



Rivista N°: 1/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 04/02/2020

AUTORE: Maria Claudia Marzocca*

LA CORTE COSTITUZIONALE FA IL PUNTO SULLA (NON) LEGITTIMAZIONE DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI COME GIUDICE A QUO.

Sommario: Introduzione – 1. Le argomentazioni favorevoli e contrarie alla legittimazione dell'Agcm – 2. Le motivazioni della Corte costituzionale – 3. Riflessioni sull'applicazione della teoria di giudice "ai limitati fini" – 4. Inquadramento delle autorità indipendenti e dell'Agcm – 5. La terzietà dell'Agcm – 6. L'interesse alla concorrenza – 7. La configurabilità di una zona d'ombra nella prospettiva della ratio dell'incidentalità del giudizio – 8. La configurabilità dell'esercizio di funzioni regolatorie da parte dell'Agcm – 9. Conclusioni

Introduzione

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è un'amministrazione come tutte le altre. Come queste, infatti, è portatrice di un interesse pubblico specifico che le impedisce di assumere una posizione di indifferenza e neutralità nello svolgimento delle sue attività istituzionali. Così la Corte costituzionale mette un punto al dibattito sulla possibilità di configurare l'Autorità quale giudice *a quo* nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Dibattito iniziato circa venti anni fa, quando, con l'ascesa delle autorità indipendenti, ci si è iniziati a interrogare circa la natura e il ruolo costituzionale delle stesse e che, dopo diversi anni di silenzio e mutamenti istituzionali, si è imposto nuovamente all'attenzione della dottrina a seguito dell'ordinanza n.1, del 3 maggio 2018¹, con cui l'AGCM ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 93-ter, comma 1-bis della legge 16 febbraio 1913 n.89, introdotto con la legge 27 dicembre 2017, n. 205.

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹[http://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?url-Str=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/5774807785CDD1CBC1258287005737F3/\\$File/o00001.pdf](http://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?url-Str=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/5774807785CDD1CBC1258287005737F3/$File/o00001.pdf)

In sintesi, questi i fatti. Nel gennaio del 2017 l'Autorità aveva avviato un'istruttoria² nei confronti del Consiglio notarile di Milano al fine di verificare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza posta in essere in violazione dell'art. 2, l. 287/90, attraverso la richiesta di dati «concorrenzialmente» sensibili e iniziative disciplinari nei confronti dei notai più performanti e produttivi, finalizzata, secondo gli Uffici istruttori, a inibire i notai vigilati dal discostarsi dalla media del distretto.

Nel corso del procedimento, tuttavia, era entrato in vigore il nuovo articolo 93-ter, comma 1-bis della legge 16 febbraio 1913 n.89, introdotto con la legge 27 dicembre 2017, n. 205, ai sensi del quale i divieti previsti dalla normativa antitrust non si applicano agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare da parte del Consiglio nazionale del notariato o dei Consigli distrettuali. Tale esenzione è stata introdotta attraverso il richiamo all'articolo 8, comma 2, della l. n. 287/90, che esonera le imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale (o operano in regime di monopolio sul mercato), dall'applicazione diretta delle regole antitrust, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati.

Mentre gli Uffici ritenevano la novità legislativa non applicabile *ratione temporis* ai fatti oggetto di istruttoria e, in via subordinata, proponevano un'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente³ orientata della norma che, alla luce del principio di proporzionalità ne ridimensionerebbe la portata, ammettendo la competenza dell'Autorità; il Consiglio Notarile di Milano, in virtù del principio *tempus regit actum*, sosteneva l'applicabilità della norma al caso di specie in quanto intervenuta a istruttoria ancora in corso e, sotto il profilo sostanziale, ne riconosceva l'idoneità ad escludere del tutto l'applicabilità delle norme antitrust alle iniziative disciplinari intraprese dal Consiglio notarile stesso⁴.

Aderendo alla posizione del CNM, secondo l'interpretazione della norma fornita dalla Corte d'Appello di Milano, il Collegio dell'Autorità avrebbe dovuto chiudere il procedimento dichiarandosi privo di competenza. Diversamente, accogliendo la prospettiva degli Uffici, l'Autorità avrebbe dovuto disapplicare la norma successiva, ovvero interpretarla nel senso della sua inidoneità ad escludere completamente la competenza alla luce del test di proporzionalità.

Il Collegio, di fronte alle due opposte interpretazioni e possibili esiti, dopo aver riflettuto sulla sua possibile legittimazione, nonché sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della

² 1803 - Condotte restrittive del Consiglio Notarile di Milano.

³ A tal fine, gli Uffici dell'Autorità richiamano l'art. 106, 2 paragrafo, TFUE, così come costantemente interpretato dalla Corte di Giustizia, ai sensi del quale la limitazione all'applicazione delle norme antitrust nei confronti delle imprese che svolgono per legge servizi di interesse economico generale, può avvenire solo in via eccezionale e nel rispetto del principio di proporzionalità. Secondo gli Uffici la sottrazione di un intero segmento di attività al rispetto delle regole in materia di concorrenza non può soddisfare il test di proporzionalità richiesto dalla CGUE, pertanto la norma non può essere interpretata nel senso di escludere totalmente la competenza dell'Autorità.

⁴ A sostegno della propria posizione ermeneutica, il Consiglio Notarile di Milano richiama una recente ordinanza della Corte d'Appello di Milano (relativa ad uno dei procedimenti disciplinari che vedevano coinvolto il notaio segnalante) dove, conformemente a quanto sostenuto dalla Cassazione, i giudici d'appello riconoscono all'esercizio dei poteri di vigilanza da parte dei Consigli notarili la natura di servizio di interesse economico generale. In quanto tale sarebbe esente dall'applicabilità delle norme antitrust già ai sensi dell'articolo 8 l. 287/90. Questa prospettiva induce a qualificare l'art. 93-ter, comma 1.bis, l.89/93 come norma di interpretazione autentica di una previsione già vigente, pertanto applicabile anche retroattivamente.

questione, ha deciso di sollevare con ordinanza la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 93-ter, comma 1-bis, l. 89/1913.

1. Le argomentazioni favorevoli e contrarie alla legittimazione dell'Agcm

L'Autorità era ben consapevole di dover sciogliere il dubbio sulla propria legittimazione e questo l'ha spinto a soffermarsi lungamente sul punto in sede di ordinanza.

Il dato di partenza è chiaro: l'Autorità non appartiene all'ordine giudiziario, pertanto, formalmente non soddisfa i requisiti posti dall'art. 1, l. cost. n. 1/1948, e dall'art. 23, 1° co., l. n. 87/1953. Anzi, qualora li avesse soddisfatti, si sarebbe posto il problema del contrasto con il divieto di istituire giudici speciali.

Tuttavia, questa carenza formale non è un impedimento assoluto all'accesso. Infatti, pur nella consapevolezza di dover rispettare il divieto posto dall'art. 102 Cost., la Corte costituzionale, fin dalla sua istituzione, si è trovata di fronte all'esigenza di ampliare i confini dell'accesso alla propria giurisdizione. La risposta giurisprudenziale a tale necessità è sintetizzata nella teoria del giudice "ai limitati fini": una soluzione di compromesso adottata dalla Corte per riconoscere ad autorità non giurisdizionali la natura di giudice *a quo* al solo fine della proposizione della questione di legittimità costituzionale, attraverso un'interpretazione sostanziale delle nozioni di giudice e giudizio. Il superamento della forma ha imposto la necessità di individuare dei parametri e degli indici rivelatori della natura sostanzialmente "paragiurisdizionale" di alcuni soggetti nell'esercizio di determinate funzioni, utile ai soli fini dell'instaurazione del giudizio di legittimità in via incidentale, affinché fosse comunque garantito il rispetto sostanziale e funzionale della disciplina costituzionale.

Così la Corte costituzionale individua requisiti soggettivi e oggettivi. Affinché sia soddisfatto il requisito soggettivo, e l'organo possa essere considerato un giudice, la Corte richiede il rispetto del requisito dell'indipendenza, della terzietà e dell'imparzialità, nonché l'intervento nell'ambito di un procedimento basato sul rispetto del principio del contraddittorio. Perché sia integrato il requisito oggettivo, e quindi si possa parlare di giudizio, l'attenzione è posta sull'applicazione obiettiva di una norma e sulla (potenziale) definitività della decisione.

L'interpretazione di questi requisiti ha seguito un andamento a fisarmonica, in cui si sono alternati momenti di apertura, quando la Corte ha ritenuto sufficiente anche la sussistenza di uno solo dei due requisiti per riconoscere la legittimazione⁵, e momenti di chiusura in cui ha prevalso l'esigenza del rispetto formale dei requisiti di legittimazione, con conseguente diniego all'accesso.

Confidando nel fatto che i tempi fossero maturi per una nuova fase di apertura, anche alla luce della notevole evoluzione del contesto storico ed economico, l'Autorità ha esposto le

⁵ Da ultimo si vedano le recenti sentenze n. 89/2017 e 213/2017, in cui la Corte ha ammesso soggetti (rispettivamente, Corte dei conti nell'esercizio dell'attività di parifica del rendiconto regionale e la Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati), in possesso del solo requisito oggettivo. Sul punto cfr. L. CASTELLI, *Il "combinato disposto" delle sentenze n. 213 e n. 262 del 2017 e i suoi (non convincenti) riflessi sull'autodichia degli organi costituzionali*, in Osservatorio AIC, n. 1/2018, 3 ss.

ragioni per cui la natura e le funzioni da essa svolte integrino i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla giurisprudenza costituzionale⁶.

Riassumendo, a sostegno della propria posizione indipendente⁷ e imparziale, l'Autorità ha ricordato la procedura di nomina dei componenti del Collegio da parte dei Presidenti delle Camere, la durata settennale del mandato e la non rinnovabilità dello stesso, nonché la disciplina sull'inamovibilità e il regime di incompatibilità dei componenti modellati sulla figura del giudice. Inoltre, l'Autorità ricorda la separazione interna tra Uffici istruttori e Collegio decisorio, e la definitività della decisione adottata che, se non impugnata, è idonea a produrre effetti analoghi a quelli del giudicato.

Rileva, altresì, nella prospettiva dell'Autorità, la riconducibilità della stessa al *genus* delle autorità di garanzia⁸ che, a differenza di quelle di regolazione⁹, svolgono funzioni affini a quelle giurisdizionali, poiché consistenti principalmente nella sussunzione di atti e fatti nell'ambito delle fattispecie astratte previste dalla normativa antitrust, senza effettuare apprezzamenti diversi da quelli di ordine meramente giuridico.

Sotto il profilo oggettivo, a venire in rilievo è l'esercizio dell'attività di *public enforcement* delle regole di concorrenza. Anche qui, l'Autorità evidenzia l'analogia con la funzione giurisdizionale, laddove l'attività svolta non è di ponderazione e bilanciamento tra una pluralità di interessi concorrenti, bensì di applicazione della legge al caso concreto, al fine di tutelare l'interesse costituzionale della concorrenza, potendosi al più parlare di discrezionalità tecnica, ma sicuramente non di discrezionalità amministrativa.

La corrispondenza tra la nozione di giudice e giudizio ai fini della legittimazione dinanzi la Corte, sulla base delle ragioni esposte, tuttavia, non è sufficiente. C'è un altro aspetto altrettanto essenziale ai fini dell'applicazione della teoria in esame: evitare che si creino le c.d. zone d'ombra o zone franche dal controllo di costituzionalità. È, infatti, tale necessità che spinge il giudice costituzionale ad adottare un approccio sostanzialistico e a guardare oltre i confini dell'ordine giudiziario: maggiore è la necessità di evitare zone franche, maggiore è la flessibilità nell'interpretare la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi.

Pertanto, dovendo motivare la propria ordinanza di rimessione anche sotto tale fondamentale profilo, l'Autorità osserva che, se si adeguasse all'interpretazione condivisa dal Con-

⁶ In particolare, sulla possibile legittimazione delle autorità indipendenti cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo". Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 2012, 119-175.

⁷ Sulla natura spiccatamente indipendente dell'AGCM, rispetto alle altre autorità indipendenti cfr. V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1994, 5 ss.

⁸ Conferma indiretta di ciò arriva anche da quanto previsto dall'art. 12 della Legge 29 luglio 2003, n. 229 "Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. Legge di semplificazione 2001" che, pur introducendo l'analisi d'impatto della regolazione per le Autorità amministrative indipendenti, esclude tuttavia in modo esplicito l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dall'applicazione della norma (comma 4).

⁹ Sulla distinzione tra autorità di garanzia e autorità di regolazione cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.; F. MERUSI e M. PASSARO, *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Bologna, Il Mulino, 2003.

siglio Notarile di Milano e dalla Corte d'Appello di Milano, dovrebbe dichiararsi priva di qualunque competenza rispetto alle attività (asseritamente) di vigilanza e chiudere il procedimento. Tale circostanza renderebbe "estremamente difficile"¹⁰ l'accesso al sindacato della Corte, che sarebbe subordinato all'iniziativa del segnalante la quale non solo è del tutto discrezionale, ma è riferita ad un soggetto che non è neanche parte necessaria del procedimento.

A sostegno delle argomentazioni prospettate dall'Autorità in sede di ordinanza, sono intervenuti nel giudizio di legittimità costituzionale il notaio segnalante, un altro notaio e il Centro Istruttorie SpA, per rimarcare, in particolare, come il giudizio effettuato dal Collegio rispecchi il sillogismo proprio dell'attività giurisdizionale, svolto senza dare priorità all'interesse pubblico, ma applicando semplicemente i parametri fissati dal legislatore. Inoltre, aggiungono le parti costituite in giudizio, l'Autorità presenterebbe proprio quelle caratteristiche che la CGUE ha ritenuto mancassero alla Consob per poterla configurare al pari di un giudice, nel caso Menarini¹¹ e Grande Stevens¹².

Opposta è la prospettiva dalla quale gli stessi fattori vengono interpretati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dal Consiglio Notarile di Milano e dal Consiglio Nazionale del Notariato. L'osservazione da cui muovono è che, seppur elasticamente intesi, i concetti di giudice e giudizio devono essere presenti e, nel caso di specie, nonostante l'indipendenza, sarebbe dirimente – in senso negativo – l'assenza di imparzialità e di terzietà, in quanto l'Autorità non sarebbe affatto indifferente rispetto agli interessi in gioco e non vi sarebbe sufficiente separazione interna tra uffici istruttori e collegio decisorio (tanto che, ad esempio, la progressione di carriera interna è rimessa alla decisione del Collegio).

Ciò sarebbe ulteriormente suffragato dal ruolo di parte che l'Autorità riveste nei giudizi di impugnazione delle proprie decisioni, poiché il ruolo di parte processuale è riservato ai portatori di interessi sostanziali, tra i quali non può rientrare l'interesse meramente fattuale di cui è portatore l'organo giurisdizionale a veder confermati i propri provvedimenti.

La natura amministrativa perciò prevarrebbe su quella ipotizzabile di organo paragiurisdizionale, come confermato dal fatto che i provvedimenti dell'Autorità possono essere oggetto di intervento in autotutela, sono impugnabili dinanzi al Tar e possono essere disapplicati dal giudice ordinario (a differenza del regime che connota le sentenze passate in giudicato ex art. 2909 c.c.). E ancora, la natura amministrativa emergerebbe chiaramente dall'attribuzione all'Autorità di poteri pararegolatori che si manifestano in materia di concentrazioni e in caso di accettazione di impegni; dall'esercizio di funzioni consultive nell'ambito dell'attività di *advocacy*; e dall'inserimento nel circuito internazionale delle autorità di concorrenza (ICN), al cui vertice vi è un organo sicuramente non giurisdizionale: la Commissione europea.

Infine, ma forse doveva essere premesso al ragionamento, non si correrebbe il rischio di dar luogo a zone franche perché, nonostante le possibili difficoltà, la facoltà di impugnazione da parte del notaio segnalante esiste ed è conforme all'impostazione dell'accesso incidentale al giudizio di costituzionalità.

¹⁰ Corte Cost., sentenza n. 181 del 23 giugno 2015.

¹¹ Causa Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia – sentenza 27 settembre 2011 (ricorso n. n. 43509/08)

¹² Causa Grande Stevens e altri c. Italia – Seconda Sezione – sentenza 4 marzo 2014 (ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10).

2. Le motivazioni della Corte costituzionale

Le prospettive presentate sono talmente inconciliabili da richiedere alla Corte costituzionale di operare una scelta a monte sulla natura dell'Autorità che consenta di leggere i requisiti di indipendenza e imparzialità e delle funzioni esercitate dall'Autorità in una chiave o nell'altra. I singoli dati normativi, infatti, si presentano ambigui e non si può prescindere da un'interpretazione sistematica.

Così, per rispondere al difficile interrogativo sottoposto, la Corte parte da un inquadramento della propria giurisprudenza sull'interpretazione delle nozioni di "giudice" e "giudizio" e sull'ambito di applicazione della teoria del giudice ai limitati fini.

Non dimentica l'elasticità con cui tali requisiti sono stati intesi in risposta ai fenomeni di "giurisdizionalizzazione" dell'amministrazione e "amministrativizzazione" della giurisdizione, che hanno portato alla configurabilità di soggetti che si pongono negli "interstizi" tra le categorie della giurisdizione e dell'amministrazione. Riconosce perciò implicitamente l'esistenza di soggetti ibridi, quantomeno sotto il profilo sostanziale.

Tale contesto, osserva la Corte, ha reso necessaria un'interpretazione estensiva dei requisiti per l'accesso al giudizio di legittimità per tutelare l'interesse pubblico alla certezza del diritto, minato dalla persistenza di dubbi di costituzionalità, e per evitare che l'osservanza della Costituzione potesse essere pregiudicata dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi.

La Corte, inoltre, riscontra come in passato tale tendenza espansiva effettivamente non si sia manifestata solo per evitare la formazione di zone franche dal controllo di costituzionalità, ma anche nei casi in cui a venir in rilievo erano mere zone d'ombra, in cui il controllo di costituzionalità non era completamente escluso, ma comunque di difficile attuazione.

Tutto ciò però non è bastato per riconoscere la legittimazione dell'Autorità, perché, qualunque estensione del concetto di giudice e qualunque zona d'ombra da evitare è subordinata alla terzietà dell'organo rimettente. E nel caso dell'Autorità, secondo la Corte, tale essenziale requisito manca.

La motivazione prosegue spiegando le ragioni per cui l'Autorità ne sarebbe priva. Viene immediatamente in rilievo il ruolo di parte resistente nell'ambito del processo amministrativo, qualora i suoi provvedimenti vengano impugnati; e il ruolo di parte ricorrente nell'ambito dei giudizi promossi ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/90. Inoltre, a dimostrazione dell'insufficiente separazione tra Uffici e Collegio, nei casi in cui l'Autorità veste il ruolo di parte processuale, la legittimazione spetta al secondo e non ai primi. Questo aspetto, insieme al legame funzionale che lega il Segretario e il Presidente, impedisce di configurare una reale separazione tra Collegio e Uffici che inevitabilmente mina la terzietà dell'organo decidente.

D'altronde, la veste di parte, a sua volta, è una logica conseguenza di quella che è, secondo la Consulta, la vera natura dell'Autorità: quella di amministrazione che esercita una funzione discrezionale di ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco.

La natura *tuot court* amministrativa e non neutrale è ulteriormente manifestata dall'ampio spettro di poteri attribuiti all'Autorità, di tipo anche pararegolamentare e consultivo, che non sarebbero compatibili con l'esercizio di funzioni paragiurisdizionali.

La posizione dell'Autorità perciò non è qualificabile in termini di estraneità alla situazione sostanziale¹³, di conseguenza è incompatibile con il ruolo di giudice, che al contrario è ontologicamente estraneo all'interesse in ordine al quale si pronuncia. La natura amministrativa, la cura dell'interesse pubblico al pari di ogni altra amministrazione e, in particolare, il ruolo di parte processuale, inducono la Corte ad applicare al caso di specie gli stessi principi che hanno condotto a negare la legittimazione del Pubblico Ministero e dei Consigli dell'ordine degli avvocati locali, proprio in quanto parti processuali.

La Corte osserva, infine, per eliminare ogni incertezza sulla propria posizione, che non ci sono zone franche, o d'ombra, da scongiurare, perché una sede giurisdizionale accessibile c'è e non è da ritenersi di difficile accesso. Infatti, l'eventuale atto di archiviazione dell'Autorità potrebbe ben essere impugnato dal notaio segnalante, interessato a che l'Autorità proceda nell'accertamento della violazione e nella eliminazione delle condotte illecite.

La libertà di scelta del segnalante di adire o meno il giudice amministrativo e di presentare istanza affinché sia sollevata questione di legittimità costituzionale, è da ritenersi connotata al giudizio incidentale, basato sulla tutela di situazioni soggettive concrete, che possono essere nella disponibilità della parte.

3. Riflessioni sull'applicazione della teoria di giudice "ai limitati fini"

Alla luce delle argomentazioni offerte dalle parti e delle motivazioni della sentenza, appare possibile svolgere qualche riflessione circa la possibilità di un'eventuale soluzione opposta a quella accolta dalle Corti, sulla base della stessa giurisprudenza costituzionale che la Corte richiama nella propria motivazione, nonché rispetto alle conseguenze sistematiche della decisione effettivamente adottata.

In tal senso, la prima osservazione riguarda le obiezioni sollevate dalle parti del giudizio circa l'assenza in concreto di tutti i presupposti per definire l'Autorità come giudice e l'attività di *enforcement* come giurisdizionale, che in parte confortano proprio la tesi opposta. Infatti, se la comparazione fosse piana e lineare, se non ci fosse alcun dubbio circa la piena corrispondenza tra le caratteristiche soggettive e oggettive dell'Autorità e quelle che descrivono, tradizionalmente, un giudice, se non ci fosse neanche un elemento di differenziazione tra l'essenza del giudice e quella dell'Autorità, l'esistenza stessa dell'AGCM violerebbe sotto il profilo sostanziale il divieto costituzionale di istituire giudici speciali.

Se così fosse, neanche l'applicazione della teoria della giurisdizionalità "ai limitati fini" salverebbe dalla dichiarazione di incostituzionalità la legge costitutiva dell'Autorità stessa¹⁴,

¹³ La Corte qui richiama le sentenze n. 243/1989, n. 18/1989, n. 128/1974 e n. 110/1967.

¹⁴ Sulla violazione dell'art. 102 Cost. da parte della legge istitutiva dell'Autorità Garante della Concorrenza o del Mercato cfr. F. SALMONI, *L'Antitrust come "giudice a quo": riflessioni critiche*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 369 ss. in cui l'Autrice auspica che l'Autorità sollevi una questione di legittimità costituzionale affinché la Corte dichiari incostituzionale la legge istitutiva dell'Autorità per contrasto con l'art. 102 cost.

proprio perché l'art. 102 Cost., seppur non nella forma, sarebbe violato nella sostanza: basterebbe un diverso *nomen iuris* per aggirare la norma.

Chiaramente questa conclusione non è accettabile, perciò acquista forza la tesi opposta. Il presupposto della teoria della legittimazione “ai limitati fini” è proprio che manchi qualcosa, ossia che il soggetto non sia un giudice e l'attività non sia tecnicamente un giudizio, né nella forma né nella sostanza, ma che ci sia un'analogia. Pertanto, da un lato appare irragionevole richiedere una corrispondenza perfetta, dall'altro però occorre precisare in cosa si sostanzii questa analogia. È evidente che non ogni qualvolta un'attività presenti qualche elemento in comune con quella giurisdizionale si può parlare di analogia in senso stretto.

Altro aspetto da tenere in considerazione per valutare in termini sistematici la decisione della Consulta è la *ratio* dell'estensione della legittimazione: la Corte, dinanzi ad un soggetto formalmente estraneo all'ordine giudiziario, ha ritenuto insoddisfacente la scelta tra le sole due alternative di dichiarare il soggetto non legittimato, ovvero di riscontrarne l'incompatibilità con il divieto di cui all'art. 102 Cost., perché ciò poteva condurre, per ragioni eminentemente formali, a lasciare insoddisfatte forti esigenze di giustizia sostanziale, salvando leggi manifestamente incostituzionali.

Per rispondere adeguatamente al ruolo di giudice delle leggi che le è stato conferito, la Corte ha tracciato una terza via che tenesse conto dei contorni sfumati che spesso disegnano le nostre istituzioni, valorizzandone gli aspetti sostanziali. Nasce così lo sdoppiamento della nozione di giudice, di talché una rileva sul piano generale, ed una sul piano dell'interlocuzione con il giudice costituzionale. La Corte, in tali pronunce, non conferisce una “patente di giurisdizionalità”¹⁵ generale, facendo salvo il rispetto del dettato costituzionale, ma si limita a riconoscere la sussistenza nel caso di specie dei presupposti richiesti dall'art. 1 l. cost. n. 1/1948 e dall'art. 23, 1° co., l. n. 87/1953, secondo le quali la questione di legittimità costituzionale in via incidentale deve essere sollevata “nel corso di un “giudizio” da un “giudice”¹⁶.

La questione gira intorno all'interpretazione delle dizioni “giudice” e “giudizio”. Fin dalle prime pronunce, è emerso un approccio casistico che ha condotto la Corte ad enucleare, nel tempo, i requisiti soggettivi e oggettivi necessari per riconoscere la legittimazione dell'organo rimettente, al di là dei profili prettamente formalistici.

La giustificazione a tale approccio, attuato in modo non sempre coerente, si può rinvenire in due ordini di ragioni complementari tra loro. La prima è di stampo storico: la Corte all'inizio della sua attività ha sentito l'esigenza di estendere il proprio campo di azione per garantire quanto più possibile la conformità dell'ordinamento alla (nuova) Costituzione, ampliando il proprio raggio d'azione. Ciò spiega anche perché molte delle decisioni di apertura

¹⁵ L. ELIA, v. *Elezioni politiche (contenzioso)*, in Enc. Dir., XIV, Milano, Giuffrè 1965, 765.

¹⁶ Tale teoria ha ricevuto diverse applicazioni, a partire sentenza n. 12 del 1971, con la quale è stata riconosciuta la natura giurisdizionale *ai limitati fini* della Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura. Tra i casi più significativi vi è quello della legittimazione riconosciuta alla Sezione controllo della Corte dei conti in sede di giudizio sull'ammissione al visto e alla registrazione degli atti del Governo, con la sentenza n. 226 del 12 novembre 1976, richiamato anche dall'AGCM a sostegno delle proprie ragioni. Per una panoramica della giurisprudenza sulla legittimazione nel giudizio in via incidentale, cfr. R. NEVOLA (a cura di), *La legittimazione ad attivare il giudizio incidentale di costituzionalità: giudice a quo e processo principale nella giurisprudenza della Corte*, quaderno processuale del Servizio Studi della Corte costituzionale, settembre 2016.

sono risalenti¹⁷. La seconda la potremmo riferire alla funzione di custode e interprete della Costituzione affidata alla Corte costituzionale, che, seppur nel rispetto delle modalità di accesso al suo giudizio, ha cercato di evitare la creazione di “zone franche”¹⁸ o “zone d’ombra”¹⁹.

Concetti, questi ultimi, a volte ritenuti equivalenti, ma che ora più opportunamente possono essere distinti²⁰, intendendo le prime come zone interamente sottratte a qualunque possibile sindacato del giudice costituzionale, e quindi come “eccezioni ai principi dello stato di diritto”²¹; mentre le seconde, come “mere imperfezioni”²² in quanto riferite a leggi che potrebbero in qualche modo essere oggetto di sindacato, ma che, per le “strette”²³ che caratterizzano il giudizio in via incidentale, difficilmente sarebbero sottoposte al giudizio della Corte.

Emerge così come, nella valutazione “ai limitati fini”, la rilevanza degli elementi contingenti sia massima, perché, pur cercando di rispettare il dato letterale delle norme e di non snaturare l’incidentalità del giudizio, la Corte supera una nozione formale per soddisfare esigenze sostanziali.

Ulteriore conseguenza del metodo casistico è la difficoltà di tracciare “una linea di tendenza in materia di accesso incidentale”²⁴. Nella sua natura eccezionale, infatti, l’approccio interpretativo sostanziale ha necessariamente condotto a soluzioni (anche molto) diverse tra loro, a discapito talvolta della coerenza del sistema.

Le difficoltà di tracciare in modo lineare l’*iter* logico seguito dalla Corte, seppur comprensibili, rendono perciò difficile capire in che termini effettuare il giudizio di analogia, prima richiamato, tra giudice ed ente esterno all’ordine giudiziario che solleva questione di legittimità costituzionale.

Ripartiamo dai punti (fermi?) individuati dalla giurisprudenza: da un lato la Corte individua in positivo i requisiti soggettivi e oggettivi che il soggetto rimettente e il “giudizio” devono

¹⁷ All’apertura che la Corte ha manifestato in una prima fase, al fine di risolvere il maggior numero di dubbi di costituzionalità, in cui era sufficiente che la richiesta provenisse dall’autorità giudiziaria, senza distinguere tra le diverse funzioni da esse svolte. ha seguito una fase più restrittiva-formalistica, in cui ha assunto maggiore rilevanza il procedimento nell’ambito del quale la questione veniva sollevata.

¹⁸ D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA e D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2003, 19 ss.

¹⁹ F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull’autonomia del processo costituzionale*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1/1966, 221 ss.; S. GRASSI, *Prospettive dell’accesso alla giustizia costituzionale*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale. Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999*, Torino, Giappichelli, 2001, 9 ss. In giurisprudenza, v. sentenze n. 89 del 2017, n. 181 del 2015 e n. 226 del 1976.

²⁰ A. PIZZORUSSO, “Zone d’ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana, in A. D’ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1021 ss; A. RUGGERI, *Presentazione del Seminario*, in R. BALDUZZI – P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2006, 1 ss.

²¹ P. ZICCHITTU, *La Corte costituzionale di fronte alle “zone franche”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, Maggio, 2018, 2;

²² *Ibidem*.

²³ G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir. XXXVI*, Milano, Giuffrè, 1987, 606.

²⁴ P. CARNEVALE, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della “zona franca”*. *Primissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell’AGCM*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018,

soddisfare in via generale; dall'altro, richiede che si manifesti la necessità di consentire l'accesso al giudizio di legittimità perché, per le specificità del contesto in cui sorge il dubbio di costituzionalità, emerge che la questione non potrebbe altrimenti giungervi²⁵.

Ma, come anticipato, l'interpretazione di questi requisiti non è stata costante²⁶. Quindi, si potrebbe ritenere che, nell'effettuare il giudizio di analogia, la Corte abbia compensato il minor rigore formalistico nel verificare il rispetto di tali requisiti, con il maggior disvalore per la permanenza nel sistema di leggi incostituzionali, quasi ad individuare un rapporto di proporzionalità inversa. In tale prospettiva, pur essendo la questione sulla legittimazione di rilevanza pregiudiziale, merito e rito sembrano intersecarsi in modo particolarmente intenso²⁷.

Ciò sarebbe ulteriormente dimostrato dalla rilevanza che il giudice costituzionale attribuisce alla necessità di evitare zone franche: l'esigenza di pronunciarsi nel merito (accogliendo l'istanza), può sopperire a carenze formali riscontrate nelle caratteristiche del "giudice *a quo*" del caso di specie.

D'altronde, la disciplina del giudizio incidentale è volta a garantire la legalità costituzionale e al contempo la tutela delle situazioni giuridiche soggettive²⁸, passando per il filtro del giudice posto a tutela della situazione giuridica soggettiva. Nelle situazioni in cui difficilmente l'atto sia idoneo a incidere su una situazione giuridica soggettiva²⁹, sarebbe contrario ai principi dell'ordinamento privare del tutto di tutela la legalità costituzionale, ed è per sopperire a questa carenza, che la Corte modella, estendendola laddove necessario, la nozione di giudice *a quo*³⁰.

Su tali basi è possibile approfondire la posizione dell'Autorità.

4. Inquadramento delle autorità indipendenti e dell'Agcm

Per valutare se, nel contesto descritto, ci sarebbe stato spazio per una valutazione diversa rispetto a quella della Corte nella sentenza in commento, potrebbe essere utile un'estensione del campo di indagine al ruolo – forse ancora irrisolto – delle autorità indipendenti, e in particolare dell'Autorità antitrust, nel nostro ordinamento.

²⁵A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, 243-244.

²⁶Cfr. nota 5 per le sentenze in cui la Corte ha ritenuto sufficiente la sussistenza del solo requisito oggettivo. Più risalenti: Corte cost. sent. n. 114/1970; n. 12/1971; n. 78/1971, in cui la Corte riconosce la legittimazione, rispettivamente, al Consiglio Nazionale Forense in sede disciplinare; ai Commissari agli usi civici; e al CSM in sede di disciplinare, tutte ipotesi in cui la sussistenza del solo requisito oggettivo è stata ritenuta sufficiente.

²⁷ Cfr P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca". Primi passi considerazioni alla luce dell'ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018, 16 e ss, in cui l'A. evidenzia che la questione di merito sollevata dall'Autorità non presenta "l'orizzonte ampio di un problema di dimensione ordinamentale che cioè investa tipi, classi, generi normativi configurabili in astratto" tale da giustificare l'individuazione di una nuova zona franca da superare.

²⁸ Cfr. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, 241.

²⁹ G. PITRUZZELLA, "Questioni di legittimità costituzionale, di massima e di interpretazione di norme comunitarie: aspetti teorico-pratici" in *Questioni di legittimità costituzionale e Corte dei conti. Relazione al corso di formazione ed aggiornamento per magistrati della Corte dei conti*, Roma, 13.12.2007, 3.

³⁰ Sull'estensione della nozione di giudice *a quo*, storicamente si fa riferimento alle motivazioni delle storiche sentenze della Corte costituzionale n. 23 del 15 giugno 1966 (Relatore Mortati) e n. 226 del 12 novembre 1976 (Relatore Crisafulli).

La dottrina ha sottolineato più volte come il fenomeno delle autorità indipendenti sia eterogeneo e privo, all'interno dell'ordinamento, di un modello di riferimento. Modello che, sotto il profilo istituzionale, si rintraccia nei paesi di *common law*, caratterizzati da una diversa tradizione giuridica amministrativa. La conseguenza di tale influenza si riflette su alcune anomalie che le Autorità presentano rispetto alla nostra tradizione giuridica: sono "indipendenti" dal potere politico e, in ragione delle funzioni che svolgono, derogano al principio di separazione dei poteri, com'è tradizionalmente inteso. Queste anomalie hanno reso particolarmente complesso il loro inquadramento nel nostro ordinamento dando origine ad un vero "rompicapo costituzionale"³¹.

Tuttavia, non è mancato in dottrina³² chi abbia sottolineato come, proprio in ragione dell'evoluzione del contesto economico e sociale, le difficoltà ricostruttive possano essere ricomposte, e quindi ridimensionate. Il fenomeno delle privatizzazioni, e la trasformazione dell'intervento dello Stato nell'economia, infatti, hanno posto l'esigenza di introdurre meccanismi regolatori diversi da quelli precedenti, adeguati al nuovo ruolo dello Stato come arbitro del mercato.

Le autorità indipendenti possono svolgere bene questo compito, attraverso interventi regolatori più flessibili e vicini ai soggetti regolati, coerenti con le esigenze poste dal nuovo assetto dell'ordinamento. Contemporaneamente si è assistito – e si assiste – ad una semplificazione e ad uno snellimento dell'attività amministrativa con l'obiettivo di rendere più efficace ed efficiente l'azione pubblica. Gli interventi posti in essere in questo senso hanno intrapreso due direzioni: la dislocazione nei confronti di enti locali e l'attribuzione di competenze ad altri soggetti istituzionali, tra cui le autorità in esame³³. Tale passaggio non è "neutro"³⁴, comporta un cambio di prospettiva: alla sottrazione di tali attività dal circuito politico democratico, si sostituiscono le garanzie di indipendenza e competenza tecnica.

Quest'ultimo aspetto, assieme alle funzioni regolatorie, di *adjudication* e sanzionatorie, manifesta l'attrito con la rigidità e la verticalità del principio di separazione dei poteri. Le Autorità, infatti, pur svolgendo funzioni riferibili ai tre poteri, non potendo essere ricondotte totalmente al potere legislativo, né al potere giudiziario, rispetto ai quali esistono delle riserve in costituzione, non possono che essere collocate nell'ambito del potere dai contorni più sfumati: il potere esecutivo. Perciò autorità amministrative. Ma, mentre il modello costituzionale che si desume dal combinato disposto degli artt. 95 e 97 Cost., descrive l'amministrazione come dipendente e imparziale, le autorità nascono tradizionalmente indipendenti e neutrali.

³¹ E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti*, in www.astridonline.it. Nonostante queste difficoltà dogmatiche, le autorità indipendenti hanno visto un periodo di forte ascesa negli anni novanta. Tre sono i fattori che hanno favorito questo sviluppo: il passaggio dallo Stato interventista allo Stato regolatore, gli interventi dell'Unione europea finalizzati alla liberalizzazione dei mercati, e la crisi del sistema politico italiano che ha preferito indietreggiare e affidare a tecnici esperti – e indipendenti – la gestione di alcuni settori economici e, in particolare, quelli a rapida evoluzione, dove la celerità di intervento dei pubblici poteri assumeva un ruolo cruciale.

³² V. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionale delle autorità indipendenti*, in *Politica del diritto*, fasc. 1, 2000, 161 ss.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Per la posizione espressa e per una riflessione più ampia sui requisiti delle autorità indipendenti, e sul diverso atteggiarsi dell'indipendenza cfr. G. LOMBARDO, *Le autorità amministrative indipendenti come poteri dello Stato nei conflitti di attribuzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, 2, 274 ss.

A ben vedere però, il principio di separazione dei poteri subisce una prima evidente deroga in Costituzione già in riferimento alla posizione e ai poteri del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti. Questi ultimi, infatti, sono, ai sensi dell'art. 100 Cost., indipendenti dal governo non solo rispetto all'attività giurisdizionale, ma anche in relazione ai compiti di vigilanza e controllo ad essi assegnati, e quindi anche rispetto alle attività amministrative di loro competenza.

Il peculiare regime della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato segnala già come la separazione dei poteri nel nostro ordinamento non si manifesta come separazione di organi, o quantomeno non in senso assoluto: la purezza del modello viene contaminata. Ci sono, infatti, organi formalmente giurisdizionali – quindi indipendenti – che svolgono funzioni amministrative, il che ha spinto autorevole dottrina a definire tali istituzioni «Autorità indipendenti di prima generazione»³⁵, rinvenendo il senso dell'ausiliarità cui fa riferimento il Titolo XX della Costituzione proprio nell'indipendenza di cui parla l'art. 100 Cost.³⁶.

Tale deroga, tuttavia, non è unica e offre lo spunto per una riflessione ulteriore sul principio di separazione dei poteri³⁷, al fine di contestualizzare meglio la posizione delle Autorità indipendenti nel nostro ordinamento, senza tuttavia esaurire l'argomento.

Infatti, pur essendo ritenuto un principio certamente implicito nel nostro sistema di diritto, questo non è esplicitato nella nostra Costituzione, il che pone dal punto di vista sistematico la necessità di definirne l'operatività e di ricondurre alle tre funzioni normativa, esecutiva e giudiziaria, i sei – almeno – organi costituzionali esplicitamente previsti (tralasciando gli organi ausiliari di cui si è già detto). Oltre al Parlamento, al Governo e all'Ordine giudiziario, vengono in rilievo il Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale e gli enti territoriali. Difficile è la collocazione di organi di garanzia come il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale nell'ambito dei tre poteri classici, ma il problema maggiore è posto dagli enti territoriali. Questi, infatti, oltre a non poter essere classificati nelle strette maglie della tripartizione dei poteri, appaiono essere espressione di un altro e diverso principio di organizzazione delle funzioni, ossia il principio del decentramento territoriale. Anche quest'ultimo quindi interviene a livello costituzionale per identificare e regolare i poteri dello Stato. E non è solo la tripartizione intesa in termini organizzativi a porre delle problematiche, ma anche la tripartizione delle funzioni, perché incerta è la collocazione della funzione di indirizzo politico³⁸, certamente presente nel nostro ordinamento.

Tale riflessione ha il solo scopo di far emergere come nel nostro ordinamento non sia possibile ricondurre l'organizzazione dei poteri al solo principio di separazione, se non per la

³⁵ Cfr. S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Il Foro italiano*, 1996, 5, 8-14. Ad esse viene aggiunto il Consiglio superiore della magistratura sebbene non sia propriamente un organo giurisdizionale.

³⁶ La stessa Corte costituzionale ha qualificato la Corte dei conti come "organo posto al servizio dello Stato-comunità, e non già soltanto dello Stato-governo" sottolineandone il ruolo di "garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e, in particolare, della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità" (Corte cost., sent. del 27 gennaio 1995, n. 29). Perciò gli atti di controllo sulla gestione sono considerati equivalenti agli atti delle altre authority e quindi sindacabili dai giudici (SS.UU. sent. del 10 giugno 1998, n. 5762; Cons. St., sent. del 27 giugno 2001, n. 3530).

³⁷ Per approfondimento cfr. *ex multis* F. MODUGNO, *Potere (separazione di)*, voce in *Noviss. Dig. It.*, Torino, UTET, 1957, 472 ss; A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto e Società*, 2006, 4, 657 ss; D. IELO, *Autorità indipendenti e giudice: cooperazione e sindacato*, in *Amministrare*, 2006, 1-2, 218 ss.

³⁸ T. MARTINES, *Indirizzo politico*, voce in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1971, 135.

ratio di equilibrio e bilanciamento ad esso sottesa. Si manifesta invece la “la tendenza spiccata alla molteplicità e alla moltiplicazione degli organi costituzionali” affiancata da una regolazione delle attribuzioni che aspira ad un alto grado di precisione³⁹.

Chiaramente non si può sottovalutare la differenza tra organi costituzionali e di rilevanza costituzionale, che rispondono ad una lunga tradizione storico-giuridica, e le recenti autorità indipendenti. Tuttavia, una volta riscontrato che il principio di separazione dei poteri è derogato già a livello costituzionale, non si può neanche non riflettere sulla flessibilità che alcuni principi, considerati dogmi, assumono in realtà nel nostro ordinamento, e sugli effetti delle possibili sovrapposizioni di alcune funzioni in capo allo stesso organo: se alcune figure sono nette, altre, anche a livello costituzionale, nascono ibride.

In questa seconda categoria si collocherebbero le Autorità amministrative indipendenti, che tagliano “per così dire in orizzontale il principio di separazione dei poteri”⁴⁰. Tuttavia, la loro natura intrinsecamente ibrida, tradotta nell’ossimoro che le descrive come amministrative e contemporaneamente indipendenti, in assenza di un fondamento costituzionale espresso, non ha potuto non sollevare i ben noti dubbi circa la compatibilità di tale figura con l’impianto costituzionale⁴¹.

La dottrina ha cercato di comporre il conflitto seguendo le due strade lasciate aperte dalla Costituzione. Sinteticamente, la prima fonda la legittimazione costituzionale nel modello di amministrazione che si desume dai principi sanciti dagli artt. 97 e 98 cost., e in particolare nell’imparzialità - sebbene occorra ricordare che l’indipendenza è qualcosa di più dell’imparzialità. La seconda, invece, richiama l’indipendenza richiesta dall’art. 100 Cost. per gli organi ausiliari non solo nell’esercizio delle funzioni giurisdizionali, ma anche nello svolgimento delle attività amministrative. Attraverso l’indipendenza, si crea un parallelo tra l’indipendenza funzionale di tali organi e quella delle autorità indipendenti⁴².

A questi profili si è affiancato il *favor* dell’Unione europea che anzi, nell’ambito dei processi di liberalizzazione, ha previsto espressamente l’istituzione di autorità di regolazione e/o garanzia che vigilassero sul corretto funzionamento del mercato di riferimento.

³⁹ F. MODUGNO, *Potere (separazione di)*, voce in *Noviss. Dig. It.* Torino, UTET, 1957, 472 ss. L’Autore giunge così a configurare un altro come principio alla base dell’ordinamento, in grado di spiegare tutti gli altri, muovendo dalle attribuzioni specifiche e rigorose attribuite alla Corte costituzionale per la risoluzione dei conflitti tra poteri, “un principio nuovo, secondo il quale le attribuzioni proprie di ciascun potere (organo o complesso di organi costituzionali) siano caratterizzate dall’impossibilità di venir sindacate da altri organi che non siano la Corte costituzionale”.

⁴⁰ M. CLARICH, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 18 luglio 2018.

⁴¹ Vedi *ex multis*, A. TAGLIATELA, R. ROLLI, *La “legittimazione” costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 2010, 2; M. MANETTI, *Autorità indipendenti e crisi della politica*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2015, 1-2; L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2015, 1-2; A. PATRONI GRIFFI, *Le autorità amministrative indipendenti nell’ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2015, 1-2; N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti nel sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004.

⁴² M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENOVICH, *Il Sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, Documento di lavoro presentato al Convegno *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, Roma, 27 febbraio 2006, 8.

Tutte queste argomentazioni non hanno soddisfatto a pieno l'esigenza di un fondamento costituzionale espresso, tanto che si sono susseguiti – senza successo – un tentativo di riforma costituzionale da parte di una Commissione bicamerale nel 1997⁴³, e un'indagine conoscitiva della Commissione affari costituzionali nel 2000, entrambi volti a ricondurre ad unità la figura frammentaria delle autorità indipendenti, e superare la deroga alla responsabilità politica dell'amministrazione sancita dall'art. 95 Cost.

Ancora oggi è pertanto impossibile dare una risposta univoca alla domanda sul fondamento costituzionale delle autorità indipendenti⁴⁴ senza correre il rischio di incontrare obiezioni fondate. Nonostante ciò, le Autorità acquistano sempre più spazio, se non nel numero, sicuramente nelle competenze, sempre più eterogenee, che vengono attribuite loro, a dimostrazione del bisogno di "apparati pubblici con un profilo più tecnico rispetto alle strutture ministeriali tradizionali e con un'indipendenza maggiore sia dal potere politico sia dalle imprese controllate"⁴⁵.

In questo contesto incerto si colloca l'AGCM. Le peculiarità che la connotano rispetto alle altre Autorità si colgono già, in una prospettiva storica, nella fase antecedente all'istituzione della stessa. In origine, infatti, le commissioni ministeriali proposero di affidare la tutela della concorrenza alla magistratura. Ciò a dimostrazione delle particolari caratteristiche di indipendenza, neutralità e terzietà necessarie per tutelare la funzione in oggetto, e della tipologia di attività richiesta: la sussunzione di fattispecie concrete in fattispecie astratte, secondo il sillogismo tipico dell'attività giurisdizionale.

Lo stesso Regolamento UE n. 1/2003 ripropone la libertà per gli Stati membri di scegliere se attribuire la funzione di tutela della concorrenza ad un organo giurisdizionale o ad uno amministrativo. Nella libertà di scelta sulle modalità di attuazione della disposizione si potrebbe intravedere un vincolo implicito nella necessaria indipendenza e neutralità del soggetto che decide in materia di concorrenza.

⁴³F. ANGELINI, *Le autorità di garanzia e il difensore civico: art. 109 e 111*, in V. ATRIPALDI e R. BIFULCO (a cura di), *La commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura. Cronaca dei lavori e analisi dei risultati*, Torino, Giappichelli, 1998, 639-655. Il tentativo della commissione bicamerale era volto a superare il divario creatosi tra i moduli tradizionali dell'amministrazione e le nuove forme di esercizio dei poteri pubblici espressa dalle autorità indipendenti. In risposta alle peculiarità delle autorità indipendenti, la proposta prevedeva la collocazione delle norme sulla loro disciplina in una sezione apposita, diversa da quella dedicata all'amministrazione. Tale impostazione presuppone e giustifica l'idea secondo cui la funzione svolta dalle autorità "non [è] assimilabile a quella amministrativa perché non finalizzata alla realizzazione di un interesse pubblico tradizionalmente inteso ma al mantenimento di una condizione di equilibrio per il raggiungimento della quale usa regole non finalistiche ma condizionali".

⁴⁴Sulla compatibilità delle funzioni delle autorità indipendenti con la Costituzione e sulla possibilità di attribuire ad esse una funzione di garanzia cfr. S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, Edizioni ETS, 1996, 154 ss. Più in generale sulla legittimità costituzionale cfr. G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁴⁵G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, op. cit., 9.

Tuttavia, in considerazione della notevole mole di lavoro a carico del sistema giudiziario già in affanno, prevalse l'idea di istituire un'autorità quasi-giurisdizionale, un'autorità amministrativa indipendente appunto⁴⁶, che pur estranea al potere giurisdizionale in senso tecnico-formale, garantisse nella sostanza quelle esigenze soggettive e oggettive necessarie alla tutela della concorrenza.

Il requisito dell'indipendenza, in particolare nel caso dell'AGCM, e la natura delle funzioni svolte, hanno spinto alcuni autori a parlare di "magistratura della concorrenza"⁴⁷. Infatti, all'Autorità non sono conferiti i poteri che tipicamente sono attribuiti agli enti o agli organi che si occupano della disciplina amministrativa di determinati settori di imprese, come ad esempio la gestione di albi o l'attività di vigilanza continua (si pensi alla Consob o all'IVASS); né essa sembrava svolgere attività di amministrazione attiva con esercizio della discrezionalità nella ponderazione di interessi pubblici. L'Autorità sembra svolgere tipicamente l'attività di aggiudicazione e di risoluzione di controversie, quest'ultima non dissimile da quella svolta "dal giudice civile o penale, chiamato a qualificare e sussumere una fattispecie concreta in una fattispecie normativa, in vista della comminazione di una sanzione o dell'emanazione di un altro tipo di pronuncia volta a ripristinare lo *status quo ante*"⁴⁸.

Si tratterebbe perciò di un'attività solo formalmente amministrativa, perché non vi è il perseguimento di un fine pubblico ulteriore rispetto alla mera osservanza delle regole di concorrenza previste della legislazione vigente⁴⁹.

Al contempo, è sempre apparsa difficile la configurazione dell'Autorità come organo amministrativo in senso tecnico, in quanto sarebbe incompatibile con quella che è, almeno nelle intenzioni, la caratteristica precipua delle autorità dal momento della loro costituzione e per tutta la durata dell'esercizio delle funzioni: l'indipendenza.

Nel caso specifico dell'Autorità, la Corte costituzionale non mette in dubbio il requisito dell'indipendenza⁵⁰ in sé, se non in un inciso riferito al profilo dell'indipendenza interna, in cui nega l'esistenza di una separazione netta tra uffici e Collegio, in ragione del nesso funzionale che lega il Segretario al Presidente, per cui il primo risponde al secondo del funzionamento dei servizi e degli uffici. Tuttavia, escludendo la terzietà, e soprattutto la neutralità, ne mina il

⁴⁶ S. CASSESE, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel "sistema" delle Autorità indipendenti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 1, 102.

⁴⁷ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Mulino, 2005, 110.

⁴⁸ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, op. cit., 96. In senso contrario, ex multis, A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Tomo I, Torino, Giappichelli, 2010, 371 ss.

⁴⁹ Il parallelismo si potrebbe estendere anche alle decisioni che l'Autorità adotta al termine dell'istruttoria, assimilabili alle decisioni assunte al termine del giudizio.

⁵⁰ La Corte nella sentenza n. 482/1995 ha riconosciuto l'indipendenza attribuita dalla legge all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, oggi ANAC. Ciò rende plausibile l'estensione di tali considerazioni anche all'Autorità antitrust. Sull'indipendenza dell'Autorità cfr. ex multis, M. CLARICH, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 di Antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010, 239; in questo senso, anche G. AMATO, *Conclusioni*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, 100. *Contra* F.S. MARINI, *La concorrenza tra i poteri dello Stato: l'Autorità tra tradizione e innovazione*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 di Antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010, 290.

significato profondo generando importanti dubbi sul senso che l'indipendenza dell'Autorità assume oggi.

5. La terzietà dell'Agcm

Il punto di partenza del ragionamento della Corte per escludere la legittimazione è l'assenza di terzietà. L'Autorità non è terza perché è parte resistente del processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti. E ancora, non è terza perché ai sensi dell'art. 21-bis l. n. 287/90 può assumere le vesti anche di parte processuale ricorrente, impugnando gli atti delle amministrazioni che violino il diritto della concorrenza. A questo punto il richiamo alla limitata indipendenza dell'Autorità determinata dalla insufficiente separazione interna: la legittimazione spetta all'Autorità e non agli uffici.

Riferendosi all'Autorità quindi, forse sarebbe più opportuno parlare di "pubblico ministero" della concorrenza⁵¹, perché come questo sarebbe portatrice di un interesse di parte, e come questo rivestirebbe un ruolo ontologicamente incompatibile con la posizione di giudice.

A supporto la Consulta richiama anche la posizione della Corte di Giustizia che, nella sentenza della Grande sezione, 17 luglio 2014, C-58/13, *Torresi*, afferma la terzietà del Consiglio nazionale forense rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso, sul presupposto che questo non può essere parte nel procedimento avviato dinanzi alla Corte Suprema di Cassazione contro la decisione in merito al ricorso avverso il Consiglio dell'ordine interessato. Ciò a differenza dei Consigli forensi locali che, nell'ambito dei procedimenti aventi ad oggetto il ricorso contro una propria decisione, sono parti dinanzi al Consiglio nazionale forense.

In questa sede non si intende negare l'attrito evidente tra la posizione di terzietà e la posizione di parte processuale. Si potrebbe però effettuare sul punto qualche distinzione e precisazione.

Infatti, ciò che differenzia la posizione del pubblico ministero da quella del Collegio è che il primo svolge ontologicamente il ruolo di parte processuale dall'inizio alla fine del procedimento penale, il secondo no. Come ha osservato la stessa Corte nella sentenza che richiama, il PM "non ha il potere di emettere provvedimenti decisori", pertanto non può sostituirsi all'autorità giurisdizionale davanti a cui pende il giudizio nella valutazione della rilevanza della questione della sua non manifesta infondatezza; tale valutazione infatti "implica un giudizio sui termini e sui limiti della controversia e sulla norma da applicare nel caso concreto" che solo l'autorità decidente può effettuare⁵².

Nel procedimento di *public enforcement*, invece, il Collegio svolge proprio il ruolo di autorità decidente, chiamata ad applicare obiettivamente le norme e valutarne la rilevanza nel caso concreto. Pertanto, è vero che in un momento successivo potrebbe cambiare vesti, assumendo il ruolo di parte resistente, ovvero, nell'esercizio di un'altra competenza, indossare

⁵¹ In riferimento ai poteri di cui all'art. 21-bis l. n. 287/90, cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990)*, in *www.giustamm.it*, gennaio 2012.

⁵² Corte cost., sentenza n. 40 del 1963.

l'abito di parte ricorrente, ma l'Autorità non sembra comunque assimilabile al caso del pubblico ministero, quanto invece analoga al ruolo dell'autorità giudicante.

Anche rispetto alla comparazione con il Consiglio nazionale forense e i Consigli dell'ordine locali, si potrebbe osservare come non sia possibile un giudizio in termini di analogia. Nei procedimenti sanzionatori condotti dai Consigli locali, infatti, la terzietà sembra mancare anche a prescindere dalle vicende impugnatorie successive in cui i singoli consigli possono assumere il ruolo di parte. Ciò in quanto i membri del consiglio non soddisfano il requisito dell'indipendenza necessario per lo svolgimento di funzioni paragiurisdizionali, appartenendo questi alla stessa categoria professionale dei soggetti giudicati.

La Corte ha dimostrato di essere pienamente consapevole di tale profilo quando ha esaminato le fattispecie in cui veniva in rilievo la funzione dei consigli locali, precisando che i consigli svolgono la funzione disciplinare "all'interno del gruppo che essi costituiscono, e per la tutela di interessi che sono essenzialmente della classe professionale, in modo che la funzione disciplinare che al consiglio compete è manifestazione di un potere sugli iscritti all'albo, e di un potere meramente amministrativo". Inoltre, pur non essendo un potere di natura gerarchica, deriva dall'appartenenza all'ordine, "il quale impone comportamenti conformi ai fini che esso deve perseguire; è espressione di una autonomia concessa per la più diretta e immediata protezione di questi fini, e soltanto di essi"⁵³.

Da queste parole si colgono manifestamente le differenze tra le funzioni svolte dall'Autorità e quelle dei Consigli dell'ordine locali, che non sembrano agevolmente superabili per il solo fatto che, in via successiva, in un altro giudizio, entrambi possano ricoprire il ruolo di parte processuale. A sua volta il Consiglio nazionale forense, non solo è terzo perché non può intervenire nel giudizio successivo avente ad oggetto le proprie decisioni, ma *ab origine* la funzione che svolge è diversa da quella dei consigli locali: non si tratta più dell'interesse del gruppo professionale, ma della "tutela un interesse pubblicistico, esterno e superiore"⁵⁴. Ciò trova ulteriore conferma, sempre secondo la Corte, nella ricorribilità delle decisioni del Consiglio nazionale dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Anche qui si potrebbe ritenere la posizione dell'Autorità non assimilabile a quella dei consigli locali nell'esercizio delle funzioni svolte, ma analoga a quella del CNF, nella tutela di un interesse pubblico, sicuramente esterno e superiore all'Autorità, di rilievo costituzionale, cui è istituzionalmente preposta.

Negli esempi fatti dalla Corte, infatti, fin dall'inizio quei soggetti non potevano ritenersi giudici *a quo* l'uno perché nasce parte, l'altro perché è portatore di interessi particolari nel procedimento amministrativo.

Parimenti altri precedenti potrebbero rilevare in senso difforme alla pronuncia in esame. Infatti, non sempre la Corte ha ritenuto la mancanza di una netta separazione di funzioni come ostativa al riconoscimento della legittimazione. Ne è un esempio la legittimazione riconosciuta in passato al Pretore in procedimenti penali⁵⁵, nonostante nel procedimento "per

⁵³ Corte cost., sentenza n. 110/1967.

⁵⁴ Corte cost., sentenza n. 114 del 1970. La legittimazione del Consiglio nazionale forense è stata poi implicitamente riconosciuta da pronunce che hanno esaminato nel merito questioni sollevate dal Consiglio stesso: sentenze nn. 336/2009; 189/2001; 138/2011.

⁵⁵ Corte cost., sentenza n. 108/1987.

decreto” costui esercitasse sia i poteri del pubblico ministero, nella fase istruttoria, sia quelli del giudice, nel momento dell’emissione del decreto.

Tali riflessioni non consentono di superare la mancanza di terzietà dell’Autorità contestata dalla Corte, a prescindere dal confronto con i precedenti richiamati. Ma la mancanza di analogia con quei precedenti potrebbe consentire un’interpretazione diversa della terzietà alla luce dell’ambiguità, o meglio della mutevolezza, del ruolo dell’Autorità nell’esercizio delle sue funzioni. Infatti, quel che si cerca di sostenere resta sempre la possibilità di configurare l’Autorità come giudice *a quo* “ai limitati fini”, e non in via generale.

Si sarebbero potuti restringere ancora i margini funzionali e temporali e considerare il ruolo dell’Autorità esclusivamente nell’ambito del procedimento di *public enforcement*, valorizzando e non mortificando la natura ibrida del soggetto.

Perché in quei confini, sì ristretti ma comunque idonei a perimetrare un’attività autonoma, si può ritenere che venga meno quella mancanza di terzietà che ne impedisce la qualificazione di giudice *a quo*, ed emergano invece quegli aspetti che ne consentono l’assimilazione all’autorità giudiziaria, esaltati dall’ordinanza di rimessione e dalle argomentazioni delle parti favorevoli alla legittimazione. E infatti, da questa prospettiva, l’Autorità si mostra come soggetto indipendente sia da condizionamenti esterni, in particolare del Governo⁵⁶, sia da condizionamenti interni⁵⁷.

Il vero problema è quello della natura dell’interesse tutelato e della posizione del Collegio nella fase decisoria. Perché la Corte nega con fermezza la posizione di neutralità dell’Autorità, considerandola, al pari delle altre amministrazioni, posta a tutela di un interesse specifico che essa pondera con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Ciò genera un certo stupore. La Corte infatti sembra dare tali aspetti per scontati e non ne approfondisce il fondamento normativo né l’impatto sistematico, in relazione all’indipendenza, unico requisito normativamente previsto.

Infatti, è vero che diverse voci in dottrina⁵⁸ hanno dubitato della neutralità delle autorità indipendenti rispetto agli interessi al cui governo sono preposte⁵⁹ e hanno qualificato l’attività

⁵⁶ A garanzia di tale indipendenza rilevano il meccanismo di nomina dei componenti (che ne sancisce il legame con il parlamento, piuttosto che con il governo), il regime di incompatibilità, le garanzie di irrevocabilità⁵⁶, la durata settennale del mandato, non rinnovabile; assieme all’autonomia organizzativa e finanziaria.

⁵⁷ A tutela dell’indipendenza interna rileva la separazione tra autorità come organo e la sua struttura organizzativa già disposta dalla legge e, in particolare, nel procedimento di *enforcement*, il D.P.R. n. 217/1998 che regola le procedure istruttorie, introduce una ripartizione tra la fase istruttoria, a cura degli uffici, e la fase decisionale, di competenza del Collegio. Più nel dettaglio, gli uffici propongono l’avvio dell’istruttoria, hanno poteri istruttori e ispettivi, attraverso il responsabile del procedimento curano il contraddittorio con le parti e decidono sulle istanze di accesso, con il solo onere di dare informativa al Collegio. Al termine della fase istruttoria, si apre quella decisoria dinanzi al Collegio, a sua volta caratterizzata dal rispetto del principio del contraddittorio, garantito dalla possibilità di accedere agli atti, presentare memorie e partecipare all’audizione finale.

⁵⁸ Cfr. M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, in *Amministrare*, 2000, 108 ss.; B. LIBONATI, *L’Autorità e la cultura antitrust in Italia*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, Giappichelli, 2010, tomo I, 53-58; A. POLICE, *Il potere discrezionale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *20 anni, op. cit.*, 369 ss.

⁵⁹ C’è anche chi sottolinea la corrispondenza tra neutralità e indipendenza, senza però che ciò comporti necessariamente l’assenza di discrezionalità o di scelte politiche, cfr. S. MICOSI, *Il conflitto tra governati e governanti*, in *L’indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, 61 ss.

svolta come puramente amministrativa⁶⁰, mentre il Consiglio di Stato⁶¹ ha incardinato la funzione di garanzia esercitata, in particolare, dall'Agcm nell'ambito della funzione amministrativa, in ragione della posizione di non indifferenza dell'organo decidente verso gli interessi coinvolti.

Tuttavia, non poco peso hanno le posizioni dell'altra parte di dottrina⁶² che sostiene la neutralità dell'Agcm (e con qualche differenziazione anche delle altre autorità), nel senso di "indifferenza ed estraneità rispetto agli interessi, pubblici o privati, sui quali quella funzione va a incidere" tanto da ritenere che nell'esercizio di tali funzioni si possa rinvenire "un avvicinamento ai modelli tipici dell'esercizio della funzione giurisdizionale che avviene sempre ed inevitabilmente attraverso un processo"⁶³. Intendendo la natura paragiurisdizionale come possibile descrizione anche solo di alcune delle funzioni svolte e non necessariamente da riconoscere all'organo interamente considerato⁶⁴, nella prospettiva di valorizzare, come detto più volte, la ecletticità di queste figure.

Vi è anche chi, dando per scontata la natura amministrativa, constata, in un'ottica critica, che l'Autorità nell'esercizio dei suoi poteri non pondera gli interessi rilevanti ma si limita, in effetti, ad applicare le norme a tutela della concorrenza⁶⁵.

Lo stesso Consiglio di Stato, pur avendo espressamente ricondotto l'attività dell'Autorità nell'ambito della funzione amministrativa, in pronunce successive si è nuovamente espresso riconoscendo la natura neutrale dei poteri esercitati. In particolare, dopo aver ricordato l'elevato grado di autonomia e indipendenza dell'Autorità⁶⁶, in riferimento alle valutazioni tecniche della stessa, ne ha riconosciuto le peculiarità "(...) per il fatto che la valutazione dell'interesse pubblico concreto connesso con il provvedimento viene realizzata, considerato il modo in cui la legge ha configurato l'Autorità, i suoi poteri ed i suoi provvedimenti, al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali." E ancora "ciò che assume particolare rilievo è l'affidamento della tutela della concorrenza, e dei diritti e dei valori costituzionali ad essa connessi, ad un'Autorità che si caratterizza non soltanto per la qualificazione e la composizione tecnica, ma per

⁶⁰ Cfr. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, 299 ss e 598 ss; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, CEDAM, 2001, 87 ss.

⁶¹ Cons. St., Commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97, citato nella sentenza della Corte costituzionale, nel quale si legge che l'istituzione delle autorità indipendenti "risponde all'esigenza di dare corpo ad una funzione amministrativa di garanzia incardinata nella funzione amministrativa anche perché il loro operato si deve uniformare a quei requisiti di concretezza, spontaneità e discrezionalità che sono propri dell'azione amministrativa", (...) "essendo il potere finalizzato all'attribuzione di un ruolo di cura dell'interesse pubblico alla regolazione dell'iniziativa economica privata in funzione della tutela della concorrenza e del mercato (...)"

⁶² Cfr. *ex multis* V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, 1998, 239 ss, e *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, 37; G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2010, 29

⁶³ V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, *op. cit.*, 258.

⁶⁴ Cfr. G.TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?* in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma, Il sole 24 ore, 2001, 165 ss.

⁶⁵ G. COLAVITTI, *Concorrenza, trasparenza e autonomie. Regolazione dei mercati e nuove forme di governo pubblico dell'economia*, Cacucci Editore, Bari, 2010, 166 ss.

⁶⁶ Cons. St., sez VI, n. 2199/2002.

l'esercizio di poteri neutrali, la cui indipendenza costituisce una diretta conseguenza della neutralità", al fine di offrire "una speciale garanzia per le situazioni soggettive costituzionalmente garantite, connesse con la tutela della concorrenza"⁶⁷.

La considerazione più rilevante si coglie leggendo tra le righe di questa pronuncia, laddove il Consiglio di Stato attribuisce alla neutralità del potere dell'Autorità l'idoneità a limitare il sindacato del giudice.

È l'esercizio di un potere neutrale da parte dell'Autorità, da intendersi come attitudine alla valutazione delle fattispecie concrete sulla base dei parametri fissati dal legislatore, attraverso uno schema analogo a quello del sillogismo giudiziario, che spiega perché il giudice del ricorso incontra dei limiti⁶⁸. Non basterebbe l'indipendenza e la sottrazione al circuito politico garantiti anche dalla magistratura, istituzionalmente preposta alla tutela di situazioni giuridiche soggettive, a giustificare la limitazione del sindacato giurisdizionale. Solo intendendo la neutralità come indifferenza rispetto agli interessi in gioco si attribuisce un significato coerente alla pronuncia richiamata.

Ne emerge un quadro apparentemente ambiguo, in cui lo stesso massimo organo di giustizia amministrativa coniuga l'esercizio della funzione amministrativa con la neutralità del potere esercitato, ponendo questo aspetto in diretta correlazione con l'indipendenza.

In realtà caratteri di neutralità sono da sempre stati riscontrati anche nell'esercizio di pubblici poteri diversi da quello giurisdizionale⁶⁹. Perciò non si può ritenere la neutralità segno distintivo ed esclusivo della funzione giurisdizionale, sebbene sia indice utile per effettuare quel giudizio di analogia di cui sopra. Resta ferma, tuttavia, la necessità di distinguere tra i diversi significati che la neutralità assume nei diversi ambiti in cui viene in rilievo. Tra questi rientra sicuramente anche l'esercizio di alcune funzioni contenziose da parte dell'amministrazione, quando l'autorità amministrativa non si identifica con nessuna delle parti, né ha con queste un rapporto di tipo gerarchico.

In questa categoria si potrebbero inquadrare oggi le autorità indipendenti, infatti descritte spesso come neutrali.

Per capire la relazione tra indipendenza, sancita per legge, e neutralità, dedotta dagli interpreti, occorre indagare la *ratio* sottesa alla disciplina legislativa.

Infatti, pur non essendo esplicitate, si possono scorgere nel sistema diverse ragioni a sostegno dell'indipendenza di tali Autorità, tali da consentire il riconoscimento anche della neutralità nell'esercizio dei poteri di competenza. Tra queste, da un lato la necessità di regolare

⁶⁷ Cons. st., sez. VI, sent. n. 5151/2002.

⁶⁸ A. LALLI, nota a Consiglio di Stato, 01 ottobre 2002, n.5156, sez. VI, *La sindacabilità giurisdizionale del potere neutrale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed il procedimento di controllo in materia di concentrazioni*, in *Foro amm. C.d.S.*, fasc.1, 2003, 232.

⁶⁹ A. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, 200. L'Autore individua alcune funzioni pubbliche, diverse da quella giurisdizionale, cui è attribuibile il carattere della neutralità, arrivando alla conclusione che il carattere distintivo dell'attività giurisdizionale dalle altre attività propriamente neutrali che il nostro ordinamento conosce non può essere ricercato in elementi di ordine sostanziale, perché nessuno è indefettibile e nessuno è tipico solo della funzione giurisdizionale. L'unico criterio universalmente valido sembra essere il valore formale delle pronunce, ossia il fatto che le statuizioni contenute nelle sentenze non possono essere revocate, modificate o dichiarate illegittime se non mediante altre pronunce giurisdizionali.

materie sensibili, e, di conseguenza diritti sensibili, sottraendoli alle incertezze generate dall'alternarsi delle maggioranze politiche, garantendo un elevato tecnicismo e una minore discrezionalità; dall'altro, l'esigenza di assicurare la parità delle armi nel mercato⁷⁰, attraverso la garanzia di un contraddittorio economico tra gli attori del mercato⁷¹. In quest'ultimo aspetto si coglie l'insufficienza dell'indipendenza se non accompagnata dalla neutralità (e terzietà): non ci sarebbe un contraddittorio paritario e le esigenze sottese all'istituzione delle Autorità verrebbero compromesse, cioè verrebbe meno il ruolo di "arbitri delle democrazie".

Sotto il profilo squisitamente interno della compatibilità costituzionale, inoltre, se l'indipendenza è la caratteristica funzionale alla garanzia delle nuove esigenze poste dal mercato e dalla natura delle posizioni da tutelare, la neutralità è il corollario che ha giustificato la deroga all'individuazione di un responsabile politico, così come accade per l'attività delle amministrazioni tradizionali, secondo quanto desumibile dall'art. 95 Cost.

Infatti, se le Autorità fossero solo imparziali, cioè si comportassero senza discriminazioni arbitrarie, così come tutta l'amministrazione (art. 97 Cost.), non si giustificerebbe la creazione di Autorità indipendenti dal potere politico⁷², e quindi poste al di fuori del circuito politico di responsabilità.

D'altronde, pur essendo possibile ricavare dall'art. 97 Cost. un modello di amministrazione che non sia il "braccio esecutivo del potere legislativo o del potere esecutivo"⁷³, e quindi un'amministrazione che abbia una certa autonomia, questa autonomia non può essere mai essere completa nell'esercizio di funzioni amministrative, perché è solo in relazione alla magistratura che è previsto il requisito della soggezione soltanto alla legge. Pertanto, non è nell'imparzialità ed efficienza che si può rintracciare il fondamento dell'indipendenza ed è difficile immaginare l'esercizio di funzioni puramente amministrative indipendenti.

L'individuazione di un principio di indipendenza amministrativa andrebbe, quindi, oltre i (molteplici) modelli tradizionali di amministrazione⁷⁴, interrompendo quel legame tra amministrazione e decisioni del governo, pur attuate in modo imparziale e separato dalla politica, che è tipico anche delle amministrazioni che svolgono le proprie funzioni con maggior grado di autonomia⁷⁵.

Non sarebbe sufficiente a motivare la deroga neanche la necessità di particolari competenze tecniche, perché anche queste possono essere proprie di apparati amministrativi tradizionali.

È necessariamente l'attribuzione di particolari funzioni, "funzioni neutrali, regolatorie di tutti gli interessi in gioco, siano essi pubblici o privati, senza alcun condizionamento politico, senza alcuna prevalenza dell'interesse pubblico nella classica comparazione degli interessi

⁷⁰ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo (quasi) giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000, 66.

⁷¹ M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Al e l'economia*, Bologna, Il mulino, 14 ss.

⁷² G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, op. cit., 27 ss.

⁷³ E. CASETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019, 16.

⁷⁴ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, op. cit., 127.

⁷⁵ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *lav. nelle p.a.*, 2, 2009, 276 ss.

propria dell'esercizio della discrezionalità amministrativa⁷⁶ e senza selezione degli interessi in gioco⁷⁷, che può giustificare tale individuazione di un nuovo modello di amministrazione⁷⁸, se non addirittura un nuovo modo di amministrare⁷⁹.

In questa prospettiva, allora, si comprende perché il Consiglio di Stato afferma che l'indipendenza costituisce una diretta conseguenza della neutralità, e non viceversa, perché è la seconda ad essere necessaria allo svolgimento delle attività di controllo, regolazione e sanzione attribuite in generale alle Autorità indipendenti, mentre la prima ne garantisce solo il libero esplicarsi.

Il rapporto di implicazione reciproca tra indipendenza e neutralità è talmente forte che anche chi colloca tali figure esclusivamente all'interno della funzione amministrativa, escludendone la natura giurisdizionale o anche solo paragiurisdizionale, non nega l'esercizio di funzioni neutrali⁸⁰.

Ne deriva che negare la neutralità significa tradire il senso e la funzione dell'indipendenza.

D'altra parte, come l'esercizio di funzioni sostanzialmente e formalmente amministrative è stato attribuito ad organi indipendenti e neutrali, quali il Consiglio di Stato e la Corte dei conti, così la neutralità del potere, pur essendo caratteristica tipica della funzione giurisdizionale, era già stata ritenuta non incompatibile con la natura amministrativa, in risposta all'esigenza di ricondurre tali figure necessariamente all'una o all'altra funzione⁸¹.

Per tali ragioni, le affermazioni della Corte costituzionale, oltre ad apparire disallineate rispetto all'inquadramento che dottrina e giurisprudenza hanno cercato di dare alla figura delle Autorità indipendenti, non sembrano sorrette dal necessario approfondimento del contesto di

⁷⁶G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, op. cit., 27 ss.

⁷⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Dike, 2008, 667. Sul punto cfr. anche A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, op. cit., 124, secondo cui l'indipendenza è quel minimo comune denominatore di enti ed organi, anche molto diversi, che svolgono funzione di garanzia di diritti ed interessi, costituzionalmente fondati, (...), in posizione per l'appunto di formale indipendenza dal Governo. (...) Una "missione giustiziale", che in tal senso costituisce proprio volontà di limitare il campo di intervento della politica".

⁷⁸ Sulla ricostruzione delle autorità indipendenti come modello A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Bagno a Ripoli, Passigli, 1997; critici sul punto G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 4; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, op.cit.

⁷⁹ Il tema della conformazione dell'organizzazione alle funzioni esercitate è risalente, sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. Civ.*, 1995, 7; G. GUARINO, *Sull'utilizzazione di modelli differenziati nell'organizzazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1970, 7 ss. Sul mutamento della concezione delle funzioni in generale S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 374 ss; rispetto alle autorità indipendenti N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti. Profili introduttivi*, in *Le Autorità amministrative indipendenti nel sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, 39.

⁸⁰ Ci si riferisce sia alle pronunce del Consiglio di Stato precedentemente richiamate, sia alla dottrina, tra cui cfr. R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, op. cit., 96 ss.

⁸¹ All'estremo opposto c'è anche la posizione di chi qualifica la funzione giustiziale, e la decisione amministrativa in cui si realizza, come una funzione a sé stante e degna di rilievo, completamente separata dalla funzione giurisdizionale e amministrativa. Tuttavia, la giurisprudenza ha sempre negato la possibilità di ipotizzare un terzo genere tra amministrazione e giurisdizione. In tal senso cfr. G.P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti tra ordinamento generale e ordinamenti settoriali*, in G.P. CIRILLO e R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, op. cit., 54.

riferimento, né dalle dovute riflessioni circa le conseguenze di ordine sistematico che esse produrranno.

Si potrebbe anzi ritenere che l'impatto di tali affermazioni sull'ordinamento sarà più grave rispetto a quello che avrebbe conseguito il riconoscimento della legittimazione dell'Autorità come giudice *a quo* "ai limitati fini" e nell'esercizio di quella funzione.

Infatti, una volta negata la neutralità dell'Autorità che forse assomma in sé le maggiori garanzie di indipendenza⁸², si pone la necessità di una nuova riflessione sul modello costituzionale di amministrazione di riferimento per le autorità indipendenti, in quanto la Corte costituzionale le disegna come soggetti che nella sostanza e nella forma rientrano tra le amministrazioni tradizionali, ma che non sono legati, neanche indirettamente, alle direttive del Governo, ponendosi al di fuori dei circuiti democratici di responsabilità.

Del resto, senza negare la neutralità del potere dell'Autorità sarebbe stato più difficile negarle la legittimazione.

Infatti, ammettendo la posizione di indifferenza ed equidistanza dagli interessi in gioco del Collegio, nell'esercizio dell'attività (indubbiamente) decisoria⁸³, riconducibile alla funzione di tutela della concorrenza⁸⁴, si sarebbe riscontrata quell'applicazione obiettiva delle norme secondo gli schemi del sillogismo giudiziario che è tipica dell'attività del giudice in giudizio.

Accanto alla neutralità avrebbe rilevato anche la natura degli interessi tutelati. Sotto questo aspetto, l'attività dell'Agcm è stata definita come di "regolazione condizionale", in quanto il sistema di interessi rilevanti in cui essa opera è definito dal legislatore in termini di valore o principio giuridico, piuttosto che come ordine di priorità. A ciò si aggiunga che la stessa finalità della regolazione dell'attività privata è principalmente la tutela di situazioni giuridiche soggettive e non la soddisfazione di un interesse pubblico⁸⁵.

6. L'interesse alla concorrenza

L'interesse tutelato merita un breve approfondimento, perché la sua rilevanza costituzionale rientra tra le condizioni per la legittimazione ed è utile anche per cogliere, in una prospettiva funzionale e sostanzialistica, l'analogia con la posizione della Corte dei conti.

⁸² Cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, dove l'Autore definisce l'Autorità come il modello più puro di amministrazione indipendente.

⁸³ La decisione emanata dal Collegio chiude il procedimento dinanzi l'Autorità in via definitiva, salvo il ricorso dinanzi al Tar Lazio. Tuttavia, la potenziale definitività della decisione potrebbe consentire di tracciare in quel momento i confini dell'attività di enforcement, paragiurisdizionale dell'Autorità. Sarà solo nel caso eventuale e successivo dell'impugnazione che l'Autorità assumerà quella veste di parte processuale resistente che contrasta con la terzietà.

⁸⁴ La funzione di tutela della concorrenza va tenuta distinta da quella di politica della concorrenza, solo la prima infatti è compatibile con l'esercizio di una funzione controllo e neutrale, per questo attribuita ad un'Autorità indipendente; Cfr. G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2010, 29.

⁸⁵ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 60 ss. L'Autrice giunge alla conclusione che nell'ambito di tali attività l'autorità "non è chiamata a scegliere fra gli interessi privati, né a ponderarli o a comprimerli, né, tantomeno, a soddisfarli: le situazioni soggettive private sono soddisfatte mediante il rispetto di determinate regole da parte di altri soggetti privati".

La tutela della concorrenza è diretta attuazione dell'art. 41 Cost., richiamato dall'art. 1, della l. n. 287/90, ed è espressamente menzionata dall'art. 117 Cost., tra le competenze attribuite in via esclusiva allo Stato, rientrando così a pieno titolo tra quelle funzioni sostanziali⁸⁶ di rilievo costituzionale che lo Stato deve tutelare e che tutela attraverso l'Agcm, conferendole una competenza trasversale in tutti i settori del mercato e nei confronti di tutti i soggetti, pubblici o privati.

In questo risiede il parallelismo con la Corte dei conti: come l'art. 81 costituisce il parametro per ammettere la legittimazione della Corte dei conti, così il combinato disposto degli artt. 41 e 117 avrebbe potuto costituire il parametro per legittimare l'Agcm. Non ci sarebbe, infatti, soggetto più idoneo di questa a valutare la compatibilità con la Costituzione della normativa in materia di concorrenza.

C'è, tuttavia, una rilevante differenza: la Corte dei conti ha un fondamento costituzionale che all'Agcm manca.

Per provare a superare tale scoglio appare opportuno richiamare le considerazioni precedentemente svolte sul ruolo e le manifestazioni del principio di separazione dei poteri nel nostro ordinamento, nonché le tesi sul fondamento costituzionale delle autorità indipendenti.

È vero che manca nella Costituzione un riferimento espresso alle Autorità indipendenti, e che la loro istituzione, insieme alla disciplina delle loro funzioni, si rinviene in norme di rango primario, tuttavia, la materia e gli interessi tutelati un fondamento costituzionale espresso sembrano averlo. Tale aspetto sostanziale avrebbe potuto consentire il superamento dell'assenza formale di una esplicita menzione testuale, chiaramente assente per ragioni di ordine storico-giuridico, tenuto conto anche dell'organizzazione dei poteri e degli organi costituzionali, o di rilievo costituzionale, prevista dalla Costituzione.

Infatti, la deroga al principio di separazione dei poteri nella sua accezione tradizionale di principio di organizzazione, imputata alle autorità indipendenti per il ruolo e le funzioni ricoperte, sembra già avere rilievo costituzionale. Più specificamente, se certamente il nostro ordinamento accoglie la separazione dei poteri in senso organizzativo, altrettanto vero è che questo non è l'unico principio costituzionale in materia di organizzazione, e infatti manca una relazione biunivoca organo-funzione⁸⁷.

In tale contesto, dove coesistono una molteplicità di principi, di regole ed eccezioni, la natura ibrida delle Autorità amministrative indipendenti non appare più così insostenibile.

D'altra parte, negarne la natura paragiurisdizionale *tout court*, non rende comunque priva di criticità l'affermazione della natura amministrativa in senso stretto dell'Autorità⁸⁸. Poiché mancano elementi dell'uno e dell'altro potere, ma convivono contestualmente aspetti tipici di entrambi.

⁸⁶ M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2014, 504.

⁸⁷ Infatti, da un lato abbiamo più organi che poteri, dall'altro, la ripartizione dei poteri risponde anche ad altri principi, equiordinati, come il principio di sussidiarietà e del decentramento territoriale.

⁸⁸ In quanto pur volendo negarne la terzietà e perfino la neutralità, permane il requisito dell'indipendenza.

La compatibilità con la divisione dei poteri, così com'è attuata dalla nostra Costituzione, si rinviene nella mancanza di almeno uno degli aspetti fondamentali dei due modelli di riferimento, che impedisce la concentrazione di funzioni amministrative e giurisdizionali in un unico organo. Si tratterebbe di una nuova moltiplicazione di organi (e non di una loro sovrapposizione), che ha il proprio contrappeso – essenziale – nelle garanzie di indipendenza (non essendo amministrazione - art. 100, 2° co, Cost.) e nella possibilità di un controllo giurisdizionale delle decisioni (non essendo giurisdizione - art. 113 Cost.).

Così ragionando si sarebbe potuta superare l'obiezione circa l'assenza di un fondamento costituzionale espresso per le autorità indipendenti, valorizzando la rilevanza costituzionale della tutela della concorrenza, e l'ibridazione delle forme che caratterizza la recente evoluzione di diversi ambiti del diritto.

7. La configurabilità di una zona d'ombra nella prospettiva della *ratio* dell'incidentalità del giudizio

A questo punto, viene in rilievo un altro ordine di considerazioni, particolarmente rilevanti per l'applicazione della teoria della legittimazione ai limitati fini e per la sentenza in esame: l'esistenza nel caso di specie di una "zona grigia".

Si è visto, infatti, che la Corte ricerca una ragione sostanziale, rinvenuta non tanto, o meglio non solo, nell'esigenza di garantire la costituzionalità dell'ordinamento, quanto nella necessità di evitare che si creino quelle zone franche o zone d'ombra tali da escludere la possibilità di accedere al giudizio di legittimità costituzionale e generare così un grave *vulnus* alla coerenza del sistema di costituzionalità.

In assenza di zone d'ombra non c'è ragione di ampliare le nozioni di giudice e giudizio. Cioè, il sistema non deve essere forzato perché il suo funzionamento ordinario, così come voluto in sede costituente, è idoneo a soddisfare l'esigenza sottesa alla giustizia costituzionale.

Nel caso in esame, difficilmente si può rintracciare l'esistenza di una zona totalmente franca, mentre con meno fatica si identifica una zona d'ombra. Poiché, da un lato non si può negare la facoltà del segnalante di impugnare il provvedimento e fare istanza al giudice affinché sia sollevata in quella sede la questione di legittimità costituzionale, dall'altro, però, tale iniziativa farebbe capo ad un soggetto che innanzitutto non è parte necessaria del procedimento condotto dall'Autorità e, secondariamente, sarebbe del tutto facoltativa. Ciò, se non consente di qualificare la fattispecie come rientrante in quella zona franca che la Corte vuole scongiurare, sicuramente pone diversi ostacoli all'accesso, essendo subordinata ad un doppio grado di eventualità⁸⁹.

Anche questa seconda possibilità è chiaramente esclusa dalla Corte, che considera l'iniziativa discrezionale ed eventuale del segnalante come rispondente alla struttura stessa del giudizio incidentale di costituzionalità, volto a coniugare l'esigenza di garanzia della legalità costituzionale con l'esigenza di protezione delle situazioni giuridiche soggettive.

⁸⁹ Si precisa che nella sentenza Crisafulli (sent. n. 226 del 1976), in particolare, si legge che la legittimazione "ai limitati fini" si giustifica per ammettere al sindacato questioni che più difficilmente altrimenti verrebbero sottoposte all'attenzione della Corte, dove la "difficoltà" può essere riferita anche solo al momento in cui potrebbe successivamente essere sollevata la questione di costituzionalità e non solo all'*an*.

Pur essendo ciò condivisibile in astratto, ci si chiede allora quando vengano in rilievo zone d'ombra che, per definizione, consistono in aree non sottratte all'accesso al sindacato (come quella in esame), ma in cui ciò è "molto difficile" (come sarebbe potuta essere quella *de qua*).

Il notaio segnalante avrebbe dovuto impugnare il provvedimento di archiviazione lamentando che, in virtù della norma che sottrae la competenza all'Agcm in materia di procedimenti disciplinari dei Consigli notarili, la stessa non ha potuto effettuare l'accertamento nel merito circa la sussistenza di un'eventuale intesa anticoncorrenziale, che a sua volta gli ha prodotto un danno.

L'utilità soggettiva del notaio segnalate sarebbe solo indiretta ed eventuale, perché l'accertamento della sussistenza dell'intesa lesiva della propria posizione da parte dell'Autorità non è scontato, né sarebbe fonte automatica di ristoro. In un certo senso la norma non lede direttamente la posizione giuridica soggettiva del notaio, che è toccata solo indirettamente.

Ancora a favore della legittimazione avrebbe contribuito la valorizzazione della *ratio* sottesa all'incidentalità dell'accesso al giudizio di legittimità costituzionale. La scelta dei costituenti⁹⁰ fu motivata dall'intento di inserire un diaframma tra i cittadini e la Corte, tale da attivare quest'ultima solo nel caso di applicazione concreta della norma, per ragioni essenzialmente pratiche. Si tratta di una *ratio* di tipo "principalmente negativo, nel senso che il sistema della legge costituzionale del 1948 trova una giustificazione chiara solo se è inteso *ad excludendum*, ma non fornisce alcuno spunto chiaro in positivo, al fine di determinare le condizioni positivamente richieste al fine di poter riconoscere la sussistenza della legittimazione a proporre la questione di legittimità costituzionale"⁹¹. Il sistema delineato in base al suo scopo, pertanto, esclude sicuramente la possibilità di un ricorso diretto dei cittadini, ma non offre risposte certe in tutti quei casi in cui il cittadino presenti la propria istanza nell'ambito di procedimenti di incerta qualificazione dove l'organo a cui viene presentata l'istanza sia tenuto ad effettuare un controllo preliminare⁹².

Ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, la giurisdizione rileva come luogo in cui si incontrano e devono contemperarsi la *lex* e gli *iura*. Il giudice "è imparzialmente collocato tra l'uno e l'altro, non essendo agente esclusivo né dell'interesse della legge, né dell'interesse degli *iura*. La questione di costituzionalità nascente dal processo è lo strumento per illuminare

⁹⁰ In Assemblea Costituente si pose seriamente il problema di introdurre una giustizia costituzionale. Una volta prevalsa la posizione a favore dell'istituzione di una Corte da considerare quale "architrate" del nuovo ordinamento, era necessario definire le modalità di accesso, problema non di poco conto e che aveva dato luogo ad accesi confronti tra i costituenti. Per evitare di sovraccaricare il sistema si escluse la possibilità di un accesso diretto da parte dei cittadini (seppur preso in considerazione), così come non è stato riconosciuto un potere di ricorso alle minoranze parlamentari, per scongiurare l'eccessiva politicizzazione dei giudizi. Allo stesso tempo si scelse di evitare di connotare il giudizio in termini astratti, privilegiando la concretezza del giudizio attraverso la previsione della possibilità di accesso solo nel caso in cui sia instaurato un "giudizio" davanti ad un "giudice", in cui la definizione della controversia non può prescindere dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale.

⁹¹ G. ZAGREBELSKY, *La sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, in *Giur. Cost.*, 1971, 94.

⁹² *Ibidem*.

le antinomie che in quel momento possono determinarsi e chiedere (alla Corte costituzionale) che vengano risolte⁹³.

Ciò spiega perché il giudice, per rispondere all'esigenza di porre un filtro alle questioni concrete da presentare alla Corte, è chiamato a valutare la rilevanza della questione e la non manifesta infondatezza.

Così descritto il ruolo e la funzione dell'organo giurisdizionale nel giudizio incidentale di legittimità, per risolvere i casi dubbi si potrebbe guardare alla capacità dell'organo di rimessione di effettuare tali controlli preliminari⁹⁴.

Aderendo a tale opzione interpretativa, si sarebbe potuta giustificare la legittimazione dell'Agcm come giudice *a quo* in relazione alla tutela della concorrenza, in ragione dell'idoneità della stessa a svolgere quel ruolo di filtro tra i cittadini e la Corte, nell'ambito del procedimento di *enforcement*, volto a risolvere una questione di applicazione concreta della legge.

8. La configurabilità dell'esercizio di funzioni regolatorie da parte dell'Agcm

Merita, infine, una breve riflessione la descrizione di alcuni poteri attribuiti all'Autorità come espressione di una funzione regolatoria, seppur indiretta. La Corte mette in luce tale aspetto per avvalorare l'assenza di terzietà, in base all'assunto per cui questa sarebbe incompatibile con l'esercizio contestuale anche di un'attività di regolazione. Tra i poteri che in concreto testimonierebbero tale commistione di funzioni la Corte richiama l'accettazione degli impegni di cui all'art. 14-*ter* della l. n. 287/90.

Il regime delineato per l'esercizio di tale potere, così come interpretato anche dalla giurisprudenza amministrativa, offre però alcune argomentazioni tali da orientare in senso opposto.

In dottrina era già stata evidenziata la possibile confusione in concreto tra poteri regolatori, che, per natura, si esplicano *ex ante*, e interventi sanzionatori, che al contrario intervengono *ex post*, in particolare in riferimento all'istituto degli impegni. Tuttavia, il Tar Lazio, nel ricostruire il regime delineato dal legislatore, in conformità all'ordinamento europeo, spiega perché non sarebbe possibile attribuire funzione regolatoria all'istituto degli impegni.

Già dall'interpretazione letterale della norma si desume la necessaria presenza di un nesso di implicazione e/o presupposizione tra gli impegni che le parti possono proporre e l'esigenza di eliminazione dei profili anticompetitivi segnalati nel provvedimento di avvio dell'istruttoria.

Ciò esclude pertanto l'adottabilità di una "determinazione con la quale vengano resi "obbligatori" impegni la cui portata contenutistica (e le cui ricadute effettuali) esulino dai profili di (sospetta) anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i poteri istruttori ad essa spettanti"⁹⁵.

⁹³ G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, 573 ss.

⁹⁴ G. ZAGREBELSKY, *La sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, *op. cit.*, 95.

⁹⁵ Tar Lazio, sent., 4994/2009, punto 3.2.

Inoltre, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, in attuazione del principio di proporzionalità, gli atti delle istituzioni europee devono sempre prediligere la misura meno restrittiva, non andando oltre quanto necessario al raggiungimento dello scopo⁹⁶.

Tale controllo di proporzionalità ha natura oggettiva, perché l'idoneità e la necessità devono essere valutati in relazione allo scopo. Il corollario che ne deriva è che per le decisioni di accettazione degli impegni adottate dalla Commissione, lo scopo da utilizzare come parametro di riferimento per valutare la proporzionalità della decisione è la cessazione delle condotte che hanno spinto all'avvio del procedimento in sede di valutazione preliminare.

Lo stesso principio in materia antitrust trova applicazione anche per le decisioni adottate dall'Agcm e supporta l'interpretazione letterale prima offerta per cui non è possibile, da parte della stessa, l'imposizione di impegni che "eccedano i limiti di quanto è idoneo e necessario per conseguire lo scopo prefisso, vale a dire il ripristino della situazione conforme al diritto in relazione alle norme che nella fattispecie sono state violate"⁹⁷.

L'essenzialità del rispetto del principio di proporzionalità è tale quindi da impedire all'organo competente di accettare impegni che eccedano il limite dell'idoneità e necessità, anche se questi sono volontariamente proposti dalle imprese⁹⁸.

Questo legame è incompatibile, astrattamente e concretamente, con un'attività generale e preventiva di conformazione e orientamento di un mercato complessivamente considerato, attraverso l'individuazione di regole di condotta rivolte a tutti gli operatori, qual è l'attività di regolazione.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, manca proprio l'attitudine degli impegni, accettati, a modificare le regole di funzionamento del mercato in misura eccedente l'ambito delle contestazioni che hanno giustificato l'apertura dell'istruttoria; nonché l'efficacia obbligatoria *erga omnes* per tutti gli operatori del mercato, compresi anche coloro che siano estranei al procedimento, al rispetto delle nuove regole introdotte con gli impegni. Al punto che il giudice amministrativo annulla i provvedimenti di accettazione degli impegni che, in violazione della disciplina normativa e del principio di proporzionalità, potrebbero produrre effetti regolatori per la portata delle misure introdotte in relazione alle peculiarità del mercato di riferimento⁹⁹.

L'impostazione delineata trova conferma nei principi che il Consiglio di Stato afferma in merito alla diffida ad adottare una condotta specifica per rimuovere gli effetti anticoncorrenziali dell'illecito. Anche qui infatti si richiede che la stessa sia "preordinata al fine di tutelare la libertà d'impresa ed evitare che il diritto antitrust assuma connotazioni dirigistiche, che ne snaturerebbero la filosofia di fondo"¹⁰⁰.

⁹⁶ Sentenze del Tribunale 19 giugno 1997, causa T-260/94, Air Inter/Commissione, Racc. pag. II-997, punto 144, e Van den Bergh Foods/Commissione, cit., punto 201.

⁹⁷ Tar Lazio, sent. 5005/2009.

⁹⁸ Tar Lazio, sent. n. 2902/2008.

⁹⁹ Il Tar Lazio, nella sent. n. 2902/2008, infatti, esclusa in radice la possibilità di una funzione regolatoria, annulla in parte il provvedimento di accoglimento degli impegni proprio per la loro idoneità a modificare profondamente l'assetto stesso del mercato in quanto l'attuazione, per le peculiarità del mercato di riferimento, avrebbe assunto efficacia sostanzialmente *erga omnes*, in violazione del principio di proporzionalità, adeguatezza e non eccedenza.

¹⁰⁰ Cons. St., Sez. VI, sent. n. 5638/2004.

Pertanto, anche l'accettazione degli impegni è semplicemente regola del caso concreto, volta a ripristinare le condizioni di mercato che ci sarebbero state in assenza della condotta contestata come anticompetitiva. Non c'è spazio, per la produzione di effetti che introducano nel mercato "un *quid novi* rispetto all'assetto che quest'ultimo avrebbe assunto in difetto della condotta suscettibile di essere stigmatizzata per effetto della rilevabile violazione delle regole concorrenziali: ma deve, piuttosto, svolgersi in un ambito meramente "ripristinatore", ovvero essere preordinata alla "ricostituzione" della logica competitiva vulnerata (o suscettibile di essere compromessa) per effetto di singoli comportamenti abusivi"¹⁰¹.

L'inquadramento prospettato non dovrebbe perder di efficacia anche laddove si consideri l'ampio uso che l'Autorità ha fatto dell'istituto in alcuni periodi della sua attività, in considerazione della chiarezza del dettato normativo e del freno posto dalla giurisprudenza nazionale ed europea¹⁰².

Tale interpretazione sembrerebbe anche maggiormente compatibile con il principio di legalità. La disposizione di cui all'art. 14-ter l. n. 287/90, infatti, non attribuisce alcun potere regolatorio del mercato all'Autorità, e anzi limita l'uso dello strumento sia rispetto alle circostanze in cui avvalersene, sia, e soprattutto, rispetto al contenuto, che deve essere limitato a rimuovere quelle specifiche preoccupazioni concorrenziali, generate da quella specifica impresa, con quella specifica condotta¹⁰³.

Ciò testimonia che l'accettazione degli impegni, come anche le altre competenze, non modificano il tipico esercizio del potere decisorio da parte dell'Autorità, inserendosi pienamente nell'ambito dei procedimenti dalla stessa avviati, regolati da norme pubblicistiche, e conclusi sulla base di valutazioni effettuate esclusivamente dall'Autorità, sulla base di criteri obiettivi ed oggettivi¹⁰⁴, e – se considerata neutrale – senza contemperazione di interessi.

Non sembra invece decisiva, né in un senso né nell'altro, l'esistenza di poteri consultivi che appartengono anche ad organi giurisdizionali, quali il Consiglio di Stato e la Corte dei conti, senza privarli della loro natura.

9. Conclusioni

La Corte ha motivato la propria decisione sull'assenza di legittimazione attiva dell'Autorità sulla base della carenza del requisito di terzietà, manifestata palesemente dalla veste processuale di parte che la stessa ricopre. D'altronde, spiega la Corte, l'Autorità svolge una funzione amministrativa discrezionale e, come le altre amministrazioni, pondera l'interesse

¹⁰¹ Cfr. sempre, Tar Lazio, sent. n. 2902/2008.

¹⁰² R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *op. cit.*, 75 ss.

¹⁰³ Gli stessi principi, circa l'assenza di poteri regolatori in capo all'Autorità, sono stati affermati anche in materia di accertamento di pratiche commerciali scorrette da Cons. St., sez. VI, sent. n. 1515/2009.

¹⁰⁴ Cfr. A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, Il Mulino, 2008, 61; F. CINTIOLI, *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento*, in www.giustamm.it, n. 5, 2007. In giurisprudenza Cons. St., sez. VI, sent. n. 7307/2009. *Contra*, M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 12 del 2006, 1283, secondo cui le decisioni con impegni presentano significativi profili di analogia con gli accordi sostitutivi del provvedimento, da cui la natura contrattuale dell'istituto.

primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco, in una posizione di imparzialità e non di neutralità. Ne è ulteriore dimostrazione l'attribuzione all'Autorità di ampi poteri pararegolatori e consultivi. Allo stesso tempo, prosegue la Corte, nel caso di specie non c'è alcuna zona franca, o zona grigia, da superare a tutela del principio di costituzionalità dell'ordinamento, perché le difficoltà nell'accesso al giudizio della Consulta che si possono riscontrare sono conformi al modello del giudizio incidentale.

Così la Corte chiude la questione sulla possibile legittimazione "ai limitati fini" dell'Agcm come giudice *a quo*, esponendosi per la prima volta significativamente sulla natura amministrativa dell'Agcm, suscitando, tuttavia, alcune perplessità¹⁰⁵.

Si è cercato di ricostruire perché sarebbe stata possibile una soluzione diversa, che avesse valorizzato la natura (fino a ieri) ibrida dell'Autorità. Infatti, nonostante la consapevolezza che nessun aspetto peculiare dell'Autorità preso singolarmente fosse decisivo, la somma degli stessi¹⁰⁶, in una visione d'insieme, avrebbe potuto condurre ad una pronuncia favorevole.

In tal senso si è sottolineata la separazione tra le funzioni esercitate dall'Autorità e, in particolare, l'autonomia e le peculiarità del giudizio di *enforcement*, all'interno del quale non sembra venir meno la terzietà del Collegio rispetto agli uffici, per le ragioni di indipendenza, autonomia e organizzazione interna prima esposte.

Pertanto, alla luce della rilevanza costituzionale dell'interesse tutelato, cui l'Autorità è istituzionalmente preposta, sarebbe stato possibile per la Corte legittimare l'Autorità ai soli fini della promozione della questione di legittimità costituzionale, nel solo esercizio delle funzioni di *enforcement*, essendo venuta in rilievo la necessità di applicare una norma in possibile contrasto con gli artt. 41 e 117 Cost.

D'altra parte, il riconoscimento della legittimazione attiva all'Autorità ai "limitatissimi" fini non avrebbe comportato gravi conseguenze di ordine sistematico. Infatti, sotto il profilo soggettivo, non si riscontrano tra le altre autorità amministrative indipendenti, soggetti dotati dello stesso livello di indipendenza interna ed esterna, che svolgono le proprie funzioni – di rilievo costituzionale – trasversalmente nel mercato, senza svolgere direttamente anche funzioni regolatorie¹⁰⁷. Le argomentazioni a sostegno della posizione dell'Autorità antitrust non sarebbero perciò totalmente replicabili in via analogica per altri soggetti, di conseguenza non ci sarebbe stata alcuna estensione a cascata e incontrollata della nozione di giudice *a quo* e di giudizio.

Né si può immaginare come conseguenza un aggravio significativo dei lavori della Corte costituzionale, essendo comunque necessario il verificarsi di una molteplicità di presupposti, tra cui il prospettarsi di una zona d'ombra, non frequentemente riscontrabili. In sostanza, non si sarebbe aperto nessun vaso di pandora: i ricorsi sarebbero stati occasionali, così come

¹⁰⁵ Per un primo commento alla sentenza esame cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in *Federalismi.it*, 3 luglio 2019; M. MIDIRI, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, in *Giuris. Cost.*, n. 1/2019, 127-138; G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giuris. Cost.*, n. 1/2019, 138-147.

¹⁰⁶ M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 18 luglio 2018, 4.

¹⁰⁷ Sebbene la questione sia controversa come evidenziato in precedenza.

avvenuto per i precedenti casi di legittimazione “ai limitati fini”, ma estremamente utili perché provenienti dal soggetto che più di tutti è in grado di valutare la possibile violazione degli artt. 41 e 117 Cost nelle ipotesi in cui sia impossibile o comunque molto difficile l’accesso alla Corte per altra via, e conformi alla *ratio* della disciplina sull’incidentalità, se intesa nel senso suesposto di filtro tra cittadini e Corte.

Tutti questi indici avrebbero potuto supportare il giudizio di analogia tra l’Autorità nell’esercizio dei poteri di *enforcement* e il giudice nell’ambito del giudizio.

La Corte però si sbilancia definendo inequivocabilmente, seppur brevemente, la natura dell’Autorità come totalmente e puramente amministrativa. Alla luce delle famose operazioni di ingegneria costituzionale in cui la dottrina si è cimentata per venti anni per inquadrare nella cornice costituzionale il fenomeno delle autorità indipendenti, tale affermazione sorprende e sembra riaprire una vecchia questione di ordine sistematico.

L’assenza di neutralità e la configurazione dell’Autorità al pari di tutte le altre amministrazioni, infatti, nel rispondere negativamente alle questioni sulla natura ibrida e sull’esercizio di funzioni paragiurisdizionali, sminuisce la “distinzione ontologica tra imparzialità dell’amministrazione e indipendenza”¹⁰⁸ e ripropone una riflessione sui modelli di amministrazione che emergono dalla nostra Costituzione. La dottrina più attenta, molto prima dell’istituzione delle autorità amministrative indipendenti, aveva evidenziato come non fosse possibile identificare un solo modello di amministrazione dalla lettura della carta costituzionale, anzi, ne riscontrava almeno “tre, o, se si preferisce, ne troviamo uno che consta di tre parti disomogenee”¹⁰⁹. Tale attività interpretativa veniva immediatamente qualificata come esercizio strumentale a “facilitare certi approcci e a sviluppare certe riflessioni”.

La riflessione su cui occorre soffermarci ora è se nella molteplicità di modelli di amministrazione che possono desumersi interpretando la Costituzione, le autorità indipendenti possano rientrare in quello delle amministrazioni tradizionali che ponderano interessi pubblici e privati esercitando una funzione puramente discrezionale.

Come evidenziato, fino ad ora questa possibilità era stata esclusa dalla dottrina, non potendosi prescindere dalla già richiamata differenza ontologica tra imparzialità e indipendenza e sulla *ratio* profonda dell’indipendenza.

Infatti, la possibilità e la necessità di individuare diversi modelli di amministrazione dovrebbe tener conto della *ratio* sottesa all’esigenza di creare nuove forme di amministrazione, con la consapevolezza che se non è possibile tracciare sempre confini netti, è tuttavia necessario individuare sempre un equilibrio.

Per questo, le tesi elaborate dalla dottrina per giustificare la legittimità costituzionale di autorità che non hanno un modello esplicito di riferimento in Costituzione, pur partendo da prospettive differenti, erano accomunate proprio dall’attribuzione di funzioni neutrali a tali soggetti, perché, al di là del modello di amministrazione imparziale ed efficiente che si ricava dall’art. 97 Cost., è proprio la natura delle funzioni esercitate dalle autorità indipendenti che

¹⁰⁸ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull’Agcm*, op cit., 5.

¹⁰⁹ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, Giuffrè, 1987, 388 ss.

giustifica razionalmente, prima ancora di legittimare giuridicamente, l'indipendenza dal potere politico e la non applicabilità dell'art. 95 Cost.

È difficile immaginare un modello di amministrazione che racchiuda in sé tutte le caratteristiche dell'amministrazione tradizionale di ispirazione Cavouriana, tranne la possibilità di ricondurre l'attività alla responsabilità politica e che, pur contemperando gli interessi pubblici e privati in gioco, in una posizione non di terzietà, non abbia comunque alcun legame con il sistema politico e il circuito di responsabilità ad esso collegato.

Dalla descrizione che la Corte fa dell'Agcm e delle funzioni che svolge la ragione dell'indipendenza non si comprende più, e soprattutto non sembra più essere controbilanciata.

Ne emerge, ad oggi, un assetto non pienamente in equilibrio, in cui si toglie da un lato (la responsabilità), senza aggiungere dall'altro (la neutralità), derogando allo spirito del principio di separazione dei poteri, nel senso in cui quest'ultimo sembra trovare applicazione nel nostro ordinamento.