

Legittimazione dell’Autorità quale giudice *a quo* di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*

*di Gabriele Mazzantini – Funzionario Direzione studi e analisi della legislazione dell’AGCM
e Maria Claudia Marzocca – Avvocato¹*

ABSTRACT: If the Italian Competition Authority can raise constitutional issues before the Constitutional Court is nowadays controversial. In order to answer this question it is necessary to evaluate the peculiarities that outlined the role and the powers of the Italian Competition Authority, so the solution to the enigma is strictly connected to the nature of the Authority (administrative authority, quasi-judicial body or constitutional body?). Recently the matter has gained a renewed interest, since the ICA raised an interlocutory procedure – in the role of referring court – before the Constitutional Court for the review of the constitutionality of national law.

Firstly, the paper analyzes constitutional case-law concerning the subjective and objective requirements that defined the concept of referring court (better known as *giudice a quo*). Secondly, it compares the results of the first part to the characteristic of the ICA in order to evaluate if the latter owns the requirements set forth by the Constitutional Court. In order to provide complete information on the subject, the third part of the paper focuses on the Court of Justice case-law, since the European Court had the opportunity to rule on the legitimacy of competition authorities as referring court. Finally, it exposes some reflections regarding the recent case which has led the ICA to raise constitutional issue before the Court.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale. – 2.1. La giurisprudenza della Corte in tema di legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale. – 2.3. Corte costituzionale e Autorità amministrative indipendenti. – 2.4. Conclusioni sulla giurisprudenza costituzionale. – 3. L’Autorità alla luce dei requisiti richiesti dalla Corte. – 3.1. Requisiti soggettivi. – 3.2. Requisiti oggettivi. – 4. Principi della Corte di Giustizia sull’ammissibilità del rinvio pregiudiziale. – 5. L’Antitrust quale giudice *a quo*. – 5.1. La

* Scritto sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista.

¹ Si desidera ringraziare la dott.ssa Maria Grazia Montanari, direttore della Direzione studi e analisi della legislazione dell’AGCM, per i suoi preziosi consigli e i numerosi suggerimenti, risultati fondamentali per la stesura del presente lavoro. Resta inteso che il contenuto di questo articolo è attribuibile esclusivamente agli Autori e non impegna in alcun modo le istituzioni di appartenenza.

Corte costituzionale e l'Antitrust. Un legame sempre più stretto. – 5.2. Il ricorso in via incidentale alla Corte costituzionale da parte dell'Antitrust: i “requisiti teorici”. – 5.3. Un caso concreto: il Consiglio Notarile di Milano – 6. Alcune riflessioni conclusive.

1. Premessa

Se l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche Antitrust) possa sollevare questione di legittimità costituzionale in qualità di giudice *a quo* di fronte alla Corte costituzionale è questione dibattuta da tempo e la risposta a tale quesito è così basilare da essere strettamente connessa alla natura attribuibile alla stessa autorità (amministrativa, paragiurisdizionale² o organo costituzionale³?).

La questione assume rilevanza alla luce delle ancora non poche leggi che disciplinano vari mercati introducendo vincoli più o meno rilevanti all'attività di impresa. In passato, nella stragrande maggioranza dei casi, l'Autorità è intervenuta attraverso segnalazioni e pareri rilasciati ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/1990. Per rendere tali interventi più “persuasivi”, più di recente il legislatore ha modificato la legge n. 287/1990 aggiungendo l'art. 21-*bis*, che ha attribuito all'Antitrust il potere di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che siano in contrasto con le norme a tutela della concorrenza e del mercato, consentendo all'Autorità di impugnare di fronte al Tar competente gli atti amministrativi⁴.

Se, dunque, a partire dal 2012 l'Autorità ha il potere di impugnare gli atti amministrativi ritenuti anticoncorrenziali davanti al giudice competente, lo stesso non può dirsi per ciò che riguarda le leggi che contengono disposizioni ritenute, parimenti, contrarie alla concorrenza; d'altra parte, anche in questo caso, sarebbe necessaria una espressa previsione normativa, senza la quale non è permesso all'Antitrust di impugnare, in via diretta, le leggi di fronte alla Consulta.

² V. MELI, *Attuazione della disciplina antitrust e regolazione amministrativa dei mercati*, in *Giur.com.*, 1997, 260; A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, 321 ss.; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2006.

³ M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, in *Quaderni Dip. diritto pubblico, Università di Pisa*, Torino, Giappichelli, 1996, 311.

⁴ L'efficacia di questi interventi, in termini di rimozione degli ostacoli al libero gioco della concorrenza rilevati dall'Autorità, ha raggiunto livelli più o meno elevati in base ad alcuni elementi quali il momento in cui l'Autorità è intervenuta (su leggi e atti già in vigore, o nel corso dell'*iter* della loro approvazione), il tipo di destinatario (il legislatore o un'amministrazione), il livello amministrativo del destinatario (centrale, regionale, locale), ecc. Per una valutazione dell'efficacia dell'attività di advocacy dell'Autorità si vedano, in particolare, P. L. PARCU, *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive*, in *Temi e problemi*, n. 4/1996, consultabile su www.agcm.it; E. ARISI, F. M. ESPOSITO, *Un bilancio dell'efficacia dell'attività di advocacy dell'AGCM*, in *Economia e politica industriale*, n. 2/2008, 140 ss.; G. MAZZANTINI, *Concorrenza e Mezzogiorno: un'analisi territoriale dell'attività dell'Antitrust*, in *Studi e Ricerche*, n. 3/2011, consultabile su www.agcm.it. Per i dati più recenti si rinvia, invece, alla sezione “Monitoraggio dell'attività di advocacy” dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Tuttavia, si deve evidenziare che l’Autorità ha dovuto prendere posizione riguardo a disposizioni di legge considerate anticoncorrenziali anche nell’ambito della propria attività di *enforcement*, ossia nel corso di procedimenti avviati nei confronti di imprese per abuso di posizione dominante o per intesa; in alcuni di questi procedimenti, infatti, l’Autorità ha dovuto valutare il comportamento di alcune imprese alla luce di quanto prescritto da leggi settoriali che ne avevano condizionato, o vincolato, le attività, portandole ad agire in violazione delle norme sulla concorrenza⁵. In questi casi, la Corte di Giustizia europea, con una storica sentenza (la cosiddetta “sentenza CIF”⁶), ha riconosciuto alle autorità antitrust nazionali – e dunque anche a quella italiana – il potere-dovere di disapplicare la normativa interna qualora obblighi o incentivi le imprese a tenere comportamenti contrari alla disciplina antitrust comunitaria⁷. Tale potere ha, tuttavia, almeno due limiti: in primo luogo, è riconosciuto alle autorità antitrust nazionali quando agiscono in qualità di “autorità antitrust comunitarie”, vale a dire quando applicano direttamente gli artt. 101 e 102 del TFUE, mentre sembrerebbe negato quando agiscono in applicazione delle leggi nazionali (nel caso dell’Autorità italiana, quando avvia un procedimento ai sensi dell’art. 2 o dell’3 della l. 287/1990); in secondo luogo, la disapplicazione della legge, che si applica al caso di specie, non equivale alla sua abrogazione, che produce invece effetti definitivi ed *erga omnes*.

Vale pertanto la pena chiedersi se, nei casi in cui l’Autorità, svolgendo la propria attività di *enforcement*, si imbatte, nel corso di un procedimento istruttorio, in norme che violano la concorrenza e determinano il comportamento anticoncorrenziale di una o più imprese, non possa sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte alla Consulta.

Nel corso della quasi trentennale esistenza dell’Autorità, gli stessi Presidenti dell’Antitrust hanno toccato più volte, e in varie sedi, la questione: già nella Relazione annuale sull’attività svolta

⁵ Il riferimento è ai procedimenti: *I318 – Consorzio Industrie Fiammiferi*, concluso nel 2000; *A441 – Applicazione dell’IVA ai servizi postali*, concluso nel 2013; *A508 – SIAE/Servizi di intermediazione diritti d’autore*, tuttora in corso, in cui l’Autorità, nel provvedimento di avvio, precisa che «l’istruttoria è, altresì, volta a valutare se le condotte poste in essere da SIAE [...] siano riconducibili in tutto o in parte alla normativa di settore e, in particolare, all’articolo 180 LDA [Legge sul diritto d’autore, *ndr.*], in tal caso, se sia necessario disapplicare eventualmente la norma interna al fine di dare piena applicazione alle norme di diritto europeo in materia di concorrenza (articoli 101, 102 e 106 del TFUE e 4, comma 3, del TUE) e di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi (articoli 49 e 56 del TFUE, nonché la citata Direttiva Barnier)».

⁶ Torneremo sul caso nelle Conclusioni.

⁷ Corte di giustizia delle comunità europee, sentenza 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, causa C-198/01. La stessa Autorità, nella Relazione sull’attività svolta nel 2003, non ha mancato di sottolineare l’importanza di tale decisione: «Può accadere che nei procedimenti istruttori avviati nei confronti delle imprese, per loro comportamenti restrittivi della concorrenza, emerga un nesso specifico tra quei comportamenti d’impresa e misure pubbliche, normative e amministrative. Fino alla (...) sentenza della Corte di Giustizia relativa al caso CIF, era considerato pacifico che quando leggi, regolamenti o provvedimenti amministrativi di carattere generale “coprono” integralmente comportamenti d’impresa che violano le norme antitrust, l’Autorità non potesse colpire quei comportamenti, essendo l’autonomia delle imprese azzerata dalle misure pubbliche di “copertura”. Già nella Relazione del 1998, questa Autorità prospettò la possibilità di disapplicare misure pubbliche interne contrastanti con gli articoli 81 e 82 del Trattato. Ora la Corte di Giustizia ha dato pieno corpo giuridico a quella prospettiva. È una sentenza molto importante, precisamente perché consente a tutte le autorità antitrust nazionali di colpire simultaneamente e a fondo entrambi i “nemici” della concorrenza: i comportamenti d’impresa restrittivi, con l’inibizione e, talora, con la sanzione; le misure legislative, governative e amministrative, con la disapplicazione». AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione sull’attività svolta nel 2003*, Roma, 2004, 37 s.

nel 1995, del 30 aprile 1996, l’Autorità auspicò ufficialmente di poter essere ammessa, nell’ambito della sua attività istruttoria, a sollevare questioni di legittimità costituzionale di fronte alla Consulta⁸.

Tale prospettiva era stata anticipata, in via “ufficiosa”, dall’allora Presidente Amato nel corso di un convegno tenutosi a Roma nel novembre del 1995⁹.

Successivamente, la tematica è stata ripresa, in più di un’occasione, da Catricalà: già nel 2008, in occasione di un convegno, l’allora Presidente dell’Autorità sottolineò l’opportunità di riconoscere all’Antitrust il potere di impugnare alla Corte costituzionale, in via diretta, le leggi regionali che violano la concorrenza¹⁰. Successivamente, il tema è stato riproposto nel corso di un convegno organizzato nel 2010 in occasione del ventennale dell’Autorità¹¹, nonché nella prima segnalazione ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza¹².

⁸ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull’attività svolta. 1995*, Roma, 1996, 13 s. Come si legge nella Relazione, «L’Autorità, infatti, non svolge funzioni di amministrazione attiva, perseguendo interessi pubblici particolari, ma è investita di funzioni di controllo per l’obiettiva applicazione della legge, che esercita in posizione di indipendenza e neutralità a tutela dell’ordinamento. D’altronde, già da tempo la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimazione a proporre questioni di legittimità costituzionale di organi, come la Corte dei conti in sede di controllo, che, se pure soggettivamente estranei alla organizzazione giurisdizionale, esercitano funzioni di aggiudicazione in posizione *super partes*. E’ evidente che dall’accoglimento di una simile prospettiva discenderebbero conseguenze di assoluto rilievo dal punto di vista della promozione e della tutela della concorrenza, nella misura in cui l’apprezzamento dei fini di utilità generale delle leggi che determinano limitazioni degli assetti competitivi dei mercati consentirebbe di incidere in radice sui fattori determinanti di tali distorsioni. Né, a tal fine, può essere sottovalutato il fatto che l’Autorità, in qualità di soggetto istituzionalmente preposto alla tutela della concorrenza e del mercato, ha la sensibilità, la competenza e le occasioni per effettuare un vaglio approfondito di quelle leggi nazionali che, spesso anteriori alla legge n. 287/90, appaiono manifestamente in contrasto con le norme e i principi costituzionali in materia di iniziativa e di attività economica».

⁹ G. AMATO, *Conclusioni al convegno La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, 20-21 novembre 1995, in *Temi e problemi. E.S. I*, 12 s., consultabile sul sito www.agcm.it.

¹⁰ «La Corte costituzionale ha di recente stabilito che la tutela della concorrenza non è una materia definita, ma una funzione che lo Stato può esercitare su un numero indefinito di materie pur riservate alla competenza esclusiva delle Regioni, quando fissi principi di apertura dei mercati e quando intenda rimuovere ostacoli al libero svolgimento delle attività imprenditoriali. In questo caso la potestà regionale recede. In linea di principio, dunque, lo Stato ha uno strumento per realizzare interventi di liberalizzazione su tutti i mercati. Certo, l’atteggiamento contrario degli enti locali potrebbe sempre, di fatto, riemergere: in questi casi, le imprese o i cittadini che trovassero ostacoli nell’avvio o nello svolgimento dell’attività a causa di leggi regionali in contrasto con i principi di liberalizzazione statale dovrebbero impugnare l’atto amministrativo. Si potrebbe pensare di consentire, in questi casi, all’Autorità garante di proporre direttamente alla Corte la questione di legittimità costituzionale della legge regionale, almeno per evitare che il privato cittadino sopporti gli oneri del giudizio». A. CATRICALÀ, *Mercato, regolazione e concorrenza per le PMI*, intervento presentato il 21 ottobre 2008 a Roma presso Aspen Institute Italia, in occasione della XIII Conferenza Annuale, 5.

¹¹ «Nell’ambito dell’attività di valutazione della regolazione ingiustificatamente distorsiva, male assoluto della nostra legislazione economica, sarebbe opportuno integrare le prerogative dell’Autorità. In particolare, sarebbe importante dotare l’Autorità della legittimazione a adire il giudice amministrativo per chiedere l’annullamento degli atti delle pubbliche amministrazioni in violazione della normativa sulla concorrenza; nella stessa logica, sarebbe auspicabile che l’Autorità fosse dotata della legittimazione a sollevare, nell’ambito dei procedimenti volti all’accertamento degli illeciti, questioni di legittimità costituzionale della normativa in contrasto con il principio di concorrenza, e della facoltà di proporre al Governo l’impugnativa in via diretta della legislazione regionale in contrasto con il medesimo principio». A. CATRICALÀ, *Introduzione al convegno “Il ventennale dell’istituzione dell’Autorità Antitrust”*, Roma, 21 gennaio 2010, 12, consultabile sul sito www.agcm.it.

¹² AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *AS659 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, 9 febbraio 2010. Testualmente, nella segnalazione si legge che:

Se gli stessi presidenti dell’Autorità hanno affrontato il tema del possibile riconoscimento dell’Antitrust quale giudice *a quo* con orientamenti non univoci (riconoscimento già possibile, ma solo in via incidentale, per il presidente Amato; da riconoscere attraverso una legge, ma sia in via incidentale che diretta, per il presidente Catricalà), allo stesso modo non unanime appare la dottrina che ha affrontato l’argomento, fortemente dibattuto¹³.

Secondo alcuni Autori, l’Autorità avrebbe i requisiti per essere considerata quale giudice *a quo*¹⁴, soprattutto alla luce degli orientamenti espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 226/1976 con cui si è ritenuta legittimata la Corte dei conti in sede di controllo preventivo sugli atti del governo¹⁵: parte della dottrina, infatti, mette in evidenza l’aspetto finalistico dell’attività dell’Autorità (che ha avuto rilievo nella sentenza) e sottolinea come riconoscere all’Autorità tale legittimazione permetterebbe di ottenere una maggiore e più efficiente tutela del mercato¹⁶; altra parte della dottrina, inoltre, evidenzia il carattere di indipendenza che contraddistingue i vertici dell’Autorità, quella stessa indipendenza che, in base all’art. 108 Cost., deve contraddistinguere i magistrati delle giurisdizioni speciali e che ha permesso alla Corte, laddove presente, di considerare legittimati a sollevare questione di legittimità organi estranei all’organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura¹⁷.

Più in generale, relativamente alla possibilità di riconoscere le Autorità amministrative indipendenti quali giudici *a quibus*, autorevole dottrina già nel 1989 rilevò che un’interpretazione

«Poiché la norma introduttiva della Legge Annuale per il mercato e la concorrenza ha previsto che con tale strumento il legislatore possa dettare “principi fondamentali” nelle materie di competenza delle Regioni, l’Autorità ritiene che tale possibilità vada ampiamente colta in relazione ai diversi settori economici nei quali essa ha segnalato nel tempo specifiche criticità concorrenziali. D’altra parte, l’Autorità è anche consapevole che la necessità di realizzare rigorosamente e coerentemente il processo di evoluzione pro-concorrenziale dell’ordinamento generale anche a livello decentrato richiede l’introduzione di strumenti aggiuntivi e ulteriori rispetto a quelli già oggi previsti. In particolare, a fronte dell’esito insoddisfacente dei propri interventi consultivi e di segnalazione, quale emerso dall’indagine appositamente svolta, appare necessario rafforzare la funzione di controllo tecnico dell’Autorità con riferimento alla generale rispondenza delle discipline regionali agli interventi di riforma pro-concorrenziale approvati dal Parlamento, ed anche, più in generale, alla coerenza delle leggi nazionali con i principi di concorrenza. In tal senso, la Legge Annuale potrebbe riconoscere nella specifica competenza tecnica dell’Autorità in materia di tutela della concorrenza una nuova e ulteriore fonte di individuazione e soluzione di problematiche come quella sopra evidenziata, ad esempio attribuendo a tale Istituzione, in quanto soggetto dotato di peculiari connotazioni di indipendenza, terzietà e qualificazione tecnica, la legittimazione a sollevare, direttamente nell’ambito dei propri procedimenti di accertamento di illeciti o per il tramite del Consiglio dei Ministri, questioni di legittimità costituzionale in relazione a previsioni ritenute in violazione del principio costituzionalmente protetto della libera concorrenza».

¹³ Per una ricostruzione degli orientamenti si vedano G. GRASSO, *op. cit.*, 336 ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007, 537 ss.

¹⁴ L’Autorità opera in veste di organo indipendente, terzo e imparziale; è legittimato a decidere in via definitiva sull’interpretazione o sull’applicazione delle norme in materia di concorrenza; “giudica”, per i profili di sua competenza, in contraddittorio con gli interessati. Cfr. M. AINIS, *The Italian Competition Authority’s Maieutic Role*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2/2016, Roma, 152.

¹⁵ Si veda, in questo senso, C. Pinelli, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale e nozione di giudice a quo*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 624; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997, 328.

¹⁶ A. PREDIERI, *L’erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Bagno a Ripoli, Passigli, 1997, 63.

¹⁷ V. MELI, *op. cit.*, 261.

via via più estesa delle nozioni di giudizio e di autorità giurisdizionale avrebbero permesso al garante per l'editoria e alla Consob di rimettere alla Corte questioni di legittimità costituzionale¹⁸. Anzi, proprio l'ambito di intervento delle Autorità, i cui provvedimenti a contenuto decisorio coinvolgono diritti ed interessi prevalentemente economici in bilanciamento con diritti civili e sociali di utenti e consumatori, con conseguenze spesso (anche economicamente) rilevanti e irreversibili, renderebbe preferibile che la Corte riconoscesse loro la legittimità di sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale¹⁹.

Più di recente, tale possibilità è stata ribadita da altra autorevole dottrina, secondo la quale le Autorità indipendenti potrebbero essere legittimate laddove si riconoscesse loro una posizione di intermediarietà fra la *lex* e gli *iura* e, conseguentemente, una posizione privilegiata per chiedere alla Consulta di risolvere le antinomie che potrebbero insorgere fra la prima e i secondi²⁰.

Secondo altri Autori, invece, tale possibilità sarebbe esclusa a causa della natura amministrativa dell'Autorità²¹ o, nel caso le si volesse riconoscere natura di autorità giurisdizionale (o, almeno, paragiurisdizionale), per il contrasto con l'art. 102, comma 2, Cost. (che vieta l'istituzione di nuovi giudici speciali)²². Una parte della dottrina contraria, inoltre, rileva che, se, da un lato, la Corte costituzionale ha legittimato la Corte dei conti nell'esercizio delle sue funzioni amministrative, dall'altro evidenzia come quest'ultima sia esplicitamente prevista dalla Costituzione, mentre ciò non si verifica nel caso dell'Autorità²³. Altri Autori ancora affermano che l'Autorità sarebbe dotata di discrezionalità amministrativa, che eserciterebbe, ad esempio, nel momento in cui decide se avviare o meno un'istruttoria, valutando in maniera comparativa gli interessi pubblici e privati in gioco²⁴. Un'altra parte della dottrina, infine, sottolinea come il fatto che i provvedimenti delle Autorità indipendenti (e quindi dell'Antitrust) possano essere impugnati di fronte al giudice amministrativo rinvia a quella sede la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale,

¹⁸ L'opinione è di Bartole e fu espressa nel corso di un seminario di studio tenutosi presso la Corte costituzionale, dal titolo "Giudizio *a quo* e promovimento del processo costituzionale". S. BARTOLE, *Rimedi de jure condendo e de jure condito in materia di accesso al giudizio della Corte costituzionale*, in AAVV, *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 158.

¹⁹ A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»*, Napoli, Jovene, 2012, 143.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, Il Mulino, 2018, 105.

²¹ In questo senso, si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza 23 aprile 2002, n. 2199.

²² 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, 378 s.

²³ M. FANELLI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale giudice «a quo» della Corte costituzionale (un'ipotesi fantastica o una concreta possibilità?)*, in "Quaderno n. 7", Firenze, Centro Studi Parlamentari Silvano Tosi, 1996, 255. Si evidenzia che, essendo lo scritto del 1996, vale a dire anteriore rispetto alla riforma del Titolo V della Costituzione, non era espressamente citata nella carta costituzionale neppure la materia "tutela della concorrenza", inserita successivamente all'art. 117, comma 2, lettera e).

²⁴ F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Relazione all'incontro "La tutela non giurisdizionale delle situazioni soggettive deboli. I poteri giustiziali delle amministrazioni indipendenti", Napoli, 2 ottobre 2009, 5, poi pubblicato in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2010, 23 ss.

rendendo non necessario che tale legittimazione sia riconosciuta anche alle stesse Autorità²⁵; il modello da prendere a riferimento sarebbe, per analogia, quello comunitario, con l'Antitrust nelle vesti (amministrative) della Commissione, mentre il TAR e il Consiglio di Stato vestirebbero quelle (giurisdizionali) del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia²⁶.

Il dibattito sulla natura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla possibilità che la stessa sia legittimata quale giudice *a quo* di fronte alla Consulta ha avuto alcuni picchi di interesse in occasione di progetti di modifica della Costituzione o di riforma del comparto delle Autorità amministrative indipendenti²⁷, per poi affievolirsi quando tali progetti non sono stati portati a compimento.

Nel corso del 2017, un membro dell'attuale Collegio dell'Autorità, Ainis, è tornato sull'argomento e ha rinnovato l'interesse per la questione, affermando che, anche alla luce delle novità introdotte negli ultimi anni in tema di *advocacy* (come, ad esempio l'art. 21-*bis* della l. 287/1990), i tempi sembrano ormai maturi per legittimare l'Autorità quale giudice *a quo* di fronte alla Consulta²⁸; inoltre, sempre nel corso del 2017, due sentenze della Corte costituzionale²⁹ hanno legittimato quale giudice *a quo* due ricorrenti che sono stati considerati "autorità giurisdizionale" sulla base del solo requisito oggettivo (e non anche di quello soggettivo), facendo così tornare attuali principi giurisprudenziali considerati superati (vedi *infra*).

La questione è tornata recentemente di stringente attualità, alla luce dell'ordinanza di remissione che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha inviato alla Consulta nel maggio 2018 allo scopo di sollevare, in via incidentale – dunque in qualità di giudice *a quo* – questione di legittimità costituzionale relativamente all'articolo 93-*ter*, comma 1-*bis* della legge 16 febbraio 1913 n. 89, come introdotto dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205, e all'articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990 in essa richiamato³⁰.

Tale ordinanza contribuisce a sollevare un rinnovato interesse sull'argomento e ad alimentare nuovamente il dibattito, cui questo lavoro intende partecipare; in particolare, una prima parte dell'articolo è dedicata alla disamina di quella giurisprudenza costituzionale che ha fissato i requisiti, oggettivi e soggettivi, richiesti dalla Corte costituzionale per la legittimazione quale

²⁵ M. MANETTI, *Profili di giustizia costituzionale delle Autorità indipendenti*, in "Associazione Italiana dei Professori di Diritto amministrativo. Annuario 2002", Milano, Giuffrè, 2003, 218; F. SALMONI, *op. cit.*, 378 s.; M. CUNIBERTI, *op. cit.*, 542.

²⁶ F. MANGANARO, *op. cit.*, 5.

²⁷ Cfr. ad esempio, la proposta di rafforzare i poteri dell'Antitrust avanzata in occasione dell'Indagine conoscitiva sulle Autorità indipendenti del 2012: «Sul fronte delle proposte emerse nel corso delle audizioni tese a rafforzare i poteri delle authorities si segnala quella di attribuire all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di sollevare le questioni di costituzionalità delle leggi che violano l'articolo 41 della Costituzione e le regole sulla concorrenza». CAMERA DEI DEPUTATI, *Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti*, testo finale deliberato il 16 febbraio 2012.

²⁸ M. AINIS, *op. cit.*, 150 ss.

²⁹ Si tratta delle sentenze n. 89/2017 e della sentenza n. 213/2017, di cui si parlerà più estesamente nei paragrafi successivi.

³⁰ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *I803 – Condotte restrittive del consiglio notarile di Milano, Ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, in Bollettino n.17/2018, 16.

giudice *a quo*; una seconda parte è dedicata al confronto dei risultati dell'indagine con i tratti caratteristici dell'Autorità per valutare se, e in che misura, l'Antitrust possieda tali requisiti e, conseguentemente, se possa essere legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale, in via incidentale, di fronte al giudice delle leggi. Per affinità di argomento, si è ritenuto opportuno dedicare una terza parte anche alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea che si è, a sua volta, pronunciata proprio in merito alla legittimazione quali giudici *a quibus* delle Autorità di concorrenza. Infine, nell'ultima parte, vengono svolte alcune considerazioni conclusive sia di carattere generale, sia in riferimento al caso che ha portato di recente l'Autorità a sollevare questione di legittimità costituzionale davanti alla Consulta.

2. La legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale

2.1. La giurisprudenza della Corte in tema di legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale

Come noto, l'accesso alla Corte costituzionale in via incidentale, o "in via d'eccezione", si ha quando la questione di legittimità costituzionale sorge nel corso di un giudizio (art. 1 legge costituzionale n. 1/1948) e viene ritenuta dal giudice non manifestamente infondata. Tale tipologia di ricorso viene disciplinato dagli artt. 23 e ss. della legge n. 87/1953³¹. Nel corso del tempo, è stata poi la stessa Corte costituzionale, attraverso le proprie pronunce, a definire i contorni del concetto di "autorità giurisdizionale".

In generale, la giurisprudenza della Corte, nel corso degli anni, ha dato una interpretazione estensiva dei concetti di "autorità giurisdizionale" e di "giudizio" di cui all'art. 23 della legge n. 87/1953, favorendo l'interesse pubblico alla costituzionalità delle leggi piuttosto che gli interessi fatti valere davanti al giudice *a quo*; oltre, quindi, ai soggetti facenti strettamente parte dell'ordine giudiziario, la Corte ha ritenuto legittimati a fare ricorso anche coloro che sono investiti di "*funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione del diritto*" (sent. 387/1996).

Più in particolare, la giurisprudenza costituzionale ha individuato due requisiti minimi necessari per sollevare questione di costituzionalità:

– un requisito oggettivo, vale a dire l'essere investito di funzioni "giudicanti", cioè di applicazione obiettiva di una norma. Questa è considerata la principale differenza fra un giudice, il cui obiettivo è esclusivamente quello dell'applicazione obiettiva della legge, e un organo della pubblica amministrazione, cui è demandato il perseguimento di un determinato interesse pubblico. Inoltre, deve trattarsi dell'applicazione di una norma in via almeno potenzialmente

³¹ In particolare, l'art. 23 della legge n. 87/1953 dispone: «Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale; le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate».

definitiva (il provvedimento deve essere di carattere definitivo, salvo impugnazioni di fronte ad altri organi).

– un requisito soggettivo, dato dalla posizione di indipendenza, terzietà e imparzialità dell'organo, e dalla presenza di un procedimento basato su un contraddittorio³².

Fino alla fine degli anni novanta, la Corte ha ammesso a presentare ricorso anche soggetti che possedevano uno solo dei requisiti; successivamente, invece, la valutazione della Consulta è stata più rigida e la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità è stata riconosciuta solo ai soggetti che possedevano entrambi i requisiti, anche se due recentissime sentenze (n. 89/2017 e 213/2017) hanno di nuovo 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), che possiedono uno solo dei requisiti (quello oggettivo)³³.

Per ciò che concerne la presenza del requisito soggettivo, in due occasioni (sentenze n. 226/1976 e n. 384/1991) la Corte ha riconosciuto la legittimazione della Corte dei conti nell'esercizio della funzione amministrativa di controllo preventivo sugli atti del governo. La Corte, nella sentenza del 1991, ha infatti affermato che «Tale legittimazione è stata riconosciuta (sent. n. 226 del 1976) alla Corte dei conti in ragione della sua particolare posizione istituzionale e della natura delle sue attribuzioni di controllo. Sotto il primo aspetto, viene posta in rilievo la sua composizione di “magistrati, dotati delle più ampie garanzie di indipendenza (art. 100, comma 2, Cost.)” e la sua natura di “unico organo di controllo che goda di una diretta garanzia in sede costituzionale”. Sotto il secondo aspetto, viene in evidenza il peculiare carattere del giudizio portato dalla Corte dei conti sugli atti sottoposti a controllo, che si risolve nel valutarne “la conformità (...) alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico”. Una funzione cioè di garanzia dell'ordinamento, di “controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato (...) preordinato a tutela del diritto oggettivo”.

Tali caratteri costituiscono indubbio fondamento della legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità limitatamente a profili attinenti alla copertura finanziaria di leggi di spesa, perché il riconoscimento della relativa legittimazione, legata alla specificità dei suoi compiti nel quadro della finanza pubblica, “si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero per altra via, ad essa sottoposte” (sent. n. 226 del 1976 *cit.*)».

Nella sentenza del 1991, inoltre, compare un riferimento più diretto all'aspetto finalistico dell'attività svolta dalla Corte, ritenuta il soggetto più idoneo a promuovere il sindacato di costituzionalità delle leggi di spesa in riferimento ai profili di copertura finanziaria posti dall'osservanza dell'art. 81 della Costituzione. Nel testo della sentenza, infatti, si precisa che «la

³² Per una disamina esaustiva e completa dei soggetti che la Corte costituzionale ha ritenuto, nel corso della sua storia, legittimati e non legittimati a presentare ricorso in via incidentale si rimanda a R. NEVOLA, *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.

³³ Per un commento, si rimanda a 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.

Corte ha auspicato (sent. n. 406 del 1989) che quando l'accesso al suo sindacato sia reso poco agevole, come accade in relazione ai profili attinenti all'osservanza dell'art. 81 della Costituzione, i meccanismi di accesso debbano essere arricchiti. La Corte dei conti è la sede più adatta a far valere quei profili, e ciò in ragione della peculiare natura dei suoi compiti essenzialmente finalizzati alla verifica della gestione delle risorse finanziarie».

In sintesi, è possibile affermare che, in questo caso, la legittimazione riconosciuta alla Corte dei conti nello svolgimento delle sue funzioni amministrative (e non giurisdizionali) si è fondata soprattutto sulle caratteristiche e sulla finalità dell'attività svolta: la possibilità di rilevare, per il ruolo istituzionale che essa è chiamata a svolgere, profili di incostituzionalità *ex art. 81 Cost.* di una legge che difficilmente verrebbero sottoposti al vaglio della Consulta per altre vie.

Diversamente, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 254/2004, non ha ritenuto legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale il Consiglio di Stato in sede di emissione di parere su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica³⁴, ritenendo che tale ricorso avesse natura amministrativa³⁵.

In tema di requisiti oggettivo e soggettivo assume poi rilievo la sentenza n. 376/2001, in cui la Corte risolve affermativamente la questione relativa alla legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale di un collegio arbitrale³⁶. In quel caso la Consulta ha affermato che «anche gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa». Infatti, «per aversi giudizio *a quo*, è sufficiente che sussista esercizio di “funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge” da parte di soggetti, “pure estranei all'organizzazione della giurisdizione”, “posti in posizione *super partes*” (sentenze n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966)».

³⁴ Contrariamente alla Corte di Giustizia europea – che aveva riconosciuto al Consiglio di Stato (nell'esercizio di quella peculiare funzione) caratteri necessari e sufficienti per essere definito organo giurisdizionale – la Corte costituzionale non le riconosce tale legittimazione, precisando testualmente che «il riconoscimento della natura giurisdizionale non è avvenuto ai fini della proponibilità del giudizio incidentale, retto da norme e principi su cui la Corte di giustizia CE, nella sentenza indicata, non ha avuto da pronunciarsi». Nello specifico, venivano riconosciuti al Consiglio di Stato alcune caratteristiche, quali l'origine legale, il carattere permanente, l'indipendenza, l'obbligatorietà del suo intervento, la procedura ispirata al principio del contraddittorio ed l'applicazione di norme giuridiche per la risoluzione delle questioni. Cfr. Corte UE, 16 ottobre 1997, Garofalo e altri c. Min. sanità, cause riunite da C-69/96 a C-79/96.

³⁵ Secondo la Consulta, «questa conclusione è ineludibile qualora si noti che l'art. 14, primo comma, del d.P.R. n. 1199 del 1971 stabilisce che, ove il ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest'ultimo, per la natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale». Come noto, nel 2009, a seguito di un intervento normativo che ha reso obbligatorio il parere del Consiglio di Stato (e quindi rendendo definitiva la decisione contenuta nel parere stesso), l'orientamento della Consulta è cambiato, riconoscendo al Consiglio di Stato la legittimazione a ricorrere alla Corte costituzionale (sent. 73/2014 e 133/2016).

³⁶ Nel caso in questione, il Collegio arbitrale di Napoli, in occasione dell'arbitrato tra il Consorzio Ricostruzione (CO.RI.) ed il Comune di Napoli – Area Funzionale CIPE, aveva sollevato con ordinanza emessa il 3 luglio 2000, in riferimento agli artt. 3, 24, 76, 77 e 97 Cost., questione incidentale di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 2, del decreto-legge 11 giugno 1998, n. 180 (Misure urgenti per la prevenzione del rischio idrogeologico ed a favore delle zone colpite dai disastri franosi nella regione Campania).

La Corte, successivamente, ha colto l'occasione per ribadire, in primo luogo, la necessità che i requisiti oggettivo e soggettivo siano contestualmente presenti in coloro cui viene riconosciuto lo status di giudice *a quo* e, in secondo luogo, l'impossibilità di ottenere la legittimazione a presentare ricorso in via incidentale in presenza di determinate circostanze.

Emblematica, a tal proposito, è la sentenza n. 164/2008, che ha negato la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale alla Corte d'appello di Cagliari, nel corso del procedimento di verifica dei risultati del referendum del 21 ottobre 2007 sulla legge statutaria per la Regione Sardegna approvata il 7 marzo dello stesso anno. In quella occasione, la Corte ha avuto modo di specificare che, anche se, in epoche precedenti, la giurisprudenza della Consulta, «al fine di ridurre le aree normative sottratte al controllo di costituzionalità», aveva più volte interpretato i due requisiti – soggettivo (il giudice) e oggettivo (il giudizio) – in modo non restrittivo, arrivando, in alcuni limitati casi, a ritenere sufficiente anche la presenza di uno di questi³⁷, successivamente, la stessa giurisprudenza, era «andata progressivamente attestandosi su una interpretazione più rigorosa, soprattutto in riferimento alla necessaria compresenza sostanziale di entrambi i suddetti requisiti». Nell'occasione, la Corte si dichiara, infatti, «ormai ferma nel negare la legittimazione del rimettente: se l'intervento del giudice si espliciti nell'ambito di un procedimento amministrativo, suscettibile di un successivo controllo giurisdizionale³⁸; se il rimettente stesso risulti investito di «una semplice funzione di carattere formale attribuitagli per una finalità garantistica»³⁹; se difetta un momento propriamente decisorio⁴⁰; se vi è carenza di contraddittorio⁴¹; se l'atto posto in essere dal rimettente è privo del carattere della definitività⁴²».

³⁷ Il richiamo è, in particolare, alla sentenza n. 83/1966, con la quale fu ammesso a sollevare questione di costituzionalità il pretore in sede di esecuzione esattoriale, la Corte precisò che «La Corte, nelle sue precedenti pronunce, ha ritenuto che gli artt. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948, 23 della legge n. 87 del 1953 e 1 delle Norme integrative consentano una determinazione dei requisiti necessari alla valida proposizione delle questioni stesse, tale da condurre, per una parte, a far considerare "autorità giurisdizionale" anche organi che, pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione *super partes*, e per un'altra a conferire carattere di "giudizio" a procedimenti che, quale che sia la loro natura e le modalità di svolgimento, si compiano però alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale.

Poiché pertanto, alla stregua dell'interpretazione adottata, i due requisiti, soggettivo ed oggettivo, non debbono necessariamente concorrere affinché si realizzi il presupposto processuale richiesto dalle norme richiamate, e poiché nella specie ricorre uno di essi, e cioè l'intervento di un soggetto appartenente all'autorità giudiziaria ordinaria, anche se non destinato (almeno nella fase del procedimento esecutivo riguardante la vendita dei beni pignorati) alla risoluzione di controversie, la questione sollevata con l'ordinanza in esame si deve ritenere ammissibile».

³⁸ Sentenza n. 132 del 1973.

³⁹ Sentenza n. 96 del 1976.

⁴⁰ Sentenze n. 116 del 1983; n. 17 del 1980; n. 74 del 1971; n. 13 del 1966 e n. 112 del 1964; nonché le ordinanze n. 382 e n. 86 del 1991; n. 59 del 1990.

⁴¹ Tra le molte, le sentenze n. 387 del 1996; n. 335 e n. 29 del 1995; n. 226 del 1976 e n. 12 del 1971; e l'ordinanza n. 183 del 1999.

⁴² Cfr, per tutte, la sentenza n. 387 del 1996.

In quell'occasione, dunque, la Corte ha chiaramente precisato che per il riconoscimento della legittimazione a sollevare una questione di legittimità, non sarebbe stata considerata sufficiente la presenza del solo requisito soggettivo⁴³.

Come già avuto modo di evidenziare, infine, in due recenti sentenze la Corte costituzionale ha legittimato nuovamente due soggetti che possiedono uno solo dei requisiti del giudice *a quo*.

Nel caso della sentenza n. 89/2017, in particolare, la Consulta ha ammesso a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale la Corte dei conti, sezione regionale di controllo per l'Abruzzo, nell'ambito della sua attività di parifica del rendiconto regionale, in quanto la Corte ha riconosciuto che, «ricorrono integralmente, nel caso del procedimento di parifica, tutte le condizioni per le quali questa Corte ha ammesso la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale nell'ambito dell'attività di controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti», vale a dire: l'applicazione di parametri normativi; giustiziabilità del provvedimento in relazione a situazioni soggettive dell'ente territoriale eventualmente coinvolte; pieno contraddittorio sia nell'ambito del giudizio di parifica esercitato dalla sezione di controllo della Corte dei conti sia nell'eventuale giudizio ad istanza di parte, qualora quest'ultimo venga avviato dall'ente territoriale cui si rivolge la parifica.

Anche in questo caso, dunque, la Corte costituzionale ha legittimato la Corte dei conti optando per una valutazione sostanziale delle funzioni svolte, richiamando la nota sentenza n. 226 del 1976⁴⁴.

Più scarno, invece, il passaggio che la Consulta dedica alla legittimazione della Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati nella sentenza n. 213/2017, nella quale il giudice delle leggi si limita a precisare che: «Preliminarmente va riconosciuta la legittimazione

⁴³ A tal proposito, la sentenza continua richiamando l'ordinanza n. 6 del 2008: «Infatti, secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'intervento di un magistrato, di per sé solo, non è idoneo ad alterare la struttura di un procedimento ed a connotarlo per ciò stesso quale "giudizio" [...], restando escluso che ciò accada nel caso in cui tale intervento consista nello svolgimento di una funzione di carattere formale [...]». Pertanto, «affinché la questione possa ritenersi sollevata nel corso di un "giudizio", l'applicazione della legge da parte del giudice deve essere caratterizzata da entrambi gli attributi dell'obiettività e "della definitività, nel senso dell'idoneità (del provvedimento reso) a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato", poiché è in questo caso che il mancato riconoscimento della legittimazione comporterebbe la sottrazione delle norme al controllo di costituzionalità. (...) In conclusione, la più recente giurisprudenza di questa Corte in tema di legittimazione del giudice *a quo* esige che, al di là della evidente finalità garantistica implicita nell'attribuzione di una funzione ad un organo giurisdizionale, l'attività richiesta non si esaurisca in semplici operazioni amministrative, per di più da conseguire tramite procedure prive di forme di contraddittorio ed attraverso determinazioni finali prive dei caratteri di decisorietà e di definitività».

⁴⁴ In conclusione, la Corte ha ribadito «che nella parifica del rendiconto regionale «la situazione è, dunque, analoga a quella in cui si trova un qualsiasi giudice (ordinario o speciale), allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono» (sentenza n. 226 del 1976). Pertanto, pur non essendo un procedimento giurisdizionale in senso stretto, «ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la [parifica della] Corte dei conti è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa, risolvendosi nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico. Il controllo effettuato dalla Corte dei conti è un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo» (sentenza n. 181 del 2015)».

della Commissione rimettente a sollevare l'incidente di costituzionalità, come giudice *a quo* ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in quanto organo di autodichia, chiamato a svolgere, in posizione *super partes*, funzioni giurisdizionali per la decisione di controversie (nella specie, quelle appunto tra Camera dei deputati e pensionati suoi ex dipendenti) per l'obiettiva applicazione della legge (*ex plurimis*, sentenze n. 376 del 2001, n. 226 del 1976)».

2.3. Corte costituzionale e Autorità amministrative indipendenti

La Corte costituzionale non si è mai pronunciata sulla legittimazione di un'Autorità amministrativa indipendente a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale, a differenza di quanto fatto dalla Corte di Giustizia europea relativamente alla possibilità di presentare un rinvio pregiudiziale (vedi *infra*). Tuttavia, in alcune (rare) sentenze, ha avuto modo di statuire alcuni caratteri delle Autorità amministrative che possono fornire alcuni utili spunti ai fini di questo lavoro.

Nella sentenza n. 482/1995, relativa all'impugnazione da parte di alcune regioni di alcuni articoli della legge che istituiva l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (legge 11 febbraio 1994, n. 109 – Legge quadro in materia di lavori pubblici), la Corte non scioglie il dubbio circa la natura (amministrativa o giurisdizionale) dell'Autorità e, conseguentemente, non è possibile dedurre se possa essere assimilata ad un giudice *a quo*, almeno nell'esercizio di alcune sue funzioni: la Consulta si limita infatti ad affermare che «Il nuovo organismo garantisce l'osservanza dei principi che devono ispirare l'attività amministrativa in materia di lavori pubblici, improntata a procedure trasparenti, al rispetto del diritto comunitario, all'affermazione della libera concorrenza tra gli operatori».

Tuttavia, successivamente la Corte precisa che l'Autorità è «un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione. L'esercizio di questa funzione di vigilanza e garanzia implica una conoscenza completa ed integrata del settore dei lavori pubblici, unitaria a livello nazionale. (...) Le attribuzioni dell'Autorità (...) esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo».

La Corte riconosce dunque alla nuova Autorità (le cui funzioni sono oggi state assunte dall'ANAC) una competenza specifica sulla materia dei lavori pubblici, nonché la possibilità (e la necessità) di svolgere le proprie funzioni in maniera autonoma ed indipendente.

Allo stesso modo, riconosce la natura di «soggetto *super partes* ad alta competenza» alla Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (sent. n. 57/1995), senza spendere, anche in questo caso, alcuna parola per definire la natura, amministrativa o giurisdizionale, della Commissione.

Più di recente, in occasione di una pronuncia relativa alla legge che ha istituito l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (sent. n. 41/2013), ha ribadito che le Autorità amministrative

indipendenti sono «chiamate ad operare in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione», rimarcando la loro autonomia dal potere politico.

Nel corso del 2017, infine, la Corte ha rigettato il ricorso avverso la legge che ha previsto un contributo obbligatorio per alcune categorie imprese, da versare all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a copertura delle proprie spese di funzionamento (sent. n. 269/2013)⁴⁵.

In quell'occasione, la Consulta ha sottolineato come l'Antitrust sia istituzionalmente chiamata a svolgere la «delicata ed essenziale funzione di salvaguardia delle regole del mercato a tutela della concorrenza, radicata in interessi pubblici di valore costituzionale ai sensi degli artt. 3 e 41 Cost.»; inoltre, ha riconosciuto come il sistema di finanziamento in vigore a partire dal 2012 (la cui legge che l'ha introdotto era oggetto di ricorso), sia funzionale ad elevarne il livello di indipendenza⁴⁶.

La Consulta ha avuto poi modo, in altre due occasioni, di specificare che le Autorità amministrative indipendenti non possono essere considerate poteri dello Stato: si tratta dell'ordinanza n. 226/1995, relativa al Garante per la radiodiffusione e l'editoria⁴⁷, e la sentenza n. 137/2000, relativa all'Agcom.

2.4. Conclusioni sulla giurisprudenza costituzionale

Solo i soggetti che compiono un'attività di tipo giurisdizionale sono legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale: secondo la Consulta, per essere considerati un giudice *a quo*, occorrono due requisiti: uno soggettivo (relativo alla posizione di indipendenza, terzietà e imparzialità dell'organo, e alla presenza di un procedimento basato su un contraddittorio) e uno oggettivo (quando l'attività svolta inerisce a funzioni "giudicanti", e comporta l'applicazione obiettiva di una norma).

Perché ricorra il requisito oggettivo è richiesto che:

- l'attività non si esaurisca in semplici operazioni amministrative, suscettibili di un successivo controllo giurisdizionale, ma riguardi l'applicazione della legge da parte

⁴⁵ In particolare, la questione di legittimità costituzionale verteva sull'articolo 10, commi 7-ter e 7-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), aggiunti dall'art. 5-bis, comma 1, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

⁴⁶ Nella sentenza n. 269/2017, la Corte precisa: «In particolare, si è sottolineata la logica della riforma attuata con le disposizioni impugnate, volta ad assicurare l'autonomia finanziaria dell'autorità indipendente (anche in attuazione di sollecitazioni in tal senso provenienti dall'Unione europea), facendo gravare gli oneri contributivi sui soggetti che impegnano in modo preponderante l'attività dell'AGCM ed evitando la concentrazione dei finanziamenti su imprese egemoni che, in questo modo, come principali finanziatori dell'Autorità, finirebbero per condizionarne di fatto l'indipendenza».

⁴⁷ Nello specifico, a proposito del Garante per l'editoria, la Consulta ha specificato che «le attribuzioni del Garante, disciplinate dalla legge ordinaria (v. art. 6 legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni e integrazioni), non assumono uno specifico rilievo costituzionale né sono tali da giustificare - nonostante la particolare posizione di indipendenza riservata all'organo nell'ordinamento - il riferimento all'organo stesso della competenza a dichiarare in via definitiva la volontà di uno dei poteri dello Stato».

dell'autorità giurisdizionale e si caratterizzi per determinazioni finali che abbiano carattere di obiettività, decisorietà e di definitività, nel senso dell'idoneità (del provvedimento reso) a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato;

- l'attività sia svolta tramite procedure che prevedano forme di contraddittorio.

Dal punto di vista soggettivo, invece, il giudice *a quo*:

- può anche essere estraneo all'organizzazione della giurisdizione (come nel caso dei collegi arbitrali, quando svolgono funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge);
- deve godere delle più ampie garanzie di indipendenza;
- deve godere di una diretta garanzia in sede costituzionale (almeno nel caso della Corte dei conti, sent. n. 384/1991, che richiama la n. 226/1976).

Come criterio generale si evidenzia, inoltre, che la Corte ha ampliato il novero dei soggetti legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale laddove ci sia l'esigenza di ammettere al sindacato di costituzionalità leggi che più difficilmente verrebbero per altra via sottoposte alla Consulta. Il criterio di valutazione della Consulta è, dunque, relativo alla possibilità che le norme oggetto di ricorso siano sottoposte al giudizio della Corte per l'iniziativa di altri giudici *a quo*. Si sottolinea come, nel caso della Corte dei conti nell'esercizio della sua funzione di controllo preventivo sugli atti del governo, il parametro costituzionale invocato per il giudizio di legittimità fosse l'art. 81 Cost. e come la Consulta abbia considerato la Corte dei conti, per la «peculiare natura dei suoi compiti essenzialmente finalizzati alla verifica della gestione delle risorse finanziarie», il soggetto più idoneo a far valere quei profili.

Ai fini di una valutazione sulla possibilità per l'Autorità di ricorrere alla Corte si dovrà pertanto, verificare in via analogica la sussistenza dei requisiti, quali emergono dalla giurisprudenza costituzionale.

3. L'Autorità alla luce dei requisiti richiesti dalla Corte

Come visto analizzando alcune sue sentenze, la Consulta ha ammesso a sollevare questione di legittimità costituzionale anche soggetti estranei all'ordine giudiziario propriamente inteso, ma tali da soddisfare secondo una valutazione di carattere sostanziale, tanto il presupposto dell'atteggiarsi a "giudice" quanto quello di svolgere un'attività assimilabile, ai limitati fini dell'attivazione del giudizio incidentale, ad un "giudizio". Questo accade perché la separazione fra giurisdizione e amministrazione non è sempre netta e offre anzi alcune "zone grigie" in cui troviamo fenomeni di amministrativizzazione di attività giurisdizionali e giurisdizionalizzazione di attività amministrative⁴⁸. Ed è proprio la necessità di garantire l'effettività del sindacato di costituzionalità nei casi in cui la legge veniva applicata da soggetti ricadenti in una di queste "zone grigie" che la

⁴⁸ Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, 575 ss.

Corte ha deciso di adottare un approccio sostanziale e non formale nel verificare la presenza contestuale dei due requisiti.

Si rende pertanto necessario valutare se l'Autorità possieda le caratteristiche soggettive e oggettive individuate dalla Corte per essere considerata un'autorità giurisdizionale e, dunque giudice *a quo*. In proposito, si ritiene che non rilevi il fatto che all'Autorità sia stata riconosciuta l'ontologica natura di pubblica amministrazione⁴⁹. Non si tratta infatti di definire in assoluto la natura giuridica dell'Autorità, ma di valutare se la stessa, in determinate circostanze, possa essere considerata giudice *a quo* ai fini del ricorso alla Corte costituzionale, così come accaduto, ad esempio, alla Corte dei conti.

3.1. *Requisiti soggettivi*

Come visto, da un punto di vista soggettivo la Corte richiede che il giudice *a quo* sia caratterizzato dalle più ampie garanzie di indipendenza (mentre alle amministrazioni si richiede l'imparzialità, *ex art. 97 Cost.*): per ciò che concerne le Autorità indipendenti, la stessa Corte ha già riconosciuto l'indipendenza attribuita dalla legge all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella sentenza n. 482/1995. Allo stesso modo, dovrebbe facilmente essere riconosciuto un livello almeno pari di indipendenza anche all'Autorità antitrust, se è vero che il livello di indipendenza di cui godono le Autorità amministrative varia «lungo uno spettro che vede ancora oggi l'Autorità antitrust collocata all'estremo del segmento, dove figurano le autorità dotate del maggior grado di indipendenza»⁵⁰.

L'indipendenza dell'Autorità è statuita dall'art. 10, secondo comma, della legge n. 287/90, il quale afferma che «L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione».

L'indipendenza dell'Autorità può essere fatta risalire, prima di tutto, al tipo di funzioni che è chiamata a svolgere: infatti, se generalmente le Autorità amministrative svolgono le tre funzioni di regolazione, di *adjudication* (cioè applicazione delle regole nel caso concreto con eventuale applicazione di sanzioni e rimedi) e di risoluzione di controversie (fra operatori o fra operatori e consumatori), l'Autorità è chiamata a svolgere solo le ultime due⁵¹. Ciò l'avvicina alla funzione svolta dal giudice e le conferisce una maggiore indipendenza dal potere politico (anche se tale

⁴⁹ Cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, sez. VI, Sentenza del 30 maggio 2014, n. 2818.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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).

indipendenza ha natura diversa da quella propriamente riconosciuta ai giudici⁵²): infatti, la funzione di regolazione, soprattutto nei casi in cui determini scelte allocative o comunque di mediazione fra una pluralità di interessi, è riaccolta in modo più stretto al circuito politico-rappresentativo⁵³.

Nel caso delle altre due funzioni, invece, emerge in modo più netto l'interesse alla garanzia delle situazioni giuridiche dei soggetti interessati e viene in evidenza il ruolo di arbitro svolto dall'Autorità, che è chiamata a accertare i fatti in modo imparziale e ad esaminare le ragioni della parte (o delle parti) coinvolta, dando applicazione alla legge. Tale funzione assume una connotazione paraprocedurale grazie al contraddittorio orizzontale fra le parti coinvolte o verticale fra la parte coinvolta e l'Autorità (nel caso da esempio in cui la prima sia oggetto di un procedimento sanzionatorio). Nel caso dell'Autorità, dunque, «la funzione di garanzia emerge allo stato quasi puro, proprio perché essa non è titolare di funzioni propriamente regolatorie»⁵⁴ ma, al massimo, di una funzione di regolazione condizionale⁵⁵ (vedi *infra*, quando si affronta il tema della terzietà). È dibattuto in dottrina, invece, se il fatto che l'Autorità svolga altre funzioni, quali quella di *advocacy*, contribuisca a rinforzare o indebolire l'indipendenza dell'Autorità⁵⁶.

A garanzia dell'indipendenza dell'Autorità dal potere politico si possono citare anche il meccanismo di nomina del Presidente e dei Commissari, che vengono scelti di concerto dai presidenti di Camera e Senato (che assumono una posizione di terzietà rispetto ai gruppi di maggioranza e di opposizione del Parlamento⁵⁷), nonché il fatto che il loro mandato dura sette anni,

⁵² Infatti, mentre l'indipendenza dei giudici dalla politica e dal governo trova la sua giustificazione nell'esigenza di piena garanzia dei diritti e della legalità, quella delle autorità indipendenti trova fondamento diretto nella tutela di un interesse pubblico rimesso alla cura dell'autorità. A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 124.

⁵³ In questo senso, M. CLARICH, *op. cit.*, 243.

⁵⁴ M. CLARICH, *op. cit.*, 243. Continua l'Autore: «I nuovi poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, previsti dalla cosiddetta legge Bersani (dl. 4 luglio 2006, n. 223), di concludere i procedimenti sanzionatori con l'accettazione degli impegni fa emergere, almeno potenzialmente, una dimensione regolatoria non prevista dalla legge istitutiva. Tuttavia, l'applicazione rigorosa del principio di contraddittorio alla fase di presentazione e valutazione degli impegni, che vede coinvolti attivamente tutti i soggetti "controinteressati", ridimensiona il problema, anche in questo caso la regola, formalizzata da un impegno, è il frutto di una valutazione presa da un apparato equidistante dalle parti interessate».

⁵⁵ 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, 59 ss.

⁵⁶ Secondo alcuni Autori (M. CLARICH, *op. cit.*, 244), la funzione di *advocacy* svolta nei confronti del Parlamento e del Governo, ai sensi degli artt. 21, 21-bis e 22 della legge n. 287/90 (nonché ai sensi dell'art. 47 della legge n. 99/2009, che ha introdotto la Legge annuale per il mercato e la concorrenza) sarebbe indice di indipendenza dal potere politico; infatti come si rileva spesso anche per le funzioni consultive svolte dal Consiglio di Stato, chi formula un parere deve essere indipendente da chi lo riceve. Secondo altri Autori, invece, lo svolgimento di tale funzione consentirebbe all'Autorità di prendere parte, anche se indirettamente, al processo di formazione delle norme, minandone la posizione di terzietà e avvicinandola al legislatore (M. FANELLI, *op. cit.*, 251).

⁵⁷ Come è stato sottolineato, tale posizione di terzietà era ancora maggiormente garantita all'epoca dell'istituzione dell'Antitrust, quando vigeva un sistema elettorale proporzionale e i presidenti delle camere erano portatori, per convenzione, di un ruolo di forte garanzia istituzionale, essendo esponenti uno della maggioranza e uno dell'opposizione. Cfr. A. LA SPINA, S. CAVATORTO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2008, 126.

vale a dire un periodo di tempo maggiore rispetto all'organo politico cui spetta il potere di nomina⁵⁸.

Se il riconoscimento dell'autonomia esterna (verso il potere politico) è diffusamente riconosciuta dalla dottrina, meno condiviso è invece il riconoscimento di un sufficiente livello di indipendenza interna, tra le due funzioni istruttorie e decisoria: anzi, secondo alcuni Autori, sarebbe proprio il fatto che l'Autorità svolga al proprio interno, contemporaneamente, funzioni accusatorie e decisorie uno dei punti deboli che renderebbero difficoltoso il riconoscimento dell'Autorità quale giudice *a quo*⁵⁹.

Sul punto, si rileva che parte della dottrina, pur negando la possibilità che l'Autorità possa essere equiparata ad un'Autorità giurisdizionale, riconosce come al suo interno coesistano, tuttavia, due "anime": un'anima ministeriale nella fase istruttoria e un'anima giurisdizionale nella fase decisoria⁶⁰.

Invero, dall'esame del dettato normativo possono ricavarsi elementi che depongono a favore di una separazione sia organizzativa che procedurale.

In particolare, dal punto di vista organizzativo, si evidenzia, in primo luogo, come sia la stessa legge ad operare una ripartizione tra l'Autorità intesa come organo e la sua struttura amministrativa disponendo espressamente che «al funzionamento dei servizi e degli uffici dell'Autorità sovrintende il Segretario Generale». Inoltre, il fatto che il Segretario Generale sia nominato dal Ministro dello Sviluppo Economico, su proposta del Presidente dell'Autorità, garantisce una separazione delle funzioni a livello apicale.

Al Segretario Generale, peraltro, è attribuito il compito di informare il Collegio dell'attività svolta dagli uffici con la presentazione di relazioni sia di carattere generale, sia sull'andamento delle istruttorie e delle pratiche correnti⁶¹.

Per quanto riguarda i procedimenti di *enforcement*, il «Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità» (DPR 30 aprile 1998, n. 217) introduce una ripartizione tra la fase istruttoria, affidata agli uffici, e la fase della decisione, che si svolge davanti al Collegio. In particolare, gli uffici propongono al Collegio l'avvio dell'istruttoria (art. 6, primo comma); i poteri istruttori sono poi affidati agli uffici (art. 8, terzo comma); anche le ispezioni sono svolte dagli uffici (art. 10, primo comma); allo stesso modo, è il responsabile del procedimento che cura il contraddittorio con le parti e decide sulle richieste di accesso ai documenti relativi all'istruttoria (art. 13, undicesimo comma). Praticamente, le fasi principali dell'attività istruttoria sono nella disponibilità degli uffici, con il solo onere di rendere un'informativa al Collegio in merito

⁵⁸ 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.

⁵⁹ F.S. Marini afferma, ad esempio, che, a causa di questa commistione di attività, all'Autorità manca il requisito di terzietà, che tipicamente connota la funzione giurisdizionale. Cfr. F.S. MARINI, *op. cit.*, 292.

⁶⁰ S. SANTORO, *Introduzione al convegno "Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati"*, tenutosi a Roma, presso il Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013.

⁶¹ Cfr. art. 21, primo comma, del *Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità* (Delibera AGCM del 24 maggio 2017, n. 26614).

all'attività svolta. Terminata l'attività istruttoria, è sempre l'ufficio che predispone la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) che devono essere inviate alle parti. Rispetto alle CRI, il Collegio esprime solo un giudizio di non manifesta infondatezza delle "proposte formulate dagli uffici" in relazione agli elementi probatori acquisiti nel corso dell'istruttoria, al fine di autorizzare l'invio delle CRI alle imprese. Dal che si deduce che nel caso in cui il Collegio non ritenesse sufficienti gli elementi acquisiti, dovrà richiedere un eventuale supplemento istruttorio, rimettendo pertanto gli atti all'ufficio istruttorio (art. 14, primo comma).

Con l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie si chiude la fase istruttoria e si apre la fase decisoria davanti al Collegio. Questa fase è caratterizzata da un nuovo contraddittorio, a garanzia delle parti. In particolare, i soggetti coinvolti nell'attività istruttoria possono presentare memorie e documenti e hanno diritto ad essere sentiti di fronte al Collegio (art. 14, quinto comma).

In conclusione, si può rilevare che, anche dalle disposizioni inerenti le procedure che l'Autorità è chiamata ad applicare nei confronti delle parti, emerge una separazione fra l'attività istruttoria, svolta dagli uffici, e quella decisoria, attribuita al Collegio, quale forma di tutela dei diritti delle parti oggetto di indagine da parte dell'Autorità.

Tale separazione è stata peraltro rimarcata, di recente, anche dalla stessa Autorità, che, per bocca del suo presidente Pitruzzella, ha evidenziato come negli ultimi anni sia aumentato il numero di procedimenti conclusi senza condanna delle imprese e senza accettazione degli impegni⁶².

Peraltro, si deve rilevare come la separazione di funzioni non sia stata ritenuta, in diversi precedenti della Corte, causa ostativa al riconoscimento della legittimazione quale giudice *a quo*. La Corte, in passato, ha infatti ammesso diverse volte a sollevare questione di costituzionalità anche il pretore in procedimenti penali (da ultimo, si veda la sentenza n. 108/1987), non ritenendo causa di inammissibilità del ricorso il fatto che, nel procedimento "per decreto", lo stesso pretore esercitasse i poteri del pubblico ministero in fase istruttoria e quelli del giudice nell'emissione del provvedimento⁶³.

Per ciò che concerne, invece, il requisito dell'autonomia, intesa come la possibilità che un sistema organizzato ha di autoregolamentarsi⁶⁴, nel caso dell'Autorità è garantita innanzitutto dal già ricordato meccanismo di nomina del Collegio, ma anche dai criteri di scelta delle persone da nominare, che devono essere di "notoria indipendenza" (art. 10, secondo comma, l. 287/1990); dal regime di incompatibilità previsto per gli stessi componenti (art. 10, terzo comma, l. 287/1990); dal fatto che non è previsto un controllo politico "di gestione", visto che il Presidente e i Commissari non possono essere "sfiduciati", né revocati (almeno che non incorrano, successivamente alla loro

⁶² «Nei procedimenti dell'Autorità, anche in ossequio alla giurisprudenza del giudice nazionale e della Corte Edu, particolare risalto viene dato alla tutela del diritto di difesa, anche mediante una marcata distinzione tra l'attività di indagine e di contestazione dell'illecito, svolta dagli uffici, e l'attività di decisione riservata al Collegio. Un significativo indice di tale distinzione è dato dall'aumento dei procedimenti antitrust che si chiudono senza una decisione di condanna o di accoglimento di impegni: nel periodo 2012 – primi quattro mesi del 2017, rappresentano il 14% (nel settennato precedente rappresentavano il 4%)». G. PITRUZZELLA, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2016. Presentazione del Presidente*, Roma, 16 maggio 2017, 3.

⁶³ Si veda, in particolare, la sentenza n. 85/1969.

⁶⁴ F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1994, 207.

nomina, in una delle cause di incompatibilità previste dall'art. 10, terzo comma, l. 287/1990)⁶⁵, né confermati nella carica (art. 10, terzo comma, l. 287/1990)⁶⁶; dall'indennità che assicuri un trattamento economico confacente al prestigio dell'ufficio (art. 10, ottavo comma, l. 287/1990); dal potere di autorganizzazione interna (art. 10, quarto comma, l. 287/1990)⁶⁷.

L'elemento dell'autonomia è stato recentemente rinforzato e reso effettivo anche dal punto di vista dei meccanismi di finanziamento: se, infatti, nel momento della sua istituzione era previsto che l'Autorità fosse finanziata interamente dallo Stato, l'art. 5-*bis* del decreto legge n. 1/2012 ha invece istituito un finanziamento fondato sul contributo richiesto alle imprese da essa vigilate⁶⁸, riconducendola pertanto nel novero delle *Authority* auto-finanziate. Proprio l'aspetto dei modelli di finanziamento è un elemento che le istituzioni internazionali utilizzano per misurare il livello di indipendenza delle Autorità, sottolineando come una piena indipendenza dal potere politico possa essere raggiunta solo con meccanismi di autofinanziamento⁶⁹, come di recente sottolineato anche dalla stessa Consulta proprio relativamente all'Antitrust (sentenza n. 269/2017).

Infine, per ciò che concerne il requisito della terzietà, secondo parte della dottrina le funzioni esercitate dall'Autorità sono caratterizzate da un accentuato grado di "neutralità", cioè di equidistanza tra i vari interessi in gioco, e sarebbero finalizzate al mero rispetto delle regole e al corretto funzionamento del mercato⁷⁰. Proprio il requisito della neutralità contraddistingue le Autorità indipendenti, chiamate a svolgere le proprie funzioni nei confronti «di tutti i soggetti, pubblici e privati, senza alcun condizionamento politico, senza alcuna prevalenza dell'interesse pubblico nella classica comparazione degli interessi propria dell'attività amministrativa»⁷¹, dalle altre amministrazioni, cui è richiesta l'imparzialità (definita come «l'esigenza di comportarsi nei confronti di tutti i soggetti destinatari dell'azione amministrativa senza discriminazioni arbitrarie»).

In particolare, come già accennato in precedenza, le Autorità indipendenti – e, in particolare, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – svolgerebbero, almeno secondo una parte della dottrina, una funzione di "regolazione condizionale", e non di "regolazione finale": infatti, è investita di una funzione di regolazione finale l'Autorità che orienta discrezionalmente la decisione da prendere in ragione dell'obiettivo (l'interesse pubblico individuato dalla legge) da raggiungere,

⁶⁵ Così dispone l'art. 2, comma 2, del *Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (Delibera AGCM del 24 maggio 2017, n. 26614).

⁶⁶ F.S. MARINI, *op. cit.*, 291.

⁶⁷ M. FANELLI, *op. cit.*, 241.

⁶⁸ Tale articolo del decreto legge ha infatti introdotto l'art. 7-*ter* nella legge n. 287/90, che prevede testualmente che «All'onere derivante dal funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si provvede mediante un contributo di importo pari allo 0,08 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato dalle società di capitale, con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro, fermi restando i criteri stabiliti dal comma 2 dell'articolo 16 della presente legge. La soglia massima di contribuzione a carico di ciascuna impresa non può essere superiore a cento volte la misura minima».

⁶⁹ Si veda, di recente, OCSE, *Creating a culture of independence. Practical guidance against undue influence*, Parigi, OECD, 27.

⁷⁰ E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI E A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Astrid, Bologna, Il Mulino, 2010, 108.

⁷¹ G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Introduzione del volume Autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2011, 28.

in modo da ponderare i contrapposti interessi e individuare l'assetto più idoneo del settore che regolano⁷².

Al contrario, nel caso dell'Antitrust, apparirebbe più corretto affermare che essa è investita di una funzione di regolazione condizionale in quanto, in primo luogo, «l'assetto degli interessi rilevanti è deciso direttamente e compiutamente dalla legge ed è definito piuttosto come un valore che non come un ordine di priorità»; in secondo luogo, «le condizioni poste per lo svolgimento dell'attività privata non sono finalizzate alla soddisfazione di un interesse pubblico, ma, invece, alla garanzia di situazioni soggettive private»; in terzo luogo, «l'amministrazione 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 privati⁷³».

Secondo altri Autori, tale requisito emerge anche quando si affronta il tema della connessione fra sindacato giurisdizionale e indipendenza dell'Autorità. In particolare, il Consiglio di Stato, confermando le caratteristiche del sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti, precisa che le stesse acquistano una speciale rilevanza a proposito delle valutazioni tecniche complesse svolte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Queste ultime si caratterizzerebbero per il fatto che «la valutazione dell'interesse pubblico concreto connesso con il provvedimento viene realizzata, considerando 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 neutrali⁷⁴».

Secondo il giudice amministrativo di ultima istanza, dunque, il limite al sindacato del giudice nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità risiede nel fatto che si è in presenza di valutazioni tecniche complesse e che queste sono svolte nell'esercizio di poteri neutrali, al di fuori del circuito dell'indirizzo politico.

Parte della dottrina ritiene che la neutralità dell'Autorità non si esaurirebbe soltanto nell'estraneità rispetto al circuito dell'indirizzo politico, ma sarebbe riferita anche al fatto che il suo potere si caratterizza non tanto per la gestione e cura concreta di interessi pubblici, quanto per la valutazione di fattispecie concrete alla stregua di parametri fissati dalla legge, secondo lo schema logico del sillogismo giudiziario. Come è stato sottolineato, infatti, quando l'Autorità valuta una fattispecie in relazione al danno subito dal livello di concorrenzialità del mercato (e non solo, quindi, in relazione al danno provocato ad interessi individuali), tale interesse al corretto funzionamento del mercato non deve essere considerato come pubblico, bensì come collettivo,

⁷² A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, 326.

⁷³ L. TORCHIA, *op. cit.*, 60 s.

⁷⁴ Con tale scelta legislativa, ritengono i supremi giudici amministrativi, si è inteso predisporre «una speciale garanzia per le situazioni soggettive costituzionalmente garantite, connesse con la tutela della concorrenza [...]. Tale garanzia, voluta dal Legislatore, caratterizza anche la fase della tutela giurisdizionale e dei relativi accertamenti, ed essa viene assicurata attraverso un sindacato giurisdizionale realizzato nelle forme del controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza, anche sotto il profilo del rispetto delle regole tecniche, e dei presupposti di fatto posti a fondamento della valutazione». Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza 1° ottobre 2002, n. 5156.

ovvero di altri privati; inoltre, in tale valutazione l'Autorità è chiamata a decidere applicando le norme e facendo uso non di discrezionalità, ma di analisi economica, ovvero di conoscenze extragiuridiche⁷⁵.

In questa prospettiva, la neutralità del potere deriverebbe sia dalla posizione istituzionale dell'Autorità, sia dal tipo e dalle modalità di esercizio delle sue competenze⁷⁶.

L'ultimo elemento che compone il requisito soggettivo è il fatto che l'autorità giurisdizionale possa godere di una diretta garanzia in sede costituzionale. Sotto questo profilo, si pone in evidenza, prima di tutto, che l'Autorità svolge le proprie funzioni «in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica» come chiaramente specificato all'art. 1, primo comma, della legge n. 287/90.

Secondo una parte della dottrina, tale richiamo esplicito nella legge n. 287/90 rappresenta un indizio dell'inversione interpretativa dell'art. 41 Cost. che, a partire dalla seconda metà degli anni settanta, ha spostato l'attenzione dai limiti all'attività economica, previsti dagli ultimi due commi, alla valorizzazione del principio di libertà, contenuto nel primo comma. La stessa dottrina⁷⁷ ha individuato nella legge antitrust uno strumento di immediata tutela del diritto soggettivo di iniziativa economica, assimilando l'attività dell'Autorità ad un'attività paragiurisdizionale⁷⁸.

Nell'ordinamento nazionale, oltre al riferimento all'art. 41 della Cost. contenuto nella legge 287/90, la tutela della concorrenza viene esplicitamente richiamata come materia di competenza statale esclusiva all'art. 117, comma 2, lett. e, Cost. Inoltre, l'art. 117, comma 1, rinvia alla disciplina dettata dalla normativa europea – anche in tema di concorrenza – precisando che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Secondo alcuni Autori, la creazione delle Autorità indipendenti svilupperebbe coerentemente il contenuto della Costituzione, secondo forme inedite ma non in contrasto con il testo costituzionale, soprattutto dopo la riforma del Titolo V Cost.⁷⁹. Come la Corte dei conti è stata considerata, dalla Corte costituzionale, il soggetto principe deputato alla verifica della costituzionalità delle leggi in base al parametro dell'art. 81 Cost., allo stesso modo l'Autorità potrebbe essere ritenuta il soggetto più idoneo a verificare la costituzionalità delle leggi *ex artt.* 41 e 117 Cost., soprattutto da quando la

⁷⁵ G. AMATO, *Conclusioni*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, 99.

⁷⁶ A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Astrid, Bologna, Il Mulino, 2010, 168 s. Continua l'Autore: «Il potere neutrale dell'Autorità si sostanzia nella formulazione di giudizi, sulla base di concetti giuridici indeterminati, la cui definizione nel caso concreto è dalla legge rimessa alla sua expertise. A fronte dell'esercizio di un simile potere, il giudice non può interferire, sovrapponendo integralmente la propria valutazione del caso concreto a quella formulata dall'Autorità. In altre parole, la legge determina la regola ed i criteri applicativi, ma ne delega la definizione ultima nelle concrete fattispecie ad un'amministrazione, con le caratteristiche d'indipendenza e qualificazione tecnica più volte richiamate. Ne consegue che il giudice non può che limitarsi ad esercitare su tale particolare attività d'individuazione del precetto nel caso concreto un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza, per il resto dovendo egli stesso riconoscere il qualificato giudizio tecnico-neutrale dell'Autorità».

⁷⁷ R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, CEDAM, 1994.

⁷⁸ V. MELI, *op. cit.*, 260.

⁷⁹ G. GRASSO, *op. cit.*, 345.

sua competenza orizzontale in materia di concorrenza è stata estesa a tutti i settori, compresi quelli che inizialmente, per vari motivi, le erano stati sottratti⁸⁰.

Secondariamente, si sottolinea che parte della dottrina affermi come il fondamento delle Autorità indipendenti risieda nei Trattati europei; in particolare, il fondamento dell’Autorità antitrust risiede nell’art. 3, comma 3, del TUE, il quale, testualmente recita: «L’Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale». Tale disposizione costituirebbe perciò il fondamento costituzionale (in senso sostanziale) della tutela del mercato e della concorrenza, come affidata all’Antitrust nazionale nel suo collegamento con la Commissione, quale Autorità garante della concorrenza a livello europeo⁸¹.

3.2. Requisiti oggettivi

Il primo requisito oggettivo richiesto dalla Corte costituzionale per essere legittimati a sollevare questione di costituzionalità quali giudici *a quo* è il fatto che l’attività svolta dal soggetto richiedente non si esaurisca in semplici attività amministrative, ma si caratterizzi per determinazioni finali che abbiano carattere di obiettività, decisorietà e definitività.

Del fatto che l’Autorità sia chiamata ad applicare la legge in modo obiettivo e in posizione di terzietà abbiamo già detto nel paragrafo precedente, quando sono stati passati in rassegna i requisiti soggettivi. Per ciò che concerne il carattere di decisorietà e definitività della decisione, si sottolinea che le decisioni dell’Autorità assumono la forma di provvedimenti volti a decidere una controversia, aventi ad oggetto autonome situazioni giuridiche soggettive, e che possono divenire definitive in quanto soggette ai gravami della legge (almeno nel caso dell’attività di *enforcement*).

Il secondo elemento richiesto è che l’attività dell’Autorità sia svolta tramite procedure che garantiscono il contraddittorio; in primo luogo, anche su questo punto si rimanda a quanto specificato nel paragrafo precedente riguardo alla separazione procedurale delle fasi istruttoria e decisoria all’interno dell’Autorità, evidenziando che, secondo parte della dottrina, la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti sarebbe da rinvenire proprio nella garanzia della partecipazione e del contraddittorio: infatti, «L’integrale rispetto delle garanzie partecipative consentirebbe (...), nel caso delle Autorità indipendenti, di colmare il deficit di legalità sostanziale che le caratterizza e di dare sostanza ad un diverso sistema di legittimazione, nel quale la ragione giustificativa “non discende dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale”⁸²».

⁸⁰ «L’Autorità è ormai assunta al rango di apparato investito di una competenza primaria orizzontale ad applicare le norme antitrust. Ciò dopo aver acquisito la competenza in materia anche nel settore della radiodiffusione e dell’editoria (nel 1997) e nel settore bancario (nel 2005), in precedenza attribuiti alle autorità di settore». M. CLARICH, *op. cit.*, 242.

⁸¹ B. CARAVITA, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi* n. 8/2017, 2 s.

⁸² F. MANGANARO, *op. cit.*, 4, che cita F. GAMBARDILLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 3154.

Anche per questo motivo, alle Autorità viene riconosciuto un più elevato livello di contraddittorio rispetto a quello previsto in generale per procedimento amministrativo dalla legge n. 241/90⁸³.

In secondo luogo, si richiama il fatto che sia ormai pacifico che le garanzie procedurali applicate nel corso dei procedimenti non si fondino soltanto su quanto previsto dal DPR n. 217/1998 e dalla l. 241/1990 sul procedimento amministrativo, ma anche, più a monte, da quanto previsto nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, più in generale, nel diritto comunitario⁸⁴.

In sintesi, dall'analisi svolta e dalle considerazioni appena esposte, è possibile affermare che gli elementi che contraddistinguono la natura dell'Autorità e lo svolgimento delle sue funzioni sembrano rispondere ai requisiti soggettivo e oggettivo richiesti dalla Consulta per essere legittimati a sollevare questione di costituzionalità in veste di giudice *a quo*.

Inoltre, andando oltre una lettura puramente formale delle sentenze della Corte, è possibile assumere, in linea con un'autorevole dottrina, una prospettiva più sostanziale, in base alla quale per comprendere quali soggetti siano legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale è necessario risalire alla *ratio* del giudizio incidentale nel processo costituzionale.

In base a tale dottrina, sarebbero legittimati a sollevare questione di costituzionalità quali giudici *a quibus* tutti i soggetti che si trovano in "posizione di intermediarietà" tra la sfera politica e quella dei diritti individuali, entrambe previste e garantite dalla Costituzione. Infatti, «il momento della giurisdizione è quello in cui vengono in contatto la *lex* (il diritto dal punto di vista del "politico") e gli *iura* (i diritti dal punto di vista della società), l'una e gli altri dovendo trovare un punto di contemperamento. Giudice e giurisdizione appaiono così il punto di congiunzione dello Stato-autorità e dello Stato-comunità, presso un soggetto, il giudice, che 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 le antinomie che in quel momento possono determinarsi e chiedere (alla Corte costituzionale) che vengano risolte»⁸⁵. L'Autorità, trovandosi in questa posizione di intermediarietà nel momento in cui applica le norme sulla concorrenza, sarebbe legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale: infatti, «nessuna pronuncia su posizioni soggettive dei singoli, specialmente se si tratta di pronunce idonee a divenire irrimediabili, cioè ad assumere una efficacia definitiva, analoga a quella del giudicato, può assumersi presso organi cui non spetti la legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità sulle leggi da applicare, affinché sia

⁸³ R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, 2005, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁴ G. BRUZZONE, A. SAIJA, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Astrid, Bologna, Il Mulino, 2010, 297. Continua l'Autore: La Corte di giustizia, pronunciandosi sui procedimenti antitrust della Commissione europea, ha fissato una serie di principi rafforzati di garanzia; al tempo stesso, ha chiarito che «le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano [...] gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie». Essi «di conseguenza, sono tenuti per quanto possibile ad applicare tali discipline nel rispetto delle esigenze ricordate».

⁸⁵ G. ZAGREBELSKY (1987), *op. cit.*, 573; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 96 ss.

eventualmente possibile investire la Corte costituzionale del problema del contemperamento tra la legge e i diritti»⁸⁶.

4. Principi della Corte di Giustizia sull'ammissibilità del rinvio pregiudiziale

Dopo aver esaminato i requisiti richiesti dalla Corte costituzionale per ottenere la legittimazione quale giudice *a quo*, è opportuno dedicare un approfondimento anche ai requisiti richiesti dalla Corte di Giustizia europea per valutare l'ammissibilità di un rinvio pregiudiziale da parte di una autorità giurisdizionale. Ciò per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo, perché l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea impone una riflessione ulteriore, che si estenda anche alla dimensione unionale, alla luce del ruolo svolto dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione del diritto comunitario. Infatti, come noto, nell'ordinamento europeo, l'unico organo in grado di fornire un'interpretazione autentica e vincolante del diritto dell'UE è la Corte di Giustizia (art. 19 TUE), cui si rivolgono gli organi giurisdizionali degli Stati membri tramite il meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del TFUE, al precipuo fine di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione della normativa europea in ogni Stato membro. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato potrebbe allora decidere di ricorrere ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia nel caso in cui si imbattersse, nel corso di un procedimento istruttorio, in una norma interna che, secondo il suo giudizio, contrasti con il diritto comunitario della concorrenza.

In secondo luogo, perché la Corte di Giustizia europea, diversamente dalla Corte Costituzionale, ha avuto modo di pronunciarsi, in un paio di occasioni, proprio sulla legittimità di un'Autorità di concorrenza come giudice *a quo* per la proposizione del rinvio pregiudiziale, utilizzando criteri piuttosto simili a quelli utilizzati dalla Consulta; risulta pertanto interessante esaminare come tali criteri siano stati declinati, nel caso delle Autorità di concorrenza, a livello comunitario.

Più in generale, benché l'eventuale possibilità per l'AGCM di ricorrere alla Corte di Giustizia non implichi automaticamente la legittimazione al ricorso alla Corte costituzionale⁸⁷ – essendo questi percorsi non necessariamente coincidenti – si ritiene tuttavia che i principi enunciati dalla Corte di Giustizia possano offrire dei validi criteri per valutare se, in certe circostanze, sia possibile riconoscere natura giurisdizionale all'Autorità.

Al fine di comprendere meglio i principi enunciati dalla Corte di Giustizia e perché una loro analisi è utile anche nell'ottica nazionale, appare opportuna una breve premessa sia sul ruolo che la tutela della concorrenza assume in ambito europeo, sia sull'evoluzione del rapporto tra l'ordinamento nazionale e quello unionale.

A livello europeo, infatti, la tutela della concorrenza riceve un alto riconoscimento nei Trattati: in particolare, oltre che nell'art. 3 TUE (che richiama l'istituzione di un mercato unico basato su

⁸⁶ G. ZAGREBELSKY (1987), *op. cit.*, 576.

⁸⁷ Corte Cost., sentenza n. 254 del 2004.

un'economia sociale di mercato fortemente competitiva), questa trova legittimazione nelle disposizioni che determinano scopi e mezzi dei vari settori di intervento delle politiche comunitarie (artt. 101 e ss. TFUE); nell'art. 120 TFUE ai sensi del quale «gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'«efficace» allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119»; e nel Protocollo n. 27, allegato al TUE e al TFUE, il cui considerando dispone che «il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» e ai sensi del quale viene attribuito all'Unione il potere di azione per perseguire tale fine.

Alla base di questa riflessione sulla (possibile e parziale) assimilazione da parte della Corte costituzionale dei principi affermati dalla Corte di Giustizia sui requisiti di ammissibilità del rinvio pregiudiziale, si pone anche il ruolo svolto dal diritto europeo, nonché dalla sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia, all'interno dell'ordinamento nazionale, oggetto di un'evoluzione tracciata da una cospicua giurisprudenza costituzionale e della Corte di Giustizia. In tale percorso la Corte Costituzionale ha manifestato una progressiva apertura all'ordinamento europeo, allineandosi sempre di più con la posizione della Corte di Giustizia. Infatti, a partire dalla sentenza n. 170/1984, la Corte Costituzionale ha riconosciuto il primato del diritto comunitario, che si realizza attraverso il potere-dovere del giudice comune di disapplicare le norme interne in contrasto con la normativa europea (regolamenti o altre norme direttamente applicabili), senza dover sollevare questioni di costituzionalità sulle prime.

Dopo tale pronuncia, i confini della questione sono stati modellati – ed estesi – in modo progressivo dalla Corte stessa, che ha specificato la diretta applicabilità anche delle sentenze interpretative e di inadempimento della Corte di giustizia⁸⁸, nonché delle direttive, allorché sia scaduto il relativo termine di recepimento ed esse risultino incondizionate e sufficientemente precise (c.d. direttive dettagliate)⁸⁹. Sul piano soggettivo, inoltre, la Corte Costituzionale ha aggiunto che la disapplicazione della normativa interna incompatibile con gli atti appena richiamati non spetta soltanto al giudice, ma anche alla pubblica amministrazione⁹⁰.

Nel contesto così delineato, alla luce della rilevanza della concorrenza nell'UE e della competenza dell'Autorità ad applicare direttamente le norme dei Trattati, si comprende meglio l'utilità di un'analisi dei principi che emergono dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla legittimazione delle autorità di concorrenza – quali “giurisdizioni” – a presentare domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

È infatti ogni organo giurisdizionale di uno Stato membro, chiamato a decidere nell'ambito di un procedimento destinato a concludersi con una decisione di carattere giurisdizionale, a poter sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale. Ne deriva che il soggetto che effettua

⁸⁸ Corte Cost., sentenza n. 113 del 1985; Corte Cost., sentenza n. 389 del 1989.

⁸⁹ Corte Cost., sentenza n. 64 del 1990; Corte Cost., sentenza n. 168 del 1991.

⁹⁰ Corte Cost., sentenza n. 389 del 1988.

il rinvio deve: a) appartenere a uno Stato Membro; b) avere le caratteristiche della giurisdizione. La mancanza di uno dei due requisiti comporta l'irricevibilità della questione.

Tuttavia, anche e soprattutto a livello europeo, la nozione di organo giurisdizionale non risulta univoca, a causa delle diverse forme organizzative dei vari ordinamenti degli Stati membri e delle differenti nozioni di giurisdizione rinvenibili in ognuno di essi. Per tale ragione, la Corte, superando i particolarismi degli ordinamenti interni, ha elaborato una nozione "autonoma" di giurisdizione⁹¹.

In particolare, la Corte di Giustizia si è pronunciata due volte sull'ammissibilità del rinvio promosso da un'autorità antitrust, considerando ricevibile il rinvio promosso dall'autorità spagnola⁹² per la concorrenza e irricevibile il rinvio dell'autorità di concorrenza greca⁹³.

Per comprendere le ragioni di tali diversi esiti, occorre analizzare quali elementi sono stati valorizzati e ritenuti determinanti dalla Corte di Giustizia.

Nel caso dell'autorità di concorrenza spagnola, all'epoca *Tribunal de Defensa de la Competencia*, la Corte non affronta nella sentenza la questione pregiudiziale della legittimazione dell'autorità – riconoscendola implicitamente ed – entrando direttamente nel merito dell'oggetto del rinvio. Tuttavia, nella relazione d'udienza, il giudice relatore, nel riportare le osservazioni scritte presentate dalla Commissione, descrive gli elementi che consentono di ritenere questo organismo conforme alla definizione di giudice dettata dal Trattato, nonostante il suo carattere amministrativo⁹⁴. In particolare, vengono valorizzati i seguenti elementi:

- il *Tribunal* è un'istituzione permanente istituita da una legge;
- i membri esercitano le loro funzioni in piena indipendenza e godono dell'inamovibilità;
- il *Tribunal* applica norme giuridiche;
- il procedimento ha carattere contraddittorio;
- il compito di istruire le pratiche, che incombe alla *Dirección General de Defensa de la Competencia*, è nettamente separato dalla decisione che il *Tribunal* pronuncia sulla controversia;
- le decisioni del *Tribunal* hanno effetti giuridici vincolanti *erga omnes*;
- l'attribuzione di una competenza propria nell'ambito amministrativo al *Tribunal* (sebbene, teoricamente, anche un giudice può essere investito di un ricorso diretto contro un accordo o una pratica anticoncorrenziale);

⁹¹ La natura giurisdizionale di un organo così come definita dalla Corte prende in considerazione le funzioni esercitate dall'organo e non il suo *nomen iuris* né l'inquadramento nel sistema giurisdizionale nazionale.

⁹² Corte UE, 16 luglio 1992, *Asociación Española de Banca rivada e a.*, C-67/91.

⁹³ Corte UE, 31 maggio 2005, *Syfait*, C-53/03.

⁹⁴ All'epoca dei fatti, risalenti al 1991, il *Tribunal* era un'autorità amministrativa indipendente disciplinata dalla *Ley de defensa de la competencia* n. 16 del 17 luglio 1989, di natura collegiale, i cui membri erano nominati dal governo su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze. Il compito principale del *Tribunal* era deliberare sui casi istruiti dalla *Dirección General de Defensa de la Competencia*, ma aveva anche funzioni consultive, di indagine e di studio. Contro le sue decisioni era previsto ricorso presso il tribunale amministrativo (Cfr. F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2001, 300 ss.). Nel 2013 l'autorità di concorrenza spagnola è stata oggetto di una riforma generale che ha sostituito alle sei principali autorità di garanzia e regolamentazione una sorta di unico macro regolatore che unisce le funzioni delle precedenti singole agenzie, la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

– la suscettibilità di gravame delle decisioni secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale spagnola.

Diversamente, nella sentenza sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Commissione ellenica per la concorrenza (*l'Epitropi Antagonismou*), la Corte affronta nella sentenza la questione pregiudiziale della natura giurisdizionale dell'istituzione. Sul punto, la Corte richiama la giurisprudenza costante in materia⁹⁵ secondo cui per valutare se l'organo rimettente possiede le caratteristiche di un giudice ai sensi della normativa europea, è necessario tener conto di un insieme di elementi: l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente⁹⁶.

La Corte non ha riscontrato nel caso di specie la sussistenza di tutti i requisiti suindicati, concludendo per la natura non giurisdizionale dell'*Epitropi Antagonismou*. Più specificamente, la Corte ha osservato che *l'Epitropi Antagonismou* è soggetta alla "tutela" del Ministro per lo sviluppo, il quale, entro certi limiti, può controllare la legittimità delle decisioni dell'organo, facendo venir meno l'indipendenza esterna.

Pertanto, sotto il profilo dell'indipendenza – esterna – personale e funzionale, sebbene questa sia legislativamente prevista per tutti i membri, la revoca o l'annullamento delle nomine non sono tutelate da particolari garanzie. Inoltre, il presidente, oltre ad essere competente per il coordinamento e la determinazione dell'indirizzo generale, è anche il superiore gerarchico del personale sul quale esercita il potere disciplinare.

Ulteriore elemento sottolineato dalla Corte è la mancanza di indipendenza interna, dovuta all'assenza di separazione funzionale tra l'organo decisionale e il suo segretariato – la struttura amministrativa che conduce le attività istruttorie (separazione che invece caratterizzava all'epoca dei fatti, il funzionamento dell'autorità spagnola).

Infine, la Corte ricorda che in quanto autorità garante della concorrenza, *l'Epitropi Antagonismou* è tenuta a lavorare in stretta collaborazione con la Commissione europea che può, ai sensi dell'art. 11, n. 6 del Reg. 1/2003, avocare a sé la competenza di un procedimento avviato dall'autorità nazionale, precludendo in tali casi che il procedimento avviato dall'autorità nazionale si risolva in una pronuncia giurisdizionale. Rispetto a tale elemento, tuttavia, si deve evidenziare come lo stesso non sia stato considerato nel rinvio promosso dall'autorità di concorrenza spagnola, sebbene l'art. 11, n. 6, confermi sostanzialmente quanto già disponeva l'art. 9, n.3 del precedente Reg. 17/62, applicabile *ratione temporis* a quest'ultima autorità.

Volendo estendere l'analisi alla giurisprudenza europea sulla natura giurisdizionale degli organi nazionali *a quo*, al di là delle ipotesi che hanno visto coinvolte autorità antitrust, è possibile

⁹⁵ Cfr., in particolare, sentenze 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, Racc. I-4961, punto 23; 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa e a., Racc. I-1577, punto 33; 30 novembre 2000, causa C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Racc. I-10497, punto 24, e 30 maggio 2002, causa C-516/99, Schmid, Racc. I-4573, punto 34.

⁹⁶ Corte UE, 31 maggio 2005, Syfait, C-53/03, I-4650, punto 29.

prendere le mosse dalla sentenza *Vaassen-Gobbels*⁹⁷, dove per la prima volta la Corte di Giustizia enuclea i requisiti determinanti per considerare giurisdizionale un organo: origine legale, carattere permanente, principio del contraddittorio, obbligatorietà e applicazione di norme giuridiche. Il requisito dell'indipendenza entra a far parte di questo novero a partire dal 1987⁹⁸, quando nella sentenza *Corbiau* la Corte la definisce la prima caratteristica di un giudice.

Costantemente richiamati, fino alla raccomandazione 2016/C 439/01 del 25 novembre 2016⁹⁹, tali requisiti sono stati diversamente declinati nella prassi della giurisprudenza della Corte. Infatti, nell'applicazione caso per caso, proprio il requisito dell'indipendenza è stato oggetto di un'interpretazione ondivaga che di volta in volta si è basata su una diversa accezione dell'indipendenza stessa.

Tra le pronunce significative si richiama la sentenza *Dorsch Consult*¹⁰⁰, in cui l'indipendenza è considerata con riguardo all'esercizio della funzione, che deve avvenire “in modo indipendente” e “responsabile”. Attraverso tale interpretazione, la Corte giunge a riconoscere la natura di organo giurisdizionale alla Commissione federale tedesca di sorveglianza sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, sulla base dell'applicazione analogica delle disposizioni essenziali dello statuto del giudice anche a membri della commissione. Ciò nonostante il forte legame tra la Commissione e la struttura organizzativa dell'Ufficio federale in materia concorrenza e con il Ministero dell'Economia, trascurando perciò del tutto l'aspetto della terzietà, che non può essere riconosciuto alla Commissione, e che dovrebbe invece caratterizzare l'organo indipendente.

In una successiva sentenza del 1999¹⁰¹, la Corte prosegue sulla stessa linea, ritenendo che fosse sufficiente a garantire l'indipendenza dell'Ufficio aggiudicazione appalti del Land Tirolo la sussistenza di una normativa che indicasse dettagliatamente le circostanze di astensione e che vietasse espressamente qualsiasi istruzione nei confronti dei membri dell'Ufficio. Anche in questo caso, la Corte non ha considerato la terzietà dell'organo come aspetto dell'indipendenza e, inoltre, non ha tenuto presente che nel caso di specie mancava una normativa dettagliata sull'astensione, revoca e ricusazione.

Nella sentenza *Gabalfrija*¹⁰², per il riconoscimento dell'indipendenza dei *Tribunales economico-administrativos* spagnoli, è stata considerata cruciale la separazione funzionale tra l'amministrazione incaricata della gestione, liquidazione e riscossione dei tributi e i detti *Tribunales* che si occupano dei reclami. Nella fattispecie in esame, tuttavia, l'avvocato generale contestava che l'imparzialità fosse desumibile da tale circostanza, in considerazione dell'inquadramento dei membri come funzionari dell'amministrazione e dell'assenza di norme a tutela dell'inamovibilità degli stessi, rimarcando, altresì, la natura amministrativa dei reclami.

⁹⁷ Corte UE, 30 giugno 1966, *Vaassen-Goebbels v Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, C-61/65

⁹⁸ Corte UE, 11 giugno 1987, *Pretore di Salò*, C-14/86 e Corte UE, 30 marzo 1993, *Corbiau*, C-24/92.

⁹⁹ Cfr. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:439:FULL&from=IT>.

¹⁰⁰ Corte UE, 17 settembre 1997, C-54/96.

¹⁰¹ Corte UE, 4 febbraio 1999, *Kollensperger e Atzwanger*, C-103/97.

¹⁰² Corte UE, 21 marzo 2000, C-147/98.

Non solo l'indipendenza, ma anche l'integrazione del contraddittorio ha subito una relativizzazione. Già nelle sentenze *Politi*¹⁰³ e *Birra Dreher*¹⁰⁴ la Corte riconosce implicitamente che ai sensi dell'art. 117 CEE (oggi art. 267 TFUE) non è necessario che la questione sia sollevata nell'ambito di un procedimento in contraddittorio. In due pronunce successive¹⁰⁵, la Corte stempera questo approccio, dichiarando che è maggiormente conforme al principio di buona amministrazione della giustizia il rinvio pregiudiziale solo nell'ambito di un procedimento in contraddittorio, tuttavia pone la questione in termini di opportunità, rimettendo la valutazione sulla necessità del contraddittorio al giudice *a quo*. Conseguentemente la CGUE ha ammesso rinvii in cui tale requisito non appare integrato, come nel caso di rinvii pregiudiziali in procedimenti senza parti (procedimenti penali nei confronti di ignoti)¹⁰⁶, ovvero in cui è integrato solo parzialmente¹⁰⁷.

Dalla sommaria ricostruzione della giurisprudenza¹⁰⁸ della Corte di Giustizia sulla legittimazione a ricorrere in generale e sui precedenti puntuali in tema di autorità antitrust, emerge l'elaborazione di un nucleo di requisiti essenziali per la definizione della natura giurisdizionale di un organo, assimilabili ai criteri enucleati allo stesso fine dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare, entrambe le istituzioni individuano come elementi definitori l'istituzione per legge, l'indipendenza, l'applicazione obiettiva di norme giuridiche, la garanzia del contraddittorio e la definitività della decisione.

Questi, tuttavia, vengono declinati elasticamente, soprattutto dalla Corte di Giustizia che ne dà un'interpretazione meno rigorosa rispetto alla Corte Costituzionale, per cui non è possibile trarre dalla giurisprudenza una definizione certa e univoca di organo giurisdizionale né sul piano europeo né su quello nazionale.

Nell'ordinamento europeo ne è un esempio il modo in cui viene interpretata l'indipendenza, intesa talvolta come indipendenza funzionale, altre come indipendenza di giudizio o ancora come non revocabilità del soggetto che esercita la funzione, giungendo così ad un'estensione della legittimazione: la definizione viene elaborata caso per caso.

D'altro canto questa elasticità nel definire i soggetti identificabili come organo (o autorità) giurisdizionale, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia è funzionale a favorire la promozione e la corretta applicazione del diritto dell'UE, così come, parallelamente, nel contesto nazionale

¹⁰³ Corte UE, 14 dicembre 1971, C-43/71.

¹⁰⁴ Corte UE, 21 febbraio 1974, C-162/73.

¹⁰⁵ Corte UE, 28 giugno 1978, *Simmenthal*, C-70/77 e Corte UE, 15 dicembre 1993, *Ligur Carni e a.*, cause riunite C-227/91, C-318/91 e C-319/91.

¹⁰⁶ Corte UE, 5 maggio 1977, *Pretore di Cento*, C-110/76 e Corte UE, 22 settembre 1998, *Pretura unificata di Torino*, C-228/87.

¹⁰⁷ Cfr. nota 14. Nella sentenza *Gabalfrisa*, la Corte ha ritenuto integrato il contraddittorio nel procedimento dinanzi i *Tribunales economico-administrativos* in cui gli interessati possono presentare memorie, prove a sostegno della propria domanda e chiedere che l'udienza sia pubblica, tuttavia tali possibilità sono limitate e subordinate a valutazioni discrezionali del *Tribunal*.

¹⁰⁸ Cfr. J.R. MEDAL, *Concept of a Court or Tribunal under the Reference for a Preliminary Ruling: Who can Refer Questions to the Court of Justice of the EU?*, in *European journal of legal studies*, Vol. 8, n. 1/2015, 104 ss.; e D.P. DOMENICUCCI, *Il meccanismo del rinvio pregiudiziale: istruzioni per l'uso*, in *Contratto e impresa/Europa*, n. 1/2014, 31 ss.

consente alla Corte Costituzionale di garantire un ampio controllo di legittimità costituzionale, soprattutto in quei casi in cui non vi sarebbe un altro soggetto idoneo a sollevare la stessa questione dinanzi la Corte, attraverso una valutazione dell'attività svolta in concreto e in date circostanze dall'organo *a quo*.

5. *L'Antitrust quale giudice a quo*

5.1. *La Corte costituzionale e l'Antitrust. Un legame sempre più stretto*

Col passare degli anni la tutela della concorrenza ha assunto, all'interno dell'ordinamento nazionale e internazionale, una legittimazione sempre maggiore, come emerge anche dalle pronunce della Consulta; allo stesso tempo, e più in generale, le stesse Autorità amministrative indipendenti, attraverso la loro attività e lo svolgimento delle loro funzioni, stanno progressivamente trovando una loro legittimazione “nei fatti”, se non “nella Carta costituzionale”, anche se parte della dottrina ha rilevato come recentemente sia stata istituita una nuova Autorità che gode del “rango costituzionale”¹⁰⁹. Da questo punto di vista, è stato evidenziato come riconoscere alle Autorità la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale sarebbe proprio un modo per sopperire alla loro mancata legittimazione costituzionale e per riportarle sotto il controllo della Corte¹¹⁰.

Per ciò che concerne, più specificatamente, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, appare utile ribadire come il suo legame con la Corte costituzionale sia presente fin dalla sua istituzione attraverso il richiamo all'art. 41 Cost. contenuto nell'art. 1 della l. 287/90 e come sia stato ulteriormente rafforzato con la nomina di Francesco Saja a primo presidente dell'Antitrust.

Il riferimento all'art. 41 Cost. ha avuto come effetto quello di indirizzare l'interpretazione dello stesso articolo della Costituzione, specificando che la tutela dell'iniziativa economica include anche la tutela della concorrenza, vale a dire «il diritto dell'imprenditore di non essere abusivamente impedito dal potere di mercato altrui nell'esercizio dell'attività di impresa»¹¹¹. L'Autorità percepì fin da subito in modo chiaro di essere interprete del deciso cambiamento del ruolo della concorrenza e del mercato nella costituzione economica italiana, in cui il rilievo riconosciuto alla

¹⁰⁹ Ci riferisce qui all'istituzione, con legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio. Cfr. M. CLARICH, *Intervento al convegno “Le Autorità amministrative indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, Roma, 28 febbraio 2013, 4.

¹¹⁰ «Il riconoscimento di ambiti in cui sussiste il potere-dovere di rimettere la questione alla Corte in capo alle autorità limita la (...) «deresponsabilizzazione» delle autorità che, nello spazio ipotetico di un legittimo accesso incidentale, potranno e dovranno porsi nei confronti di una legge di dubbia costituzionalità nel rapporto virtuoso, di cui alle remissione della questione, con la Corte costituzionale che «sindacherà» la legge come interpretata dall'“organo *a quo*” e, quindi, anche la bontà dell'attività ermeneutica svolta dall'autorità alla luce dei parametri costituzionali». A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 128.

¹¹¹ A. PERA, *Gli Anni della Fondazione: 1990-1994*, intervento al convegno *Le ragioni della Concorrenza: vent'anni di antitrust italiano*, Fondazione Luigi Einaudi, Roma, 26 Novembre 2010, 5; il testo è disponibile alla pagina www.agcm.it.

concorrenza, considerata non più fenomeno solo economico, ma anche sociale, si accrebbe: attraverso la tutela della libertà di iniziativa, infatti, si tutelava il diritto di ognuno a sviluppare la propria personalità e a affermare la propria dignità¹¹².

L'evoluzione nell'interpretazione dell'art. 41 Cost. viene definitivamente confermata nel 2001, con l'ingresso ufficiale della "tutela della concorrenza" nella Costituzione che, all'art. 117, la nomina fra le competenze attribuite allo Stato (competenze la cui ripartizione non ha un mero valore formale, ma che devono essere invece interpretate in senso sostanziale come "funzioni" attribuite allo Stato e che, come tali, implicano il potere/dovere di curare determinati interessi¹¹³).

In anni ancora più recenti, soprattutto a partire dal Governo Monti, il legame fra l'Antitrust e la Corte costituzionale è andato progressivamente rafforzandosi: se, da un lato, la Consulta ha consolidato la sua giurisprudenza in materia di concorrenza, nella sua duplice accezione di tutela e promozione della concorrenza, dall'altro l'Autorità è stata dotata di nuovi strumenti di intervento che hanno potenziato la sua attività e l'hanno "avvicinata" alla stessa Corte costituzionale. Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 21-*bis* della l. 287/90, che permette, laddove si ritenesse necessario, di sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale nel corso di un processo di fronte al Tar¹¹⁴; nonché, in secondo luogo, all'art. 4 del d.l. 1/2012, che consente all'Autorità di rilasciare pareri alla Presidenza del Consiglio, su impulso di quest'ultima, con i quali si mettono in rilievo profili di incostituzionalità di leggi regionali contrarie alla concorrenza. Soprattutto grazie a quest'ultimo strumento, più volte utilizzato nel corso dell'anno, i rilievi mossi dall'Autorità alle leggi regionali che violano la concorrenza giungono, per il tramite della Presidenza del Consiglio, di fronte alla Consulta¹¹⁵.

Per mezzo di tale collaborazione sono state dichiarate incostituzionali diverse leggi regionali giudicate anticoncorrenziali dall'Autorità e si è consolidato quel processo che ha portato ad

¹¹² A. PERA, *op. cit.*, 30. Continua l'Autore: «Nella sua prima relazione letta, Saja sosteneva che «un'organizzazione economica decentrata nella quale siano rispettate le regole del libero mercato garantisce agli individui una piena libertà di iniziativa economica e consente alle imprese più efficienti di emergere e quindi di rispondere alle esigenze dei consumatori. Un regime di concorrenza implica inoltre che gli operatori economici siano pienamente responsabili delle proprie azioni, senza dipendere da interventi esterni, e assicura che i loro comportamenti siano valutati in maniera trasparente e impersonale. Esso pertanto contribuisce a mantenere viva la fiducia dei cittadini a che i loro sforzi di miglioramento e di progresso possano essere equamente compensati nel mercato, garantendo per questo aspetto pari opportunità a tutti i membri della società». In questo modo indicava che la tutela della concorrenza non era un semplice insieme di norme volte a far funzionare meglio i mercati o tutelare qualche classe di operatori, ma un principio ispiratore il funzionamento della economia e della società».

¹¹³ M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2014, 504.

¹¹⁴ È già accaduto, del resto, che il Tar (Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; id, 20 febbraio 2015, n. 2896) abbia posto, su richiesta dell'Autorità, questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Il caso è originato da una segnalazione ai sensi dell'art. 21-*bis*, AS913 – *Disposizioni in materia di trasporto*.

¹¹⁵ In base a quanto pubblicato dalla stessa Autorità Antitrust, il tasso di accoglimento dei ricorsi presentati dalla Presidenza del Consiglio dei ministri alla Corte costituzionale avverso leggi regionali che violano i principi concorrenziali della Costituzione, e per le quali la stessa Antitrust ha espresso parere favorevole all'impugnazione, è superiore all'80%. Cfr. *Esiti dell'attività di advocacy nel biennio 2015-2016*, 9, pubblicato a giugno 2017 sul sito www.agcm.it.

innalzare la concorrenza a valore costituzionalmente protetto, non solo nelle lettere della Carta costituzionale, ma anche nella giurisprudenza della Corte.

5.2. Il ricorso in via incidentale alla Corte costituzionale da parte dell'Antitrust: i "requisiti teorici"

A quasi trent'anni dall'istituzione dell'Autorità, periodo nel quale la cultura pro-concorrenziale è andata progressivamente diffondendosi nel Paese e i principi del libero mercato sono stati via via affinati e definiti, appare opportuno rinsaldare ulteriormente il legame fra Antitrust e Corte costituzionale riconoscendo alla prima la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte alla seconda. Pur riconoscendo che tale legittimazione, in assenza di una norma di legge specifica (già richiesta, come visto, da alcuni Presidenti dell'Autorità) debba essere limitata a casi specifici e molto particolari, sembra allo stesso tempo di poter affermare che, come emerso dall'analisi svolta in questo lavoro, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato possano essere riconosciuti i requisiti richiesti dalla Corte per i giudici *a quo*.

In particolare, da un punto di vista soggettivo, l'Autorità è un organo dotato di ampie garanzie di indipendenza, sia esterna (grazie, ad esempio, ai meccanismi di nomina dei membri del Collegio e del Presidente, nonché alla durata del loro mandato), che interna (si pensi al ruolo affidato dalla legge al Segretario Generale, nonché alla separazione dell'attività istruttoria da quella decisoria disciplinata dal DPR n. 217/1998); è un organo dotato di autonomia dal potere politico e di neutralità nello svolgimento delle proprie funzioni; la propria funzione, infine, trova una garanzia sia nell'ordinamento nazionale (con l'art. 41 Cost. e con l'art. 117 Cost.), che internazionale (con i principi fondamentali del TUE che richiamano la necessità di fondare l'Unione europea su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, la cui tutela è demandata alla Commissione europea e alle Autorità nazionali della concorrenza).

Allo stesso tempo, per ciò che concerne il requisito oggettivo, l'Autorità applica la legge in modo obiettivo e in posizione di terzietà, alla stregua del sillogismo giudiziario; i suoi provvedimenti hanno carattere di decisorietà e definitività; i procedimenti davanti all'Autorità si svolgono nella forma e con le garanzie proprie del contraddittorio.

Tali requisiti, come visto, sono molto simili a quelli richiesti dalla Corte di Giustizia europea (che, diversamente dalla Corte Costituzionale, si è pronunciata in un paio di occasioni proprio sulla legittimità di un'Autorità di concorrenza come giudice *a quo* per la proposizione del ricorso) per riconoscere la natura giurisdizionale e, conseguentemente, la legittimazione a proporre il rinvio pregiudiziale.

A tali considerazioni bisogna aggiungere il fatto che, almeno in alcuni specifici casi, l'Antitrust appare come l'istituzione meglio posizionata per sollevare questione di legittimità costituzionale e sottoporre all'attenzione della Consulta leggi che, altrimenti, sarebbero difficilmente sottoposte al vaglio di costituzionalità. Ci si riferisce qui a leggi che, in primo luogo, l'Autorità è chiamata ad

applicare, nello svolgimento delle proprie funzioni di *enforcement*, nel corso di istruttorie che coinvolgono soggetti che svolgono attività di impresa.

In secondo luogo, sono leggi che impongono, legittimano o, quanto meno, facilitano, condotte qualificabili come abusi di posizione dominante o cartelli fra imprese che operano in un certo settore e che contrastano, pertanto, con le norme sulla concorrenza e con gli artt. 41 e 117 Cost.

In terzo luogo, sono leggi dello Stato che, pertanto, non possono essere impugnate in via diretta dalle Regioni (essendo la materia tutela della concorrenza a competenza esclusiva statale *ex art.* 117, secondo comma, lettera *e*) della Costituzione, mentre, viceversa, le leggi regionali potrebbero, sulla base dello stesso articolo, essere impugnate dallo Stato di fronte alla Consulta).

In quarto luogo, e più in generale, sono leggi che difficilmente potrebbero finire impuginate davanti alla Corte costituzionale anche in via incidentale: potrebbe infatti essere arduo, per un'impresa che volesse entrare in un settore in caratterizzato dalla presenza di un cartello strettamente disciplinato dalla legge, intentare una causa civile e dimostrare il danno (potenziale) subito riconducibile a tale struttura di mercato.

In sintesi, sembra di poter affermare che queste leggi appartengano, in buona sostanza, al gruppo di quelle norme che l'Autorità potrebbe disapplicare per violazione dei principi europei sulla concorrenza¹¹⁶ e che, allo stesso tempo, potrebbero essere giudicate anche incostituzionali dalla Consulta per violazione dei principi contenuti agli articoli 41 e 117 Cost¹¹⁷.

Come è stato già sottolineato, queste leggi potrebbero essere oggetto di un vaglio di costituzionalità di fronte alla Consulta in sede di successivo ricorso davanti al giudice amministrativo, che potrebbe rimettere la questione alla Corte costituzionale. Allo stesso tempo, è opportuno evidenziare, in primo luogo, che l'impugnazione davanti al giudice amministrativo potrebbe anche non esserci, stabilizzandosi in tal modo gli effetti prodotti da una decisione basata sull'applicazione da parte dell'Autorità di una legge (eventualmente) incostituzionale; e, in secondo luogo, che anche in caso di impugnazione, la decisione dell'Autorità potrebbe portare ad effetti difficilmente reversibili rispetto alla lesione dei diritti¹¹⁸.

¹¹⁶ Si veda, a titolo di esempio, quelle citate alla nota 4.

¹¹⁷ In questo senso, il caso più famoso è quello concluso dall'Autorità nel 2000 nei confronti del Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF). L'istruttoria era stata avviata ai sensi degli articoli 85 e 86 del Trattato CE (oggi artt. 101 e 102 TFUE) nei confronti, tra gli altri, del Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) e delle singole imprese consorziate¹¹⁷. Il CIF, istituito con il Regio Decreto 11 marzo 1923, n. 560, era un consorzio che raggruppava la totalità delle imprese italiane produttrici di fiammiferi al fine della commercializzazione di fiammiferi e con il compito di pagare all'Erario la relativa imposta di fabbricazione. Il caso è stato oggetto della storica e già ricordata sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee che ha riconosciuto alle Autorità nazionali di concorrenza la possibilità di disapplicare il diritto nazionale in contrasto con il diritto comunitario sulla concorrenza (Corte di giustizia delle comunità europee, sentenza 9 settembre 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, causa C-198/01). Per un commento, si rinvia a S. CASSESE, *Il diritto comunitario prevale sul diritto amministrativo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11/2003, 1132 ss.

¹¹⁸ A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 148.

5.3. Un caso concreto: il Consiglio Notarile di Milano

E proprio in un caso in cui si sarebbe potuto optare per la disapplicazione di alcune norme, in contrasto con i principi sulla concorrenza, l'Antitrust ha deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte alla Consulta ritenendo questa, come vedremo, la strada migliore per addivenire ad una soluzione certa e definitiva del caso.

Come accennato in apertura di questo lavoro, il caso riguarda un procedimento istruttorio avviato nel gennaio 2017 nei confronti del Consiglio Notarile di Milano (CNM), volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990¹¹⁹. Ad avviso degli uffici dell'Autorità, tale intesa sarebbe stata realizzata, in primo luogo, attraverso la richiesta a tutti i notai del distretto di dati concorrenzialmente sensibili, al fine di far emergere le posizioni di preminenza economica, e, in secondo luogo, attraverso iniziative disciplinari nei confronti dei notai del distretto che si erano contraddistinti per la loro produttività e le loro performance economiche, accompagnate da attività segnaletica volta a dare risalto a tali iniziative.

Come si può leggere nell'ordinanza di remissione, «la condotta, su cui verte l'accertamento, consiste (...) nell'utilizzo strumentale, da parte del Consiglio Notarile di Milano, di atti asseritamente prodromici all'esercizio della funzione di vigilanza», la cui reale finalità sarebbe, invece, quella di impedire ai notai (in particolare, come già precisato, a quelli più performanti) del distretto di Milano, Lodi, Monza, Busto Arsizio e Varese «l'acquisizione di elevate quantità di lavoro – ricorrendo alla leva prezzo e/o a modalità innovative di offerta – con l'intento di riportare le posizioni economiche dei singoli notai in linea con la media del distretto, in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287 del 1990».

Nel corso dell'istruttoria – grazie anche, secondo alcuni Autori, al clima di fine legislatura¹²⁰ – la l. n. 205 del 2017 ha introdotto, nelle more dell'adozione della decisione finale, l'articolo 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, ai sensi del quale «Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287».

L'articolo 8, comma 2, della legge n. 287/1990 prevede, a sua volta, che «Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati».

¹¹⁹ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 1803 – *Condotte restrittive del Consiglio notarile di Milano*, provvedimento n. 26327, in *Bollettino* n. 2/2017.

¹²⁰ C. SCARPA, *Anche i notai all'assalto della concorrenza*, articolo pubblicato il 19 dicembre 2017 su www.lavoce.info.

Il combinato disposto delle norme, di non immediata comprensione¹²¹, ha avuto una ricaduta diretta sul procedimento I803, ancora in corso nel momento dell'entrata in vigore della legge n. 205/2017.

Gli uffici dell'Autorità hanno evidenziato nella Comunicazione delle risultanze istruttorie che l'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, nella parte in cui richiama l'art. 8, comma 2, l. n. 287/90, avrebbe dovuto essere necessariamente interpretato in senso costituzionalmente e comunitariamente orientato, ovvero in maniera conforme alle norme e ai principi comunitari in materia di concorrenza, ai sensi sia dell'art. 1, comma 4, della l. n. 287 del 1990, che dell'art. 117, comma 1, Cost.

Per ciò che concerne i principi comunitari, l'art. 106, par. 2, TFUE, secondo la costante interpretazione della Corte di giustizia europea¹²², limita l'applicazione delle norme antitrust alle condotte di imprese incaricate dalla legge della gestione di servizi di interesse economico generale solo in via eccezionale e una volta superato il test di proporzionalità; secondo gli uffici dell'Autorità, da ciò discenderebbe che la deroga contenuta all'art. 8, comma 2 – letta alla luce dell'art. 106, par. 2 TFUE – non permetterebbe di sottrarre in via generale e astratta un intero segmento di attività dall'ambito di applicazione delle norme antitrust.

Contrariamente, nel caso in cui si volesse attribuire un'interpretazione o dare un'applicazione dell'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, che richiama l'art. 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, diversa da quella costituzionalmente e comunitariamente orientata, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sarebbe tenuta alla sua disapplicazione per contrarietà ai principi di cui agli articoli 101 e 106 TFUE letti congiuntamente all'articolo 4 par. 3 TUE e al protocollo n. 27 TUE sul mercato interno e la concorrenza (*ex art. 3 lett. f) TCE*).

L'interpretazione fornita dagli uffici dell'Autorità non è stata condivisa dal CNM il quale, sia nella propria memoria finale che nel corso dell'audizione dinanzi al Collegio, ha, al contrario, utilizzato la disposizione in esame per affermare l'asserita incompetenza dell'Autorità a giudicare le condotte oggetto di istruttoria.

In particolare, secondo il CNM l'esercizio del potere-dovere di vigilanza disciplinare è funzione pubblicistica sottratta all'applicazione della normativa antitrust e al sindacato dell'Autorità e l'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 non farebbe che codificare un principio immanente nell'ordinamento, secondo cui il Consiglio notarile che assume l'iniziativa del procedimento disciplinare, affidatagli dalla legge notarile, esercita la gestione di servizi di interesse economico

¹²¹ Cfr. ad esempio, la pubblicazione del SERVIZIO DEL BILANCIO DEL SENATO, il quale, nella *Nota di lettura A.S. 2960-B: "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020"*, Edizione provvisoria, Dicembre 2017, n. 198, commentando il comma della Legge di bilancio che ha introdotto tale norma, afferma: «Il comma, aggiunto dalla Camera dei deputati, interviene sulla legge notarile (legge n. 89 del 1913), per novellarne l'articolo 93-ter, relativo al promovimento dell'azione disciplinare nei confronti dei notai. L'emendamento riguarda gli atti funzionali a tale azione ai quali andrebbe applicato l'art. 8, comma 2, della legge sulla concorrenza e il mercato (legge n. 287 del 1990). La disposizione richiamata, relativa alle "imprese pubbliche e in monopolio legale", appare tuttavia irriferribile al procedimento disciplinare notarile (enfasi aggiunta)».

¹²² Corte di giustizia, causa C-127/73, BRT/SABAM, Racc. 1974, 25, e Tribunale, causa T-128/98, Aéroports de Paris, Racc. II-2000, 290.

generale ed è perciò esente dall'applicabilità delle norme antitrust, ai sensi dell'art. 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, come affermato in una sentenza della Cassazione¹²³ ripresa, successivamente, da un'ordinanza della Corte d'Appello Milano, sez. I, del 6 aprile 2018¹²⁴.

A fronte dell'interpretazione della norma proposta dal CNM, nel corso dell'audizione finale dinanzi al Collegio gli uffici istruttori dell'Autorità hanno rappresentato che «a seguire l'impostazione data dal CNM, la norma debba essere disapplicata, ai fini e per gli effetti del caso di specie, per contrarietà alle norme qui citate (art. 101 e art. 106 TFUE, ndr.), e che essa potrebbe porre profili di incostituzionalità».

Tale interpretazione è stata tuttavia confermata dal CNM nel corso della stessa audizione¹²⁵.

Come specificato nell'Ordinanza di remissione, le divergenze interpretative emerse nel corso dell'istruttoria riguardo all'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, che richiama l'articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, sono state ritenute tali da aver «creato un contesto di incertezza in ordine alla competenza dell'Autorità ad esercitare i poteri di cui alla l. n. 287 del 1990 avverso condotte dei Consigli notarili che, benché adottate nel formale contesto dell'attività di vigilanza, non ne condividono le finalità di tutela di interessi pubblici e che, in quanto incidono sulle attività economiche dei notai, sono suscettibili di rilevare ai sensi di tale legge».

L'Autorità ha ritenuto che l'interpretazione del citato articolo 93-ter e dell'articolo 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990 avanzata dal CNM mettesse effettivamente in discussione la sua competenza relativamente ad un intero segmento di attività.

Inoltre, la questione della legittimità costituzionale della norma in questione è stata ritenuta rilevante ai fini della conclusione del procedimento I803, in quanto dalla soluzione della stessa dipende la possibilità che il Collegio dell'Autorità eserciti i propri poteri decisionali sul merito della fattispecie.

¹²³ Cass. civ., sez. II, 5 maggio 2016, n. 9041.

¹²⁴ Tale Ordinanza, in particolare, nel riprendere la citata sentenza della Cassazione del 2016, espressamente aggiunge che le norme *antitrust* «devono ritenersi inapplicabili agli organi del Consiglio notarile, che, quando esercitano la funzione disciplinare, non regolano l'attività economica svolta dai notai nell'offrire servizi sul mercato, ma, con prerogative tipiche dei pubblici poteri, adempiono, in sostanza, a una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà (...)». Rispetto al nuovo art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, l'Ordinanza prosegue affermando che «l'esenzione dall'applicazione diretta delle regole antitrust e dal potere di intervento sanzionatorio dell'AGCM concerne proprio gli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare», in quanto i Consigli notarili distrettuali, «limitatamente all'esercizio della vigilanza, (...) non regolano i servizi offerti dai notai sul mercato, ma esercitano prerogative tipiche dei pubblici poteri. A bene vedere, quindi, con la modifica normativa in commento, il legislatore ha inteso emanare una norma di interpretazione autentica di una previsione già vigente».

¹²⁵ Come risulta dall'Ordinanza di remissione alla Corte costituzionale, a conclusione di tale audizione, il Presidente dell'Autorità ha chiesto al CNM «di precisare se intenda o meno confermare, alla luce di quanto emerso nel corso della presente audizione, la lettura dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge notarile, secondo cui tale norma precluderebbe ogni sindacato dell'Autorità nel caso di specie». Il CNM ha risposto in senso affermativo, ribadendo di voler invocare «a copertura della condotta così come individuata nella CRI, la previsione dell'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 e il corrispondente orientamento della Corte di cassazione. Tale norma, tale orientamento e il relativo principio proprio della Repubblica Italiana sono infatti pienamente vigenti e sono oltretutto perfettamente compatibili con l'art. 106 TFUE».

L'Autorità ha, pertanto, deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte alla Consulta; con riferimento al caso di specie, ha infatti ritenuto che la questione della sussistenza o meno della propria competenza ad esercitare – nel caso specifico – i poteri di cui alla l. n. 287/90, alla luce dell'articolato quadro normativo e giurisprudenziale coinvolto, dovesse essere sciolta in via definitiva dal giudice preposto a verificare la costituzionalità delle leggi.

Più in particolare, l'Autorità ha ritenuto non manifestamente infondato un dubbio di costituzionalità dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della l. n. 89 del 1913 e dell'articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990 in relazione ai parametri costituzionali di cui agli articoli 3, 41 e 117, comma 1, Cost.

In primo luogo, è stato rilevato un possibile contrasto di tali norme – così come interpretate dal CNM – con l'art. 3 Cost., per violazione del principio di ragionevolezza, e con l'art. 41 Cost., in quanto sottrarrebbero un intero segmento di attività all'applicazione delle disposizioni della legge n. 287 del 1990, in assenza di qualsiasi valutazione circa il carattere necessario e proporzionato di tale deroga.

Secondo l'Autorità, infatti, l'articolo 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 sacrificerebbe «il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza e, per tale via, della libertà di iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 Cost., senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza». Pur riconoscendo ai Consigli notarili e agli ordini professionali in genere, l'esercizio di una funzione disciplinare, l'Autorità valuta lo strumento introdotto dal legislatore come del tutto sproporzionato alla finalità perseguita in quanto, anziché consentire un equilibrio fra interessi diversi, avrebbe come effetto quello di eliminare del tutto la libertà di iniziativa economica privata.

In secondo luogo, ad avviso dell'Autorità gli articoli 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 e 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, così come interpretati dal CNM, sarebbero anche in contrasto con l'art. 41 Cost., che tutela la libertà di iniziativa economica privata – della quale la tutela della concorrenza costituisce una delle articolazioni fondamentali – in quanto ne precluderebbero l'esplicarsi, senza che il sacrificio di tale libertà trovi il proprio fondamento in esigenze di utilità sociale, come, invece, prescritto dal comma 2 dell'art. 41 Cost.

Inoltre, l'Autorità ha rilevato nella propria ordinanza che per non risultare in contrasto con l'ordinamento comunitario e, in particolare, con il principio che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata»¹²⁶, qualsiasi misura legislativa che introduca una limitazione a tale principio assume carattere derogatorio ed eccezionale, con la conseguenza che, per essere legittima, deve costituire «la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi (Corte cost., sent. n. 270 del 2010)».

A tal proposito, come già messo in evidenza, l'Autorità ha ritenuto che la misura introdotta con l'articolo 93-ter, comma 1-bis, della l. n. 89 del 1913, non fosse né necessaria, né proporzionata rispetto alla finalità pubblica da essa perseguita, la quale potrebbe essere «soddisfatta mediante una

¹²⁶ Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che ha confermato l'art. 3, lettera g, del Trattato CE.

valutazione da svolgersi caso per caso circa la rilevanza dell'attività svolta dai consigli notarili ai fini della vigilanza sull'attività dei notai e in merito all'applicabilità delle disposizioni della legge n. 287 del 1990». Al contrario, l'esenzione generale disposta dall'articolo 93-ter, comma 1-bis della l. n. 89 del 1913, impedendo tale valutazione, sacrifica ingiustamente ed arbitrariamente la libertà di iniziativa economica privata, risultando in palese violazione dell'articolo 41 Cost.

In terzo e ultimo luogo, le stesse norme oggetto della questione di legittimità, contrasterebbero con l'art. 117, comma 1, Cost., secondo cui la competenza legislativa deve essere esercitata «nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Ad avviso dell'Autorità, tali norme sarebbero in aperto contrasto con l'ordinamento comunitario. Infatti, poiché l'art. 106, par. 2, TFUE, come già ricordato, ammetterebbe deroghe alle disposizioni in materia di concorrenza solo qualora esse risultino necessarie per garantire l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, richiedendo un test di proporzionalità, sarebbe esclusa la possibilità di sottrarre in via generale e astratta un intero settore di attività dall'ambito di applicazione delle norme *antitrust*, dovendosi procedere, piuttosto, ad una valutazione caso per caso.

6. Alcune riflessioni conclusive

In conclusione, alla luce di quanto illustrato in questo lavoro, pare di poter affermare che se, da un lato, l'Antitrust, nel rispetto dell'art. 102 Cost., non può essere considerata un giudice *tout court*, dall'altro essa potrebbe esserlo «ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953», come già accaduto per la Corte dei conti nella già più volte citata sentenza n. 226/1976, e in quelle successive che ad essa fanno riferimento; ciò appare ancora più plausibile laddove la Corte decida di adottare, nel momento in cui sarà chiamata a verificare la presenza contestuale dei requisiti oggettivo e soggettivo richiesti ai giudici *a quo*, un approccio sostanziale e non formale, come già fatto in alcune sue pronunce. Così facendo, in passato è stato possibile garantire l'effettività del sindacato di costituzionalità nei casi in cui la legge sia stata applicata da soggetti ricadenti in una delle "zone grigie", a metà fra amministrazione e giurisdizione, dove molto probabilmente deve essere collocata, appunto, l'Antitrust.

Il caso dei notai si presta in modo particolare a far sollevare, da parte dell'Antitrust, questione di legittimità costituzionale: come visto, il contrasto della norma rimessa alla Corte con i principi costituzionali della ragionevolezza, della proporzionalità e della libertà di iniziativa economica appaiono rilevanti per la risoluzione del caso e non manifestamente infondati. Inoltre, se si fosse valutata la possibilità di ricorrere ad una interpretazione delle norme conforme a Costituzione, in linea con i più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale¹²⁷, si sarebbe giunti alla conclusione che fosse necessario disapplicarle. Al di là della inopportunità di sottoporre l'Autorità

¹²⁷ S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 71 ss.

all'esercizio dell'interpretazione conforme della disciplina legislativa attributiva della competenza della stessa Autorità¹²⁸, la disapplicazione sarebbe probabilmente stata, in questo caso, particolarmente inefficace: infatti, altri casi simili a quello oggetto del procedimento I803 avrebbero potuto sorgere, almeno potenzialmente, in ognuno dei consigli notarili distrettuali presenti in Italia. Come noto, infatti, la disapplicazione avrebbe avuto effetto solo sul caso di specie, senza risolvere la questione in via generale.

Inoltre, come è stato sottolineato, «un ricorso improprio (perché “forzato”) alla tecnica dell'interpretazione conforme, o anche all'istituto della disapplicazione, non appaga l'esigenza di tutela del principio di costituzionalità, sottrae in definitiva spazio alla Corte e frantuma il sindacato di costituzionalità all'origine, nel senso che la questione è di fatto decisa da chi applica la legge al caso concreto e non dal giudice della legge»¹²⁹.

La strada del ricorso in via incidentale alla Consulta, pertanto, rimaneva, nel caso di specie, la più efficace e ragionevole da percorrere.

A questo punto, dopo l'Ordinanza di remissione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sarà la stessa Corte costituzionale ad essere chiamata a diradare le nebbie che avvolgono una di queste “zone grigie” di confine fra amministrazione e giurisdizione e a valutare, in particolare, se l'Antitrust si colloca in posizione di intermediarietà tra la sfera politica e quella dei diritti individuali, fra la *lex* e gli *iura*, oppure no. Va da sé che, in base alla pronuncia della Consulta, si capirà se effettivamente è iniziata, per il giudizio incidentale, una stagione caratterizzata da nuove coordinate teoriche e istituzionali, diverse rispetto a quelle valide solo quindici anni fa, come alcune recenti sentenze (la n. 1/2014 e la n. 35/2017, sulla legittimità costituzionale della legge elettorale; la n. 10/2015, sulla c.d. *Robin Tax*) lascerebbero presupporre¹³⁰.

¹²⁸ «Le autorità, nel ricorrere all'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina legislativa del settore, dovrebbero essere in grado di meglio individuare, tra le diverse opzioni ermeneutiche possibili, quella che meglio si ricolleggi ai bilanciamenti ragionevoli tra gli interessi costituzionali coinvolti nel settore. Diversa, invece, la situazione in cui l'attività ermeneutica dell'interpretazione conforme abbia ad oggetto la stessa disciplina legislativa della competenza dell'autorità. Nel senso che forse è possibile immaginare che si sviluppi davanti alla autorità una tendenza ad escludere e a considerare non conformi a Costituzione, norme che semmai riducano, piuttosto che amplino, la sfera di attribuzione delle autorità stesse». A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 170 s.

¹²⁹ A. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 174 s.

¹³⁰ Sul punto, si rimanda a G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica 2017.