

Articoli e saggi

Sul problema del 'doppio' rinvio pregiudiziale alla CGUE a margine del recente orientamento del Consiglio di Stato. Quale ruolo per il Giudice amministrativo?

Francesco Tomasicchio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Questioni e controversie intercorrenti tra il Giudice Amministrativo e la CGUE: il problema del 'doppio' rinvio pregiudiziale. – 3. Il confronto tra giudice interno e giudice sovranazionale: l'esercizio del sindacato pieno. Ipotesi e prospettive problematiche. – 4. Il giudice amministrativo quale argine (indispensabile) alle insidie tese dai nuovi sovrani economici? Alcune considerazioni finali.

1. *Premessa*

Al fine di incentivare e portare a compimento il processo di costruzione europea, si è ritenuto indispensabile, nel corso degli anni, garantire l'esatta applicazione del diritto sovranazionale all'interno degli ordinamenti degli Stati e, al contempo, l'uniformità della sua interpretazione. Questo arduo compito è stato svolto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sin dalle sue prime sentenze, volte ad affermare la primazia del contenuto dei Trattati, ordinando, quando opportuno, la disapplicazione delle norme nazionali contrastanti¹. L'evoluzione dell'ordinamento giuridico europeo, la sua natura *multilevel* e la sua sempre maggiore pervasività dovuta alle competenze a essa attribuite dai Trattati hanno registrato un impatto non indifferente sugli ordinamenti interni. Il che, tuttavia, non è sempre coinciso con una automatica e diretta applicazione, nei Paesi membri, delle decisioni assunte nel consesso sovranazionale².

Piuttosto, il nostro tempo è in grado di dimostrare come siano sempre più frequenti le interlocuzioni tra corti, come le controversie giurisdizionali nelle quali il giudice interno adisce, in via pregiudiziale, la Corte di giustizia.

¹ *Ex multis*, Corte di giustizia delle Comunità europee, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*; 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa/Enel*.

² Il tema è stato ripreso, da ultimo, da L.F. Pace, *Il principio del primato è "sotto attacco"? Brevi note su (presunti) limiti scaturenti dalle Costituzioni nazionali e dal sindacato delle Corti costituzionali*, in *BlogDue* del 5 ottobre 2022, 1 ss.

È il caso delle numerose richieste di intervento in giudizio che, da ultimo, il giudice amministrativo italiano effettua al giudice del Lussemburgo affinché sciogla ogni dubbio in merito alle disposizioni europee di cui ritiene dubbia l'esatta interpretazione, procrastinando, in tal modo, la propria decisione finale sul merito della causa.

La pluralità dei rinvii si interseca, al contempo, con il sindacato che il giudice nazionale è chiamato comunque a esercitare nelle controversie in cui sono presenti interessi molteplici e di diversa natura.

In questo breve lavoro si intende porre in risalto alcune tra le più importanti posizioni assunte dal Consiglio di Stato in parte della sua recente giurisprudenza³. Tra le questioni principali su cui si intende soffermarsi e che sono state affrontate dal giudice amministrativo risaltano, sopra tutto, la delicata quanto complicata questione del doppio rinvio pregiudiziale da parte del giudice amministrativo alla Corte di giustizia e, inoltre, quella inerente ai poteri sanzionatori dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)⁴ nella fattispecie relativi alla telefonia fissa e mobile⁵.

³ A partire da Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2021, n. 7839.

⁴ Per uno sguardo generale in merito all'ambito della regolazione delle autorità indipendenti, *ex multis*, F. Bassi, F. Merusi, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; F. Merusi, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Accademia dei Lincei, Lo Stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive, Atti del Convegno 30 giugno – 3 luglio 1993*, Milano, 1994, 389 ss.; M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; E. Freni, *La privatizzazione delle imprese pubbliche operanti nel settore delle telecomunicazioni*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999; G. Tesaurò, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, II, Bologna, 2002; M. Clarich, G. Cartei, *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004; F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; L. Saltari, *Accesso e interconnessioni: la regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano, 2008; M.A. Sandulli, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *www.anticorruzione.it*, 2013; M. Trimarchi, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. XXVI, III, Modena, 2013, 85 ss.; S. Vernile, *Le sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti tra diritto amministrativo e diritto penale*, *Ibidem*, 69 ss.; A. Jannarelli, *L'Autorità garante e la tutela della concorrenza: tra interesse "pubblico" e interesse "generale"*, in *Il Foro Italiano*, V, Roma, 2019, 1533 ss., anche L. Gianni, F. Vetrò, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2019, 528 ss.; F. Cintioli, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Studi sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Torino, 2019. Sulla natura e sui poteri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni si veda N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico costituzionale*, con contributi di L. Barra Caracciolo e F. Politi, Torino, 2004, 237 ss.; M. Monteduro, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)*, in *Dir. econ.*, vol. XXVI, III, Modena, 2013, 232-289; E. Freni, *Le discipline della concorrenza*, in S. Cassese et al. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, VI ed., Roma-Bari, 2021, 163, rileva come l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni «è un'autorità mista, che deriva la propria investitura, in parte, dal governo e, in parte, dal Parlamento [...] la legge riconosce all'Autorità il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che non ottemperino agli ordini impartiti. Se la violazione è reiterata e di particolare gravità, l'Autorità può disporre anche la sospensione dell'attività, per un periodo non superiore ai sei mesi, ovvero la revoca della concessione», anche 282 ss.

⁵ Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2021, n. 7839. La decisione assunta dal G.A. non fa altro che conservare la maggior parte dei motivi alla base del rinvio pregiudiziale che egli ha riconfermato e precedentemente svolto alla Corte di giustizia in una precedente ordinanza, 24 settembre 2020, sez. VI, n. 5588 alla quale sarà necessario fare riferimento.

A questo proposito, è utile fare riferimento, a titolo di esempio, a una controversia che risulta *ictu oculi* complessa e che, al contempo, presenta una varietà di tematiche e intrecci che il giudice amministrativo è chiamato attentamente a osservare. Ciò al fine di svolgere un giudizio che tenga presenti una pluralità di interessi, in special modo i canoni sovranazionali ormai noti e ritenuti prevalenti quali quello della tutela della concorrenza⁶ e della libertà contrattuale in senso lato, ma anche – verrebbe da dire sopra tutto – la tutela dei diritti e degli interessi delle parti più deboli, quali sono gli utenti e i consumatori⁷.

Una manifestazione, quest'ultima, idonea a dimostrare come tale giudice sia chiamato sempre più a dirimere controversie nelle quali la tutela dell'interesse pubblico o di quello dell'utenza rispetto all'operatore – come si cercherà di evidenziare di seguito – è posta continuamente a repentaglio da interessi privati 'forti', sovente in grado di contrastare i primi e che altresì sono favoriti da una legittimazione rafforzata rinvenibile all'interno della disciplina comunitaria⁸.

Ne consegue che solo mediante l'esercizio di un sindacato pieno nel merito il giudice amministrativo possa avere un quadro completo della *quaestio* che gli consenta di adottare una decisione⁹.

⁶ Da ultimo pare stiano emergendo delle (auspicabili) esigenze di *rediscovery* dell'intera disciplina della concorrenza e di un necessario adeguamento del quadro normativo dovuto, in particolare, alla prepotente affermazione nel mercato dei colossi, ad esempio, della *digital economy* e *sharing economy*, in grado di aver sconquassato i «saldi» principi, su tutti quello della concorrenza, su cui si è deciso di edificare e incentrare la costruzione politica ed economica dell'ordinamento euro-unitario. In merito, si consideri la relazione presentata da J. Crèmer, Y., A. De Montjoye, H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era, Report for the European Commission*, 2019, 39 e 52. Per gli aspetti relativi alla mancata regolazione in materia di *sharing economy*, F. Costantino, *Sharing economy e pubblici poteri*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, 2020, 1215, secondo cui la «regolazione quindi [...] ha avuto sinora difficoltà a imporsi, perché non è agevole riscontrare la necessità di correggere il mercato dall'esterno, di supplire alla carenza di informazioni, di ristabilire un clima di fiducia. Risulta però ineludibile un processo di revisione di molte discipline, in quanto l'ingresso di operatori e intermediari rende necessario un nuovo bilanciamento degli interessi; esso, a livello nazionale, deve essere effettuato dal legislatore statale, in virtù della ampia competenza legislativa in tema di tutela della concorrenza». Per maggiori approfondimenti, si rinvia ai riferimenti bibliografici indicati dall'autore.

⁷ A questo proposito, di recente, Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, il Giudice amministrativo ha avuto modo di sostenere che proprio la funzione amministrativa «viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo da tra P.A. e cittadino».

⁸ In questa cornice, potrebbe anche concretizzarsi il rischio consistente nel venir meno della centralità dell'Amministrazione e, al contempo, per dirla con M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74, che venga meno il suo «apprezzamento politico» da intendersi come quella «comparazione quantitativa e qualitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che per l'Autorità abbia nella fattispecie». Né, tantomeno, come ricordato da A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo* (in due volumi), I, Padova, 2000, 30, può dimenticarsi che «l'Amministrazione è pur sempre portatrice di un interesse istituzionalmente superiore, di fronte al quale l'interesse individuale può soccombere [...]».

⁹ Come osservato da A. Police, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, II, Urbino, 2018, 277, in alcuni casi «tassa-

Tuttavia, nodo cruciale della vicenda è rappresentato dall'operazione ermeneutica che il giudice amministrativo è chiamato a effettuare, in particolare all'interno di un panorama di pluralità delle fonti come quello odierno, nel quale non vi è sempre una uniformità d'interpretazione e, sopra tutto, nelle materie in cui il legislatore comunitario si attiene a delineare principi generali e linee guida da osservare, rimettendo al rispettivo legislatore nazionale il compito di riempire gran parte della disciplina, come nel caso delle autorità indipendenti¹⁰.

Il problema si pone nel momento in cui al cospetto della giurisdizione amministrativa si presentano dubbi concernenti l'interpretazione di disposizioni comunitarie, i quali dubbi possono essere sciolti esclusivamente dal giudice europeo (anche in presenza di un eventuale doppio rinvio all'interno della medesima causa), tranne nel caso dell'eccezione che egli ha prospettato in risposta al primo rinvio pregiudiziale allo stesso Consiglio di Stato o allorché tale interpretazione rischi di contrastare oltremodo con principi fondamentali della Costituzione¹¹.

tivamente indicati dalla legge, è ben possibile che oltre ad assicurare la giusta tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, il giudice si faccia aggiuntivamente carico della cura dell'interesse pubblico. Ed è questo a mio avviso il tratto caratterizzante e la ragione della persistente attualità della giurisdizione di merito. In essa, infatti, accanto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive tipica di ogni processo si aggiunge una funzione [...] del tutto eccezionale: la cura dell'interesse pubblico a mezzo del processo ed in sostituzione dell'Amministrazione». Tale affermazione trova piena corrispondenza nel dettato dell'art. 134 del c.p.a. Per una prospettiva storica della giurisdizione del giudice amministrativo, tra i numerosi autori, si rinvia a O. Ranelletti, *Le garantigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934; O. Tentolini, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, 1942; G. Ponticelli, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, Indagini storiche*, Milano, 1958; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958; F. Benvenuti, *Competenza e giurisdizione. La giurisdizione di merito*, in *Enciclopedia italiana del diritto*, IX, Milano, 1961; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963; M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963; U. Pototsching, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Consiglio di Stato*, Milano, 1971; M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro Italiano*, V, Roma, 1983; Id., *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardì, e A. Nigro, VI ed., Bologna, 2002; E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VII, Torino, 1991; G. Azzariti, *Percorsi e tendenze della giustizia amministrativa. Indagine su origini, formazione e caratteri del sistema della giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1994; A. Police, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Atti delle giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli, La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e le "ragioni" dell'interesse pubblico*, Siena, 2009; B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013; F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, Torino, 2013; F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VIII ed., Torino, 2020.

¹⁰ Parte dell'*iter* che ha riguardato il recepimento italiano degli indirizzi comunitari in materia di autorità amministrative indipendenti è illustrato da M. Allena, *La potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti come luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela dettati dal diritto sovranazionale europeo*, in *Dir. econ.*, cit., 9 ss.

¹¹ Come ricorda G. Montedoro, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, 206, in merito al rapporto tra ordinamento nazionale ed europeo e al relativo dialogo tra corti, parlando della visione dualista, «si deve al Consiglio di Stato la prima applicazione nazionale della teorica costituzionale dei controlimiti, che non aveva mai operato altro che nei libri (Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207)». Sull'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE nelle recenti riflessioni di parte della dottrina, si rimanda inizialmente a L. Daniele, *Articolo 267 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II, Milano, 2014, 2013-2121; Id., *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Napoli, 2008; F. Donati, *La questione prioritaria di costituzionali-*

Orbene, per rendere una visione maggiormente dettagliata della questione, è necessario fare alcuni – seppur brevi – riferimenti a una precedente giurisprudenza sul caso, adottata sempre dal Consiglio di Stato e tramite la quale ha cercato di fissare alcuni criteri interpretativi in materia di *authorities* e di rinvio pregiudiziale¹².

In primo luogo, per il giudice amministrativo la corretta interpretazione dei parametri europei in questione rileva ai fini della soluzione della controversia nazionale in quanto, in suddetto giudizio, si discute della legittimità o meno di misure imposte dall'Autorità nazionale di garanzia per le comunicazioni.

Nella fattispecie, si tratta di misure concernenti la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione, per un verso, assunte sulla base di disposizioni di diritto nazionale attuative di obblighi imposti dal diritto unionale, per altro verso, invero, misure idonee – ma non potrebbe essere altrimenti – a incidere sui principi di libera concorrenza, libera circolazione dei servizi, libertà di stabilimento, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione. Principi cardine, questi ultimi, della costruzione europea di impronta tipicamente neoliberale¹³.

ità: presupposti e limiti, in *federalismi.it*, III, Roma, 2021, 1 ss.; M. Lipari, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, C-561/2019: i criteri Cilfit e le preclusioni processuali*, in *giustamm.it*, XII, Napoli, 2021; F. Spitaleri, *Le finalità dell'obbligo di rinvio pregiudiziale: brevi riflessioni a margine della sentenza Consorzio Italian Management*, in *BlogDue*, 25 gennaio 2022, 1 ss.; A.M. Nico, *Alcune criticità della tutela giurisdizionale multilevel*, in *federalismi.it*, IV, 2022, 687 ss.

¹² Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5588.

¹³ A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018, 17 ss.; Id., *Quando l'Europa tradi se stessa e come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021, 48 ss., in particolare 110, ove l'autore evidenzia come gli esponenti di spicco della corrente neoliberale siano riusciti a far transitare la costruzione economica europea dall'inclusione sociale alla sola inclusione nel mercato (imponendo la coincidenza di entrambi i concetti) rompendo l'originario equilibrio post bellico fondato sul compromesso *keynesiano*. Dello stesso avviso non è stato, invece, in precedenza, A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 81, il quale asserisce che non vi sia alcuna contrapposizione fra primato della politica e primato del mercato di cui tanto, ancor oggi, si discute. In proposito, per ciò che attiene all'interpretazione della costituzione economica italiana, le tesi neoliberali sono state accolte con favore da buona parte della dottrina sia costituzionale che strettamente amministrativista, in particolare durante la stagione delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni degli anni Novanta dello scorso secolo. Il che ha inevitabilmente colpito la tradizionale interpretazione circa le disposizioni costituzionali concernenti i limiti all'iniziativa economica privata e ai suoi corollari. Sul punto, V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 62 ss.; A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia italiana del diritto*, XXI, Milano, 1971, 586 ss.; A. Pace, *Libertà "del" e "nel" mercato* (1991), in *La costituzione economica, Atti del convegno di Ferrara 11-12 ottobre 1991*, Padova, 1997, 177, secondo cui la Costituzione italiana non solo garantisce la libertà nel mercato, ma che sia altresì «la risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura»; F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 176, ricorda come vi sia stata «in seguito all'entrata nell'ordinamento costituzionale italiano di un principio comunitario» una vera e propria sostituzione mediante l'imposizione del meccanismo concorrenziale – inteso quale modo di esercizio della libertà economica – ai controlli e ai programmi volti a indirizzare l'attività economica a fini sociali. Infatti, quest'ultima rappresentava una prerogativa (quasi) esclusiva dei pubblici poteri. Anche L. Barra Caracciolo, *Il tormentato cammino delle autorità amministrative indipendenti verso una nuova prospettiva sistematica. Prospettive di uno statuto di garanzia mediante legge generale*, in

Quantunque nel suo giudizio la Corte di giustizia abbia precisato che il giudice nazionale non può essere tenuto alla disamina di ogni singola versione linguistica della disposizione europea in esame, dovendo egli considerare le versioni di cui sia a conoscenza poiché oggetto di prova nel giudizio nazionale e, inoltre, quantunque egli non possa essere vincolato a rimettere una questione pregiudiziale interpretativa del diritto unionale sulla sola base di una ipotesi di effettuare una lettura diversa e alternativa della norma sovranazionale, la necessità del rinvio pregiudiziale permane qualora nessuna di queste letture risulti sufficientemente plausibile per il giudice nazionale interessato, tenuto debito conto del sistema normativo in cui essa si colloca¹⁴.

Tuttavia, la sola presenza o configurabilità in astratto di pareri giurisprudenziali difformi non può costituire autonomamente – a dire della Corte – motivo di esclusione di dubbi ragionevoli in merito alla esatta interpretazione del diritto dell'Unione europea.

Ed è a tale esigenza che si è ancorato il giudice nazionale nel ravvisare la necessità di effettuare un secondo rinvio pregiudiziale, all'interno della medesima causa, alla CGUE con il precipuo intento di verificare la sussistenza di un rischio in grado di generare diverse e tra loro difformi interpretazioni della medesima disposizione unionale. Questo rischio si concretizza nel preciso istante nel quale vi sia

Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale, (a cura di) N. Longobardi, Torino, 2004, 264, interpretando in chiave «comunitaria» le disposizioni *de quibus*, afferma che «i fini sociali come obiettivi promuoventi valori sociali ed economici positivamente valutati alla luce dei principi comunitari, ben possono individuarsi nella rimozione degli ostacoli alla partecipazione di tutti i cittadini ad un'economia liberalizzata, in una pienezza che ricomprenda la rimozione dei limiti alla libertà di accesso al mercato e di competizione, con i connessi benefici derivanti, per la generale platea di consumatori e utenti, dalla parità di accesso a beni e servizi forniti in regime di concorrenza»; F. Vetrò, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005, 48, sostiene che in un «ordinamento costituzionale in cui è espressamente riconosciuta la libertà di iniziativa economica privata, (art. 41, comma 1, Cost.) e quindi la possibilità di questa di esplicarsi, su basi pluralistiche e concorrenziali, anche nei settori tipici dei servizi pubblici, è l'iniziativa economica pubblica (ossia, per quanto all'attenzione, la gestione pubblica dei servizi) che richiede una giustificazione. Tale giustificazione si rende necessaria soprattutto nell'ipotesi in cui, lo Stato o l'ente pubblico, assumendo il servizio, determinino secondo criteri pubblicistici le condizioni della produzione e quindi dell'offerta di esso. La restrizione che in tal modo il soggetto pubblico viene a introdurre per l'iniziativa economica privata, in tendenziale contrasto con l'art. 41, potrebbe giustificarsi soltanto dimostrando l'inadeguatezza dell'offerta privata del servizio a soddisfare la domanda [...]». Ancora, V. Ottaviano, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, III, *L'azienda e il mercato*, ultima ed., Padova, 2017; sulla presunta analogia di contenuto e la compatibilità tra la disciplina europea e il dettato dell'art. 41 Cost., da ultimo, M. Trimarchi, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, 5041. Infine, per ulteriori approfondimenti sulla contrapposizione o coincidenza tra l'idea di liberalismo e di liberismo, fondamentale è l'analisi di N. Bobbio, *Profilo ideologico del '900. Il lungo cammino di una democrazia incompiuta. Una storia delle idee politiche in Italia dall'inizio dell'età giolittiana alla crisi della Prima Repubblica*, Milano, 1990, 171 ss., il quale rimanda a B. Croce, L. Einaudi, *Liberismo e liberalismo*, (a cura di) P. Solari, Napoli, 1957, spec. 59 e 152.

¹⁴ Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2021, n. 7839, 43.

un *modus operandi* delle diverse amministrazioni nazionali nell'applicare la stessa disposizione normativa dell'Unione europea.

Per tale ragione, è deducibile che il Consiglio di Stato non abbia ritenuto opportuno decidere in via autonoma sulla richiesta di questione pregiudiziale, in primo luogo, a causa dell'assenza di una consolidata e precedente giurisprudenza comunitaria; in secondo luogo, a causa della ritenuta sussistenza di dubbi ragionevoli in merito, dovuti anche alla presenza di prassi applicative differenti registratesi presso altre autorità indipendenti di alcuni Stati membri¹⁵.

Prassi che difficilmente sono potute sfuggire già in precedenza alla CGUE nel rendere il suo giudizio e sulle quali il Consiglio di Stato non ha ritenuto opportuno sorvolare, confermando l'adeguatezza e il rispetto dei principi tenuti dall'AGCOM nell'adottare le misure del caso.

A tal proposito, nella fattispecie in esame, il giudice amministrativo ha posto all'attenzione della Corte di giustizia la questione pregiudiziale concernente la conformità della disciplina nazionale italiana (in particolare il d. lgs. n. 259 del 2003, c.d. *Codice delle comunicazioni elettroniche*) all'ordinamento comunitario¹⁶.

Come anche visto in precedenza, ciò che ha spinto il giudice amministrativo a porre il rinvio pregiudiziale non è stato il sorgere di un proprio dubbio in merito alla legittimità delle misure adottate dall'autorità indipendente che egli, anzi, ha mostrato di ritenere legittime e anche fondate, ma – spingendosi oltre – in via ipotetica si è interrogato sulla configurabilità o meno di un obbligo di rinvio pregiudiziale, *ex art.* 267 TFUE, qualora «non sia possibile provare in maniera circostanziata, sotto un profilo soggettivo, avuto riguardo alla condotta tipica di altri organi giurisdizionali, che l'interpretazione fornita dal giudice procedente sia la stessa di quella suscettibile di essere data dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di Giustizia ove investiti di identica questione»¹⁷.

Tale dubbio scaturiva dalla delibera n. 121/17 approvata dall'AGCOM, con la quale essa ha riconosciuto il diritto dell'utente di servizi di telefonia mobile prepagati di conoscere le informazioni sul proprio credito residuo gratuitamente e, altresì, ha previsto un periodo minimo da rispettare per la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione dei servizi di telefonia mobile e fissa, con obbligo per gli operatori di adeguarsi entro uno specifico termine fissato in novanta giorni.

L'Autorità ha motivato l'adozione delle citate misure sostenendo, per quanto concerne il credito residuo, che vada esclusa la discrezionalità degli operatori di telefonia sulla scelta delle modalità con cui informare l'utente del suo credito,

¹⁵ *Ibidem*, 10.

¹⁶ La disciplina è stata aggiornata mediante il recente d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207 e in vigore dal 9 febbraio 2022, la quale ha recepito le prescrizioni del legislatore europeo contenute nella direttiva dell'11 dicembre 2018, n. 2018/1972/UE che ha istituito il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

¹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5588, 129.

da garantirsi anche a mezzo linea telefonica e SMS, considerata la non totale diffusione presso l'utenza di *smartphone* e connessione dati.

Per quanto, viceversa, concerne la cadenza dei rinnovi delle offerte e dei periodi di fatturazione, l'AGCOM ha inteso tutelare l'utente, visto come parte debole tra i contraenti, garantendogli la maggior chiarezza possibile in merito alla trasparenza e alla comparabilità delle informazioni nonché alla verifica dei costi dei servizi addebitati in bolletta¹⁸.

Si tratta di un intervento fondamentale quanto imprescindibile per i diritti e le garanzie degli utenti verso gli operatori, i quali sono vincolati dall'AGCOM, nella fattispecie *de qua*, a garantire la conoscenza del credito residuo a tutti gli utenti, anche per coloro, nonostante costituiscano oramai una netta minoranza, che non dispongano di un moderno *smartphone* e, per farlo, l'Autorità ha imposto una misura consistente nell'invio gratuito di una informativa tramite linea telefonica e SMS.

È un segnale rilevante e prorompente dato dall'autorità amministrativa indipendente ai colossi operanti nel mercato della telefonia, ai quali essa ha imposto delle misure volte a tutelare l'interesse per la chiarezza e la trasparenza delle informazioni degli utenti, interesse giudicato preminente e superiore rispetto a quelli perseguiti dagli operatori¹⁹.

Questo potere di diretto intervento è stato giudicato privo di fondamento dalle società operatrici, le quali hanno, pertanto, deciso di impugnare il provvedimento dell'Autorità dapprima innanzi al TAR del Lazio, che ha rigettato i ricorsi delle ricorrenti, di poi al Consiglio di Stato, sostenendo concordemente che nell'ordinamento europeo e nazionale non vi sarebbe alcuna norma idonea ad attribuire all'AGCOM il potere di regolamentare la cadenza di rinnovo delle offerte commerciali e dei periodi di fatturazione e, infine, che la deliberazione stessa sarebbe stata adottata dall'Autorità in assenza di un fondamento giuridico, rile-

¹⁸ *Ibidem*, 27.

¹⁹ Come ricostruito dal Consiglio di Stato, *ibidem* 37 ss., le misure adottate dall'Agcom risultano pienamente conformi alla disciplina in materia contenuta nel d.lgs. 259 del 2003 (*Codice delle comunicazioni elettroniche*), in particolare agli artt. 71 e 72, i quali prevedono che l'Autorità «assicura che le imprese che forniscono reti pubbliche di comunicazione elettronica o servizi accessibili di pubblico comunicazione elettronica pubblicano informazioni trasparenti, comparabili, adeguate e aggiornate in merito ai prezzi e alle tariffe vigenti, a eventuali commissioni per la risoluzione del contratto e a informazioni sulle condizioni generali vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti agli utenti finali e ai consumatori, conformemente alle disposizioni dell'allegato n. 5. L'Autorità può precisare ulteriori prescrizioni relative alla forma in cui tali informazioni devono essere pubblicate [...] L'Autorità [...] può prescrivere alle imprese fornitrici di reti o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico di pubblicare, a uso degli utenti finali, informazioni comparabili, adeguate ed aggiornate sulla qualità dei servizi offerti e sulle misure adottate per assicurare un accesso equivalente per gli utenti finali disabili [...] L'Autorità può precisare, tra l'altro, i parametri di qualità del servizio da misurare, nonché il contenuto, la forma e la modalità della pubblicazione, compresi meccanismi di certificazione della qualità, per garantire che gli utenti finali, inclusi gli utenti finali disabili, abbiano accesso ad informazioni complete, comparabili e di facile consultazione, anche utilizzando i parametri, le definizioni e i metodi indicati nell'allegato n. 6».

vando, dunque, la violazione del principio di legalità, e la conseguente illegittima violazione dello *ius variandi* contrattuale e dell'autonomia privata delle società operatrici ricorrenti.

Le motivazioni che adducono gli operatori telefonici toccano un'area giuridica sensibile qual è quella dello spazio di operatività di controllo spettante alle autorità indipendenti, nel caso in esame dell'AGCOM, ma in particolare pongono in dubbio uno degli aspetti principali che ne contraddistinguono l'attività: non solo l'intensità e il tipo di controllo che esse esercitano, ma anche l'incisività del loro intervento e la relativa base giuridica su cui esso poggia.

È, insomma, in discussione il rispetto del principio di legalità su cui si fonda l'effettività dell'azione dell'Autorità e di cui non sono mancati dubbi circa la legittimità.

A tal proposito, sebbene la normativa italiana non contempli una esatta previsione che espressamente ammetta la possibilità di adottare un atto di regolamentazione sulla cadenza di rinnovo delle offerte e delle fatturazioni, essa risulta comunque idonea a fondare il potere dell'AGCOM, consistente nel limitare l'autonomia contrattuale degli operatori telefonici a tutela degli utenti, anche per mezzo di un intervento volto a incidere direttamente sul contenuto dei contratti stipulati tra operatori e utenti stessi.

È a questa interpretazione che si oppongono le ricorrenti ma che, invero, deve ritenersi la più giusta e la sola plausibile chiave di lettura della fattispecie.

Ciò consente di evidenziare un aspetto ritenuto significativo, ovvero che mediante la propria interposizione all'interno della negoziazione tra le parti in causa, le quali più che evidentemente si trovano a contrattare su di un piano asimmetrico, l'Autorità limita il potere degli operatori telefonici – potere che a tratti assume le sembianze di una vera e propria pretesa di dispotismo contrattuale piuttosto che di una rivendicata autonomia – per tutelare un interesse ritenuto primario e prevalente, assimilabile alla preminenza di un interesse pubblico giudicato superiore rispetto a uno di impronta strettamente privatistica, quello legato ai diritti degli utenti-consumatori, parte debole del contratto. E l'Autorità lo ha fatto nel pieno rispetto della legge – non violando pertanto minimamente il principio di legalità – in particolare delle direttive europee²⁰ attinenti alla materia e alla l. n. 481 del 1995, la quale, anche sulla base di una giurisprudenza nazionale consolidata, ha riconosciuto alle autorità amministrative indipendenti la facoltà e il potere di disporre misure di regolamentazione volte a limitare l'autonomia

²⁰ In particolare la direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) come modificata dalla direttiva 2009/140/CE; la direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE.

negoziale degli operatori economici, anche per mezzo di un'integrazione del contenuto del contratto financo nell'ambito di un mercato liberalizzato qual è quello della telefonia²¹.

Questo poiché all'affermazione del mercato è corrisposta la sua regolazione, la quale ha, di conseguenza, comportato un controllo pervasivo del contratto e delle relative modalità con cui i privati tendono a operare. Infatti, i regolatori sono da intendersi quali figure terze ed estranee al circuito riservato alle parti contraenti e per questa ragione che si è stabilito di riservare loro «una serie articolata di poteri di incidenza, diretta ed indiretta, sullo strumento dell'azione giuridica dei privati»²².

Inoltre, la mancanza di un'esatta e precisa disposizione che riconosca la puntuale facoltà per l'AGCOM di intervenire nell'assetto contrattuale e inquadri puntualmente le fattispecie nelle quali tale intervento sarebbe da ritenersi legittimo è praticamente non configurabile e inopponibile dato anche il settore operativo in esame, oggetto di continui e repentini aggiornamenti.

Per tale ragione, è da ritenersi sufficiente la disciplina richiamata e, di riflesso, legittimo l'intervento esperito dall'Autorità, basato anche sui poteri impliciti direttamente riconducibili alla legge²³.

È questa la chiave interpretativa che si vuole valorizzare in questa sede. Ne consegue che il principio di legalità in senso sostanziale risiede, in questo caso, non nella puntuale predeterminazione dei poteri spettanti all'AGCOM e delle azioni da essa esperibili in ogni singola fattispecie, il che, come ribadito, è irrealizzabile, ma risiede nella predeterminazione degli obiettivi di tutela da garantire²⁴.

²¹ Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5588, 76. Sull'argomento, *ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521. Sul potere dell'Agcom di incidere sull'autonomia contrattuale delle parti, Cons. Stato, sez. 24 febbraio 2020, n. 1368.

²² C. Solinas, *Il contratto «amministrato». La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018, 33.

²³ Tale riferimento è rinvenibile anche in Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5588, 92: «Anche nell'ambito dell'ordinamento europeo la normativa non individua il contenuto tipico degli atti di regolazione emanabili dalle Autorità nazionali, bensì individua gli obiettivi di tutela da perseguire e gli ambiti di attività entro cui svolgere il potere così attribuito, rientrando poi nella discrezionalità dell'Autorità la determinazione della misura regolatoria in concreto ritenuta maggiormente adeguata alla realizzazione delle finalità di protezione alla stessa attribuite». A corroborare tale indirizzo interpretativo vi è la stessa Cgue, 19 ottobre 2016, C-424/15, *Xabier Ormaetxea Garai*, secondo cui la stessa Corte «ha del resto già dichiarato che, nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione dei mercati delle comunicazioni elettroniche loro conferite dalla direttiva quadro, le Anr dispongono di un ampio potere che consente loro di valutare caso per caso la necessità di regolamentare un mercato in funzione della singola situazione».

²⁴ Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5588, 75, si tiene a precisare che il modo di intendere la legalità «in senso sostanziale, peraltro, è stata controbalanciata da un potenziamento del principio di legalità in senso procedimentale, con l'imposizione di rafforzare forme di partecipazione degli operatori del settore, da garantire attraverso meccanismi di "notice and comment", incentrati sull'avvio di una pubblica consultazione sulla base di apposito progetto di atto, nell'ambito della quale consentire ai soggetti interessati di presentare le proprie osservazioni, che l'Autorità procedente deve tenere in considerazione nella motivazione dell'atto regolatorio all'uopo da adottare». Per una prospettiva dottrinale in merito al principio di legalità sostanziale nell'ambito

Dal combinato disposto della disciplina comunitaria e quella interna si evince, dunque, l'attribuzione all'Autorità del potere di regolamentare – a tutela dei diritti degli utenti²⁵ – le condizioni del servizio anche mediante l'intervento sulle condizioni economiche e normative contenute nel singolo contratto²⁶.

Alla luce di quanto sin qui asserito, appare doveroso precisare che tale potere discrezionale²⁷ è riconosciuto all'AGCOM quale organo vigilante e garante, come esercitato nel caso in esame, a causa dell'attività che incide in guisa determinante sugli interessi degli utenti e dei consumatori, da ritenersi, evidentemente, una attività con rilevanza pubblica primaria²⁸.

delle comunicazioni elettroniche, Corte costituzionale, 7 ottobre 2003, n. 307, con note di G. Manfredi, *Standard ambientali di fonte statale e poteri regionali in tema di governo del territorio*, in *Urbanistica e appalti*, Milano, 2003; F. De Leonardis, *Il diritto alla comunicazione nel bilanciamento di interessi in materia di emissioni elettromagnetiche*, in *Il Foro Amministrativo – Consiglio di Stato*, II, Milano, 2003. Sul concetto – e sul contenuto effettivo – della «predeterminazione», si rimanda ad A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, spec. 67.

²⁵ In tale direzione anche Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879.

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5588, 88.

²⁷ *Ibidem*, 92, ove si menziona la discrezionalità dell'Agcom nel determinare le misure regolatorie che ritiene più idonee al caso concreto. Sul tema generale della «discrezionalità tecnica» si tenga in considerazione, tra i numerosissimi contributi, M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 8 ss., pone in luce l'evoluzione che ha riguardato la «discrezionalità tecnica» e la tecnica intesa quale struttura del potere reale; L. Benvenuti, *La discrezionalità tecnica*, Padova, 1986; G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989, 22 ss., il quale svolgendo una ricostruzione storica in merito al binomio discrezionalità-potere, in relazione alla necessità di una tutela giurisdizionale, partendo dalle tesi preorlandiane, osserva come la «discrezionalità amministrativa come nozione giuridica si pone all'attenzione dei giuristi in diretto collegamento con la questione della tutela giurisdizionale [...] La nozione giuridica di potere discrezionale servì da criterio di individuazione e discernimento tra gli affari ritenuti insindacabili dal giudice, perché rientranti nell'ambito del legittimo esercizio del potere pubblico, e gli affari ritenuti sindacabili in quanto riguardanti questioni di diritti dei cittadini. Si tentò dunque, tramite il concetto di discrezionalità, utilizzato come nozione processuale, di individuare le separate sfere della libertà dell'amministrazione e dell'inviolabilità dei diritti». Ancora, D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, (in due volumi), II, Padova, 2001, 433, asserisce che «neanche la spinta del diritto comunitario, che ha caratterizzato invece molti momenti dell'evoluzione recente della giustizia amministrativa, il nostro giudice amministrativo è giunto ad affermare la piena sindacabilità "intrinseca" degli apprezzamenti amministrativi non discrezionali»; D. Mastrangelo, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità pareri e merito*, Bari, 2003; L. Barra Caracciolo, *Il tormentato cammino*, cit., 272, a proposito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, già rilevava come alcuni «segnali giurisprudenziali denotano come si estenda la tendenza a sindacare sia la discrezionalità amministrativa che quella tecnica [...] In questa generale evoluzione del controllo giurisdizionale, pertanto, risulta potenzialmente pieno il sindacato su canoni di applicazione dei concetti giuridici indeterminati, clausole attualizzanti le manifestazioni contemporanee della discrezionalità tecnica»; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Milano, 2005; L. Galli, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Diritto processuale amministrativo*, IV, Milano, 2014, 1382 ss.

²⁸ Come già osservato anni or sono da N. Longobardi, *Autorità amministrative*, cit., 185, soffermandosi sulla delicatezza del ruolo che è chiamato a svolgere e sull'eccessivo carico di lavoro che incombe, sempre più, col passare del tempo sul giudice amministrativo, egli «confermato quale giudice del contenzioso economico pubblico è anche divenuto – si pensi ai settori regolati da autorità indipendenti – il giudice del contenzioso

È questa rilevanza che giustifica un intervento di tale portata, che, invero, non si potrebbe – o meglio dovrebbe – verificare qualora fosse in discussione la tutela di un interesse non connotato da un carattere prettamente e primariamente diffuso e pubblicistico, ovvero provando a ipotizzare nel caso qui esaminato un rovesciamento delle parti e degli interessi in gioco.

In conseguenza di quanto sin qui esposto, nel prosieguo di queste brevi pagine si cercherà di ripercorrere l'*iter* che ha condotto il giudice nazionale a ritenere di non poter decidere, in via autonoma, della questione e a optare, di riflesso, per una sospensione del giudizio, rimettendo nuovamente alla CGUE alcuni quesiti pregiudiziali²⁹.

2. *Questioni e controversie intercorrenti tra il Giudice Amministrativo e la CGUE: il problema del 'doppio' rinvio pregiudiziale*

Come rapidamente accennato, la controversia ha ad oggetto alcune questioni concernenti l'esercizio dei poteri sanzionatori e di intervento diretto nell'autonomia negoziale delle parti da parte dell'AGCOM in materia di telefonia mobile e fissa, mediante la previsione di misure a carico degli operatori presenti nel settore, relative al periodo di fatturazione e alla collegata conoscibilità, per l'utente che usufruisce del servizio, del credito della SIM mobile³⁰, attraverso anche modalità diverse dall'accesso con *smarthphone* e linea internet.

Già con la precedente ordinanza del 24 settembre 2020, n. 5588/2020 il Consiglio di Stato ha posto, in via preliminare, la questione relativa ai limiti dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e, in particolar guisa, la configurabilità o meno di tale obbligo nell'ipotesi in cui il giudice nazionale non abbia alcun dubbio circa la conformità della disciplina interna con quella comunitaria e, ancora, nell'ipotesi in cui venga a porsi il problema della 'prova' – quale requisito richiesto dalla Corte affinché si possa escludere l'obbligo di rinvio di cui all'art. 267 TFUE – che «l'interpretazione fornita dal giudice precedente sia la stessa di quella suscettibile di essere data dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di giustizia ove investiti di identica questione»³¹.

economico più rilevante», in proposito, per ulteriori approfondimenti, V. Parisio, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003, 247 ss.

²⁹ Il riferimento è sempre a Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2021, n. 7839.

³⁰ Sulla disciplina della telefonia mobile con anche ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza, si veda N. Brutti, *La telefonia mobile. Profili giuridici*, Torino, 2009.

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5588, il quale rimette in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE i seguenti quesiti, così in questa sede sintetizzati: «a) se la corretta interpretazione dell'art. 267 del TFUE imponga al giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, di operare rinvio pregiudiziale su una questione di interpretazione del diritto unionale rilevante

Nel tentativo di sciogliere i dubbi sollevati, alla rimessione del G.A. ha fatto seguito la pronuncia della CGUE, 6 ottobre 2021, con sentenza C-561/19 in risposta ad una precedente e analoga rimessione effettuata dallo stesso Consiglio di Stato³². Con la quale pronuncia il giudice sovranazionale ha precisato in quali casi – e limiti – il giudice nazionale di ultima istanza possa decidere, in via autonoma, la controversia interna relativa all'esatta interpretazione del diritto unionale senza investire la Corte di giustizia.

Ovvero quando, come anche fedelmente ribadito dal G.A. in ordinanza, il giudice interno «abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto di interpretazione da parte della Corte, oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi»³³.

Non si può negare che il giudice sovranazionale abbia tracciato una linea interpretativa da perseguire, ma altrettanto non può negarsi che tale linea rimette

nell'ambito della controversia principale, anche qualora possa escludersi un dubbio interpretativo sul significato da attribuire alla pertinente disposizione europea [...] ma non sia possibile provare in maniera circostanziata, sotto un profilo soggettivo, avuto riguardo alla condotta di altri organi giurisdizionali, che l'interpretazione fornita dal giudice precedente sia la stessa di quella suscettibile di essere data dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di Giustizia ove investiti di identica questione [...] Per le ipotesi in cui la Corte di Giustizia avesse ritenuto cogente l'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE [...] sono stati sollevati i seguenti quesiti: b) se la corretta interpretazione degli artt. 49 e 56 TFUE, nonché del quadro normativo armonizzato dalle direttive [...] osti ad una norma nazionale [...] che attribuisce all'Autorità nazionale di regolamentazione nel settore delle comunicazioni elettroniche il potere di imporre [...] c) e d) se la corretta interpretazione ed applicazione del principio di proporzionalità, di non discriminazione e di parità di trattamento, in combinazione con gli artt. 49 e 56 del TFUE e il quadro normativo armonizzato espresso dalle direttive [...] osti all'adozione di misure regolatorie assunte dall'Autorità nazionale di regolamentazione nel settore delle comunicazioni elettroniche volte a imporre» alcune misure non previste dagli operatori di telefonia, come si tenterà di porre in rilievo. Gli stessi quesiti sono riproposti dal medesimo Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2021, n. 7839, punti 1 e 2, con la sola eccezione che, successivamente, l'organo supremo della giurisdizione amministrativa ha deciso di ritirare il quesito a) che aveva originariamente rimesso al giudice comunitario.

³² In merito, M. Lipari, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, C-561/19: i criteri Cifit e le preclusioni processuali*, in *giustamm.it*, XII, Napoli, 2021, osserva che la CGUE «ha fornito risposte molto chiare al quesito processuale posto dal Consiglio di Stato, attribuendo spazio determinante all'autonomia procedurale dello Stato membro, nonché alla responsabilità decisionale del giudice nazionale. La pertinenza della questione va accertata tenendo conto delle regole processuali che fissano decadenze e preclusioni incidenti sulla delimitazione del *thema decidendum*. Sarà compito del Consiglio di Stato individuare concretamente le ipotesi in cui la deduzione di parte che sollecita il rinvio pregiudiziale possa considerarsi pertinente ai fini della decisione. Secondo altra prospettiva, il rafforzamento dell'obbligo di motivazione del mancato rinvio, insieme all'indicazione del confronto orizzontale con le normative e la giurisprudenza degli altri ordinamenti nazionali apre nuovi scenari in cui andrà affinata la tecnica di corretta elaborazione delle pronunce del giudice italiano relative a questioni di rilevanza comunitaria». Sulle recenti proposte di revisione dei criteri *Cifit*, si veda l'interessante ricostruzione effettuata da F. Liguori, *Sulla riformulazione dei criteri CILFIT: le conclusioni dell'A.G. Bobek nel caso consorzio Italian management e Catania Multiservizi*, in *European papers*, vol. VI, II, 956 ss.

³³ Cgue, 6 ottobre 2021, C-561/19, punto 33; Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2021, n. 7839, 16.

nelle mani del giudice interno l'ultima parola al riguardo e lo fa riconoscendogli un'ampia – quanto giusta e doverosa – discrezionalità³⁴.

Il nodo è come decide di muoversi all'interno di questa interpretazione il giudice nazionale, nella fattispecie il giudice amministrativo, alla luce delle sue prerogative, dei fatti emersi dalla controversia e dall'intensità del sindacato che egli è chiamato a esercitare.

Sono tutti elementi che emergono vistosamente – anche nei loro aspetti controversi – dalle riflessioni condotte dal giudice interno e sulle quali, ora, si cercherà di soffermarsi con attenzione.

Orbene, palesandosi l'opportunità di revoca o modifica di una precedente ordinanza (la n. 5588/2020), il Consiglio di Stato ha invitato – in ossequio ai principi cardine del giusto processo – le parti in causa a effettuare le proprie osservazioni in seguito alla sentenza del giudice comunitario che aveva statuito sulle condizioni che implicherebbero l'obbligo o meno di rinvio pregiudiziale alla Corte, prima di adottare la propria decisione, la quale, stando alla lettera della sentenza del giudice del Lussemburgo, pareva aver delegato il Consiglio di Stato nel decretare, o meno, la parola fine sulla vicenda.

Fondamentale appare soffermarsi sulle deduzioni delle parti, in particolare dell'AGCOM, secondo la quale, in virtù del chiarimento fornito dalla Corte di giustizia a proposito dell'assenza di incertezze interpretative sull'osservanza delle norme europee riscontrate dal giudice nazionale, l'obbligo di rimessione pregiudiziale viene meno.

In tale direzione si collocano le riflessioni svolte dai legali del Codacons e dell'Associazione degli utenti per i diritti telefonici, i quali ritengono che la pronuncia della CGUE abbia chiarito e riconosciuto al giudice amministrativo, nella fattispecie, la possibilità di statuire in via autonoma sul punto oggetto di controversia e, pertanto, di ritirare il precedente rinvio pregiudiziale, precisando, inoltre, un elemento non di poco conto e che, invece, si ritiene dirimente, ovvero che

³⁴ Vi sono diversi casi nei quali il Giudice amministrativo ha dato una lettura restrittiva dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 7 agosto 2020, n. 4970; Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4943; Cons. Stato, sez. IV, 18 settembre 2019, n. 6219; Cons. Stato, 18 aprile 2018, n. 2331; Cons. Stato, sez. IV, 1° giugno 2016, n. 2334. Per una prospettiva dottrinale dell'argomento, E. Scoditti, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, I, Milano, 2001; A. Barone, *Rinvio pregiudiziale e giudici di ultima istanza*, in *Foro it.*, IV, Roma, 2002; M. Melloni, *I requisiti formali delle decisioni di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Foro it.*, IV, Roma, 2011; D.-U. Galetta, *Niente di nuovo sul rinvio pregiudiziale: la Corte di giustizia ribadisce la sua consolidata giurisprudenza in materia e respinge il quesito ipotetico del Consiglio di Stato in tema di responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, III-IV, Milano, 2013; G. Zampetti, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, TFUE e conseguenze della sua mancata osservanza*, in *Osservatorio costituzionale*, I, 2014; F. Croci, *Nuove riflessioni sull'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretato alla luce delle sentenze "Ferreira da Silva" e "X"*, in *Studi integrazione europea*, II, Bari, 2017.

«le questioni di merito oggetto di rinvio pregiudiziale dovrebbero essere decise dal giudice nazionale»³⁵.

Una precisazione che ha il suo notevole perché e che è volta a invitare il giudice amministrativo ad assumere una decisione che sia conforme alle proprie ed esclusive prerogative, le quali vedono in lui – e in lui solo – l'unico giudice in grado di conoscere tutte le circostanze e gli elementi della *quaestio facti* in esame³⁶.

Un dato che non può e non deve sfuggire e che anzi pare esser stato tenuto bene in conto dallo stesso giudice comunitario implicitamente nella pronuncia resa. Ma non bene quanto quest'ultimo, invero, il giudice nazionale amministrativo, il quale da ultimo pare mostrare una certa quale titubanza e a tratti insicurezza nel recepire il riconoscimento che non solo gli deriva dall'ordinamento giuridico dello Stato ma anche dall'ordinamento euro-unitario che dovrebbe condurlo a evitare continui *ping-pong* giurisdizionali oltre il necessario. I quali, di riflesso, costituiscono un'insidia rappresentata dal pericolo di rendere il giudice sovranazionale giudice del fatto e del merito qualora i continui rinvii pregiudiziali si presentino indissolubilmente legati a quest'ultimo (cioè al merito) aspetto della vicenda oltre che alla legittimità o meno dell'interpretazione delle disposizioni comunitarie³⁷.

Un rischio del quale non si può permettere la concretizzazione e che solo il giudice nazionale può – in doverosa quanto opportuna ma limitata sinergia con la Corte sovranazionale – evitare.

Tornando, ora, alle ragioni enunciate dalle parti in causa, le posizioni delle società operatrici ricorrenti convergono tutte verso una medesima conclusione: la necessaria sussistenza del rinvio pregiudiziale alla CGUE.

In particolare, le ricorrenti asseriscono la permanenza – anche a seguito della pronuncia resa in via pregiudiziale dalla CGUE – della rilevanza, ai fini della soluzione della controversia nazionale, delle disposizioni del diritto unionale in esame, tale da far sussistere dubbi ragionevoli in ordine all'interpretazione.

Una siffatta conclusione è – al dire degli operatori ricorrenti – corroborata dalla circostanza che lo stesso Consiglio di Stato, in precedenza, abbia dato «atto dell'impossibilità di dimostrare con certezza che l'interpretazione da dare alle pertinenti disposizioni si sarebbe potuta affermare soggettivamente, con evidenza, anche presso i giudici nazionali degli altri Stati membri e presso la Corte di Giustizia»³⁸.

³⁵ Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2021, n. 7839, 8.

³⁶ A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici*, I, cit., 29 ss., anche 326 ss.

³⁷ È ciò che può verificarsi a causa dei continui e multipli rinvii pregiudiziali – all'interno di una medesima controversia – che il giudice amministrativo rimette alla CGUE, così come ha fatto nell'ordinanza in esame, la n. 7839/2021. Il che non è il solo e unico recente caso. Infatti, ciò è analogamente avvenuto nella oramai nota saga «Avastin-Lucentis», Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2021, n. 2327, non ancora conclusasi.

³⁸ Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2021, n. 7839, 9 ss.

Dunque, nonostante la convinzione che l'Autorità abbia agito secondo la legge e le proprie prerogative, nonostante l'assenza di dubbi in merito all'interpretazione delle disposizioni europee e, ancora, nonostante la pronuncia della CGUE sul primo rinvio pregiudiziale, il sol dubbio che tale interpretazione non possa essere analogicamente applicata dalle altre corti nazionali rendono ostaggio di se stesso il Consiglio di Stato.

Per un verso, la ragione dell'accoglimento delle istanze fatte dalle ricorrenti, ovvero sulla permanenza del rinvio pregiudiziale, potrebbe risiedere nell'assenza di un precedente analogo sulla questione e che, se effettivamente vi si prospetti anche solo un dubbio ragionevole, questo necessiti di essere risolto dalla nuova chiamata in causa della Corte.

Per altro verso, invero, il legislatore comunitario in materia di *authorities* ha operato una scelta precisa (tanto è vero che lo ha fatto con numerose e diverse direttive, riportate in precedenza), che consiste nel rimettere alla normativa interna agli Stati membri la relativa disciplina, compresi gli strumenti giuridici di cui l'Autorità può disporre e questo non può che condurre – nei casi di controversie giurisdizionali – a una decisione del giudice amministrativo che abbia *obtorto collo* le sembianze di una decisione di carattere soggettivo³⁹.

Il che risulta essere conforme alla disciplina sovranazionale – così per come si configura – e risulta essere, altresì, il male minore rispetto ad un continuo rimpallo caratterizzato da plurimi e pleonastici rinvii pregiudiziali che potrebbero concludersi con uno scenario, come già raffigurato e anticipato poc'anzi, che renderebbe la corte sovranazionale inevitabilmente, anche se indirettamente, giudice in grado di trascendere la sola interpretazione delle disposizioni e della sola legittimità.

Svolta questa necessaria premessa, è opportuno, ora, osservare l'*iter* percorso dalla giudice interno nell'adottare la propria decisione, che non ha fatto altro che confermare quella precedente, sostenendo la sussistenza dell'ulteriore rinvio pregiudiziale.

Per far ciò, i giudici hanno fissato quale parametro di riferimento quanto statuito dal giudice comunitario nel primo rinvio pregiudiziale, ovvero che essi sarebbero esonerati dall'obbligo di rinvio *ex art. 267 TFUE* soltanto nel momento in cui, come ricordato, costatino che la questione non sia rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione – di cui trattasi – sia già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi, escluden-

³⁹ Con il solo limite, come indicato da A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., 304, rappresentato dalla «ultima frontiera oltre la quale nessun sindacato giurisdizionale può e deve estendersi» rappresentato da «il nucleo "politico" della regolazione; laddove il giudice ne riscontra l'esistenza, il suo sindacato non potrà che limitarsi ad uno scrutinio di legittimità, senza debolezza alcuna».

do, inoltre, tale esonero per il sol fatto che nella medesima causa la Corte sia già stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale⁴⁰.

Alla luce di quanto affermato in punto di diritto dal giudice sovranazionale, il Consiglio di Stato ha deciso per il ritiro del primo e principale quesito pregiudiziale (al quale gli ulteriori e successivi risultano essere collegati e subordinati, così come affermato dallo stesso giudice nazionale)⁴¹ volto a ottenere un preciso chiarimento in merito all'esatta interpretazione della disposizione relativa all'obbligo di rinvio pregiudiziale, l'art. 267 del TFUE più volte menzionato.

Tuttavia, il giudice amministrativo ha optato per il ritiro del solo e primo *a*) quesito, motivando la sussistenza dei tre restanti quesiti (palesandoli come ancorati e causalmente connessi al primo) che esso aveva posto nel precedente rinvio, rimettendo nuovamente le sorti della controversia al giudice unionale, avendo mutato, dunque, la propria prospettiva sull'ordine dei quesiti rispetto a come li aveva *ab origine* proposti. Infatti, nella motivazione del Consiglio, suddetti quesiti risaltano per la loro autonomia rispetto al quesito interpretativo successivamente ritirato.

3. *Il confronto tra giudice interno e giudice sovranazionale: l'esercizio del sindacato pieno. Ipotesi e prospettive problematiche*

Avendo tentato di porre in evidenza gli aspetti ritenuti più rilevanti all'interno delle pronunce del Consiglio di Stato e del relativo dibattito instaurato – e ancora in corso – con la Corte di giustizia dell'Unione europea, è doveroso, ora, svolgere delle considerazioni conclusive in merito alle diverse tematiche toccate dalla controversia e, in particolare, dal dialogo tra giudici⁴².

In primo luogo, emerge la complessità della disciplina concernente l'obbligo di rinvio pregiudiziale che incombe sul giudice amministrativo e le indicazioni non chiare che hanno indotto suddetto giudice a ritirare soltanto il primo quesito oggetto del rinvio (nonostante inizialmente esso risultasse, a dir dello stesso giudice nazionale, presupposto degli altri quesiti) e a mantenere in vigore, invece, gli altri tre anche nel successivo provvedimento di rimessione al giudice euro-unitario.

Siffatto rinvio è stato posto dal Consiglio di Stato nonostante questo avesse precisato, in più parti delle due pronunce adottate, il proprio convincimento che le misure disposte dall'Autorità in causa fossero pienamente conformi al principio di legalità⁴³ – istruendo anche un coerente *iter* motivazionale – e nonostante

⁴⁰ Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2021, n. 7839, 23.

⁴¹ *Ibidem*, 31.

⁴² Per un'analisi storica della vicenda – con anche numerosi richiami giurisprudenziali – si rimanda a G. Montedoro, *Il giudice e l'economia*, cit., 205 ss.

⁴³ Sul combinato disposto tra principio di legalità e autorità indipendenti, oltre gli autori citati in precedenza, V. Cerulli Irelli, *Premesse e problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*, in F. Bassi e F. Meru-

la CGUE, alla luce della propria decisione, non avesse imposto al Consiglio alcunché in merito all'esatta interpretazione delle norme in causa, ma si fosse limitata a delineare per sommi capi quando si configuri un obbligo di rinvio pregiudiziale, invitando, tra l'altro, il Consiglio di Stato semplicemente a valutare se sussistesse o meno ancora la necessità di un nuovo rinvio.

Quanto appena sostenuto induce a ritenere che il giudice amministrativo abbia ravvisato la sussistenza del nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo in conseguenza della sola – quanto logica, scontata e *de facto* impossibile da dimostrare – presenza di alcuni dubbi ragionevoli in merito all'opportunità di fornire al giudice sovranazionale la famigerata «prova circostanziata»⁴⁴.

si (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 27; Id., *Costituzione. Politica. Amministrazione*, Napoli, 2018, 41 ss., contrariamente all'opinione dominante, sostiene che il nostro «sistema costituzionale non consente di attribuire indipendenza (dal potere politico, dal Governo) ad organizzazioni amministrative, essendo questa caratteristica espressamente attribuita ad altre organizzazioni e ad altre funzioni di governo. Questo modello di amministrazione trova il suo fondamento nel diritto europeo [...] Circa le attribuzioni delle Autorità, particolarmente delicata è la c.d. regolazione, nella quale si annidano poter normativi veri e propri, che nella sostanza presentano carattere primario trovando, come s'accennava, basi legislative estremamente esigue, a volte di mera attribuzione. E quindi, interi settori dell'ordinamento positivo [...] nelle comunicazioni, nei servizi pubblici essenziali, nell'energia, nel mercato finanziario, fino alla protezione dei dati personali, settore quest'ultimo che coinvolge incisivamente diritti fondamentali [...] trovano oggi la loro fonte in atti c.d. di regolazione delle Autorità, anziché in leggi o in atti normativi del Governo, che sfuggono quindi del tutto al sistema di garanzie e di controlli propri di essi»; A. Predieri, *L'erompere delle autorità*, cit., 7 ss.; F. Politi, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, in N. Longobardi (a cura di), *Autorità amministrative*, cit., 205, il quale pone in evidenza come il «principio di legalità esige che il potere regolamentare trovi esplicitamente il proprio fondamento in una fonte di grado primario. Ma se sia sufficiente una generica e preventiva legittimazione o se invece sia di volta in volta necessaria al potere regolamentare una specifica base legislativa la dottrina è tutt'altro che concorde. Inoltre, anche a voler ritenere sufficiente una generica e preventiva legittimazione o se invece sia di volta in volta necessaria al potere regolamentare un mero conferimento da parte dell'atto legislativo, al tempo stesso appare necessario che la legge, oltre al trasferimento di poteri in favore della fonte subordinata, ponga anche una normativa di principio»; anche A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., 137 ss.; R. Titomanlio, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, I, Roma, 2017, 24 ss. Differente sembra essere l'opinione di P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, 12 ss., secondo cui, con riguardo ai poteri normativi o regolamentari «presenti in gran parte delle *authorities*, non pare si possa contestarne il fondamento in presenza di una norma legislativa attributiva del relativo potere [...] il sistema delle fonti di rango secondario è, infatti, aperto e pluralistico e la potestà normativa può essere esercitata, per espressa volontà del legislatore (non vietata dalla Costituzione) ed entro i limiti delle materie di competenza statale, anche da soggetti privi di legittimazione democratica». Quest'ultimo assunto pare condividere quanto affermato dallo stesso Consiglio di Stato, sez. consultiva, 14 febbraio 2006, n. 11603/04, il quale, nel rendere il proprio parere a proposito del Codice delle assicurazioni, ha riconosciuto una «copertura costituzionale» e/o una «copertura comunitaria» del potere normativo delle autorità indipendenti. Il fondamento costituzionale è stato rinvenuto, oltre che nel principio di legalità, «nel principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, nonché nei principi regolanti singoli settori o attività, quali gli artt. 41, 47, 21, 39 Cost. ecc.» che forniscono «caso per caso» un fondamento costituzionale «diversificato» a seconda del tipo di autorità (§ 6.3.). Il fondamento in principi e norme di livello «sovra-primario» dei poteri normativi delle autorità si rinviene poi – afferma il Consiglio di Stato – «ampiamente nell'ordinamento comunitario, che ha fornito un impulso decisivo alla diffusione di questi organismi», cui è affidata «una competenza regolatoria» e una «competenza di vigilanza».

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5588, 64 ss., successivamente *ibidem*, 23 novembre 2021, n. 7839, 1 ss., in particolare 45.

La quale prova consisterebbe nel dimostrare che l'interpretazione data dal giudice amministrativo si imponesse (verrebbe da dire in via meramente ipotetica, in assenza di un precedente giurisprudenziale analogo e tenendo conto, ma questo non è indicato dai giudici nazionali, la disomogeneità tra discipline degli Stati membri relative al regime delle *authorities*) con la medesima evidenza anche presso i giudici degli altri Stati membri dell'Unione europea.

Il che configurerebbe – come affermato inizialmente dallo stesso Consiglio – una vera e propria *probatio diabolica*, idonea a costringere, di riflesso, il giudice nazionale al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* ogniqualvolta la controversia interpretativa presente nel giudizio nazionale – rilevante ai fini del decidere – non fosse materialmente identica ad altra questione sollevata in relazione ad analogo fattispecie già risolta in un precedente rinvio pregiudiziale.

In proposito, non sembra che la Corte abbia sciolto il dubbio interpretativo posto dal giudice italiano. Ne consegue che, in via ipotetica, al fine di scongiurare il concretizzarsi di una *probatio diabolica*, la via migliore da percorrere sarebbe rappresentata da un'interpretazione «soggettiva» delle disposizioni europee (alla luce della fattispecie e del combinato disposto tra disciplina comunitaria e disciplina nazionale) ad opera del giudice amministrativo, una volta avendo constatato quest'ultimo l'impossibilità di pervenire a soluzioni interpretative alternative e conformi alla disciplina in questione, stante la più volte ribadita mancanza di una costante uniformità – a livello sovranazionale e interno – della stessa.

Sarebbe, altresì, la decisione più coerente con il ragionamento condotto fin dal principio dell'analisi della *quaestio facti* che i giudici del Consiglio di Stato hanno, con percorso argomentativo ineccepibile, svolto per tutto il corso dell'ordinanza, la quale, sorprendentemente, non chiosa con un'affermazione che esclude l'obbligo di rinvio pregiudiziale ma, piuttosto, lo riconferma, quasi a far trasparire che la preoccupazione principale del Consiglio siano l'interpretazione e la relativa nomofilachia delle disposizioni comunitarie⁴⁵ – quandanche non ostino all'adozione di una propria decisione – piuttosto che l'esercizio della piena giurisdizione in materia che risulta, sempre più, legarsi alla tutela di interessi costituzionali che possono ritenersi di rango super primario.

È in queste dispute giurisprudenziali – e nei diversi e sempre più frequenti dialoghi tra giudice nazionale e giudice comunitario – che si gioca una delle partite più importanti di questo tempo. E, a tal proposito, non è con una dismissal o con una mancata, precisa quanto doverosa presa di posizione ad opera del giudice nazionale che si consolida l'uniformità del diritto sovranazionale, considerata perno dell'attuale costruzione europea, e la tutela dei principi costituzionali.

⁴⁵ Questa forma di «preoccupazione» nei confronti della coerenza e uniformità dell'interpretazione del diritto sovranazionale traspare anche dalla giurisdizione del giudice ordinario, così come illustrato da M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, V, Milano, 2020, 675 ss.

Ove manchi una puntuale disciplina sovranazionale, mancanza generata da un vuoto del legislatore europeo e, ancora, ove la Corte di giustizia manchi di chiarezza e non assicuri una tutela che invero può essere assicurata mediante l'esercizio della giurisdizione interna, deve intervenire con maggior fermezza e determinatezza il giudice nazionale⁴⁶.

È anche e sopra tutto in ciò che risiede «il tratto caratterizzante e la ragione della persistente attualità della giurisdizione» del giudice amministrativo⁴⁷.

Un siffatto discorso dovrebbe valere *a fortiori* per la giurisdizione esclusiva (e di merito in presenza di sanzioni)⁴⁸, che il legislatore nazionale ha voluto riconoscere al giudice amministrativo in un settore così delicato come quello delle autorità indipendenti⁴⁹, in particolare alla luce del quadro giuridico ed economico – sempre più globalizzato – dove si intrecciano, spesso con l'intento di confonderli

⁴⁶ Sull'importanza del ruolo del G.A. e sulla connessa intensità e pienezza del suo sindacato anche alla luce di una dimensione che guarda a un contesto normativo sempre più largo, come quello euro-unitario, A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., 327 ss., ha rilevato, tempo addietro, che nonostante il Trattato comunitario non definisca la nozione di piena giurisdizione non «vi è dubbio, tuttavia, che su questo punto il diritto comunitario non si discosta affatto dai principi fondamentali degli Stati membri. Secondo questi principi, la piena giurisdizione implica il potere per il giudice di spingere il suo sindacato al di là della semplice legittimità di un atto, alla stregua dei testi legislativi e regolamentari cui fa riferimento, ed anche il potere di soffermarsi sull'opportunità stessa della decisione, e cioè sugli elementi di apprezzamento soggettivo che hanno determinato la scelta concreta dell'Amministrazione». Per una prospettiva generale e comparatistica della tematica si consideri M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, VI ed., Bologna, 2002, 34; J. Woehrling, *La réforme du contentieux administratif*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 854; E. Picozza, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 1997; M.P. Chiti, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 1998, 499 ss.; F. Astone, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999; R. Caranta, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, Milano, 2000, 81 ss.; E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; R. Villata, *Osservazioni in tema di incidenza del diritto comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, III, Milano, 2006, 848 ss.; M.A. Sandulli, *La Corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in Aa.vv., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008; S. Cassese, M. Savino, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in G. Della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, III ed., Milano, 2011; P.L. Portaluri (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli, 2014; F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *federalismi.it*, XVII, 2018, 1-13.

⁴⁷ A. Police, *L'epifania della piena giurisdizione*, cit., 277. Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici*, cit., 30.

⁴⁸ A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici*, I, cit., 104, circostanza che ha originariamente attribuito al giudice amministrativo «un plus di conoscenza in fatto, che si sostanzia nella possibilità di formarsi e di ricostruire una propria integrale versione delle circostanze, quando anche vi fossero prove discordanti, ma egualmente attendibili, da valutare discrezionalmente».

⁴⁹ Sempre A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., 294, osserva che «se il limite ad un sindacato sostitutivo è quello della correttezza della valutazione amministrativa, non vi è dubbio alcuno che tale sindacato sia diretto, pieno e sostitutivo; effetto sostitutivo, ovviamente, che ricorre soltanto quando risulti erronea la valutazione amministrativa». Sul punto, anche F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., 199 ss.

e renderli omogenei, l'interesse privato, sempre più pressante e dominante, e l'interesse pubblico⁵⁰, posto continuamente a repentaglio dalle logiche di mercato⁵¹.

4. *Il giudice amministrativo quale argine (indispensabile) alle insidie tese dai nuovi sovrani economici? Alcune considerazioni finali*

In particolare, la forza della *lex mercatoria* si manifesta per mezzo dei suoi principali protagonisti, i c.d. «nuovi sovrani economici», capaci di imporsi con vigore all'intero panorama economico e politico contemporaneo⁵² incentrato sul meccanismo concorrenziale⁵³.

⁵⁰ F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi, dattiloscritto della relazione tenuta al XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 18-20 settembre 1986*, ora in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso. Atti del 32° Convegno (Varenna 18-20 settembre 1986)*, Milano, 1989, 253, rileva che l'interesse pubblico «da un lato, è oggetto di valutazione e, in questo, insieme agli interessi privati (è oggetto della ponderazione operata dall'Amministrazione); dall'altro, invece, è criterio di valutazione, in quanto la sua valutazione si pone come finalità da raggiungere attraverso il procedimento». Sicché – continua l'autore – suddetto interesse «da un lato entra come oggetto dell'assetto di interessi che il provvedimento realizza e quindi è oggetto di valutazione; dall'altro, invece, è la finalità cui il provvedimento risponde, ed è questo in realtà la reale differenza tra gli interessi privati e gli interessi pubblici, la differenza del ruolo che questi giocano nel provvedimento: gli interessi privati sono soltanto oggetto di valutazione, l'interesse pubblico è oggetto e criterio di valutazione». Sul complicato rapporto tra cura dell'interesse pubblico e autorità indipendenti, M. D'Alberti, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma, 1995, 69; anche N. Longobardi, *Autorità amministrative*, cit., 98 ss.

⁵¹ Nel merito, si veda quanto sostenuto da G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 40, il quale precisa che «è in corso un imponente processo di traduzione di un diritto di produzione pubblica in un diritto di origine e fonte privata (o comunque non statale) [...] Sul piano più tradizionalmente costituzionalistico, ciò ha portato a costatare che, ad esempio, i limiti ai soggetti privati in genere, e alle imprese in particolare (e non solo a quelle multinazionali), sembrano oggi rinvenirsi quasi esclusivamente nei modelli contrattuali uniformi, ovvero nei codici di condotta internazionali elaborati da soggetti privati del tutto estranei al circuito politico rappresentativo; mentre sempre meno rilievo, di fatto, è dato ai vincoli e alle limitazioni pubblicistiche, comprese quelle iscritte in costituzione: basta pensare alla sostanziale irrilevanza del vincolo costituzionale dell'*utilità sociale* per le imprese multinazionali, ma forse ormai anche per quelle nazionali».

⁵² Con tale termine si vuole fare riferimento a quei soggetti privati ed extraistituzionali operanti all'interno della moderna e succitata *lex mercatoria*, in grado di «sfuggire» al controllo dei pubblici poteri, ed anzi, in grado di condizionarli e di assoggettarli alle proprie scelte corporative, che vedono nel massimo profitto l'obiettivo primario da conseguire. L'argomento è abbondantemente trattato da G. Azzariti, *Il costituzionalismo*, cit., 50, il quale osserva come in un «ordinamento non condizionato da principi costituzionali di legittimazione dei poteri, qual è quello globale, per definire la nuova e reale mappa dei poteri, appare necessario ricondurre all'espressione «nuovi sovrani globali» tutti quei soggetti che riescono – di fatto, più che di diritto – a partecipare e/o a imporre decisioni politicamente rilevanti in ambito planetario (dunque sia nazionale sia sovranazionale)», anche M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, Torino, 1996, 165 ss.; S. Casese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 54 ss. Per un'analisi comparatistica della vicenda, A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, II ed., Torino, 2019, 209 ss.; Id., *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 42 ss., 110.

⁵³ A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., 6, espone le due fattispecie di cui consta il meccanismo della concorrenza, ovvero da un lato «secondo una concezione statica (o strutturalista), la concorrenza si realizza nel momento in cui il mercato è caratterizzato dalla presenza di un numero molto elevato di operatori economici, in maniera tale che nessuno di essi è capace di influenzarlo [...] Dall'altro lato, secondo una concezione dinamica, concorrenza è rivalità, competizione tra imprese produttrici che prendono delle decisioni e agiscono

Così, dapprima il ruolo attivo dello Stato nell'economia, nella pluralità delle sue manifestazioni che si sono susseguite nel tempo, il ruolo di garanzia e di vigilanza delle autorità indipendenti di poi, hanno costituito e, oggi, costituiscono – o dovrebbero costituire⁵⁴ – un argine efficace allo straordinario potere che tali entità di natura privatistica hanno accumulato nel corso dell'ultimo ventennio.

Argine e limite ulteriormente rafforzati dalla «supervisione» esercitata dal giudice amministrativo, il cui sindacato giurisdizionale si dimostra essere, oggi più di ieri, imprescindibile⁵⁵; ed è in tale contesto che si innesta e trova (o meglio, dovrebbe trovare) spazio la sua piena giurisdizione⁵⁶.

in maniera tale da assumere una posizione migliore nell'ambito del mercato per ottenere dei vantaggi economici, a scapito delle posizioni occupate dalle rivali», riprendendo F. Gobbo, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001, 13 ss.

⁵⁴ S. Cassese, *La «vecchia» costituzione economica. I rapporti tra Stato ed economia*, in *La nuova costituzione economica*, cit., 33, ravvisa il pericolo «costituito dalla tendenza degli organi di regolazione ad accettare il punto di vista dei privati sottoposti a disciplina [...] La regolazione, solitamente considerata come un modo, per i poteri pubblici, di controllare l'azione dei privati, diviene una procedura che si svolge in due direzioni, nella quale l'organo di regolazione e il settore economico sottoposto alla disciplina cercano di controllarsi l'un l'altro. In casi estremi, gli inconvenienti sono ancora peggiori, perché la disciplina pubblica diventa una sorta di favoritismo istituzionalizzato, a beneficio del settore economico sottoposto a controllo, che riesce a convertire il controllo pubblico in guadagno privato e fa divenire l'organo di disciplina una barriera tra il settore dell'economia sottoposto a controllo e la collettività. I maggiori critici di questo tipo di intervento giungono fino ad affermare che i poteri pubblici, così, si presentano non tanto come regolatori, quanto come protettori di interessi privati, e finiscono per agire in funzione di questi».

⁵⁵ A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, II, cit., 546 ss.; di parere difforme è invece A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, X, Milano, 1998, 386 ss.; Id., *L'unità della giurisdizione*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, III, Milano, 2011, 11 ss.

⁵⁶ Sul punto, oltre i riferimenti svolti in precedenza, si veda quanto affermato da P. Lazzara, *Discrezionalità tecnica e autorità indipendenti*, in *Annuario dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Milano, 2002, 344, secondo cui spetta al giudice amministrativo verificare, senza limitazione alcuna, i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità, per mezzo anche delle prove allegate dalle parti e, ancora, anche «in ordine alla sussunzione della situazione di fatto nell'ambito di estensione dell'ipotesi normativa, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato estrinseco, ma deve consentire un controllo intrinseco, avvalendosi anche di regole e conoscenze tecniche». In una direzione non dissimile si collocano anche L. Barra Caracciolo, *Il tormentato cammino*, cit., 272, sempre a proposito dell'indeterminatezza di alcuni canoni comunitari in materia di *authorities*, tiene a precisare che in «questa generale evoluzione del controllo giurisdizionale, pertanto, risulta potenzialmente pieno il sindacato sui canoni di applicazione dei concetti giuridici indeterminati, clausole attualizzanti le manifestazioni contemporanee della discrezionalità tecnica», e N. Longobardi, *Le autorità amministrative*, cit., 332. Critiche a una siffatta impostazione del sindacato del G.A. sono state mosse da S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 30 ss., il quale sostiene che tale giudice «applica alle A.I. gli stessi canoni di controllo giudiziario che adopera per le amministrazioni statali [...] non si può non riconoscere che la scelta particolare dei titolari delle autorità, sia per quanto riguarda i requisiti sia per quanto riguarda le procedure, il regime delle incompatibilità, le forme giudiziarie (sic!) in cui si esplica la loro azione, l'indipendenza ad essa attribuite, richiederebbero almeno un atteggiamento di self-restraint da parte del giudice amministrativo. Un atteggiamento che il g.a. ha, in molte circostanze, avuto relativamente ad altri corpi (ad esempio limitando, in passato, il proprio esame delle scelte delle commissioni di concorso per la nomina di professori universitari, sulla base del riconoscimento dell'altissima discrezionalità di cui la commissione doveva usufruire». Sul punto, anche F.G. Scoca, *Autorità amministrative Indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere e effettività della tutela*, in *giustamm.it*, Napoli, 2012; F. Cintioli, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, in *federalismi.it*, XII, 2019, 8 ss. Per un'analisi comparatistica si consideri quanto affermato da M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi*

Pertanto, il giudice riveste un ruolo cruciale nello svolgere un penetrante controllo sull'attività e sui relativi poteri di cui dispongono le autorità indipendenti, tra i quali sicuramente quello sanzionatorio, ma anche il potere di intervenire direttamente sull'assetto contrattuale e di incidere sull'autonomia negoziale delle parti in determinate circostanze, come appunto ha fatto l'AGCOM. Si tratta di una fattispecie *sui generis* di intervento, il quale si rivela essere un vero e proprio limite all'autonomia privata. Limite che può esplicitarsi anche tramite una integrazione eteronoma del contratto che l'Autorità ha il dovere di esercitare per ristabilire il necessario equilibrio sinallagmatico tra le parti e, soprattutto, per evitare che, come nella fattispecie attenzionata, una parte tenti di sovrastare l'altra in ragione della propria posizione dominante.

A riguardo, questo potere integrativo che l'Autorità esercita, in realtà, pare poter rinvenire un precedente fondante, prima ancora che nelle leggi che hanno istituito le autorità amministrative medesime e le loro relative discipline, già all'interno del Codice civile, ad esempio, all'art. 1339⁵⁷, nella misura in cui il legislatore vi ha previsto l'automatico inserimento «di diritto» di clausole, prezzi di beni o servizi imposti dalla legge⁵⁸.

È anche la suddetta azione integrativa eteronoma che è sottoposta, di riflesso, al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, così come si evince dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato con cui, successivamente, si è deci-

nazionali e contesto globale, II ed., Bologna, 2019, 12, il quale sostiene che il «dialogo e il confronto tra le Corti di giustizia si è rafforzato. Le tecniche di controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa sono divenute più simili tra loro. Il sindacato giurisdizionale intrinseco sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità dell'azione amministrativa ha accomunato e avvicina – pur tra le non irrilevanti differenze – i giudici degli Stati europei, la Corte di giustizia dell'Unione europea, la Corte di Strasburgo, le Corti di giustizia statunitensi»; F. Zammartino, *Sulle autorità amministrative indipendenti: alcune considerazioni*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, 5378 ss. Sul sindacato intrinseco e sull'intensità di quest'ultimo A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, II, cit., 437.

⁵⁷ In riferimento a questa norma codicistica, G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 119, rileva come essa sia una «sorta, sia pure anomala, di «espropriazione» di quell'autonomia che i privati avevano manifestato nel loro negozio». Tuttavia, questo orientamento è da ritenersi superato. Infatti, in questa direzione lo stesso giudice amministrativo, Cons. Stato, sez. atti norm., 14 febbraio 2005, n. 11603, ha affermato che si è al cospetto di «una fase storica nella quale all'idea regolativa del codice si è sostituita l'esistenza di discipline sistematicamente organizzabili in una pluralità di codici di settore. Le codificazioni incentrate sull'unità del soggetto giuridico e sulla centralità e sistematicità del diritto civile stanno, quindi, lasciando spazi a micro-sistemi ordinali, non fondati sull'idea dell'immutabilità della società civile, ma improntati a sperimentalismo ed incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica». Sul complicato rapporto tra autonomia privata e diritto pubblico, si rinvia alle classiche pagine di S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, ora ed. rist., (a cura di) M. Croce, M. Goldoni, Macerata, 2019, 49 ss., spec. 51.

⁵⁸ C. Solinas, *Il contratto «amministrato»*, cit., 186, sostiene che siano «considerazioni di ordine sistematico e teleologico a portare a ritenere che si tratti della «imposizione» che sta alla base di un meccanismo integrativo cogente, ad opera dell'Autorità, di clausole contrattuali [...] L'inserimento, con il meccanismo di cui al 1339 c.c., della clausola eteronoma nel contratto passa comunque attraverso una previa «imposizione» della stessa (imposizione che si deve ritenere abbia come destinatario le parti), ma tuttavia il suo inserimento nel contratto prescinde dall'esecuzione dell'inserzione ad opera della parte: l'integrazione opera di diritto, sia che la parte non abbia inserito la condizione imposta, sia che abbia inserito una condizione difforme».

so di disporre un nuovo rinvio pregiudiziale, all'interno della medesima causa, alla CGUE⁵⁹. In tali controversie, dunque, il G.A. non solo è chiamato a valutare e ponderare gli interessi in gioco alla luce dei parametri e delle prescrizioni euro-unitarie – con le relative complicità e incertezze dal punto di vista ermeneutico –, ma può sovente essere esposto alle insidie rappresentate dalle parti in causa.

Infatti, riassumendo, da un lato, egli deve constatare nel dettaglio se l'Autorità abbia, fino in fondo, svolto, secondo quanto gli compete e gli è riconosciuto, una corretta istruttoria e che le misure adottate (e se, viceversa, non abbia adottato misura alcuna, indagare il perché) siano adeguate al caso concreto e, inoltre, che non trascendano l'eccesso di competenza basato sulla legge e non risultino sproporzionate e lesive della disciplina europea.

D'altro lato, il giudice amministrativo non deve subire lo strapotere rivestito dai nuovi sovrani, che spesso e volentieri sono i destinatari di indagini, controlli e sanzioni ad opera proprio delle autorità amministrative indipendenti e, ancora, neanche porre un freno al proprio convincimento e di conseguenza rimettere, come avvenuto in questo caso, plurimi rinvii pregiudiziali⁶⁰ al giudice sovranazionale, nella speranza che tale giudice rafforzi – mediante la propria interpretazione – il suddetto convincimento anche quando non ve ne sia il bisogno o financo gli estremi e se ne assuma gli oneri del caso, sollevando da una responsabilità eccessiva il giudice amministrativo.

Tuttavia, è doveroso ricordare che laddove non sia possibile estrapolare un'ideale e soddisfacente interpretazione ai fini della risoluzione di una controversia, così come risulta dall'esame svolto dal Consiglio di Stato, dai Trattati e dalle disposizioni comunitarie, il giudice amministrativo deve sempre tener presente i principi fondamentali in grado di condurlo ad un'interpretazione che sia anzitutto costituzionalmente orientata.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2021, n. 7839.

⁶⁰ Il rischio di provocare un inutile ingolfamento della macchina processuale è stato ravvisato dallo stesso Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2019, n. 4949. Come rilevato in nota a tale ordinanza da M. Lipari, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale*, in *giustamm.it*, cit.: «Assai opportunamente, l'ordinanza del Consiglio di Stato segue il suggerimento contenuto nelle istruzioni redatte dalla Cgue, che incoraggia il giudice nazionale ad esporre nella decisione di rinvio l'indirizzo interpretativo ritenuto preferibile tra le diverse opzioni astrattamente prospettabili. La pronuncia indica la preferenza per la soluzione ermeneutica favorevole alla prevalenza delle norme processuali interne. La Sezione osserva che la proposizione "a catena" di questioni pregiudiziali (conseguenti a precedenti rinvii nello stesso giudizio) potrebbe dar luogo a possibili abusi del processo e rischierebbe di privare di effetto il diritto alla tutela giurisdizionale e il principio di celere definizione del giudizio con carattere di effettività. La Sezione ritiene che "l'enunciata obbligatorietà di rinvio pregiudiziale da parte del Giudice di ultima istanza non possa essere disgiunta da un regime di "preclusioni processuali" (che è rimesso alla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia di affermare corrispondentemente), tale da indurre le parti a sottoporre al giudice nazionale "una volta per tutte" gli aspetti del diritto interno applicabile al caso oggetto di giudizio che esse prospettano come contrastanti con il diritto europeo." La disciplina nazionale che delimita l'oggetto del giudizio, attraverso la previsione di preclusioni, esprime principi capaci di modulare ragionevolmente la portata dell'obbligo incondizionato del rinvio pregiudiziale, in piena sintonia con quanto affermato in precedenti occasioni dalla stessa Cgue. Questa ipotizzata mitigazione dell'obbligo dovrebbe sussistere, quanto meno, nel caso particolare in cui le parti prospettino questioni interpretative comunitarie dopo una precedente fase decisoria, già culminata in un rinvio pregiudiziale».

Non solo, ma quando le disposizioni sovranazionali del caso risultassero di incerta interpretazione, come sembra nella fattispecie *de qua* – e nel caso in cui ricorrano le condizioni per la derogabilità al rinvio pregiudiziale –, il giudice dovrebbe risolvere la controversia, come ribadito, in via «soggettiva», dunque sulla base del combinato disposto fra la propria interpretazione delle disposizioni europee, ricorrendone i presupposti, e la disciplina interna delle *authorities*, così come ricostruito dal Consiglio di Stato all'interno dell'ordinanza, pur senza adottare, purtroppo, la decisione finale auspicata in questa sede.

Ancora, potrebbe altresì accadere – in via meramente ipotetica – che il giudice amministrativo confermi il potere implicito esercitato dall'Autorità, come lo ha esercitato l'AGCOM, anche in eventuale e insanabile contrasto con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, qualora ravvisi la necessità di far prevalere un interesse – come lo è l'interesse pubblico – ritenuto preponderante rispetto a un altro interesse, ad esempio privato (come dovrebbe essere per il principio di libera concorrenza in relazione al principio di uguaglianza sostanziale) o che sia ritenuto, in una scala di valori costituzionali, di rango inferiore⁶¹. Si tratta, ovviamente, di mere ipotesi (di cui non pare auspicabile il verificarsi) e, per fortuna, potrebbe obiettarsi, di rarissime ipotesi, ma che si vogliono comunque considerare e annoverare tra le soluzioni plausibili a disposizione del solo giudice amministrativo – come da ultimo nella controversia che vede protagonista l'AGCOM, le multinazionali della telefonia e lo stesso G.A. – per sottolineare l'importanza sto-

⁶¹ Secondo una minoritaria quanto autorevole dottrina, uno dei problemi principali concernenti l'impianto della costruzione giuridica dell'Unione europea è l'aver collocato tanti e – al contempo – così diversi diritti sul medesimo piano, senza inquadrarli in una precisa scala di valori. Il che, di riflesso, costituisce inevitabilmente un problema non indifferente per l'interprete, in particolare il giudice nazionale che alle volte, in piena ragione, ritiene insoddisfacente risolvere i propri dubbi mediante i canoni sovranazionali della proporzionalità e della sussidiarietà. Su tutti, si veda quanto scritto da G. Azzariti, *Il costituzionalismo*, cit., 81, che evidenzia come «secondo i giudici di Lussemburgo, si rende necessario procedere a conciliare i diritti fondamentali – enunciati dalla Carta (di Nizza), ma da tutelarsi “conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali” – con “le esigenze relativi agli (altri) diritti tutelati dal Trattato stesso”, in conformità al principio di proporzionalità. Ai giudici comunitari spetta dunque operare un bilanciamento sostanzialmente libero da vincoli costituzionali (o *para-costituzionali*), compiuto neppure in base al più stringente canone della ragionevolezza (così come siamo stati abituati nella giurisprudenza delle Corti nazionali e di quella italiana in particolare) bensì al più indeterminato principio di proporzionalità [...] Ma la questione che si voleva sollevare era appunto questa: bisogna confidare sulla saggezza del giudice per garantire i diritti in Europa?»; in merito, anche A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 111 ss., in guisa perentoria sostiene che «la Carta di Nizza ha evitato accuratamente di codificare i fondamenti del costituzionalismo antifascista, a partire dal principio di parità in senso sostanziale: l'uguaglianza è la mera parità davanti alla legge (art. 20), presidiata da un ampio divieto di discriminazione che semplicemente la specifica (art. 21). Non vi sono, cioè, riferimenti a un generale dovere pubblico di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto impediscono la parità, se si esclude forse quella di genere, che “deve essere assicurata in tutti i campi (art. 23). Ci troviamo, insomma, di fronte all'enunciazione del principio di uguaglianza così come affermato dalla tradizione liberale [...]». Per ulteriori commenti alla Carta di Nizza, R. Bifulco, *L'Europa dei diritti*, (a cura di) Id., e altri autori, Bologna 2001; S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. Manzella e altri autori, Bologna, 2001.

rica e attuale che il suo sindacato riveste nel contesto degli ordinamenti giuridici *multilevel* e nei rapporti economici contesi tra giudici.

Questo scenario si è configurato in seguito alla progressiva e inarrestabile riduzione della presenza dello Stato⁶² – e alla contemporanea affermazione della *governance* europea – nel settore economico che ha comportato, conseguentemente, il conferimento *in toto* alla figura delle *authorities* poteri e responsabilità di amplissime dimensioni, alle quali si accompagna, nel solo versante delle responsabilità, il controllo penetrante (e imprescindibile) del giudice amministrativo, sempre più, anch'egli, ostaggio dei stringenti canoni sovranazionali. In particolare, della libera concorrenza nel mercato, che costringe l'interprete stesso a condurre operazioni ermeneutiche che di rado si dimostrano essere di difficile compatibilità e coordinamento con la Costituzione⁶³.

Può considerarsi, a tale proposito, emblematico quanto ha avuto modo di contestare e accertare l'AGCOM nella controversia esaminata in questa sede, al quale accertamento è seguito il controllo del giudice amministrativo, il quale, tuttavia, non ha ritenuto opportuno confermare quanto rilevato dall'Autorità, preferendo rimettere, come già osservato, le questioni pregiudiziali del caso alla CGUE, rinviando a oltranza la propria decisione finale sulla controversia. O, ancora, nel valutare lo stesso giudice attentamente, come nel caso che si è tentato di analizzare, il *modus operandi* tenuto dall'Autorità e nel verificare che questa abbia tenuto debito conto di tali circostanze prima di adottare la propria decisione, stanti il quadro giuridico costituzionale ed europeo.

In questa cornice è costretto a spaziare, con le connesse difficoltà e incertezze del caso, anche e sopra tutto il giudice amministrativo, al quale si è confermato l'affidamento del delicato compito di giudice del contenzioso economico pubbli-

⁶² Sul punto G. Guarino, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, I, Bologna, 1992, 21 ss.; anche F. Fracchia, *Ordinamento comunitario, mercato, risorse pubbliche e contratti delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2010. Sul ruolo dello Stato 'interventore' durante la Prima Repubblica, E. Felice, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Bologna, 2015, 232 ss.; C. Solinas, *Il contratto «amministrato»*, cit., 46; G. Corso, *Il mercato: profili costituzionali*, in *www.spisa.unibo.it*, XXXII, 2020, I ss.; A. Moliterni, S. Pellizzari, *La costituzione «dimenticata». La riserva di attività economiche alle comunità di lavoratori o utenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, I, Milano, 2021, 243 ss., in particolare 269.

⁶³ È il caso, ad esempio, di formule apparentemente vaghe impiegate dalla Costituzione quali «utilità sociale», «fini sociali» o «funzione sociale». Secondo E. Mostacci, *Inutile, proficuo o dannoso? Alcune riflessioni a partire dal nuovo testo dell'art. 41*, in *DPCE online*, II, 2022, 1125 ss., si tratta di «clausole il cui testo è obiettivamente vago e che sembrano liberamente interpretabili dal lettore, a seconda delle proprie preferenze assiologiche e delle proprie inclinazioni politiche», anche se tale vaghezza non può essere riconosciuta alla Costituzione repubblicana dal momento che – prosegue l'autore – gli equi rapporti sociali o l'utilità sociale «possono essere intesi solo a partire da quel progetto di trasformazione sociale, preconizzato dall'art. 3 secondo comma: lo svolgimento dell'attività di impresa non deve entrare in conflitto e, quindi, si deve di necessità coordinare, con il disegno emancipatore, *in primis* per il tramite del lavoro [...]». Sempre sulla revisione dell'art. 41 Cost., A. Mattosio, *La tutela dell'ambiente in Costituzione*, in *dirittocomparati.it* del 10 marzo 2022, 4, rileva l'inconveniente che può generarsi accostando la tutela dell'ambiente e della salute all'utilità sociale. Il che «rischierebbe di condurre ad una dequotazione del lavoro, la cui tutela non merita, nell'impalcatura costituzionale, di restare un passo indietro, e al contempo di provocare un'inutile perdita di elasticità dell'art. 41 Cost.».

co più rilevante⁶⁴. Questo poiché al privato non potrebbe essere affidato il compito di soddisfare l'interesse pubblico né tantomeno egli potrebbe intestarsi la facoltà o il diritto di svolgere valutazioni circa la rilevanza dell'interesse menzionato. Non solo, ma si è ritenuto, altresì, che il privato, portatore di interessi propri ed esclusivi, non sia in grado di operare nel rispetto di un equilibrio concorrenziale autoregolato, il quale, invero, per funzionare al meglio necessita di un'apposita disciplina regolamentare. Sicché, appare necessario che il mercato sia protetto per mezzo di un preciso ordine giuridico⁶⁵, imposto ai suoi operatori. In questa cornice si colloca la nuova dimensione «regolatoria» dello Stato, che predispone le regole da osservare per il pieno funzionamento del mercato concorrenziale, anche al fine di reprimere quelle condotte distorsive che gli operatori privati potrebbero porre in essere⁶⁶.

Di qui la necessità di istituire delle figure dotate di elevata *expertise*, quali le autorità amministrative indipendenti, la cui missione principale consiste nel vigilare sui comportamenti e le operazioni dei soggetti agenti nel mercato⁶⁷, potendo, a seconda dei casi, anche intervenire direttamente all'interno dell'assetto di interessi tra i soggetti in causa «per rendere compatibile l'operazione economica dei privati con i principi del mercato; e, così facendo, intervenendo sulla disciplina del contratto realizzano altresì gli obiettivi pubblici loro imposti (tutela della concorrenza, tutela del risparmio, stabilità del mercato ecc.)»⁶⁸.

Tuttavia, è proprio da questo assunto che scaturisce quello che si ritiene essere, in questa sede, «il problema dei problemi», ovvero il concreto rischio che l'interesse pubblico finisca per identificarsi, sempre più, con le esigenze *meta* pubblicistiche della stabilità del mercato, della tutela della libera concorrenza e nel preservare primariamente lo spazio giuridico ed economico dei privati⁶⁹. Anche

⁶⁴ Non a caso, in dottrina, si è affermato che la giurisdizione amministrativa sia divenuta «la sola magistratura della concorrenza». Così, A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., 263, alla luce di quanto affermato da F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit.

⁶⁵ Si tratta del nucleo essenziale delle tesi ordoliberali, secondo cui il mercato concorrenziale non è in grado, autonomamente, di funzionare. Questo ha infatti bisogno della mano visibile dei pubblici poteri, che si manifesta per mezzo di meccanismi di protezione e regolazione. Sul punto, A. Somma, *L'ordoliberalismo e la cancellazione del costituzionalismo antifascista*, in *Critica marxista*, I, Roma, 2016, 50; Id., *Democrazia o capitalismo. Sulla inevitabile matrice autoritaria del neoliberalismo*, in *Rechtsgeschichte - Legal History*, XXX, Francoforte sul Meno, 301.

⁶⁶ Richiamando l'insegnamento di G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., 361, ben si può trattare di quei casi in cui «non è rilevabile un'assoluta contrapposizione tra autorità e cittadini, normalmente non si riscontra il pericolo che venga lesa la sfera soggettiva privata, ma anzi si auspica (o si pretende) che tramite l'intervento pubblico questa venga ampliata o favorita».

⁶⁷ Sul punto, F. Cintioli, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione, relazione presentata al convegno "Le Autorità amministrative indipendenti" in memoria di Vincenzo Caianiello, Roma - Palazzo Spada 9 maggio 2003*, in *giustizia-amministrativa.it*, § 2.

⁶⁸ C. Solinas, *Il contratto «amministrato»*, cit., 208, chiosa asserendo che nella fattispecie della regolazione «il presupposto della conformazione del contratto e dell'intervento dell'Autorità sullo stesso, è proprio la constatazione che il privato non è in grado, da solo, di garantire l'instaurazione o il mantenimento dei principi dell'ordine giuridico del mercato e di ponderarne i corrispondenti interessi».

⁶⁹ *Ibidem*, cit., 48, sottolinea che «pur nella necessità di trovare spazio concettuale al nuovo principio di concorrenza caratterizzante l'attuale assetto della disciplina dell'economia e dell'azione pubblica in essa, non va

per questa ragione pare evidente che il legislatore abbia inteso privilegiare una visione maggiormente ‘elastica’ del principio di legalità e meno rigida rispetto alla concezione tradizionale, tipica del nostro ordinamento, a proposito della disciplina delle *authorities*. Ciò, infatti, al dichiarato scopo di garantire un intervento regolatorio rapido ed efficace, a discapito, però di una chiara e ligia predeterminazione⁷⁰ dell’esercizio delle funzioni amministrative⁷¹ oltre che recante insito il rischio di una non effettiva e adeguata tutela dell’interesse generale.

Per colmare, invece, quest’ultima lacuna si è inteso rafforzare sensibilmente il principio di legalità dal lato procedimentale, prevedendo forme rafforzate di partecipazione dei soggetti giuridici del mercato nell’ambito della formazione degli atti regolamentari all’interno del procedimento che si svolge dianzi all’Autorità stessa. Il che, comunque, potrebbe rappresentare un’ulteriore fattispecie problematica, nella misura in cui siffatta partecipazione rafforzata, garantita agli operatori economici privati, postulasse una concezione di interesse pubblico, quale quella dianzi delineata, tale da non distinguersi dagli interessi di questi ultimi. A suddetto rilievo si deve aggiungere la nota pressione che alcuni degli operatori del mercato sono in grado di esercitare in virtù della loro forza economica e delle rispettive posizioni che occupano all’interno dell’ordine giuridico del mercato. Una forza, spesso, dalle dimensioni esorbitanti e non realmente percepibili nella loro effettiva e reale portata, verso cui, inoltre, anche provvedimenti sanzionatori apparentemente adeguati e proporzionati⁷² irrogati dall’Autorità rischiano di non sortire alcun apprezzabile effetto⁷³.

trascurato che i fini sociali e principio di concorrenza spesso si conciliano tra loro».

⁷⁰ A. Police, *La predeterminazione*, cit., 303, secondo cui le forme di predeterminazione della decisione amministrativa ricoprono «la duplice veste di canoni di decisione e di canoni di controllo e, proprio per questa loro caratteristica, costituiscono istituto di garanzia di imparzialità e di tutela dell’affidamento degli amministrati».

⁷¹ In questa direzione, Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182.

⁷² G. Montedoro, *Il giudice e l’economia*, cit., 235, afferma che il controllo di proporzionalità «è, nella trama del diritto amministrativo europeo, quello che la nascita dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto è nel processo di costituzionalizzazione del potere. Lo strumento della proporzionalità è sin dalle sue origini il misuratore della sfera pubblica e della sfera privata e dei loro reciproci rapporti ed è il criterio discriminante fra (ciò che pertiene allo) Stato e (ciò che pertiene al) mercato». Per ulteriori approfondimenti, anche per una vasta bibliografia, si consideri A. Sandulli, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, Milano, 1995, 329 ss. Sul tema – ben più ampio e generale – dell’interpretazione «conforme a Costituzione», non essendo questa la sede opportuna per svolgere un’analisi approfondita, si rinvia a M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 2016, 391 ss.

⁷³ Tra i casi più noti vi sono, senza ombra di dubbio, le sanzioni inflitte ai «giganti del web», sovente accusati di aver commesso un abuso di posizione dominante nel mercato. Ad esempio, G. Balestreri, *Maxi multa Antitrust a Google: sanzione da 100 milioni di euro per l’abuso di posizione dominante*, in *lastampa.it* del 14 maggio 2021; E. Prallini, *L’Antitrust punisce ancora i colossi Usa: multa da 20 milioni a Google e Apple per l’uso dei dati*, in *forbes.it* del 26 novembre 2021, in quest’ultimo caso, tuttavia, l’azione dell’Autorità è stata fortemente attenuata dai limiti previsti dalla legge in materia di sanzioni economiche, oltre le quali essa non è potuta andare nonostante la gravità delle violazioni commesse da entrambe le multinazionali. In particolare, sono state registrate due violazioni del Codice del consumo: carenza di informazioni e pratiche aggressive legate all’acquisizione e all’utilizzo dei dati dei consumatori ai fini commerciali. Più recente, invece, il caso *Amazon, multa record Antitrust: 1,1 miliardi di euro per abuso di posizione dominante*, in *isole24ore.com* del 9 dicembre 2021, il quale ha segnato un record per l’ammontare della sanzione inflitta ad opera – nella fattispecie – dell’Agem.

In un quadro siffatto, diviene allora dirimente la portata effettiva dell'interesse pubblico che, di volta in volta, si presenta al cospetto dell'Autorità indipendente, un interesse che per la sua natura e per i suoi effetti, se identificato esclusivamente con le logiche del mercato unico liberalizzato e concorrenziale e se svincolato del tutto dai principi fondamentali della Costituzione, corre il serio rischio di sciogliersi interamente nel paradigma neolibérale sovranazionale⁷⁴. Il che comporta, di riflesso, un inevitabile aggravio di impegno per il lavoro ermeneutico che il giudice nazionale è chiamato a svolgere ai fini del riconoscimento di una tutela piena ed effettiva. In questa direzione, costituisce un esempio lo stesso codice di settore, quello recante la disciplina delle comunicazioni elettroniche, con il quale il legislatore ha inteso primariamente assegnare al regolatore del settore la tutela del regime concorrenziale di quel mercato, anzitutto mediante la garanzia di un accesso secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità (art. 4)⁷⁵.

Inoltre, l'attività di regolazione è indirizzata a promuovere, nel regime concorrenziale, la fornitura delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica tenendo anche conto delle «parti deboli» (art. 13, c. IV)⁷⁶, la cui tutela, tuttavia, risulta essere affidata pur sempre al mercato o, comunque, in via chiaramente subordinata alla prioritaria realizzazione⁷⁷. Sicché, al potere pubblico non rimane che assicurare il corretto ed effettivo svolgimento del mercato e, solo «laddove occorra, di consentire che attraverso l'attività dei privati vengano soddisfatti interessi di carattere sociale»⁷⁸.

In una siffatta prospettiva, si accrescono inevitabilmente le responsabilità in capo all'Autorità indipendente, la quale, a seconda delle controversie che le vengono sottoposte, deve effettuare non solo un'approfondita disamina in tempi celeri, ma

⁷⁴ D'altronde, si tratta dell'ideologia che ha ispirato – fin dal principio – tutta la costruzione economica europea, per dirla con M. Libertini, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, Napoli, 2010, 64, «ovvero quella corrente di pensiero che è solitamente definita come “Scuola di Friburgo” o come pensiero “ordoliberal”, che si è poi evoluta nella dottrina politica della “economia sociale di mercato” e che storicamente è stata, com'è noto, una delle fonti principali di ispirazione del Trattato istitutivo della Comunità Europea, mezzo secolo fa [...] con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il nuovo art. 3 del Trattato dell'Unione Europea sancisce espressamente che obiettivo fondamentale dell'Unione è quello di realizzare uno «sviluppo basato su... un'economia sociale di mercato altamente competitiva». Per un'analisi critica di tale dottrina, *ex multis*, A. Somma, *Quando l'Europa tradi se stessa*, cit., 105, secondo cui l'economia sociale di mercato non sia altro che una teoria «le cui radici affondano nell'esperienza tedesca, dove in effetti viene celebrata come una sorta di fondamento per l'edificazione di un capitalismo dal volto umano [...]».

⁷⁵ D.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Sul punto, G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 253 ss., rileva come il pubblico potere debba «innanzi tutto, assicurare il funzionamento dei mercati, in ragione delle loro particolari caratteristiche tecniche e strutturali; essi, quindi, sono chiamati a promuovere l'introduzione della concorrenza, laddove vi sono imprese che detengono posizioni dominanti sul mercato [...] e solo in «secondo luogo, devono garantire la fruizione diffusa e uniforme di servizi essenziali e tutelare gli utenti, nei confronti di esercenti operanti in condizioni di “potere” di mercato o contrattuale».

⁷⁸ C. Solinas, *Il contratto «amministrato»*, cit., 54.

anche un complicato quanto doveroso bilanciamento degli interessi in gioco, potendo ben trovarsi nell'incomoda posizione di dover stabilire quale interesse debba essere sacrificato in favore dell'altro⁷⁹. In questo spazio, si colloca la delicatissima valutazione circa la natura dell'interesse pubblico, l'ambiguità dei suoi contenuti e la pluralità dei suoi significati, che l'Autorità deve saggiamente valutare, in una posizione indipendente sia dal potere politico che dal potere economico privato.

Pertanto, alla luce di quanto sin qui esposto, in conclusione, appare ragionevole sostenere che, nel caso attenzionato in questa sede, bene ha fatto l'AGCOM – e bene faranno in futuro le *authorities* – a esercitare le proprie prerogative, anche e sopra tutto per mezzo dell'intervento diretto all'interno dell'assetto contrattuale tra le parti⁸⁰, per tutelare i diritti degli utenti, in quanto contraenti deboli del rapporto⁸¹. Inoltre, bene (probabilmente) avrebbe fatto il Consiglio di Stato a confermare la decisione dell'Autorità, derogando legittimamente – in virtù del dialogo precedente con il giudice europeo – all'obbligo di rinvio pregiudiziale.

⁷⁹ *Ibidem*, cit., 165, come è stato giustamente ricordato, all'Autorità sono «attribuiti poteri di conformare non solo direttamente il regolamento contrattuale, ma di preparare e favorire quelle stesse condizioni fattuali nelle quali il contraente può assumere le proprie scelte in autonomia, agevolando il confronto tra le offerte contrattuali».

⁸⁰ In piena conformità al precedente dettato di cui all'art. 46 dello stesso d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, in materia di obblighi di trasparenza.

⁸¹ Questo tipo di intervento è stato colto in una prospettiva «sociale» e «protettiva» circa le finalità che l'Autorità può perseguire, ad esempio, da M. Zarro, *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Napoli, 2015, 84 ss., la quale riconduce l'azione eteronoma «a quelle iniziative pubbliche che mirano a tutelare categorie sociali, mediante compromissione della libertà dei paciscenti nella determinazione del contenuto negoziale». Sul punto, anche A. Ferrari Zumbini, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016, che ha evidenziato come, nei casi di intervento *ex auctoritate* da parte dell'Autorità, la «funzione dell'accordo trascende dall'interesse economico-individuale perseguito dalle parti (così come dalla sua astratta funzione economico-sociale tipica), ma si risolve nell'individuazione dell'interesse pubblico che l'amministrazione tende a realizzare mediatamente con il contratto imposto».

Sul problema del 'doppio' rinvio pregiudiziale alla CGUE a margine del recente orientamento del Consiglio di Stato. Quale ruolo per il giudice amministrativo?

Il presente lavoro si propone di evidenziare i motivi per cui il Consiglio di Stato italiano ha sottoposto alla CGUE un secondo rinvio pregiudiziale nella stessa controversia. Nel dettaglio, l'organo giurisdizionale ha chiesto alla Corte se il quadro italiano, come stabilito dall'Autorità italiana per le telecomunicazioni, in materia di servizi di telefonia sia conforme al diritto dell'Unione europea. Le preoccupazioni del Consiglio di Stato riguardano il principio di legalità in relazione ad alcune misure adottate dall'Autorità italiana. Tenendo in dovuta considerazione queste ultime, si trarranno conclusioni sui principali temi affrontati dal giudice amministrativo, tra cui la legittimità delle misure adottate dall'autorità amministrativa indipendente, l'intensità del controllo del giudice nazionale, il dialogo tra quest'ultimo e il giudice comunitario e il rischio rappresentato dal potere dei nuovi sovrani economici.

About the problem of the 'double' reference to the CJEU in the margin of the recent orientation of the Council of State. What role for the Administrative Judge?

This paper aims to highlight the grounds upon which the Italian Council of State has referred to the CJEU for a second preliminary ruling in the same dispute. In detail, the jurisdictional body asked the Court whether the Italian normative framework regarding phones services, as laid down by the Italian Authority on Telecommunications, complies with EU law. The Council of State's concerns involve the principle of legality as related to some measures adopted by the Italian Authority.

Taking in due regard these concerns,, conclusions will be drawn in respect of the main themes addressed by the administrative judge, including the legitimacy of the measures adopted by the independent administrative authority, the intensity of the national judge's review, the dialogue between him and the supranational judge and the risk represented by the power of the new economic sovereigns.

