

7.2 Il controllo giurisdizionale: aspetti di teoria generale

Trattandosi per la gran parte dei casi di procedimenti fondati sulla prova indiretta (più comunemente nota come prova indiziaria)¹, per il giudice amministrativo si pone l'alternativa tra il modello unitario o molecolare – che postula una valutazione sintetica e globale degli elementi sintomatici dell'illecito adottati dall'Autorità, non senza peraltro averne preventivamente saggiato la valenza – e il modello pluralistico o atomistico, che propugna la disarticolazione delle sequenze argomentative sulla prova, sottoponendo a valutazione analitica ogni elemento principale o accessorio, per verificarne l'idoneità o l'efficienza dimostrativa.

Sullo sfondo del problema il noto enunciato secondo cui *quae singula non probant, simul unita probant*, la cui validità, pur universalmente accettata, è messa in crisi dall'ovvia – si direbbe algebrica – considerazione per cui la somma di debolezze gnoseologiche non può dare una conoscenza rafforzata.

In sede di teoria generale del processo è accreditata la concezione dialettica della verità, il cui fondamento muove dalla consapevolezza del carattere relativo delle conoscenze che si possono acquisire in sede di ricostruzione storica, e la cui convenienza epistemologica è il riflesso dei rischi connessi all'adozione di procedure dimostrative strutturate secondo lo schema, proprio delle verità formali, affermazione/negazione.

Tale approccio ha orientato l'elaborazione delle conoscenze giudiziarie verso il modello dell'inferenza abduttiva (argomentazione che mira a ricostruire la causa dagli effetti), con implicita rinuncia al raggiungimento di conclusioni qualificate dalla necessità (atteso che l'abduzione, quand'anche faccia applicazione di leggi scientifiche, non consente – per il limite connaturato al pensare a ritroso – di affermare che l'unica causa possibile dell'evento *y* è sempre e soltanto *x*, tanto più considerando che il fatto oggetto dell'accertamento giudiziario ha natura complessa, sicché nella sua descrizione occorre dare spiegazione di una pluralità di effetti).

Il principio del contraddittorio non è più considerato solo come limite e controllo dell'attività dell'inquirente o del giudice, ma si eleva a forma logica del procedimento conoscitivo e, in definitiva, a garanzia dell'affidabilità dei suoi esiti.

Le migliori elaborazioni della dottrina – finalmente utilizzate dalla Corte di Cassazione² – tendono a trasferire nel processo il metodo di ricerca scientifica elaborato da Popper di conferma/confutazione dell'ipotesi.

¹ La prova di un'intesa *antitrust* o di fattispecie equivalenti quasi mai è diretta, perché i suoi simboli difficilmente esistono (documenti) o possono essere acquisiti (testimoni, i quali normalmente sono gli stessi autori dell'illecito), né è dato il ricorso a strumenti di captazione esterna dell'episodio di vita che sanziona l'accordo (intercettazioni).

² Cass. S.U. n. 30328 del 2002

Nel descrivere l'argomentazione giudiziaria che si fonda sulla logica popperiana è utile ricordare la formula di Hempel³ $p(\mathbf{h}\mathbf{k}) = \mathbf{r}$, dove la probabilità (p) dell'ipotesi (\mathbf{h}) è proporzionale al grado di informazione coerente (\mathbf{k}), introdotta nel processo attraverso l'acquisizione dei mezzi di prova, ed al crescere di k aumenta il grado di resistenza (\mathbf{r}) alla falsificazione dell'ipotesi.

L'ipotesi (la ricostruzione dei dati noti in chiave esplicativa del fatto, secondo la proposizione: <se nella realtà fosse accaduto l'evento x ciò sarebbe spiegazione degli elementi posseduti>) deve essere verificata in virtù:

- 1) dei requisiti di logica generale;
- 2) del suo grado di elevata preferibilità rispetto ad ipotesi antagoniste;
- 3) dell'assenza di elementi che la contraddicano.

Ne consegue che non occorre pervenire ad un'affermazione di mitica certezza sull'accaduto, ma piuttosto occorre verificare che la narrazione degli eventi conosciuti sia:

- capace di spiegare gli eventi medesimi;
- convalidata dagli elementi acquisiti, dotata di semplicità, non contraddetta da altri dati posseduti;
- prevalente su ipotesi alternative.

Un decisivo corollario di questa impostazione risiede nella convenienza gnoseologica che la parte interessata concorra a prospettare di ipotesi alternative a quelle formulate da chi ne ha il potere: l'ipotesi alternativa, se è conforme a realtà, è conosciuta solamente dal protagonista, ed è coerente con il modello dialettico della verità che sia lo stesso ad allegarla. La scelta che è riservata all'accusato negli ordinamenti moderni, riconoscendogli il diritto al silenzio, non può dirsi allora neutra, ma può essere sottoposta al libero convincimento dell'autorità decidente.

Mettendo le mani al compito di sistemare codesto apparato concettuale alla luce delle categorie normative del procedimento *antitrust* – amministrativo e giurisdizionale – una premessa è doverosa, senza con ciò voler accreditare la tesi⁴ che punta ad una sostanziale equiparazione, sotto il profilo del giudizio di fatto, della cognizione giurisdizionale amministrativa sul provvedimento dell'*Authorithy* a quella penale.

Le acquisizioni del pensiero scientifico in tema di ricostruzione di accadimenti fisici (naturali o umani che siano) non tollerano aprioristici limiti di applicazione. Si tratta, infatti, di leggi che governano i processi di conoscenza e sovrintendono le strette categorie del diritto. E' fuorviante, allora, ritenere che beneficiario di tale apparato epistemologico sia un settore dell'ordinamento, piuttosto che un altro. Se, indubbiamente, la concezione generale della prova è più largamente

³ C.G. HEMPEL, *philosophy of natural science*, 1967

⁴ Autorevolmente sostenuta, anche sulla base di richiami ai diritti fondamentali tutelati in sede internazionale, oltre che alla Costituzione.

sperimentata nel sistema penale (in ragione della sua natura eminentemente fenomenica), essa non può (e non deve) essere diversa ogni qualvolta se ne ripresenti l'oggetto e la funzione.

Il diritto del fatto resta tale.

Possono essere diversi gli *standards* probatori (riducibili alle due categorie “*oltre ogni ragionevole dubbio*” e “*più probabile che no*”), e di ciò se ne deve tener conto (fermo restando che il più comprende il meno), non la struttura logica del ragionamento probatorio.

Ciò posto, in materia *antitrust* – dove, come detto, la prova ha elettivamente natura presuntiva – occorre muovere dalla revisione del modo di intendere la partizione tra prova diretta e prova indiziaria, affermandosi che ciò che determina l'attendibilità del convincimento sul fatto ignoto (l'intesa illecita) non è la categoria in cui la prova può essere collocata, ma è il contenuto ed il fondamento della regola di inferenza che il giudice deve esibire a garanzia della sua argomentazione e che, pertanto, la prova indiretta ben può presentare attitudine dimostrativa pari, se non superiore, a quella diretta quando faccia applicazione di una regola fondata su criteri universalmente accettati.

E' oramai accreditato nel pensiero processualistico che la struttura del ragionamento giudiziario non muti a seconda della natura diretta o indiretta della prova, e sia sempre aderente allo schema del sillogismo abduttivo, in cui l'elemento noto (premessa minore o *factum probans*) viene analizzato secondo una regola (o premessa maggiore) induttivamente ricavata e fornisce un risultato (o conclusione o *factum probandum*) di tipo ipotetico.

Nel processo, infatti, raramente operano leggi scientifiche e, comunque, il loro impiego è limitato a singoli passaggi, sicché sia nella prova rappresentativa sia in quella critica il problema che si pone è di colmare il carattere relativo della regola.

Nell'ambito dei procedimenti *antitrust*, dove vengono in gioco essenzialmente leggi economiche, se non massime di esperienza, il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'accusa è quello della cd. congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla storia che si propone per la ricostruzione dell'illecito.

In siffatti procedimenti l'inferenza abduttiva costituisce, dunque, un modello insostituibile. Tale modello si congegna attraverso gruppi di sub-inferenze collegate; ogni gruppo affronta un determinato fatto oggetto di prova.

La singola inferenza possiede la descritta struttura sillogistica, essendo diretta ad estrapolare da un elemento noto una conoscenza sul fatto (illecito) ignoto. Il tasso di equivocità del risultato (dipendente dal meccanismo a ritroso con cui si procede all'accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata) viene colmato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna.

La *corroboration*, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata

nell'inferenza, e la *cumulative redundancy*, che consiste nella verifica di ipotesi alternative. La prima operazione fornisce un riscontro alla conclusione, la seconda ne aumenta la probabilità logica grazie alla falsificazione di interpretazioni divergenti degli elementi acquisiti.

Sulla base di ciascuna inferenza viene organizzata una sequenza argomentativa generale, in cui i vari indizi si comportano come elementi del modello globale di ricostruzione del fatto e vengono interpretati sulla base di un'ipotesi esplicativa: $e1 + e2 + en - reg1 + reg2 + regn = ris^5$ (le imprese hanno posto in essere un'intesa anticoncorrenziale).

L'ipotesi potrà dirsi confermata quando *ris* sia idoneo a produrre $e1 + e2 + en$.

L'ipotesi potrà dirsi vera quando (evenienza rara) *ris* sia l'unica in grado di giustificare $e1 + e2 + en$, ovvero sia nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente.

Ci troviamo dunque di fronte ad una doppia verifica: di conferma deduttiva (assumendo il risultato quale antecedente e leggendo *ex post* la sua efficienza causale rispetto all'evento) e di conferma probabilistica.

Solo a patto di riconoscervi l'applicazione di tale modello può intendersi la qualificazione della prova indiziaria operata dalla più recente giurisprudenza, secondo cui il procedimento di valutazione degli indizi si articola in due distinti momenti: il primo è diretto ad accertare il maggiore o il minore livello di gravità e di precisione degli indizi, ciascuno considerato isolatamente, tenendo presente che tale livello è direttamente proporzionale alla forza di necessità logica con la quale gli elementi indizianti conducono al fatto da dimostrare ed è inversamente proporzionale alla molteplicità di accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza; il secondo momento del giudizio indiziario è costituito dall'esame globale e unitario tendente a dissolverne la relativa ambiguità, posto che nella valutazione complessiva ciascun indizio (notoriamente) si somma e, di più, si integra con gli altri, talché il limite della valenza di ognuno risulta superato e l'incidenza positiva probatoria viene esaltata nella composizione unitaria, sicché l'insieme può assumere il pregnante e univoco significato dimostrativo, per il quale può affermarsi conseguita la prova logica del fatto che giova ricordare non costituisce uno strumento meno qualificato rispetto alla prova diretta (o storica) quando sia conseguita con la rigorosità metodologica che giustifica e sostanzia il principio del libero convincimento del giudice⁶.

Le linee dei paradigmi valutativi della prova indiziaria sono state recentemente ribadite dalle su secondo cui il metodo di lettura unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio non si esaurisce in una mera sommatoria degli indizi e non può, perciò, prescindere dalla operazione propedeutica che consiste nel valutare ogni prova indiziaria singolarmente, ciascuna nella propria valenza qualitativa e nel grado di precisione e gravità, per poi valorizzarla, ove ne ricorrano i

⁵ I simboli stanno, rispettivamente, per elemento di prova, regola di valutazione, risultato probatorio.

⁶ Cass. S.U. 4 febbraio 1992, Ballan

presupposti, in una prospettiva globale e unitaria, tendente a porne in luce i collegamenti e la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo⁷.

Appare chiaro, dunque, come l'alternativa tra la concezione molecolare e quella atomistica sia un falso problema.

7.3 Le tecniche del controllo giurisdizionale sulle decisioni che accertano le intese vietate

Decisivo, al fine di accreditare o meno il provvedimento dell'Autorità *Antitrust*, è identificare nella fattispecie legale di "intesa illecita" i segmenti utili per la dimostrazione del concreto episodio storico.

In tal senso è agevole rilevare come la prova dell'accordo anticoncorrenziale si articoli su una doppia sequenza di fatti: le condotte di esecuzione dell'accordo e i suoi effetti sul mercato.

Fermo restando che l'intesa anticoncorrenziale può essere sanzionata anche indipendentemente dai suoi effetti⁸, entrambi i temi di prova hanno un collegamento significativo con l'intesa, di cui costituiscono segno postumo: nella misura in cui determinati comportamenti delle imprese o l'andamento del mercato possono essere giustificati soltanto ipotizzando l'esistenza di un accordo sulla concorrenza, tale accordo deve ritenersi provato.

La forza posseduta dall'ipotesi costruita sulle due aree sopra menzionate dipende dal numero e dalla qualità di elementi sintomatici acquisiti e dalla loro convergenza, dovendosi il grado di sintomaticità di ciascuno vagliarsi secondo la natura e la funzionalità della regola di inferenza impiegata.

Sulla base delle coordinate tracciate è possibile rileggere, in chiave scientificamente più rigorosa, gli enunciati della giurisprudenza nazionale e comunitaria, formati in particolare sul caso dello scambio di informazioni tra imprese⁹.

L'orientamento consolidato è che, in situazioni di tal genere, il parallelismo di comportamenti economici si colora di illiceità, spettando alle imprese dimostrare che esso non sia il frutto di comportamenti anticoncorrenziali, agevolati dalla conoscenza reciproca di informazioni rilevanti e sensibili.

Se, dunque, la semplice identità delle condizioni di offerta da parte degli imprenditori possa costituire da sola indizio idoneo a suffragare l'esistenza di un accordo o di una pratica concordata

⁷ Cass. S.U. 12 luglio 2005, Mannino

⁸ L'art. 2 l. 287/90 è chiaro nel richiedere la sola presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell'effetto (cfr., Corte Giust. CE, C – 219/95, Ferriere Nord, 17-7-97, par. 30 e ss.; Cons. Stato VI, n. 2199/2002 e n. 652/2001)

⁹ Per una *summa* di tale giurisprudenza v. Consiglio di Stato, VI n. 424/08, che costituisce il primo tentativo di dare una sistemazione teorica più adeguata alle categorie tradizionali.

(salvo il caso eccezionale nel quale l'anomalia dell'appiattimento non sia spiegabile altrimenti che come frutto di un'intesa illecita sul versante concorrenziale), quando esistono elementi di riscontro, quali lo scambio di informazioni, si presume il carattere illecito del parallelismo, con una sostanziale inversione dell'onere della prova, gravante in tal caso sulle imprese al fine di spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative imprenditoriali; ciò che si presume è le imprese tengano conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti per determinare il proprio comportamento sul mercato, spettando alle stesse imprese l'onere della prova contraria.

Con riferimento all'onere probatorio la giurisprudenza in esame conclude affermando che un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, ove emergano indizi gravi, precisi e concordanti rappresentati, alternativamente o cumulativamente:

- a) dall'impossibilità di spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali (onere a carico dell'autorità);
- b) dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala (l'onere probatorio contrario viene spostato in capo alle imprese).

In base ai postulati logici descritti la tecnica di argomentazione in esame merita qualche precisazione.

Il parallelismo economico costituisce il tema dell'inferenza finale, da blindare attraverso la *corroboration*. La presenza di contatti e scambi di informazioni attiene a questa fase. La confutazione di spiegazioni alternative – a quella secondo cui il parallelismo sia frutto di una concertazione – (*cumulative redundancy*) deve sempre essere operata dall'Autorità (e controllata dal giudice). Qualora risultino importanti elementi di riscontro il relativo onere sarà alleggerito ma – diversamente da quanto sostiene la giurisprudenza sopra invocata – non potrà mai essere escluso.

Così formulata l'inferenza globale sull'illecito, l'ipotesi è deduttivamente confermata se l'assunto dà spiegazione di tutti i fatti accertati nell'istruttoria amministrativa, prevale sulle ipotesi alternative se dotata di superiore capacità esplicativa.

Dunque l'ampiezza dell'onere dimostrativo dell'*Authority* è inversamente proporzionale alla forza delle ipotesi alternative, sicché correttamente il giudice amministrativo valorizza a fondamento della ricostruzione contenuta nel provvedimento sanzionatorio la mancata allegazione di dette ipotesi da parte delle imprese, in applicazione del postulato secondo cui l'interessato può – e, sul piano epistemologico, “deve” – fornire letture dei fatti che sfuggono ai terzi.

Per quanto detto risulta chiaro come, in tema di condotte anticoncorrenziali frutto di una concertazione, l'accertamento dell'*Authority* resiste più facilmente ove, accanto alle condotte di asserita esecuzione dell'intesa, siano provati i suoi effetti sul mercato.

La duplice natura dei fenomeni in parola, in rapporto di causalità giuridica o materiale con l'ipotizzato *pactum sceleris* rende altamente improbabile, per non dire logicamente impossibile, che gli stessi siano riconducibili a fattori diversi.

Neppure qui può predicarsi l'inversione dell'onere della prova, atteso che non si imputa alle imprese l'onere di dimostrare l'assenza di responsabilità, bensì si assume che la responsabilità loro contestata sia l'unica ragionevole spiegazione degli elementi emersi.