soggetto (anche collettivo) che ne ha il corrispettivo dovere; *c*) la natura del dovere stesso; *d*) le sanzioni da applicare nell'ipotesi di violazione dei doveri; *e*) gli organi chiamati ad accertare la violazione ed applicare giuridicamente le sanzioni; *f*) i mezzi, anche finanziari, per far fronte al diritto stesso».

([27]) Alcune divergenze sono segnalate da A. TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo*, cit., 116.

2.3. La riserva di legge contenuta nelle norme di garanzia determina un riparto di competenze, in base al quale viene delegata, ad un organo legislativo, la definizione delle ipotesi di misure limitative della libertà domiciliare. La tutela di questa sfera privata non è dunque assoluta, ma consente restrizioni, a patto che il legislatore determini normativamente le ipotesi di ingerenza, i criteri, secondo i quali possa essere esercitato il potere, le garanzie procedurali alle quali è soggetto ([28]). La verifica del rispetto di queste condizioni può avvenire in via astratta ovvero concreta. Mentre nel secondo caso è richiesto un controllo caso per caso, nel primo è sufficiente un esame generale. In questo quadro, interessa accertare se i poteri di ispezione della Commissione rispettano la riserva di legge.

Come sottolineato, la fonte di legittimazione del potere è il regolamento Ce n. 1/2003, che rafforza i poteri di indagine rispetto alla precedente disciplina, come sopra visto. Le imprese, sospettate di comportamenti anticoncorrenziali, sono chiamate a consentire, alla ricorrenza di alcune condizioni, indagini amministrative più penetranti rispetto al passato.

In primo luogo, le norme di garanzia reclamano che l'ingerenza sia prevista dalla legge. A tal proposito, si ripercorre brevemente il processo di riforma della politica di concorrenza che ha condotto al testo attuale.

Nel 1999, la Commissione ha pubblicato un Libro bianco sulla modernizzazione delle norme applicative *antitrust*, piattaforma per la successiva discussione della riforma che si è svolta con una procedura di consultazione aperta, cui hanno preso parte le associazioni di categoria e gli operatori del diritto ([29]). Da questa consultazione, la Commissione ha formulato una proposta organica di riforma, che il Consiglio ha poi trasformato in regolamento. Tale regolamento è stato emanato sulla base dell'art. 83 Trattato Ce, che prevede una delibera

---

([28]) Vale la regola per cui più è incisiva l'attività sul cittadino, più la legge è tenuta ad indicare il «modello di comportamento astratto», così in F. Benvenuti, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 ss.

([29]) Pubblicato in *Guce*, n. C 132 del 12 maggio 1999, 1 ss. Costituendo il precedente regolamento un campo di confronto tra Commissione e imprese accusate di comportamenti anticoncorrenziali non più adeguato ai recenti sviluppi, il nuovo testo muove dalla constatazione che le economie europee sono sempre più integrate e l'Unione necessita di strumenti efficienti legati all'allargamento a nuovi membri. Tra i commenti a questo testo va segnalato, C.D. Ehlermann, *La modernisation de la politique antitrust de la Ce: une révolution juridique et culturelle*, in *Rev. dr. Ue*, 2000, 13 ss.

del Consiglio a maggioranza qualificata, previa consultazione del Parlamento europeo. Questa procedura di consultazione costituisce un'eredità del sistema originario di adozione degli atti comunitari, che non richiedendo necessariamente una convergenza di opinioni da parte degli Stati membri, potrebbe non apparire pienamente rispondente ad un meccanismo volto a garantire una scelta condivisa sul 'come' e sul 'quando' bilanciare i contrapposti interessi, che tale ispezione sottintende.

Nondimeno, da un punto di vista strettamente giuridico, non può negarsi che la fonte regolamentare rispetti la necessaria previsione di legge (30). Innanzitutto, il regolamento, comunque approvato, è un atto normativo primario che prevale sulle disposizioni nazionali, per cui non può essere posta in dubbio la forza e il valore di legge di tale strumento (31). Inoltre, è constatazione frequente che, nel sistema comunitario, non sono riproducibili «i modelli democratici nazionali». Difatti, anche nel progetto di Trattato costituzionale, si riscontra un peculiare riparto di competenze tra governi e Parlamento europeo (32).

In secondo luogo, occorre verificare se la norma primaria risponda alle condizioni positivizzate nella norma di garanzia e se, dunque, l'ingerenza sia necessaria ovvero serva a perseguire scopi legittimi. È evidente, innanzitutto, che l'ispezione è una fase strumentale ad un giudizio di accertamento, teso ad appurare la corretta applicazione di quelle norme dirette ad impedire che la concorrenza non sia falsata.

La tutela del buon andamento concorrenziale di un mercato e il mantenimento del benessere economico per le imprese e per i consumatori, interessi sottostanti all'attribuzione del potere di ispezione, sembrano giustificare una tale misura, che diviene così necessaria «in una società democratica per il benessere economico del paese», se-

---

(30) Basti pensare che la Corte costituzionale, nella sentenza 27 novembre 1998, n. 383, ha 'addirittura' ritenuto sufficiente la presenza di una «cornice normativa comunitaria di riferimento che l'amministrazione deve obbligatoriamente seguire nell'esercizio dei suoi poteri», per adempiere ad un regime di riserva.

(31) Sulla fungibilità tra lo strumento legislativo nazionale e quello comunitario si v. M. Belletti, *Fungibilità ed interscambiabilità tra leggi nazionali e fonti comunitarie. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *St. parl. pol. cost.*, 2003, 62.

(32) A. Celotto, *La 'legge' europea*, in *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, a cura di A. Celotto, Torino, 2004, 58. Le riserve di legge, previste dal progetto di trattato costituzionale, garantiscono una legalità in senso sostanziale, imponendo l'intervento dell'atto normativo comunitario primario, in co-decisione tra le due 'anime' del modello comunitario, Parlamento e Consiglio.

condo la lettera dell'art. 8 CEDU (33). Allo stesso modo, rafforzare la tutela della concorrenza vuol dire anche proteggere la libertà di iniziativa economica altrui, e quindi rispecchia il parametro della «protezione dei diritti e delle libertà altrui», presente tanto nell'art. 8 della CEDU quanto nell'art. 7 della Carta di Nizza (34).

Inoltre, sulla rispondenza alle finalità di interesse generale, le misure ispettive sembrano conformarsi al requisito in base al quale devono essere funzionali al perseguimento di finalità riconosciute dall'Unione. Basti pensare che l'art. I-3 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, tra gli obiettivi, subito dopo la promozione della pace e il benessere tra i popoli, ribadisce al secondo paragrafo che l'Unione «offre ai suoi cittadini [...] un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata». Mentre, ad esempio, solo al terzo paragrafo si fa riferimento «alla piena occupazione, al progresso sociale, al miglioramento della qualità dell'ambiente, al progresso scientifico e tecnologico».

La norma primaria stabilisce in sostanza i modi in cui può avvenire la limitazione della libertà di domicilio. Vi è una «predeterminazione normativa» relativa al «chi, quando e come» possa procedere ad una ispezione. Alla tipicità di questa attività amministrativa consegue, da

---

(33) La dottrina anglosassone spiega attentamente questo parametro, preoccupata di garantire la compatibilità democratica di una misura limitativa della libertà personale. La base normativa che legittima l'esercizio del potere di ispezione deve essere accessibile ai cittadini, deve risultare sufficientemente chiara da consentire ad essi di prevedere i casi in cui la misura possa essere concessa e deve essere previsto un mezzo di tutela contro le intrusioni arbitrarie, si v. A. RILEY, *The ECHR Implications of the Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation*, in *Intern. Comp. Law Quart.*, 2002, 73.

(34) Lo stesso può dirsi riguardo la regola della necessarietà e della proporzionalità, enunciata nell'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza. La Commissione può procedere a misure ispettive solo quando 'necessarie', come stabilito al comma 1 dell'art. 20, e la proporzionalità, come noto, è un principio generale che connota ogni aspetto dell'attività delle istituzioni comunitarie. Secondo A. TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo*, cit., 91, l'art. 20 contiene un implicito richiamo al principio di proporzionalità, laddove fa riferimento al carattere 'necessario' degli accertamenti, «nel senso che la Commissione può ricorrere alle ispezioni solo qualora le stesse informazioni non possano essere acquisite con strumenti di indagine meno invasivi, con conseguente obbligo di motivazione nel provvedimento». Sul principio di proporzionalità, si v. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Quaderno n. 1 di questa *Rivista* a cura di F. Bignami-S. Cassese, Milano, 2004, 281 ss.

un lato, il rifiuto di qualunque ricorso a poteri impliciti, dall'altro, il divieto di dare corso ad ordini quando non espressamente consentiti dalla legge (35). Né sembra potersi ritenere che la lettera della norma sia vaga e generica, potendo gli agenti avere accesso *a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto dell'impresa*. Bisogna considerare, infatti, che inevitabilmente un siffatto accertamento ha una portata molto ampia, a meno di non minarne l'effettività. Del resto, questo tratto è comune anche ai sistemi amministrativi domestici.

In conclusione, è il legislatore comunitario a risolvere il conflitto tra libertà di concorrenza e diritti costituzionali, bilanciando i contrapposti interessi. La «legge comunitaria» si sostituisce all'opera dei parlamenti nazionali e decide quale tra due opposti interessi, entrambi sostanzialmente tutelati in via 'costituzionale', debba prevalere (36). Nell'ordinamento comunitario sembrano esservi ambedue le direttrici: dal basso verso l'alto, il riconoscimento del diritto fondamentale al cittadino; dall'alto verso il basso, la norma che attribuisce il potere di ispezione. La prima è costruita in modo frammentato ed episodico. La seconda è contenuta in un'unica disposizione normativa.

In definitiva, il cittadino comunitario dispone dei diritti fondamentali che l'ordinamento europeo gli garantisce, e la definizione dei limiti e delle eccezioni è sempre data a livello comunitario. Vi è sia la norma che attribuisce il diritto fondamentale, sia quella che lo limita, assegnando ad un'autorità pubblica il potere di derogarvi (37). È rispettato

---

(35) Il requisito della tipicità è sempre presente nelle analisi della scienza giuridica. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 984, afferma che «tutti i provvedimenti di polizia amministrativa, essendo destinati ad incidere nella sfera dei diritti dei singoli, sono provvedimenti nominati e di contenuto tassativamente indicato dalla legge». E M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* II, cit. 242, specifica che «la tipicità comporta una connessione, fissata dalle norme, tra i vari elementi dell'atto, e una predeterminazione, sempre normativa, degli effetti che esso può produrre».

(36) Si tratta di un profilo che, secondo A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 872, desta qualche perplessità, tenuto conto che la Commissione è stata accusata di privilegiare l'eliminazione di ostacoli ad un corretto funzionamento del mercato comune anche a scapito di un'effettiva tutela dei diritti fondamentali. L'autore individua la Corte di giustizia quale organo chiamato a garantire la tutela della libertà individuale, nell'auspicio che «il rapporto di tensione tra politica regolativa e diritti di libertà individuali dovrebbe subire uno spostamento a favore di questi ultimi».

(37) Il controllo di compatibilità con la Carta costituzionale nazionale potrebbe presentarsi come un secondo livello di garanzia per il cittadino comunitario, tenuto

il congegno che impedisce all'autorità di agire in modo arbitrario: il principio di legalità, nel suo corollario della tipicità. Ed è proprio la norma che bilancia in via astratta l'acquisizione di conoscenze, strumentali alla tutela della concorrenza, con le deroghe al diritto fondamentale. Dunque, la normazione comunitaria regola il conflitto fra potere pubblico e autonomia privata, componendo fra loro una varietà di interessi confliggenti ([38]).

3. Non esiste una norma europea di carattere generale, adatta a regolamentare i criteri e le modalità di esercizio della potestà ispettiva. Né sembra possibile ricorrere alla analogia, che si rivela impropria a fronte della regola che impone uno stretto rispetto della legalità rispetto a queste forme di potere autoritativo. Di qui, «i poteri esercitabili nelle ispezioni sono quelli correlati alla fonte della potestà ispettiva» ([39]). La fonte rappresenta in sostanza una norma di sintesi, nella quale è richiamato il fondamento del potere, sono specificate le modalità per l'esercizio di esso, nel rispetto delle garanzie procedurali stabilite dal diritto nazionale, nonché gli obblighi a cui sono tenuti gli ispezionati davanti alle richieste degli ispettori.

È ovvio che, se l'esistenza di una previsione normativa, che autorizza la Commissione a porre in essere l'attività ispettiva, rappresenta un'importante garanzia contro gli interventi arbitrari dell'autorità ([40]), ciò non è sufficiente ad impedire che essa operi in modo illegittimo, dove la legittimità è intesa come valore riassuntivo dei

---

conto della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e tedesca che intendono conservare la competenza a giudicare dell'eventuale violazione dei principi fondamentali da parte di atti comunitari. In caso di inosservanza, può essere considerata incostituzionale la norma che dà esecuzione ai Trattati ovvero può essere dichiarata l'inapplicabilità dell'atto comunitario. Sul tema, si v. E. Cannizzaro, *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. dir. intern.*, 1990, 372 ss.

([38]) S. Battini, *Presentazione* a M.S. Giannini, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in questa *Rivista*, 2003, 980.

([39]) Così in S. Valentini, *Le ispezioni amministrative*, cit., 116.

([40]) Sui rapporti tra violazione del diritto al rispetto del domicilio e le nuove forme di ingerenza che tramite il ricorso alle tecnologie rischiano di vanificare il concetto di proporzionalità così come tracciato dalla giurisprudenza, si v. G. Marotta, *Innovazioni tecnologiche e diritto al rispetto del domicilio nella Convenzione europea*, in *Riv. dir. intern.*, 2005, 1044. Difatti, il progresso tecnologico può condurre ad una nuova lettura del diritto al rispetto del domicilio, che ne muti la finalità di protezione: un diritto meno ancorato ad una dimensione spaziale e sempre più legato alla dimensione

principi e delle norme, anche non legislative, che l'amministrazione è chiamata a rispettare. L'attenzione passa quindi dal *quid* al *quomodo* del potere. L'impressione è che, l'esercizio di questo potere, sfavorevole per l'amministrato, sia bilanciato dalla natura funzionale, perché le garanzie procedimentali e la cooperazione con il livello nazionale vengono a tratteggiare un rapporto non 'squilibrato' tra amministrazione e cittadino.

3.1. I fattori procedurali, sui quali occorre portare l'attenzione, sono tre: la procedimentalizzazione dell'attività, la motivazione, il diritto di accesso agli atti. Da questi emergono diverse garanzie a favore dell'impresa interessata (41).

In primo luogo, come accennato, il procedimento che conduce all'ispezione può essere articolato in due distinte fasi procedurali, attraverso le quali è consentito valutare se la misura adottata risponde alla finalità per la quale è prevista. La Commissione può procedere o su presentazione di un mandato scritto o mediante decisione. Il mandato, che consiste in una lettera di autorizzazione rilasciata dalla Direzione *antitrust*, non obbliga i rappresentanti dell'impresa a sottoporsi all'accertamento; in tal caso, è l'impresa interessata che volontariamente consente l'esibizione dei libri e dei documenti connessi all'azienda. Diversamente, la procedura di accertamento preceduta dalla decisione obbliga i medesimi rappresentanti a consentire l'ispezione.

L'opzione tra i due modi di operare risiede nella necessità di un'istruzione adeguata, e non nella gravità della situazione o nell'urgenza (42). Dunque, quando i funzionari europei sono in grado di identificare *a priori* i documenti e i fascicoli di cui intendono chiedere

---

personale dell'individuo e alle sue forme di espressione, così come affermato dalla Corte Suprema nel caso *Katz v. United States*, 389 Us 347 (1967).

(41) Sul diritto di entrare, di cercare e altri aspetti procedurali, si v. L. RITTER-W.D. BRAUN, *European Competition Law, A Practitioner's Guide*, The Hague, 2004, 1040 ss.; H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in Ec Law*, Oxford, 1999, 43; W.P.J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford, 2005, 130.

(42) C. Giust. Ce, *National Panasonic*, cit., 2042. L'art. 23 prevede che, in caso di risposte inesatte o fuorvianti, ovvero di informazioni incomplete, è prevista la facoltà di imporre il pagamento di un'ammenda pecuniaria, il cui importo può giungere fino all'1% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente. Del resto, anche nel caso dell'accertamento preceduto da decisione, in assenza di una fattiva collaborazione, è prevista l'imposizione di una sanzione pecuniaria.

la produzione, è preferibile che venga utilizzato uno strumento, come il mandato, attraverso il quale l'amministrazione non si impone, bensì domanda il concorso dell'impresa interessata. Non sembra esservi, in sostanza, un'enfatizzazione del potere di supremazia ([43]).

In secondo luogo, assume un peso determinante la motivazione. Essa deve contenere alcuni elementi essenziali, come l'indicazione dell'oggetto e dello scopo degli accertamenti, nonché la data di inizio degli stessi e il diritto di impugnativa davanti alla Corte di giustizia. La formulazione di essi non può avvenire in termini vaghi; difatti, dall'atto devono figurare chiaramente i dati dell'impresa, la natura delle pratiche sospettate e i prodotti o servizi interessati, le ragioni che hanno portato tale amministrazione a ritenere che sussista un ragionevole sospetto circa la presenza di documenti aziendali rilevanti per l'indagine in tali luoghi.

È evidente come il fatto di imporre all'autorità europea di specificare gli elementi di informazione, che l'hanno convinta della necessità di procedere ad ispezione, significa inserire un chiaro limite al margine di discrezionalità di cui essa dispone. In particolare, per un verso, ciò consente alle imprese, durante l'atto coercitivo, di acquisire notizia degli indizi che hanno indotto l'amministrazione a procedere; per l'altro, permette che il controllo del giudice, sulla sufficienza e serietà delle informazioni, riguardo la probabile esistenza di un'intesa, non si svuoti di contenuto e non si riduca ad una mera formalità. Dunque, in entrambi i casi, rappresenta allo stesso tempo una garanzia fondamentale per i diritti di difesa e un rimedio volto ad evitare interventi eccessivi dell'autorità di controllo ([44]).

Se l'obbligo di comunicazione delle informazioni è indispensabile a che non venga dimidiato il principio del rispetto dei diritti di difesa degli amministrati, ad essa si aggiunge anche un'ulteriore finalità, la posticipazione del momento partecipativo alle risposte scritte o all'audizione orale che caratterizza il procedimento di infrazione ([45]). Infatti,

---

([43]) Si tralascia, in questa sede, l'esame delle altre garanzie che connotano lo svolgimento dei provvedimenti ispettivi; come l'esclusione, dall'ambito di indagine, dei documenti, che non abbiano carattere aziendale; ovvero, il diritto al rispetto della riservatezza della corrispondenza fra avvocati e clienti. Si v. C. giust. Ce, 17 ottobre 1989, *Dow Benelux* c. *Commissione*, causa 85/87, in *Racc.*, 1989, 3137, punto 27.

([44]) L'amministrazione europea non può, inoltre, fondarsi «su prove che, conseguite durante un accertamento, siano estranee all'oggetto ed allo scopo di questo», C. giust. Ce, *Roquette*, cit., punto 48.

([45]) Come previsto dall'art. 13, regolamento di procedura n. 773/2004, il con-

l'attività ispettiva, pur dovendo svolgersi nel rispetto di ben determinate cautele per evitare arbitri e violazioni, non può essere retta dal principio del contraddittorio, pena l'inutilità della stessa (46). Allo stesso modo, nell'ordinamento italiano, è usuale che la comunicazione di avvio del procedimento non sia dovuta, quando le circostanze impongono che, per garantire «la genuinità dell'accertamento», questo sia preceduto da ispezioni, svolte senza la partecipazione del diretto interessato (47).

In terzo luogo, deve nondimeno essere garantito il diritto di accesso ai documenti relativi all'ispezione (48). Con l'eccezione degli scambi di corrispondenza fra la Commissione e le autorità garanti ovvero fra queste ultime, e dei documenti puramente interni, i responsabili dell'impresa interessata hanno diritto ad accedere al fascicolo, al fine di prendere conoscenza degli elementi di prova, in possesso dell'autorità di controllo (49). Riguardo la verbalizzazione delle domande, rivolte dagli agenti comunitari, e delle risposte, date dai rappresentanti o membri del personale dell'impresa durante l'accertamento, su fatti o documenti rinvenuti, le dichiarazioni rese devono essere messe a disposizione dell'impresa medesima, la quale, entro un termine fissato dalla Commissione, può apportare modifiche o rettifiche. Si tratta di un'evidente garanzia a tutela degli amministrati. Non

---

traddittorio viene assicurato successivamente, mediante la facoltà di presentare apposite osservazioni, così come avviene nei sistemi nazionali, si v. Tar Sardegna, 6 maggio 1994, n. 493, in *I Tar*, 1994, I, 2921; Cass., sez. trib., 7 marzo 2000, in *Giur. imp.*, 2000, 1081.

(46) La formula di stile utilizzata dalla Commissione è «[a]llo scopo di salvaguardare l'efficacia dell'accertamento, è necessario che l'impresa non ne sia anticipatamente informata». Del resto, sarebbe impossibile in un istituto siffatto la vigenza di un principio di trasparenza incondizionato ovvero di un pieno accesso alle informazioni in possesso delle amministrazioni, in considerazione del tipo di attività svolta; sul punto, in relazione all'ordinamento comunitario, si v. J. Bröhmer, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Tübingen, 2004, 356 ss.

(47) Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2004, n. 3269, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1476; oppure, non è necessaria l'immediata contestazione al contribuente in sede di verifica, Cass., sez. trib., 23 marzo 2001, n. 4273, in *Boll. trib.*, 2003, 1017.

(48) Così come avviene negli ordinamenti domestici, si v., con riferimento ad un'inchiesta amministrativa nei confronti di un magistrato, Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 2004, n. 744, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 406.

(49) Trib. primo grado Ce, 1o aprile 1993, causa T-65/89, *Bpb Industries e British Gypsum*, in *Racc.*, 1993, II-389 ss., punto 30; 29 giugno 1995, causa T-30/91, *Solvay*, in *Racc.*, 1995, II-1775, punto 59; 15 marzo 2000, cause riunite T-25 et al./95, *Cimentaries Cbr*, in *Racc.*, 2000, II-491, punto 38.

deve essere dimenticato, infine, che le responsabilità istruttorie, in ordine alla allegazione e dimostrazione dei fatti, su cui si fonda la determinazione finale, ricadono interamente sull'amministrazione che agisce.

3.2. Dalla prospettiva dell'esercizio del potere, in linea teorica, l'affermazione autoritativa discende da due qualità. La prima è la natura unilaterale del potere, nel senso che la decisione e la messa in atto del proposito amministrativo risalgono all'esclusiva discrezionalità dell'amministrazione agente, per cui essa è sciolta da intrecci e vincoli organizzativi, che ne condizionerebbero l'azione. La seconda è costituita dall'attributo dell'esecutorietà. L'autorità può soddisfare le proprie pretese, senza bisogno di ricorrere ad un organo giurisdizionale, affinché le sue deliberazioni siano dotate di una forza in grado di superare l'opposizione dei privati. Ciò avviene, in quanto la scelta amministrativa è assistita da una 'ontologica' presunzione di legittimità.

Entrambe queste qualità non sembrano adattabili alla conformazione del potere di ispezione a livello europeo. A dimostrazione di ciò, si considerino due profili: il primo relativo alla necessaria collaborazione con l'autorità *antitrust* nazionale; il secondo inerente il controllo preventivo svolto dall'autorità giudiziaria sempre nazionale.

Quanto al primo aspetto, l'autorità europea, prima di decidere un accertamento ispettivo, deve 'avvisare' in tempo utile il garante nazionale, ovvero 'sentire' l'autorità garante nel cui territorio devono essere effettuati gli accertamenti, ovvero ancora «agire previa consultazione» dell'autorità *antitrust*, a seconda, rispettivamente, che l'ispezione intrapresa sia deliberata con mandato, con decisione o riguardi locali non commerciali ([50]). Dunque, il livello di consultazione con le altre autorità di controllo cresce al mutare del contesto in cui si colloca l'atto ispettivo: più è intrusiva la relazione con i cittadini, più saranno intense le forme di collaborazione con i servizi nazionali.

Se è pur vero che si tratta di un parere obbligatorio e non vincolante, il cui esito negativo appunto non è in grado di bloccare l'iniziativa comunitaria, la preventiva consultazione, impone nondi-

---

([50]) Art. 20, par. 4; mentre in caso di presentazione di mandato scritto, secondo il par. 3, prima dell'accertamento, «la Commissione avvisa in tempo utile l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio essi devono essere compiuti».

meno una forma di condivisione dell'esercizio del potere con l'autorità domestica, la quale è chiamata, oltre tutto, a fornire utili informazioni, relative al luogo dell'ispezione, o ai funzionari che potrebbero essere coinvolti.

Principalmente, però, la consultazione è preordinata ad assicurare l'«assistenza all'esecuzione». Gli agenti dell'autorità nazionale sono tenuti a prestare un'attiva collaborazione, nell'esecuzione dell'ispezione, e le modalità procedurali sono quelle stabilite a tal fine dal diritto nazionale. L'osservanza di queste, durante l'esecuzione degli atti coercitivi, è garantita dal giudice nazionale (51). Giuridicamente questo aspetto non è indifferente, basti considerare che, ai funzionari nazionali, sono assegnati i medesimi poteri di cui dispone la Commissione (52). Tale ipotesi costituisce uno degli sporadici casi in cui vi è una norma comunitaria, attributiva del potere amministrativo, ad organi domestici.

Come accennato, nel caso di opposizione dell'impresa, interessata dall'accertamento, è all'autorità nazionale, unica detentrice della «forza esecutrice», che la Commissione deve rivolgersi. In questo quadro, il ricorso alla forza di polizia, necessario per superare la contraria volontà dei responsabili dell'azienda interessata, è un fenomeno tipico delle ispezioni amministrative, in funzione di tutela della concorrenza, anche a livello nazionale. È quest'ultima che, in caso di mancata collaborazione, consente l'accesso ai locali o le perquisizioni ai beni mobili.

D'altronde, anche nel sistema domestico, l'uso della forza è rimesso ad un diverso organo e proprio questa allocazione ne garantisce l'effettività. Ne è prova la parabola, a cui sono stati esposti, i poteri di indagine dell'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato. Già dalla legge istitutiva, essa ha avuto la facoltà di disporre di poteri

---

(51) «Spetta a ciascuno Stato membro disciplinare le modalità secondo cui l'assistenza delle autorità nazionali è fornita agli agenti della Commissione. A questo proposito, gli Stati membri devono garantire l'efficacia dell'azione della Commissione rispettando nel contempo i principi generali di cui sopra. Ne consegue che, entro questi limiti, è il diritto nazionale che stabilisce le modalità procedurali atte a garantire il rispetto dei diritti delle imprese. Di conseguenza la Commissione, quando intende attuare, col concorso delle autorità nazionali, misure di accertamento senza la collaborazione delle imprese interessate, deve osservare le garanzie procedurali stabilite a tal fine dal diritto nazionale», così in C. giust. Ce, *Hoechst* c. *Commissione*, cit., 2859, punti 33-43.

(52) Secondo la previsione dell'art. 20, par. 5.

ispettivi (53). Eppure, pur potendo ordinare accertamenti, al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, i suoi funzionari non erano in grado di superare la contraria volontà dei rappresentanti dell'impresa interessata (54). Infatti, nonostante potessero richiedere qualsiasi documento ed eseguire ispezioni, non erano forniti del potere coattivo di entrare in determinati locali, contro il consenso di chi ne ha la disponibilità.

È stata la spinta del diritto comunitario a permettere all'autorità nazionale di dotarsi di poteri di vigilanza più incisivi, necessari all'esercizio delle sue funzioni (55). Prima, l'art. 54, della l. 6 febbraio 1996, n. 52 (56), ha autorizzato l'autorità *antitrust* a richiedere l'intervento dei militari della Guardia di finanza, al fine di oltrepassare l'opposizione dell'ispezionato, purché l'indagine rientrasse nell'esecuzione di accertamenti richiesti dalla Commissione europea. Successivamente, a seguito di un tale regime, tale attività di collaborazione ha ricevuto una formalizzazione definitiva, nello svolgimento della complessiva attività giustiziale, tramite l'art. 10, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (57).

Dunque, attualmente l'effettività del potere di ispezione è garan-

---

(53) Art. 14, comma 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287. Per assolvere ai suoi compiti, «l'Autorità può in ogni momento dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria».

(54) In forza dell'art. 14, era possibile procedere ad ispezioni, ma non si poteva, ad esempio, portare a termine l'apertura coattiva di un bene mobile — si pensi ad un semplice cassetto — se l'impresa rifiutava di collaborare, così come non era consentito accedere a locali diversi da quelli di stretta pertinenza dell'azienda sottoposta ad indagine istruttoria. Difatti, tale esito è raggiungibile solo grazie all'impiego di una forza di polizia giudiziaria.

(55) La medesima parabola si riscontra con riguardo ai poteri di ispezione della Commissione nazionale per le società e la borsa, disciplinati dall'art. 187-*octies* del Testo unico della finanza, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58, come modificato a seguito del recepimento della direttiva n. 6/2003 relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato.

(56) Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 1994.

(57) *Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'autorità garante della concorrenza e del mercato.* Al comma 4 del medesimo articolo, è inoltre aggiunto che: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell'espletamento delle istruttorie di cui al titolo II della l. 10 ottobre 1990, n. 287, si avvale della collaborazione dei militari della Guardia di finanza che agiscono con i poteri e con le

tito per mezzo della collaborazione dei militari della Guardia di finanza, che attuano gli accertamenti richiesti, servendosi dei poteri di indagine ad essi attribuiti ai fini dell'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte sui redditi (58). In questo modo, si consente di finalizzare diversamente questi poteri, dirigendoli verso la tutela della concorrenza, e rendendo così possibile l'accesso coattivo, non solo ai locali destinati all'esercizio della professione, ma anche alle abitazioni personali degli interessati (59), al fine di ricercare dati o documenti, purché non vengano lese le garanzie costituzionali del domicilio (60).

Alla luce di queste considerazioni, gli strumenti autoritativi di indagine, di origine europea, in maniera analoga a quelli nazionali, non appaiono dotati dell'attributo dell'assolutezza. La preventiva consul-

---

facoltà indicati al comma 2 utilizzando strutture e personale esistenti e in modo da non determinare oneri aggiuntivi».

(58) L'art. 33, d.P.R. n. 600/73, in combinato disposto con l'art. 52, d.P.R. n. 633/72, attribuisce alla Guardia di finanza il potere di accedere nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, nei locali adibiti anche ad abitazione (con l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica), ed in ogni altro locale (fermo restando che esso deve essere autorizzato dal Procuratore della Repubblica e deve essere necessitato dalla sussistenza di gravi indizi di violazione delle norme) allo scopo di reperire libri, registri, documenti, scritture e altre prove delle violazioni. Sul punto, si v. il *Protocollo d'intesa relativo ai rapporti di collaborazione tra l'autorità garante della concorrenza e del mercato e la Guardia di finanza*, stipulato il 12 dicembre 1997.

(59) Non è chiaro, tuttavia, se nell'ordinamento nazionale l'autorità per la concorrenza disponga del potere di ispezione nei luoghi di domicilio. Così, in Cons. St., sez. cons. atti normativi, 15 dicembre, 1997, n. 170/97, in *Cons. St.*, 1998, I, 719, secondo il quale «l'art. 10, comma 5, del regolamento adottato in base alla l. 10 ottobre 1990, n. 287, diretto a disciplinare le procedure istruttorie dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, deve essere interpretato nel senso che il potere di ispezione dei funzionari è limitato ai locali dell'azienda con esclusione dei luoghi di residenza o di domicilio assolutamente estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine».

(60) Forme di collaborazione tra organi dello Stato, così strutturate, non sono sporadiche. Anzi, ne va registrato un incremento, in particolare, da parte delle autorità indipendenti. Si pensi, ad esempio, agli ultimi sviluppi, in tema di indagini ispettive, condotte nei confronti delle società di distribuzione e vendita del gas, in relazione al ruolo svolto dall'autorità per l'energia elettrica e il gas. Nel protocollo d'intesa 25 marzo 2004, la medesima autorità ha sottoscritto un accordo con la Guardia di finanza relativo alle ispezioni presso le società di distribuzione e vendita del gas. Sono previsti i contenuti e le modalità di effettuazione delle ispezioni, dirette ad acquisire informazioni e documenti «allo scopo di verificare la corretta applicazione delle metodologie tariffarie e delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale definite dall'autorità», in *Osservatorio delle autorità indipendenti*, in *G.d.a.*, 2004, 775.

tazione con il garante domestico, la necessaria assistenza di quest'ultimo, il ricorso alla forza esecutrice di un organo differente, sono tutti tasselli che mostrano una frammentazione e una pluralizzazione dell'esercizio del potere.

Quanto al secondo aspetto, le ispezioni sovranazionali, quando sia previsto dalla legislazione nazionale ovvero quando investono domicili privati, devono essere previamente autorizzate dalla autorità giurisdizionale domestica. A tal fine, essa «controlla l'autenticità della decisione e verifica che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all'oggetto degli accertamenti». Nell'esecuzione di questa verifica, il giudice può chiedere all'autorità di controllo «una spiegazione dettagliata dei motivi per i quali la Commissione sospetta un'infrazione, nonché della gravità della presunta infrazione e della natura del coinvolgimento dell'impresa interessata». Ciononostante, il giudice «non può né mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione». Infine, «il controllo della legittimità della decisione della Commissione è riservato alla Corte di giustizia» (61).

Ora, è indubbio che la c.d. riserva di giurisdizione rappresenta la migliore garanzia per la tutela del «momento di libertà» degli amministrati. Dal momento che l'ispezione, quale strumento ad esecuzione immediata, una volta posta in essere, 'consuma' il diritto fondamentale, l'autorizzazione consente al giudice di neutralizzare preventivamente l'esecuzione di procedure ispettive manifestamente illegittime (62). Questa garanzia, come sottolineato, non opera in tutte le ipotesi, ma solo quando l'accesso coattivo riguarda luoghi in cui si esplica la vita privata (sempre) ovvero locali commerciali (a patto che sia così previsto dalla legislazione nazionale). Tale differenziazione, tra ispezioni soggette anche a controllo *ex ante* e ispezioni soggette solo a controllo *ex post*, sussiste anche nei sistemi amministrativi domestici (63). Del resto, le norme di garanzia, sopra esaminate, non impongono né l'equiparazione delle tutele tra locali commerciali e

---

(61) Secondo la previsione dell'art. 20, par. 8.

(62) Si v. *Conclusioni* dell'Avv. Gen. Mischo, 20 settembre 2001, causa C-94/00, *Roquette Frères SA*, par. 46, in cui si propone la previsione di un «mandato di perquisizione» concesso dalla Corte o dal tribunale agli agenti della Commissione.

(63) Sulla distinzione tra ispezioni «da deliberare con atto giudiziale» e ispezioni «regolabili con leggi speciali e per questo implicitamente affidate ad una ordinaria competenza di organi amministrativi», nell'art. 14 della Costituzione italiana, si v. G.

domicili privati né l'impiego obbligatorio dell'autorizzazione preventiva, bensì rimettono entrambe le scelte al legislatore (64).

Il ruolo dell'organo giurisdizionale nazionale, apparentemente, sembra piuttosto circoscritto. Questi non può invadere i campi riservati ad altri poteri. Difatti, non può porre in essere un sindacato di merito sulla necessità dell'ispezione, riservato alla Commissione, così come non può espletare un pieno controllo di legittimità sull'adozione di questa misura, assegnato alla competenza esclusiva della Corte di giustizia (65). Questi, invece, deve, verificata l'autenticità della richiesta della Commissione, valutare l'arbitrarietà dell'accertamento, ossia accertare che esso sia motivato dall'esistenza di serie presunzioni, relative a pratiche anticoncorrenziali. Sotto questo profilo, come evidenziato, l'accento è posto sulla motivazione, che contiene quelle circostanze di fatto che giustifichino l'intervento, non avendo il giudice accesso al fascicolo d'ufficio. Inoltre, deve stabilire che la richiesta di ispezione non sia sproporzionata, rispetto all'oggetto dell'accertamento, ponderando la gravità della sospetta infrazione, il grado di coinvolgimento dell'impresa, la rilevanza di quanto cercato (66).

AMATO, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Rapporti civili*, (Art. 13-20), Bologna-Roma, 1977, *sub* art. 14, 60.

(64) Sul primo punto, secondo la Corte di Strasburgo, pur avendo l'espressione 'domicilio' un significato più ampio della parola 'abitazione', nel quale sono inclusi i locali professionali, ai secondi può essere assicurata una tutela meno ampia di quella di cui godono le abitazioni, secondo il margine di discrezionalità degli Stati contraenti, si v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 1992, *Niemietz* c. *Germany*, par. 31; 16 aprile 2002, *Stès Colas* c. *France*, par. 49. Sul secondo, la Corte ha considerato legittima un'ispezione domiciliare, anche se non preceduta da un'autorizzazione giudiziale, 16 dicembre 1997, *Camenzind* c. *Switzerland*, par. 46.

(65) D'altronde, è frequente che lo *standard of review*, nelle ispezioni amministrative, sia più permissivo rispetto alle ispezioni che intervengono nelle indagini penali. Nel diritto amministrativo statunitense, esclusivamente le ispezioni dei pubblici funzionari, che comportano un'intrusione nella sfera personale privata, richiedono un controllo preventivo giudiziario, secondo la previsione del *Fourth Amendment*. Nondimeno, rispetto a questo controllo «[t]he standard for obtaining a search warrant is lower [...] than in criminal cases». In particolare, la promozione di un interesse pubblico comporta il venir meno del requisito della ragionevole probabilità che ivi si trovino prove idonee a dimostrare la sospetta infrazione, ampliandosi così inevitabilmente le ipotesi in cui l'autorità pubblica possa ricorrervi. Sul punto, per la giurisprudenza, si v. Us Supreme Court, *Camera v. Municipal Court*, 387 Us 523 (1967); per la dottrina, D.E. HALL, *Administrative Law: Bureaucracy in a Democracy*, New Jersey, 2006, 147 ss.

(66) A tal proposito, si v. M. MEGLIANI, *Ispezioni domiciliari e normativa comunitaria* antitrust. *Una prima riflessione*, cit., 123.

Se, a ciò, si aggiunge che tale autorizzazione non costituisce un atto dovuto, per il giudice nazionale, bensì può essere negata, in presenza di informazioni insufficienti (67) — pur nel rispetto dell'obbligo che incombe su tutti gli operatori giuridici di collaborare e cooperare lealmente con le istituzioni comunitarie, sancito in via generale all'art. 10 Trattato Ce (68) — il quadro di riferimento sembra mutare aspetto. Pertanto, da un lato, la Commissione, per riuscire nel suo proposito, ha l'obbligo di indicare, nel modo più dettagliato possibile, gli elementi a sua disposizione e gli obiettivi perseguiti. Dall'altro, il giudice, potendo impedire l'esecuzione dell'intervento, in primo luogo, e potendo verificare 'anche' la proporzionalità della misura coercitiva, in secondo luogo, non fa altro che convogliare l'esercizio del potere autoritativo e assumerne la 'paternità'; così come avviene nell'ordinamento italiano, in cui l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica, all'accesso domiciliare, in caso di gravi indizi di violazione delle norme tributarie, costituisce un provvedimento amministrativo (69). In particolare, si tratta di una fase di controllo

---

(67) Si ritiene, ad esempio, che, qualora le informazioni non siano così circostanziate, oppure il coinvolgimento dell'impresa sia troppo labile, oppure ancora il danno poco significativo rispetto alla lesione alla vita privata, il giudice potrà rifiutare l'autorizzazione per assenza di proporzionalità.

(68) Nella logica del principio di collaborazione e cooperazione, il giudice nazionale è legittimato a rifiutare l'autorizzazione richiesta, ma solo dopo l'esperimento della *positive comity*; quindi, deve prima informare la Commissione della carenza di documentazione, sollecitando eventualmente la trasmissione di informazioni supplementari, sempre fermo restando il limite che l'autorità giudiziaria nazionale non può accedere al fascicolo d'ufficio. In assenza di risposte utili, l'autorizzazione potrà essere respinta. Il giudice nazionale è tenuto ad assicurare la tutela delle informazioni così ottenute, si v. Trib. primo grado Ce, 18 settembre 1996, in causa T-353/94, *Postbank*, in *Racc.*, 1996, II, 921 ss.

(69) Cass., sez. un., 21 novembre 2002, n. 16424, in *Foro it.*, 2003, I, 123. Ed è un provvedimento che si inserisce nella fase preliminare del procedimento di formazione dell'atto impositivo ed ha lo scopo di verificare che gli elementi offerti dall'ufficio tributario siano consistenti ed idonei ad integrare gravi indizi. Tale atto si inserisce nel procedimento attraverso il quale l'amministrazione esercita il potere impositivo, condizionandone la legittimità. Il decreto del Procuratore della Repubblica che autorizza la perquisizione del domicilio del contribuente, ai fini di un controllo in materia di imposte dirette e di imposta sul valore aggiunto, è suscettibile di essere sindacato dal giudice tributario, così in Cass., sez. trib. 3 dicembre 2001, n. 15230, in *Foro it.*, 2002, I, 727, ed in *Rass. trib.*, 2002, 641, con nota di R. Lupi. In caso di assenza, abnormità, insufficienza e incongruenza della motivazione, il decreto è illegittimo. La motivazione, inoltre, deve essere precisa e circostanziata e non è sufficiente il richiamo all'esistenza di una o più fonti confidenziali anonime denuncianti l'esistenza di violazione delle

ulteriore, che si svolge, tramite un organo giurisdizionale, operante in via amministrativa.

In definitiva, certamente non vi è una «riserva di decisione», in capo all'organo esecutivo comunitario, poiché l'organo di controllo ha necessità di rivolgersi ad un giudice, per realizzare la propria intenzione conoscitiva; mentre, sembra piuttosto che l'atto di autorizzazione del giudice partecipi della natura amministrativa del procedimento di ispezione, trasferendo così ad un organo giurisdizionale nazionale, che opera in via amministrativa, l'adozione del provvedimento coattivo.

Si tratta, in sostanza, di una via intermedia tra un *potere esecutorio* e un *potere ad accertamento giudiziale della pretesa.* Non è esecutorio, perché abbisogna dell'autorizzazione del giudice per essere eseguito, e non è ad accertamento giudiziale, poiché l'azione amministrativa è valutata sempre preventivamente, e non solo in caso di insuccesso, al fine di superare la contraria volontà del privato di conformarsi alla decisione.

Se si ritiene, dunque, determinante l'opera del giudice nazionale, dal quadro tracciato sembra emergere questo schema di ripartizione delle competenze tra livello europeo e nazionale. Alla Commissione spettano in generale i poteri di accertamento, mentre i provvedimento coercitivi — che implicano il potere di forzare l'accesso a locali, nonché quello di procedere a perquisizioni, senza l'autorizzazione dei responsabili dell'impresa — principalmente sembrano rientrare nella competenza delle autorità nazionali, amministrative o giurisdizionali (70).

Dalla necessaria cooperazione tra i due livelli discende, nel complesso, il buon funzionamento del potere ispettivo. Da un lato, la Commissione adotta una decisione di ispezione, vincolante per le imprese, solo dopo aver sentito l'autorità garante domestica. Dall'altro, se occorre superare la resistenza dei responsabili dell'azienda, l'organo di controllo nazionale ricorre alla forza di polizia, nell'esecuzione di un comando, attivato dalla Commissione. Da un lato, la Commissione collabora con il giudice domestico, fornendogli le informazioni necessarie ad effettuare il controllo *ex ante.* Dall'altro, l'autorità giudiziaria nazionale verifica che la misura della Commissione non sia né arbitraria né sproporzionata ed accetta — facendosene

---

norme tributarie; essa deve dare conto dei gravi indizi del verificarsi dell'illecito fiscale e deve appurare la correttezza in diritto del relativo apprezzamento.

(70) C. Giust. Ce, *Roquette*, cit., punto 57 e 58.

carico — l'esercizio coattivo del potere. Si realizza una sorta di *network* tra organi amministrativi e giurisdizionali, europei e nazionali, dai modi di collegamento del quale trae origine l'intero esplicarsi del potere (71).

4. L'ispezione prende forma mediante una sequenza di comportamenti, preordinati all'acquisizione di conoscenze. Consistendo in operazioni materiali ed esternandosi tramite «una modificazione diretta della realtà» (72), su di essa si sono sviluppati due indirizzi divergenti. Da un lato, chi la ha considerata una semplice operazione amministrativa ovvero un complesso di comportamenti; dall'altro, chi ne ha riconosciuto la natura complessivamente di atto amministrativo (73). È indubbio, tuttavia, che l'insieme delle diverse sequenze abbia una rilevanza unitaria e che possa, nel complesso, parlarsi di una fase procedimentale autonoma, come tale impugnabile dinanzi all'autorità giudiziaria.

Sull'impugnabilità degli atti di esercizio del potere ispettivo, nell'ordinamento comunitario, non vi è dubbio (74). La verifica giurisdi-

---

(71) Potrebbe verificarsi anche il rischio che si stabilizzino difformità procedurali all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, principalmente nei rapporti di collaborazione tra Commissione e autorità giudiziarie nazionali. D'altronde, qualora queste difformità o dissonanze mettano a rischio l'applicazione uniforme del diritto comunitario della concorrenza, occorrerà che la Comunità predisponga regole procedurali uniformi, nel rispetto delle competenze degli Stati membri, tramite una direttiva che si proponga di armonizzare gli elementi essenziali della procedura nazionale.

(72) M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 178.

(73) Quanto alla prima posizione, si v., in particolare, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 616; quanto alla seconda posizione, viceversa, S. Valentini, *Le ispezioni amministrative*, cit., 86.

(74) Occorre distinguere tra l'impugnazione dell'autorizzazione giudiziale preventiva, che deve svolgersi in ambito nazionale, ed il ricorso avverso la decisione comunitaria di ispezione. Costituiscono, infatti, due fasi diverse della medesima procedura: la prima è circoscritta ai profili di esecuzione che coinvolgono l'autorità nazionale, mentre la seconda riguarda il momento a livello europeo della decisione di accertamento. A proposito della prima, nell'ordinamento italiano si presentano dei profili di criticità, poiché non esistono meccanismi *ad hoc* di ricorso, avverso chi attua la decisione. Due possono essere le soluzioni: *a*) interpretare estensivamente l'art. 111 Cost., che prevede il ricorso in Cassazione anche contro i provvedimenti sulla libertà personale, propendendo così per un sistema identico a quello francese; *b*) convogliare le reazioni avverso le decisioni poste in essere dalla Commissione, dinanzi la Corte di giustizia, facendo valere altresì le norme procedurali nazionali. Nell'ambito di questa verifica giurisdizionale, il giudice nazionale potrebbe sollevare una questione pregiu-

zionale dell'attività amministrativa si realizza con il controllo di legittimità della decisione, riservato alla Corte di Giustizia, secondo il par. 8 dell'art. 20 e il par. 3 dell'art. 21 (75). Anche se è così indicato nella disposizione, il ricorso si intende come da proporsi dinanzi al tribunale di primo grado (76). Il parametro di validità, in base al quale il giudice è tenuto a valutare l'esercizio del potere, è costituito da un complesso variegato di norme, di cui fanno parte le norme di garanzia, che definiscono la portata del diritto fondamentale, la norma che attribuisce il potere e ne regola l'esercizio, e i principi generali che governano l'attività amministrativa europea.

Ai fini dell'analisi fin qui svolta, due sono gli aspetti che meritano di essere considerati: i caratteri del sindacato ed il rimedio a tutela del privato leso. I due profili sono connessi.

Di norma, nei sistemi nazionali, può essere impugnata l'autorizzazione preventiva del giudice, la relazione o il verbale di ispezione, ovvero l'atto finale del procedimento, che recepisce i risultati di questa fase istruttoria, ma è molto raro che si preveda il ricorso avverso la decisione di ispezione, come avviene nell'ordinamento comunita-

---

diziale, *ex* art. 234 Trattato Ce, riguardante l'interpretazione o la validità della decisione, con cui la Commissione ordina l'ispezione. Questo potere, secondo la Corte di Lussemburgo, va usato, con particolare attenzione, nella fase del giudizio di controllo sulla non arbitrarietà e proporzionalità della decisione comunitaria, allo scopo di non paralizzare l'azione della Commissione. Nella sentenza *Roquette*, cit., punto 67, si afferma che non costituisce una violazione al principio di leale collaborazione il rinvio pregiudiziale, da parte del giudice di legittimità, competente per l'impugnazione dell'atto di autorizzazione, in quanto l'accertamento della Commissione si è già esaurito.

(75) Sulla tutela giurisdizionale avverso atti amministrativi comunitari, si v., principalmente, D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in questa *Rivista*, 2002, 683 ss.; B. LOCORATOLO, *Il sistema giurisdizionale comunitario. Novità e prospettive tra il Trattato di Nizza ed il progetto di Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 446 ss. Con riferimento ai diritti fondamentali, si v. A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali 'assoluti' nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. intern.*, 2006, 644 ss.

(76) Né è esclusa l'applicazione di misure cautelari, fra cui la sospensione dell'atto, sempre che il ricorrente provi che, dall'esecuzione della misura, gli derivi un danno serio e irreparabile, in conformità all'art. 242 Trattato Ce. Tale evenienza risulta comunque rara e legata a possibili ritardi nell'esecuzione dell'ispezione. Potrebbe avverarsi nell'ipotesi in cui, in ambito nazionale sia impugnata l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria nazionale, dinanzi ad una Corte superiore, la quale a sua volta sollevi una questione pregiudiziale, *ex* art. 234 Trattato Ce. Altrimenti, essendo l'ispezione contestuale alla notifica della decisione, appare difficilmente praticabile un ricorso sospensivo.

rio (77). La motivazione di tale discordanza deve essere ricercata nel differente sindacato messo in atto dal giudice europeo. Siccome le norme di garanzia comandano che l'ingerenza nella sfera privata debba essere necessaria per il benessere economico e che tale parametro debba essere verificato sia in via astratta sia in ciascun caso concreto, all'organo giurisdizionale spetta valutare la necessità dell'accertamento, ossia «il carattere convincente o meno degli argomenti presentati dalla Commissione per giustificarlo» (78), anche se questa pronuncia interviene una volta che l'accertamento abbia avuto luogo. Non si vedrebbe, altrimenti, il senso della previsione che accorda al privato il potere di impugnare unicamente la decisione europea che ordina l'ispezione.

Muta, di conseguenza, il carattere del sindacato. Il controllo non è diretto a verificare la legittimità, quanto piuttosto la fondatezza dell'ordine di ispezione. Attraverso di esso, si intende sondare la consistenza degli indizi e delle informazioni, di cui l'autorità disponeva al momento di decidere, che le consentivano, a norma di legge, di far uso di un tale potere autoritativo. E, modificato lo *standard of review*, la fase ispettiva diviene impugnabile *ex se*, in considerazione dei diritti fondamentali che viene ad interessare.

In questo quadro, la tutela giurisdizionale, assicurata dalla Corte di Giustizia, sembra presentare un ulteriore carattere di garanzia per i privati destinatari dell'ispezione. Sembra delinearsi, infatti, «una giurisdizione costituzionale delle libertà», pur essendo la Corte un giudice di legittimità, forgiato per tutelare interessi, più che per la difesa di diritti, sulla scorta dell'esempio francese. Nondimeno, esso assomma anche funzioni di tribunale costituzionale (79). Dinanzi ad esso, i singoli

---

(77) La medesima facoltà non è riscontrabile, ad esempio, nell'ordinamento italiano. Né la relazione o il verbale di ispezione sono considerati immediatamente lesivi dall'ordinamento nazionale, per cui in relazione a questi non è attuale l'interesse del ricorrente. L'assenza di tutela giurisdizionale avverso la relazione o il verbale di ispezione è ovviata dalla facoltà di impugnare l'atto finale del procedimento. I poteri di ispezione esercitati dall'autorità *antitrust*, essendo posti nell'esercizio di funzioni amministrative, intesi alla prevenzione di futuri comportamenti antigiuridici, e non ai fini dell'accertamento e della repressione di illeciti penali, sono sindacabili dal giudice amministrativo. Così, in relazione ai poteri di ispezione e di vigilanza esercitati dagli ispettori del lavoro, Cons. St., sez. II, 5 maggio 1982, n. 540, in *Cons. St.*, 1984, I, 1610.

(78) *Conclusioni* dell'Avv. Gen. Mischo, cit., par. 45. Peraltro, come sopra indicato, all'autorità giudiziaria nazionale è precluso un giudizio sulla necessità degli accertamenti, ordinati dalla Commissione.

(79) Come evidenziato da L. Torchia, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir.*

possono far valere il diritto fondamentale al rispetto della propria vita privata, regolato dalle norme di garanzie, nei confronti di ogni possibile tipo di violazione posta in essere dalla Commissione e, tramite il sindacato accentrato, l'attività dei poteri comunitari è valutata secondo criteri uniformi.

Il giudizio presenta, rispetto alla *Verfassungsbeschwerde* tedesca o al *recurso de amparo constitucional* spagnolo, alcune affinità ([80]). Il ricorso avverso la decisione di ispezione è diretto da parte del cittadino, in difesa del suo diritto fondamentale, nonostante si incardini all'interno di un giudizio di legittimità. La Corte opera come un giudice di ultima istanza, sopraordinato rispetto all'autorità comunitaria. Le sue pronunce hanno efficacia *erga omnes* e non solo *inter partes*. Vi si trova il richiamo ai diritti fondamentali, ai fini di un contemperamento degli interessi, anche se è presente il rischio che venga affermata la prevalenza di quelli affidati alla cura dell'amministrazione europea.

La tutela del «momento di libertà» è assicurata, inoltre, dal rimedio che consegue ad una pronuncia di invalidità dell'azione ispettiva: i risultati istruttori prodotti divengono inutilizzabili e il successivo provvedimento, adottato dall'amministrazione, sulla base di essi, è privato *ab origine* della sua efficacia ([81]). Alla Commissione, infatti, «è impedito di valersi, ai fini della procedura di infrazione alle norme comunitarie sulla concorrenza, di tutti i documenti o atti proba-

---

pubbl., 2001, 405 ss., la Comunità ha sempre avuto una «prospettiva antropocentrica», in cui l'interlocutore principale è il cittadino. Questo aspetto deve essere inquadrato in relazione al ruolo della Corte di giustizia. Ne aveva già evidenziato le funzioni di giudice costituzionale, S. Cassese, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in questa *Rivista*, 1991, 771. Nel progetto di Costituzione europea vi è un implicito riconoscimento della Corte di giustizia come giudice costituzionale; l'art. 28, infatti, dispone che la Corte assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione della Costituzione. Sul tema, si v. F.G. Jacobs, *Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice*, in *ELR*, 2001, 331 ss.

([80]) Si v. L. Paladin, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corte costituzionali europee: spunti comparatistici*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali* a cura di L. Carlassare, Padova, 1988, 11; U. Allegretti-A. Pubusa, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali* a cura di L. Lanfranchi, Roma, 1997, 414.

([81]) Lo stesso vale nell'ordinamento italiano. Cass., sez. trib., 3 dicembre 2001, n. 15230: «gli avvisi di accertamento [...] motivati con riferimento a dati acquisiti dall'amministrazione finanziaria a seguito di accessi nell'abitazione dei contribuenti, che siano [...] illegittimamente autorizzati dal Procuratore della Repubblica, sono invalidi ed insuscettibili di produrre effetti [...]».

tori», (82) che essa si è procurata in occasione dell'accertamento invalido. Vi è, in sostanza, una reintegrazione piena della lesione procurata, se si esclude il danno materiale, prodotto dall'ingresso illegittimo nel domicilio, personale o professionale, per cui vigono i criteri della responsabilità extracontrattuale e del risarcimento per equivalente.

5. Dal quadro delineato emerge che la tutela del mercato, in ambito europeo, presuppone e non può rinunciare agli strumenti di comando (83). Al fine di esercitare al meglio il suo ruolo arbitrale, la Commissione deve disporre di strumenti autoritativi, che la pongano al di sopra delle parti. I procedimenti di controllo, pur se nelle linee generali ispirati ad un rinnovato rapporto pubblico-privato, svelano di converso un marcato ricorso all'autoritarismo dei modelli tradizionali. In quest'ambito, il diritto amministrativo e il diritto europeo coesistono e rivelano simmetrie: entrambi necessitano di imporre restrizioni alla libertà privata e, nel contempo, premono per un perfezionamento delle tecniche di garanzia a tutela del cittadino.

Se questo è vero, però, tale dato deve essere innestato nell'attuale realtà di *governance* complessa, in cui le autorità pubbliche collaborano tra loro, su un piano orizzontale, per il raggiungimento di obiettivi comuni. Dunque, se la necessità, a cui l'ispezione risponde, è la medesima, diversa è la struttura del potere a livello europeo.

Nell'ordinamento domestico, la potestà ispettiva, in ragione delle sue caratteristiche, si presta ad essere declinata nelle forme della logica

---

(82) C. Giust. Ce, *Roquette*, cit., punto 49, che prosegue: «sotto pena di esporsi al rischio di annullamento, da parte del giudice comunitario, della decisione relativa all'infrazione nella parte in cui essa fosse fondata su mezzi probatori del genere».

(83) A questo proposito, J.S. Venit, *Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement Under Articles 81 and 82 of the Ec Treaty*, cit., 566, soffermandosi sul rafforzamento dei poteri della Commissione, specifica tuttavia che «it is notable that these expanded powers still fall far short of those of other authorities, most notably the Canadian competition authority and the Us Department of Justice whose enforcement arsenal is considerably strengthened by criminal sanctions imposable on firms and their employees, not only for substantive infringements but also for perjury and obstruction of justice with respect to the agency's investigation, in addition to the ability to, *inter alia*, compel testimony under oath». Anche se è nondimeno vero che «the changes introduced by the Regulation will bring the European enforcement system closer to the Us model», secondo M. Monti, *Antitrust in the Us and Europe: A History of Convergence*, Roundtable of the American Bar Association, Washington Dc, 14 novembre 2001, reperibile su *http://europa.eu.int/comm/competition/speeches*.

bipolare, dove autorità e libertà si incontrano e si scontrano, secondo le raffigurazioni della scienza amministrativistica della metà del secolo scorso. Infatti, c'è *command and control*, non negoziazione; c'è un procedimento, non libertà delle forme; c'è un interesse generale, imposto *a priori* dalla legge, e collocato come finalità superiore alla libertà del singolo, non un'armonizzazione di interessi individuali.

Nell'ordinamento comunitario, invece, il potere autoritativo non sembra declinabile nella logica bipolare, quanto piuttosto in una relazione tripolare, in cui vi sono reciproche cooperazioni tra Commissione, organi nazionali e cittadini. Ognuno dispone di una fetta di competenza e legittima l'operato dell'altro, in un sistema di pesi e contrappesi. Come sopra evidenziato, il comando è rappresentato da un «potere condiviso», al quale partecipano soggetti pubblici nazionali e sovranazionali. Del resto, l'Unione è un potere pubblico strutturalmente diverso da quello statale ([84]).

Basti considerare il profilo dell'unilateralità del potere coercitivo: l'ordine di ispezione, pur promanando da un organo comunitario, non viene portato a compimento in modo autonomo, ma con la collaborazione delle autorità nazionali. Il potere comunitario non opera attraverso i governi nazionali, bensì sotto il controllo di questi. Allo stesso modo, è decisivo il ruolo svolto dal giudice nazionale. «Il diritto amministrativo diviene, così, più complesso disponendosi su più livelli (comunitario e nazionale) e risultando dall'interazione di tali livelli» ([85]).

Al mutare della struttura del potere, viene a mutarsene anche l'utilizzo. Non vi è una enfatizzazione del potere di supremazia. Essendo un potere complesso, spesso costituisce una seconda scelta, mossa da ragioni di necessità.

A ciò seguono due considerazioni. Primo, un potere siffatto è quasi un'eccezione a fronte della panoplia degli strumenti che caratterizzano le istituzioni comunitarie (rientranti nei concetti dell'*interest*

([84]) S. Cassese, *L'integrazione attraverso il diritto: equilibrio dei poteri e legittimazione nella nuova Unione europea*, in *G.d.a.*, 2003, 871.

([85]) S. Cassese, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in questa *Rivista*, 2003, 37. Anche se in modo strutturalmente diverso, il diritto europeo conosce la nozione di supremazia, per cui «tutti i soggetti di diritto comunitario» hanno «l'obbligo di riconoscere la piena efficacia degli atti delle istituzioni, finché la Corte non ne abbia dichiarato l'invalidità e di rispettarne la forza esecutiva finché la Corte non abbia stabilito di sospenderne l'esecuzione», così in C. Giust. Ce, *Hoechst*, cit., par. 64; 13 febbraio 1979, causa C-101/78, *Granaria*, par. 5, in *Racc.*, 1979, 623.

representation model e dell'«arena pubblica»). Secondo, esso appare come un attributo fondamentale, perché si tratta di un potere che è stato ampliato in coincidenza con l'applicazione decentrata del diritto europeo della concorrenza. Sembra allora potersi affermare che la Comunità ricorra raramente ai poteri autoritativi — d'altronde, anche negli ordinamenti statali sono in fase recessiva — ad eccezione dei casi in cui compensino una privazione di parte delle funzioni pubbliche.

Lo stesso discorso non può essere fatto riguardo le garanzie a tutela del privato. Secondo un processo di osmosi, l'ordinamento europeo sembra aver assorbito e recepito buona parte dei canoni, che sono emersi dalla dialettica 'interna' tra l'autorità e la libertà, adottando un modulo che si presenta in linea con gli sviluppi più recenti di questo dibattito (86). Pur essendo plurale il sistema delle fonti del diritto, nondimeno il potere europeo rimane soggetto ad un efficace sistema di controllo, comparabile ad una giurisprudenza costituzionale sulle libertà. E si rafforza una originale legittimazione in base al diritto che, alla tecnica della riserva di legge, affianca lo strumento del controllo al livello nazionale.

In definitiva, l'ordinamento comunitario, concretamente, ha circondato l'esercizio di questo potere di limiti e garanzie a tutela del cittadino comunitario (87). Si tratta di un potere fondato su un diritto scritto, in cui non trova cittadinanza un ruolo creativo del giudice, se non in ambiti circoscritti (88). Quindi, pur realizzandosi, nel sistema comunitario, una contrapposizione dialettica tra il momento dell'autorità e il momento della libertà, dove l'amministrazione ha poteri derogatori e il privato dispone di diritti fondamentali, i caratteri ablatori e restrittivi di questa attività sono ampiamente bilanciati dal regime, costellato da obblighi e da limiti, e dalle garanzie giurisdizionali dei diritti dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri.

---

(86) In questo, si conferma che «il diritto amministrativo europeo include i diritti amministrativi nazionali», così in S. Cassese, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1135 ss.

(87) Del resto, nella parabola istituzionale dell'ordinamento comunitario, i privati sono «divenuti prima elettori del Parlamento europeo, poi cittadini dell'Unione, infine titolari di diritti sanciti da una Costituzione europea», così in S. Battini, *Presentazione* a M.S. Giannini, *Profili di diritto amministrativo*, cit., 981.

(88) Può d'altronde considerarsi ampiamente superato il tempo in cui l'ordinamento comunitario si caratterizzava come ricco di lacune normative, come rilevava F. Capotorti, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. comunit. scambi intern.*, 1983, 413.

In questa prospettiva, si realizza un «trapianto di culture giuridiche» (89), dall'ambito domestico a quello sovranazionale e, allo stesso tempo, si conferma che gli istituti cambiano e si adattano all'ambiente giuridico. Pur prendendo essi nuove forme, dal lato delle garanzie sono rispettate le tradizioni giuridiche e sono osservati quei modelli — la riserva di legge, la funzionalizzazione del potere, l'articolazione procedimentale, la riserva di giurisdizione, il controllo successivo — presenti negli Stati membri e tesi a proteggere il cittadino.

(89) S. CASSESE, *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, in questa *Rivista*, 1989, 682.