

4 LUGLIO 2018

L'Autorità Garante della Concorrenza
e del Mercato e le vie dell'accesso al
giudizio di costituzionalità sulle leggi in
via incidentale

di Luisa Cassetti

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Perugia



L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale *

di **Luisa Cassetti**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Perugia

Sommario: **1.** Premessa. **2.** L'accesso alla Corte nel giudizio sulle leggi in via incidentale: i presupposti (soggettivo e oggettivo) nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. **2.1.** La legittimazione «ai limitati fini ...della proposizione della questione di costituzionalità». **3.** Profilo soggettivo e oggettivo dell'AGCM (come giudice *a quo*). **3.1.** Indipendenza, neutralità e funzioni “decisorie” dell'AGCM. **3.2.** L'estensione delle funzioni attribuite all'AGCM e la sua *mission* originaria. **4.** La complessità delle funzioni attribuite all'AGCM e la possibilità di essere giudice *a quo* «ai limitati fini»: la prospettiva di sistema legata alla possibile apertura di un dialogo diretto con le autorità indipendenti in virtù della loro capacità di operare all'interno di settori sensibili a difesa di diritti e garanzie costituzionali.

1. Premessa

Quando i giudici costituzionali esamineranno l'ordinanza di rimessione con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha sollevato questione di costituzionalità dell'art.93-ter, comma 1 bis della Legge notarile (introdotto dalla legge 27 dicembre 2017, n.205), avranno l'opportunità di interrogarsi sul ruolo di un organo che presidia la libertà di concorrenza (in attuazione degli articoli 41 e 117, co.2, lett. e) Cost.) ed è al contempo essenziale nodo di raccordo per la realizzazione delle regole e della politica *antitrust* europea (artt.101 ss. TFUE).

La norma denunciata esclude l'applicazione delle regole e dei controlli *antitrust* per gli atti funzionali all'esercizio del potere disciplinare nei confronti dei notai in virtù della natura di “servizio di interesse economico generale” riconosciuto a quelle attività di vigilanza in virtù del richiamato art.8 L.n.287 del 1990 ¹: quest'ultima disposizione, in armonia con quanto previsto dall'art.106, par.2, TFUE, prevede infatti che le regole *antitrust* nazionali «non si applicano alle imprese che, per disposizione 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».

* Intervento al Seminario ad inviti organizzato da *federalismi* il 21 giugno 2018 sull'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dinanzi la Corte costituzionale.

¹ AGCM, 1803-Condotte restrittive del Consiglio Notarile di Milano, *Ordinanza* n.1 del 3 maggio 2018, pubblicata in www.agcm.it il 7 maggio 2018 e nel Bollettino, Anno XXVIII, n.17 del 7 maggio 2018.

La novella legislativa è stata introdotta in prossimità della decisione finale del Collegio dell'AGCM in merito ad un'istruttoria avviata a seguito di una denuncia per sospetta violazione del divieto di intese (art. 2, l. n.287 del 1990) a carico delle iniziative e degli atti di “vigilanza” posti in essere dal Consiglio Notarile di Milano al fine di limitare l'azione di quei notai che, avendo acquisito consistenti quantità di lavoro, non apparivano in linea con la media del distretto.

La decisione dell'AGCM di sollevare questione di costituzionalità, per sospetta violazione degli articoli, 3,41 e 117, comma 1 Cost., è legata alla posizione assunta dal Consiglio Notarile di Milano che, non condividendo l'interpretazione (rigorosa, in conformità con i principi costituzionali e comunitari sulla concorrenza) offerta dagli Uffici istruttori dell'AGCM, ha opposto l'incompetenza assoluta della stessa a giudicare le condotte oggetto dell'istruttoria.

La controversia sui confini di questa “deroga” all'operatività dei divieti e dei controlli *antitrust* ha indubbiamente una forte valenza anche simbolica dal momento che è una legge dello Stato a identificare nel giudizio disciplinare della categoria professionale dei notai una (più o meno ampia?) zona franca dall'operatività delle regole *antitrust* e sappiamo che i giudici costituzionali hanno costantemente riposto la massima fiducia nel legislatore statale riconoscendo il carattere esclusivo e assolutamente pervasivo della competenza statale “trasversale” relativa alla tutela della concorrenza di cui all'art.117,co.2, lett.e) Cost. riformato dalla l.cost. n.3 del 2001. Come è noto, infatti, fin dal 2004 la Corte costituzionale ha ritenuto di accentrare nelle leggi statali la capacità di definire in via esclusiva soluzioni per “la tutela e la promozione” della concorrenzialità del mercato, escludendo dal perseguimento di questo obiettivo qualunque margine di intervento da parte del legislatore regionale ².

Per poter analizzare nel merito una questione che evidentemente coinvolge un punto nodale dell'effettività delle regole (italiane ed europee) poste a presidio della concorrenzialità del mercato la Corte dovrà in prima battuta confrontarsi con la sua giurisprudenza, multiforme e non sempre lineare, in materia di presupposti per avere “un giudice” e un “giudizio” ai sensi e per gli effetti dell'art.1 della l.cost.n.1 del 1948.

² L'evoluzione di questa giurisprudenza costituzionale è ora ricostruita da A. Argentati, *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino, 2017, 41 ss.; sui passaggi fondamentali di questa giurisprudenza si rinvia a L. Casseti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, 2004; Id., *La Corte costituzionale “salva” le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla “prevalenza” della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, 2008; Id., *Appalti e concorrenza: quante sono le “anime” della competenza esclusiva statale in materia di “tutela della concorrenza”?*, in *Giur.cost.*, 2007, 4559 ss.; Id., *Alla ricerca di (improbabili) spazi regionali per scelte legislative pro-concorrenziali : appalti e differenziazioni territoriali*, in *Giur.cost.*, 2014, 2912 ss.; Id., *La distribuzione del farmaco tra tutela della salute e (contrastate) aperture alla concorrenza*, in *Giur.cost.*, 2014, 403 ss.

E' ben nota la difficoltà di preconstituire un modello astratto di giudice *a quo* stante l'oggettiva difficoltà di definire con sicurezza i confini dell'attività esecutiva che si traduce nell'amministrazione rispetto a quella che si sostanzia nella giurisdizione. In realtà, per alcune autorità amministrative indipendenti e, in particolare, per l'AGCM siamo in presenza di una "zona grigia" rispetto alla quale si sono coniate formule quali "amministrazione giustiziale" ovvero si è parlato di funzioni "para-giurisdizionali" al fine di rimarcare la loro maggiore vicinanza alla funzione giudiziaria piuttosto che alla – tradizionale – discrezionalità amministrativa in quanto l'amministrazione (resa indipendente dal punto di vista organizzativo) è chiamata a svolgere funzioni amministrative "obbiettive"³. L'indagine e la valutazione, ancora una volta "in concreto", che i giudici costituzionali dovranno svolgere per verificare la sussistenza dei presupposti per avere un "giudice" e degli elementi essenziali per avere un "giudizio" ai fini dell'accesso nel giudizio di costituzionalità in via incidentale avrà inevitabilmente come sfondo la complessità dell'«arcipelago» delle autorità indipendenti⁴ e la ricerca, in questo articolato panorama istituzionale, della specificità dell'Autorità nazionale *antitrust*, sovente assunta a modello di riferimento per descrivere il paradigma dell'indipendenza rispetto al potere esecutivo-governo. D'altro canto è l'indipendenza l'elemento costitutivo in grado di giustificare le ragioni per le quali la gestione di situazioni molto complesse, le quali coinvolgono diritti fondamentali e garanzie di rango costituzionale, è stata affidata (in larga misura per dare attuazione a decisioni e *policies* elaborate a livello europeo) a questo tipo di Autorità ed è stata quindi portata fuori dal circuito dell'amministrazione tradizionale⁵.

2. L'accesso alla Corte nel giudizio sulle leggi in via incidentale: i presupposti (soggettivo e oggettivo) nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale

La giurisprudenza costituzionale sui presupposti per l'accesso al giudizio in via incidentale si è sviluppata attorno a due grandi filoni che riguardano, da un lato, le fattispecie in cui l'ordinanza proveniva da soggetti

³ Cfr. G.Zagrebelsky e V.Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 271

⁴ La definizione è di A.Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, *passim*.

⁵ Sul dibattito degli anni Novanta del secolo scorso sia consentito rinviare a L. Casseti, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 319 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Sulla necessità di distinguere la posizione e le funzioni delle singole Autorità ai fini dell'accesso alla Corte, v. A. Ruggeri, *Introduzione*, in *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino, 1997, 4, ove l'A. ipotizza una soluzione positiva per quelle che «per funzioni e posizione parrebbero risultare assai contigue alle autorità propriamente giurisdizionali». La metodologia dell'analisi delle funzioni e del ruolo delle Autorità ai fini della proposizione della questione di costituzionalità è alla base dell'indagine di F. Cecamore, *L'Autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio incidentale*, in *Le zone d'ombra*, cit., 97 ss.; sul tema v. A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, 2012, 119 ss. Per un'analisi comparata su organizzazione e funzioni delle autorità indipendenti si vedano i risultati della Indagine conoscitiva, in *Atti parlamentari*, XVI legislatura, Camera dei deputati, Doc.n.17, Documento approvato dalla I Commissione permanente nella seduta del 16 febbraio 2012 a conclusione dell'Indagine conoscitiva deliberata nella seduta del 2 febbraio 2010 sulle Autorità amministrative indipendenti.

appartenenti all'ordine giudiziario e, dall'altro, i casi in cui il rimettente non presentava il suddetto carattere.

Rispetto alle ipotesi di rimessioni proposte da soggetti - sicuramente - incardinati nell'ordine giudiziario la Corte ha utilizzato soluzioni differenti, richiedendo in tempi più recenti la necessaria sussistenza contestuale del requisito soggettivo e di un "giudizio" *a quo* avente le caratteristiche di procedimento in grado di risolvere, con un minimo di contraddittorio, una controversia tra parti. In orientamenti più risalenti la Corte ha invece ammesso l'alternatività tra i due presupposti, ritenendo sufficiente la qualificazione soggettiva del giudice rimettente ⁶, animata dal chiaro obiettivo di aprire le vie dell'accesso alla Corte costituzionale, aumentare le possibilità di cancellare norme incostituzionali e quindi diffondere la cultura della rigidità della Costituzione repubblicana. Quando nel 1966 i giudici costituzionali ammisero la possibilità della sussistenza anche di uno solo dei due presupposti, i dubbi riguardavano il profilo oggettivo del giudizio ovvero la impossibilità di intravedere una qualche forma di "risoluzione di controversia" nelle competenze spettanti al pretore in sede di esecuzione esattoriale immobiliare⁷. Autorevole dottrina notava già negli anni Ottanta del secolo scorso che "ben raramente la Corte ha tenuto fede a questa possibilità della mera alternatività tra i due presupposti" e che quindi è stato possibile escludere organi giudiziari a causa dell'assenza dei requisiti del "giudizio" come anche il caso esattamente opposto ⁸.

Ad oggi possiamo dire che continua a restare decisamente rara l'ipotesi interpretativa dell'assunzione del criterio soggettivo come prevalente: spesso, infatti, è l'elemento oggettivo (specie nelle ipotesi in cui vi

⁶ Si trattava del pretore, ammesso con la sent. n.83/1966 a sollevare questione di costituzionalità nell'ambito delle sue competenze in materia di esecuzione esattoriale immobiliare: in questa occasione il presupposto soggettivo, ossia l'appartenenza dell'organo rimettente all'ordine giudiziario, rendeva persino superflua ogni indagine sulla natura dell'attività svolta. In quella occasione i giudici costituzionali precisarono che « i due requisiti, soggettivo e oggettivo, non devono necessariamente concorrere» e che nella fattispecie concreta era chiaramente presente il primo, cioè l'intervento di un soggetto appartenente all'autorità giudiziaria, anche se non destinato (almeno nella fase del procedimento esecutivo riguardante la vendita dei beni pignorati) alla risoluzione di controversie (punto 1 del *Cons.diritto*)

⁷ Cfr. Corte cost., sent. n.83/1966, ove si legge che sono autorità giurisdizionali « 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*», mentre dal lato oggettivo si può « 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». Applicando questi criteri al caso specifico i giudici costituzionali ammisero che « 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».

⁸ Così V.Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2 (La Corte costituzionale), Padova, 1984, 269 ss..

siano dubbi sul versante del presupposto soggettivo) a svolgere un ruolo decisivo per ammettere ovvero per negare la facoltà di rimettere alla Corte una questione di costituzionalità.

La valutazione in concreto della sussistenza dell' «obbiettiva applicazione della legge al caso concreto» è stata decisiva per ammettere la Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura (sebbene «ai limitati fini» come vedremo più avanti) (sent. n.12/1971) ovvero il Consiglio Nazionale Forense (sent.n.114/1970). Le decisioni appena richiamate fanno riferimento a casi in cui il difetto del presupposto soggettivo per organi che non erano chiaramente inquadrabili all'interno dell'ordine giudiziario ha indotto la Corte ad approfondire la presenza di un eventuale giudizio. In alcuni casi l'approfondimento del profilo oggettivo conduce all'ammissibilità di questioni di costituzionalità al solo fine di dichiarare poi nel merito quei giudici e quei giudizi contrari a Costituzione proprio in quanto privi dei requisiti minimi indispensabili di giurisdizionalità: è il caso dei Comandanti di porto (sentt. nn. 121/1970 e 83/1973), dei Consigli di prefettura e delle giunte provinciali amministrative (sentt. nn. 55/1966 e 30/1967), degli Intendenti di finanza (sent. n.60/1969) nonché dei Consigli comunali e provinciali in sede di contenzioso elettorale (sent. n.93/1965).

Nella giurisprudenza più recente la carenza del presupposto oggettivo è stata decisiva per escludere che la Corte d'appello in sede di verifica dei risultati del referendum sulla legge statutaria deliberata dalla regione Sardegna potesse fungere da giudice *a quo* (sent. n.164/2008): a fronte di un'attività che appare meramente certificativa, consistente in «un'attività materiale di conteggio» con finalità garantistica, i giudici ribadiscono e precisano che per avere un «giudizio» è necessario che l'applicazione della legge da parte del giudice abbia i caratteri dell'obiettività e della definitività ⁹.

2.1. La legittimazione «ai limitati fini ...della proposizione della questione di costituzionalità».

Rispetto alle linee giurisprudenziali appena richiamate vi è poi un filone che continua ad essere alimentato e che ha un impatto trasversale in quanto coinvolge sia ipotesi in cui l'organo era a tutti gli effetti un soggetto appartenente all'ordine giudiziario, sia situazioni opposte in cui mancava del tutto il presupposto soggettivo: ci riferiamo alla giurisprudenza che ammette la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale «ai limitati fini...».

Si tratta di una serie di decisioni che attestano la volontà dei giudici costituzionali di ampliare le vie dell'accesso in nome di un criterio elastico nel riconoscimento della legittimazione «ai limitati fini della sollevabilità della questione di legittimità costituzionale». E' probabile che la Corte attinga a questo orientamento giurisprudenziale per impostare la verifica in merito all'ammissibilità della questione di

⁹ Così Corte cost., sent. n.164/2008, punto 2.3. del *Cons.diritto*.

costituzionalità sollevata dall'AGCM¹⁰: in effetti, appare evidente dalla lettura dell'ordinanza in esame che i precedenti relativi alla valutazione «oggettiva» di alcune competenze della Corte dei conti siano considerati fondamentali per valorizzare la specificità della funzione di accertamento del divieto sulle intese vietate ai sensi dell'art.2 della l. n.287 del 1990. In particolare, l'ordinanza dell'AGCM fa leva proprio sulla “storica” sentenza n.226 del 1976¹¹ con la quale il giudice delle leggi riconobbe alla Corte dei conti il ruolo di giudice *a quo* nell'ambito del controllo sugli atti normativi del Governo: in quella occasione la Corte chiariva che «pur non essendo il procedimento svolgentsi davanti alla sezione di controllo «un giudizio in senso tecnico-processuale», è tuttavia certo che «ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la funzione in quella sede svolta dalla Corte dei conti é, 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»¹². Su queste basi la Corte costituzionale qualificava il controllo in questione come neutrale, esterno e disinteressato volto a garantire la legalità degli atti e quindi preordinato a tutela del diritto oggettivo secondo una tecnica ben lontana dai normali controlli amministrativi svolgentsi all'interno della pubblica amministrazione¹³. Del resto la Corte aveva già riconosciuto nel decennio precedente la qualità di giudice *a quo* alla Corte dei conti nell'ambito del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali come del rendiconto generale dello Stato (sentt. nn.165/1963, 121/1966, 142 e 143 /1968). In tempi più recenti la possibilità per la Corte dei conti di sollevare questione di costituzionalità in sede di parificazione del bilancio è stata ribadita con la precisazione che ciò avveniva «ai limitati fini dell'analisi dei profili di “legittimità attinenti alla copertura finanziaria delle leggi»: l'obiettivo finale perseguito nella fattispecie era quello di gettare luce sul rispetto dell'art.81 Cost. e sul punto si registrarono le reazioni polemiche provenienti dal Parlamento per il diffuso “timore” che per quella via si potessero sindacare politiche di spesa in materia economica e sociale (sent. n.384/1991). Nel 2015 la Corte costituzionale è tornata ad ammettere la Corte dei conti a svolgere le funzioni di giudice *a quo* in sede di giudizio di parificazione del

¹⁰ Prospettiva approfondita da A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale*, cit.,147 ove l'Autore si interroga sulla opportunità di fare riferimento a questo filone proprio in virtù del fatto che non ci troviamo di fronte a “sicuri” giudici, ma si tratta di analizzare quelle funzioni decisorie definite come “para-giurisdizionali” in cui le autorità agiscono in qualità di soggetti terzi, in posizione equidistante rispetto agli interessi in gioco ai fini dell'applicazione obbiettiva del diritto (ivi, 153); sul punto v. F. Cecamore, *L'Autorità indipendente*, cit., 138.

¹¹ Cfr. AGCM, *Ordinanza* n.1 del 3 maggio 2018, cit., 21.

¹² Proprio alla luce di questo precedente G. Amato, in qualità di Presidente dell'AGCM, ebbe a sottolineare la possibilità per l'Autorità *antitrust* di sollevare questione di costituzionalità nella Relazione conclusiva al Convegno internazionale, *La tutela della concorrenza: Regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma 1995; tale possibilità è stata poi ribadita nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 1995, Roma, 1996, 15; sul punto cfr. L. Cassetti, *La cultura del mercato*, cit., 329.

¹³ Così Corte cost., sent. n.226/1976, punto 3 del *Cons.diritto*.

bilancio di una regione ordinaria (sent. n.181 del 2015) utilizzando gli argomenti già sviluppati nella sent.226/1976 nei termini che è bene richiamare:

«Per la parifica del rendiconto sussistono tutte le condizioni per le quali la Corte ha ammesso in passato la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale: applicazione della legge...; esito del procedimento vincolato al parametro normativo; ... la funzione della Corte conti in quella sede “è 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”; il controllo è esterno rigorosamente neutrale e disinteressato..e inoltre... “non mancano nel procedimento in oggetto elementi formali e sostanziali, riconducibili alla figura del contraddittorio”. Del resto, il riconoscimento di tale legittimazione si giustifica anche con l’esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale “leggi che come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via , ad essa sottoposte” (par.2 del *Cons.diritto*)».

Possiamo quindi dedurre che permane inalterato l’interesse della Corte costituzionale ad aprire la via dell’accesso incidentale in nome della difficoltà per determinate leggi di arrivare all’attenzione dei giudici costituzionali qualora quell’accesso fosse negato. Se questo percorso ha coinvolto la Corte dei conti, che è comunque dal lato soggettivo sicuramente giudice in quanto organo con funzioni giurisdizionali e di controllo posto in posizione di indipendenza garantita dall’art.100 Cost., è forse ancora più significativo rilevare che il riconoscimento «ai limitati fini...» ha interessato anche organi che dal lato soggettivo erano privi del requisito dell’appartenenza all’ordine giudiziario. Ci riferiamo in primo luogo alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (ammessa con la sent. n. 12 del 1971), ma è ancor più utile ricordare, ai fini della prognosi sull’ammissibilità dell’accesso da parte dell’Autorità nazionale *antitrust*, il caso degli arbitri.

Agli arbitri (operanti nell’ambito del cd. arbitrato rituale), i quali in verità sono dal punto di vista sostanziale giudici “privati”, è stato consentito di rimettere la questione di costituzionalità (sent.n. 376/2001). L’importanza di questa apertura (ai limitati fini dell’accesso al giudice delle leggi) va posta in relazione con il fatto che dal lato oggettivo la funzione svolta dagli arbitri non ha per i giudici costituzionali tutte le caratteristiche di un giudizio, in quanto non soddisfa pienamente la garanzia della difesa in giudizio di cui all’art.24 Cost.e come tale non può essere legittimamente posto da una legge come alternativa al rito e al ricorso al giudice ¹⁴. In effetti siamo in presenza di organi che non solo difettano del requisito soggettivo, in quanto a tutti gli effetti sono giudici privati, ma non sono neppure attori in un processo in cui siano garantite appieno i diritti fondamentali, a partire dalla difesa in giudizio. Come vedremo, è stato determinante in questo caso l’interesse della Corte costituzionale a ricollegare la

¹⁴ Sul punto v. G.Zagrebelsky e V.Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit.,277.

possibilità riconosciuta agli arbitri di sollevare questione di costituzionalità con le specificità processuali dell'arbitrato rituale. E' importante sottolineare il peso di questo precedente anche alla luce di una diffusa interpretazione della dottrina processualciviltistica tendente a negare la legittimazione degli arbitri a rimettere una questione di costituzionalità dinanzi alla Corte ¹⁵. La Corte sembra dunque interessata a porre in primo piano la "necessità" di far entrare gli arbitri nel meccanismo del sistema incidentale ricorrendo alla soluzione dell'ammissione "ai limitati fini", soluzione che porta con sé un accertamento "minimale" sugli stessi requisiti soggettivo e oggettivo (organo, anche estraneo all'organizzazione della giurisdizione, con funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge e operante in posizione *super partes*).

E' utile rimarcare il carattere "selettivo" nell'uso degli argomenti contenuti nei propri precedenti giurisprudenziali: quando ammette gli arbitri, operanti nell'ambito dell'arbitrato rituale, nei termini appena ricordati, la Corte cita infatti non solo il precedente della sent.226/1976 e quello più risalente della sent.83/1966, ma anche il caso deciso con la sent. n.387/1996 quando richiamò accanto al requisito (oggettivo) dell'assunzione di una decisione, l'altrettanto necessario elemento della «definitività» intesa «nel senso dell'idoneità a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato». Di questa nozione ampia e articolata di «giudizio», assunta appunto nella sent. n.387/1996 con l'obiettivo di negare la qualità di giudice rimettente al Collegio centrale di garanzia elettorale, istituito dalla l.n.515 del 1993 con il compito di controllare e verificare la regolarità delle dichiarazioni e previsti a carico dei candidati eletti ¹⁶, non v'è traccia nella "narrazione" della motivazione contenuta nella sentenza sugli arbitri. Sul punto torneremo più avanti quando indagheremo i riflessi di questa giurisprudenza sulla possibile qualificazione dell'AGCM come giudice *a quo*.

Da ultimo, è stata poi ammessa la qualità di giudice *a quo* in capo alla Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati (sent. 213 del 2017) per la quale è piuttosto difficile intravedere i requisiti necessari ai fini della proposizione della questione di costituzionalità non solo dal lato soggettivo, ma anche dal lato oggettivo ovverosia del procedimento che dinanzi ad essa si svolge (soprattutto per l'oggettiva debolezza delle garanzie della difesa nella giurisdizione domestica rispetto ai processi dinanzi al giudice naturale). E' bene sottolineare come tale decisione, la cui motivazione sul punto dei presupposti appare piuttosto stringata, sia espressamente fondata sui (soli) precedenti costituiti dalle sentenze n.226/1976 e n. 376/2001. Quasi a voler tracciare un filo rosso che collega stagioni molto diverse del giudizio in via incidentale, la Corte sembra voler cercare e ribadire una sorta di "coerenza interna" del filone che apre le porte del giudizio incidentale «ai limitati fini...».

¹⁵ Come sottolinea A.Patroni Griffi, *Accesso incidentale*, cit., 89 ss.

¹⁶ Così Corte cost. sent. n.387/1996, par.2.2. del *Cons.diritto*.

In verità, al precedente della Commissione giurisdizionale per il personale della Camera (autodichia) sopra richiamato sembrerebbe fare riferimento (sia pure senza citarlo espressamente) l'ordinanza dell'AGCM nella parte in cui sottolinea l'importanza delle recenti modifiche organizzative che hanno portato alla separazione tra l'ufficio che imbastisce e svolge l'istruttoria dall'organo Collegiale che decide nel merito la questione dell'intesa o dell'abuso denunciati in quanto adottati in violazione delle regole nazionali *antitrust*¹⁷.

La logica che sostiene il filone giurisprudenziale che ammette gli organi sopra richiamati a sollevare questione di costituzionalità «ai limitati fini...» è in qualche misura confermata dagli argomenti che i giudici costituzionali hanno utilizzato per negare questa possibilità ai notai, al procuratore della Corte dei conti e al Consiglio di Stato in sede di emissione del parere ai fini della proposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato (prima della novella legislativa del 2009).

Il notaio non può proporre una questione di costituzionalità neppure «ai limitati fini...» in virtù della totale assenza del requisito oggettivo attinente alla obiettività e definitività dell'accertamento che gli compete (ord. n. 52 del 2003). La lontananza di questa fattispecie rispetto ai precedenti più rilevanti (ovverosia alla decisione sulla Corte dei conti del 1976 e al caso più recente degli arbitri in sede di arbitrato rituale) è ribadita dalla Corte allorché chiarisce che nella funzione pubblicistica del notaio che riceve gli atti tra vivi e di ultima volontà attribuisce loro pubblica fede e compie tutti gli atti ad essi collegati è assente la connotazione «decisoria»: tale attitudine è elemento necessario, seppure non sufficiente, ad ammettere la natura giurisdizionale della funzione e quindi consentire all'organo di proporre questione di legittimità costituzionale¹⁸.

¹⁷ Cfr. AGCM, Ordinanza n.1 del 3 maggio 2018, cit., 24 ove si sottolinea la separazione tra gli uffici che svolgono l'istruttoria e poi formulano le ipotesi accusatorie o assolutorie, e l'organo a cui compete la decisione (il Collegio). Nella causa *Savino e altri c. Italia* – Seconda Sezione – sentenza 28 aprile 2009 (ricorsi nn.17214/0520329/0542113/04), la Corte EDU aveva accertato e dichiarato rispetto alla configurazione del sistema di giustizia domestica della Camera dei deputati (c.d. *autodichia*) vigente al momento del ricorso, ed in particolare alla composizione degli organi giurisdizionali interni, la violazione dell'art. 6 della Convenzione, limitatamente al solo organo d'appello (la Sezione giurisdizionale dell'Ufficio di Presidenza). Come è noto, dopo questa decisione sul caso Savino la Camera dei deputati modificò l'art.12 del proprio Regolamento ponendo la netta separazione (incompatibilità dei membri dell'organo di primo grado a fare parte dell'organo di appello) tra l'organo competente per il giudizio di primo grado e l'organo presso il quale si incardina il giudizio di appello in tema di *autodichia*. Tale modifica si ricollegava alla necessità di soddisfare i presupposti del giusto processo invocati appunto dalla Corte EDU nel caso sopra citato: sul tema e sugli effetti della sent.213/2017 si rinvia al saggio di R. Dickmann, *La Corte costituzionale consolida l'autodichia degli organi costituzionali*, in *federalismi.it*, n.24/2017.

¹⁸ Così Corte cost., ord. n.52 del 2003: « nella funzione notarile, come disciplinata dall'art. 1 "ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti", è assente quella connotazione decisoria che, anche secondo la giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 387 del 1996, n. 158 del 1995, n. 492 del 1991, n. 17 del 1980, n. 12 del 1971, n. 114 del 1970; ordinanza n. 104 del 1998), è condizione necessaria, pur se non sufficiente, per riconoscere la natura giurisdizionale della funzione ed ammettere quindi la proposizione della questione incidentale di legittimità costituzionale».

Analoga chiusura si registra nel caso del pubblico ministero, ovvero sia del procuratore della Corte dei conti nell'ambito di un giudizio instaurato per far valere la responsabilità amministrativa di un magistrato. I presupposti (soggettivo e oggettivo) per l'accesso alla giustizia costituzionale nel giudizio in via incidentale non sussistono per l'ufficio del procuratore regionale della Corte dei conti impegnato nel promovimento di un giudizio per i danni causati allo Stato dall'azione di un pubblico funzionario: al pubblico ministero non competono infatti «funzioni decisorie» in quanto può esercitare l'azione ma non può emettere provvedimenti decisori. Tale ragionamento vale anche per i giudizi di responsabilità innanzi alla Corte dei conti nei quali il giudice è investito della causa mediante atto di citazione ovvero per provvedimenti cautelari che precedono questo atto (sent. n.415/1995)¹⁹.

Analogo ragionamento sostiene la decisione con la quale è stato escluso nel 2004 il potere di sollevare questione di costituzionalità al Consiglio di Stato in sede di adozione del parere preventivo per il ricorso straordinario al Capo dello Stato (sent.254 del 2004). In questa occasione il Consiglio di Stato invocava i precedenti relativi alla Corte dei conti ammessa a sollevare questione di costituzionalità «ai limitati fini...» dalla sent.226 del 1976: pur nella consapevolezza della differenza fra i controlli svolti da quest'ultima rispetto alle funzioni consultive spettanti al Consiglio di Stato, nell'ordinanza di rimessione si paventava il rischio derivante dalla oggettiva impossibilità di adire per altre vie alternative la Corte costituzionale. Le ragioni del rifiuto della Corte ruotavano attorno alla natura amministrativa del ricorso al Capo dello Stato: qualora infatti il ministro dissentisse dal parere reso dal Consiglio di Stato la legge prevedeva del resto la necessità di portare la questione all'attenzione del consiglio dei ministri a ribadire la natura politica e non giurisdizionale della procedura. Come è noto, la decisione in questione è stata poi superata per effetto di una novella legislativa (introdotta dalla legge n.69 del 2009) che ha riconosciuto espressamente quella possibilità per il Consiglio di Stato trasformando il parere in atto non solo obbligatorio, ma addirittura vincolante: in quella sede il Consiglio di Stato può quindi sospendere l'emissione del parere e rimettere

¹⁹ Così Corte cost., sent. n.415/1995: «Il pubblico ministero mantiene la caratteristica di ufficio che promuove l'azione. L'attività anteriore alla citazione è preordinata all'eventuale instaurazione del giudizio ma non assume carattere decisorio, anche quando si concluda con un'archiviazione. Questo atto, rimesso alla determinazione propria della parte pubblica che ritenga di non dover promuovere l'azione, non ha natura di pronuncia giurisdizionale, ma chiude un'attività istruttoria diretta a verificare se sussistano le condizioni per iniziare utilmente un giudizio di responsabilità, senza che con l'archiviazione si formi giudicato o che ne derivi in alcun modo un vincolo per lo stesso ufficio del pubblico ministero. Questo sistema non è stato modificato, nella sua impostazione di fondo, dalle disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, dettate con il decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito in legge, con modificazioni, con la legge 14 gennaio 1994, n. 19. Le nuove norme prevedono che, nei giudizi di responsabilità, il procuratore regionale, prima di emettere l'atto di citazione in giudizio, inviti il presunto responsabile del danno, che ha la facoltà di farsi sentire personalmente, a depositare deduzioni e documenti (art. 5). Ma non ne risultano alterati i caratteri propri dell'attività del pubblico ministero, né vengono attribuiti a questo ufficio poteri decisori che caratterizzano la giurisdizione, affidati anche in questa fase, in caso di richiesta di provvedimenti cautelari, al giudice competente a conoscere il merito del giudizio».

gli atti alla Corte costituzionale ai sensi e per gli effetti dell'art.23 della l. n.87 del 1953 qualora ritenga che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di costituzionalità che non appaia manifestamente infondata²⁰.

Appare dunque evidente che, nonostante l'evidente differenza, dal punto di vista del presupposto soggettivo, della posizione del notaio rispetto a quella del procuratore regionale della Corte dei conti ovvero del Consiglio di Stato, in tutte e tre le fattispecie è stata decisiva la rilevata assenza della connotazione "decisoria" delle funzioni svolte da quei soggetti per negare loro la facoltà di proporre questioni di costituzionalità, mentre appare talora in ombra, nella narrazione e descrizione dei presupposti oggettivi per l'accesso al giudizio incidentale, il requisito della «definitività» della decisione adottata.

3. Profilo soggettivo e oggettivo dell'AGCM (come giudice *a quo*)

Seguendo il filone giurisprudenziale dell'ammissibilità «ai limitati fini», per avere un giudice *a quo* è dunque sufficiente che sia presente l'esercizio di "funzioni giudicanti per l'obbiettiva applicazione della legge" da parte di soggetti "pure estranei all'organizzazione della giurisdizione", "posti in posizione *super partes*" (criteri da ultimo ribaditi da C.cost. sent. n.213 del 2017).

Sappiamo che l'ammissione «ai limitati fini» è ispirata dal *favor* verso l'apertura delle maglie dell'accesso al giudizio incidentale e che questa soluzione risponde alla preoccupazione di ridurre il più possibile gli spazi normativi che sfuggono al controllo di costituzionalità; al contempo ammettere un organo alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale «ai limitati fini...» non significa riconoscergli le caratteristiche di giudice e quindi si evita la strettoia del divieto costituzionale relativo alla istituzione di giudici speciali ex art.102 Cost.»²¹.

Proviamo quindi a ragionare sui possibili esiti che l'applicazione dei parametri utilizzati nell'ambito di questa linea giurisprudenziale potrebbe fornire qualora i giudici costituzionali decidessero di estenderli all'Autorità *antitrust*.

L'applicazione obiettiva del diritto da parte di un'autorità indipendente (dall'esecutivo-governo) capace di operare in posizione *super partes*, in una posizione di neutralità-equidistanza rispetto agli interessi in

²⁰ A seguito di questa riforma la Corte ha quindi ammesso il Consiglio di Stato in sede di emissione del parere in questione a sollevare questione di costituzionalità (sentt. n.73/2014 e n.133/2016). Per i dubbi sulla legittimità costituzionale di questa riforma legislativa alla luce della riserva costituzionale imposta dall'art.137 Cost. per la definizione dei presupposti per l'accesso alla Corte nei giudizi sulle leggi v. G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., 277.

²¹ F. Salmoni, *L'Antitrust come «giudice a quo»*, in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di P. Ciarlo, G. Pitruzzella, R. Tarchi, Torino, 1997, 369 ss., 379, nell'affrontare la questione teorica dell'AGCM come giudice *a quo* riteneva improbabile riconoscere tale facoltà qualora si aderisse alla tesi della natura quasi-giurisdizionale delle sue funzioni giacché ciò equivarrebbe ad affermare che con la sua istituzione il legislatore avrebbe dato vita ad un nuovo giudice speciale, violando così il divieto dell'art.102 Cost.

gioco, ha indotto autorevole dottrina a rimarcare la specificità dell'AGCM al punto da assumerla a modello per identificare le caratteristiche essenziali e indefettibili per poter parlare di autorità indipendente²². E' noto che in quel genere hanno poi proliferato diverse *species*. Alcune autorità appaiono più vicine alla struttura dell'AGCM, altre sembrano decisamente più distanti in quanto ad es. legate alle direttive impartite dal Ministero di riferimento. E' noto, ad esempio, che i criteri e le procedure per la nomina dei membri definiti dalla legge istitutiva del 1990 per l'AGCM (deliberazione adottata d'intesa tra i Presidenti di Camera e Senato) non è stata riprodotta per le autorità che a distanza di pochi anni nacquero per garantire il processo di liberalizzazione nel settore dell'energia elettrica e del gas (ove il coinvolgimento del Parlamento passa attraverso il parere reso a maggioranza qualificata dalla commissioni permanenti competenti per materia) e appare comunque piuttosto lontana rispetto alla logica della nomina (assunta con decreto del Presidente della Repubblica sentite le Commissioni parlamentari permanenti) dei membri della Consob e dell'Isvap²³.

E' interessante ricordare che sulla *ratio* e sul significato dell'indipendenza dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, per la quale la legge istitutiva (L. n.109 del 1994) aveva previsto garanzie analoghe a quelle dettate solo quattro anni prima per l'AGCM (nomina dei componenti con deliberazione adottata d'intesa dai Presidente di assemblea, regole sui requisiti professionali e sul regime di incompatibilità), la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi nell'ambito di un giudizio promosso su ricorso di diverse regioni che imputavano all'istituzione di quell'autorità la lesione di competenze regionali in materia di lavori pubblici. Nel chiarire la natura e le funzioni dell' Autorità di vigilanza per i lavori pubblici la Corte ricorda la motivazione di fondo di quella scelta: essa è stata infatti istituita « secondo linee che si affermano anche in altri settori nei quali si è manifestata l'esigenza di avere un'autorità indipendente, un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati

²² Cfr. M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir.amm.*, 1993, 77 ss. ; N. Longobardi, *Le amministrazioni indipendenti: profili introduttivi*, in *Scritti per M. Nigro*, Milano, 1991, vol.I, 173; V. Caianiello, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Diritto dell' economia*, 1998, 258; S. Cassese, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle Autorità indipendenti*, in *Giorn.dir.amm.*,n.1/2011, 103; E. Cheli, *Le Autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n.11, Torino, 2000, 129 ss., 135, parla di "magistrature economiche".

²³ Come evidenziato dall'analisi comparativa dei criteri per la nomina dei membri emersa a seguito dell'Indagine conoscitiva svolta dalla I commissione permanente della Camera dei deputati nel 2012, cit., 9 ss. La singola soluzione legislativa organizzativa è funzionale alla specificità delle funzioni svolte: sulla differenza dell'AGCM rispetto alle varie autorità di regolazione di settore insiste l'Ordinanza di rimessione del 3 maggio 2018, laddove si sottolinea che nell'applicazione dei divieti *antitrust* l'autorità non è un soggetto regolatore: mentre le regole *antitrust* potrebbero essere applicate dai giudici (come accade in quegli ordinamenti che hanno scelto tale soluzione organizzativa per implementare i controlli *antitrust*), le funzioni regolatorie delle Autorità di settore (energia, gas, comunicazioni) non potrebbero mai essere affidate a un giudice (p. 23). Sulla distanza tra presunti modelli astratti e la complessità delle funzioni di queste Autorità, v. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*. Un romanzo «quasi» giallo, Bologna, 2000, 45 ss.

dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione». I compiti attribuiti a tale autorità «non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo». Questi specifici compiti poggiano su scelte organizzative peculiari in quanto «caratterizza la speciale configurazione e collocazione della nuova Autorità il sistema di nomina dei suoi cinque membri, effettuata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica»²⁴.

Con riferimento specifico alla natura dell'Autorità *antitrust*, la Corte costituzionale ha affrontato lo scorso anno l'esame della questione di costituzionalità relativa alla natura tributaria e alla ragionevolezza del prelievo imposto alle imprese di medio grandi dimensioni per garantire il finanziamento dell'AGCM: in quella sede ha esplicitamente ricondotto quella soluzione normativa, introdotta dal decreto legge n.1 del 2012 poi convertito nella legge n. 27 del 2012, tra le misure volte a rafforzare l' "indipendenza" dell'organo da condizionamenti che potevano provenire da soggetti di varia natura (politica, economica, finanziaria) per effetto del precedente sistema misto di finanziamento²⁵. E' nota del resto la correlazione stretta tra l'indipendenza di cui gode l'Autorità in questione e l'autonomia dal lato organizzativo e finanziario, autonomia che quelle norme mirano a garantire.

In realtà, a fronte di una formale qualificazione legislativa di «autorità amministrativa indipendente» attribuita esplicitamente non solo all'AGCM, ma anche alle altre autorità allora operanti nel nostro ordinamento contenuta nel decreto-legge n.201 del 2011 (cd. decreto «Salva-Italia»), restano sulla scena tutta una serie di dubbi in ordine ai diversi indici di riconoscimento che debbono sussistere (totalmente o parzialmente?) per poter parlare di autorità indipendente secondo la giurisprudenza amministrativa e in particolare secondo il decalogo elaborato dal Consiglio di Stato, sia in sede consultiva, sia in sede

²⁴ Così Corte cost., sent. n.482 del 1995, p.9 del *Cons.diritto*.

²⁵ Così si esprime la Corte nella sent. n 269/2017: «Al fine di rafforzare l'indipendenza dell'Autorità da condizionamenti che potevano derivare dal precedente sistema misto di finanziamento – condizionamenti che potevano provenire da soggetti di varia natura (politica, economica, finanziaria) – il citato art. 5-bis del d.l. n. 1 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2012, ha introdotto un nuovo sistema di finanziamento, basato su contributi obbligatori dovuti dalle imprese di medio-grandi dimensioni. Più precisamente, la disposizione citata ha introdotto il comma 7-ter all'art. 10 della l. n. 287 del 1990 prevedendo che, all'onere derivante dal funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si provveda mediante contributi, nella misura dello 0,08 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato, con la previsione di una soglia massima della contribuzione (non superiore a cento volte il minimo stabilito), dovuti dalle società di capitale che abbiano realizzato ricavi totali superiori a cinquanta milioni di euro. Con l'introduzione di questa nuova forma di finanziamento a partire dal 2013 (art. 10, comma 7-quater) sono state eliminate tutte le fonti precedenti, compresa la filing fee dovuto dalle imprese notificanti una concentrazione. Lo stesso comma 7-quater stabilisce poi che, a decorrere dall'anno 2014, «il contributo è versato, entro il 31 luglio di ogni anno, direttamente all'Autorità con le modalità determinate dall'Autorità medesima con propria deliberazione». Inoltre, «[e]ventuali variazioni della misura e delle modalità di contribuzione possono essere adottate dall'Autorità medesima con propria deliberazione, nel limite massimo dello 0,5 per mille del fatturato risultante dal bilancio approvato precedentemente all'adozione della delibera, ferma restando la soglia massima di contribuzione di cui al comma 7-ter» (par.7.2. del *Cons.diritto*).

giurisdizionale. Secondo questo orientamento giurisprudenziale gli indici di riferimento che qualificano l'indipendenza come elemento strutturale dell'organo comprendono, al di là dell'esplicita denominazione (autorità indipendente o autorità amministrativa indipendente) eventualmente utilizzata dalla legge istitutiva, le regole per la nomina dei membri, i requisiti professionali richiesti, il regime delle incompatibilità nonché la mancanza di poteri di direttiva o di indirizzo in capo al Governo. Rispetto a questi indici che attengono alla organizzazione dell'organo dal lato soggettivo, devono poi sussistere garanzie oggettive riferite allo svolgimento delle funzioni ovvero la riferibilità delle funzioni a valori costituzionali la cui tutela e gestione la legge istitutiva ha inteso sottrarre al circuito della responsabilità politica del Governo ²⁶.

Gli indici che testimoniano l'indipendenza di cui gode l'Autorità *antitrust*, secondo quanto ribadito dalla stessa giurisprudenza costituzionale che abbiamo richiamato, costituiscono in realtà la premessa per analizzare e comprendere le peculiari funzioni ad essa attribuite.

Ecco allora la necessità di riflettere sulla esistenza di funzioni *antitrust* che presentino le caratteristiche definite dalla giurisprudenza costituzionale quando ha ammesso (sia pure ai limitati fini...) organi estranei alla magistratura a sollevare questioni di costituzionalità: si tratta dunque di verificare se - e nell'esercizio di quali competenze - l'AGCM adotti decisioni che possano essere considerate applicazione obbiettiva della legge in una posizione *super partes* rispetto agli interessi in gioco.

3.1. Indipendenza, neutralità e funzioni “decisorie” dell'AGCM

Dal punto di vista “oggettivo” ovvero della sostanza delle funzioni svolte occorre riflettere sugli ambiti in cui opera la para-giurisdizionalità dell'agire della Autorità nazionale *antitrust*, visto che, come abbiamo già ricordato, questa è una “zona grigia” in cui l'attività sembra decisamente più vicina alla funzione giudicante che non a quella amministrativa

Con riferimento alle funzioni propriamente riconducibili all'applicazione delle regole (nazionali ed europee) *antitrust* parte della dottrina ha evidenziato la particolare posizione in cui si colloca l'AGCM nella veste di garante unico dell'interesse pubblico al mantenimento di condizioni di concorrenzialità nell'ordinamento nazionale. In questa veste l'agire dell'AGCM parrebbe completamente subordinato solo

²⁶ I requisiti sono stati riassunti nel parere sulla Civit (parere n.870 del 2010) nonché nelle sentenze rese in sede giurisdizionale sulla qualificazione della Consob come autorità indipendente (Cons.Stato, sez. VI, n. 5817/2011, che applica i criteri dettati nel parere reso dall'Adunanza generale n. 1721 del 6 maggio 2011 sempre con riferimento alla Consob. Sull'applicazione concreta di tutti questi indici di riconoscimento per le diverse Autorità si rinvia ai rilievi critici di G. Puccini, *Il problema dell'identificazione delle Autorità indipendenti fra giurisprudenza amministrativa e decreto «Salva-Italia»*, in *Osservatoriosullefonti.it* n.1/2012.

e soltanto alle regole *antitrust*²⁷. E' opportuno guardare al modo in cui si forma la decisione in tema di intese e abusi vietati, cioè come si forma la decisione sulla questione che impegna questa Autorità nella interpretazione della norma di riferimento e nella sua applicazione al caso concreto. La funzione "decisoria" dell'AGCM nell'ambito dell'applicazione dei divieti in tema di intese e abusi di posizione dominante si sviluppa in un contesto in cui i profili tecnici della decisione (es. qualificazione della nozione di mercato rilevante ai fini dell'accertamento dell'abuso di posizione dominante) sono in effetti "vincolati" al rispetto del diritto comunitario *antitrust* e quindi anche delle interpretazioni fornite dalla Commissione UE e dalla Corte di Giustizia, secondo il vincolo interpretativo posto nell'art.1 della l. n.287 del 1990.

Sul punto però sono emersi in dottrina forti dubbi in merito alla effettiva capacità di applicare il diritto obiettivo come se si trattasse di un giudice: a fronte della difficoltà di equiparare la para-giurisdizionalità con l'esercizio della funzione giurisdizionale si pone piuttosto l'accento sulla peculiare imparzialità di un'autorità la cui natura resterebbe sostanzialmente amministrativa²⁸.

Secondo questo filone interpretativo, l'applicazione obiettiva del diritto *antitrust* da svolgere in conformità con le regole e la giurisprudenza UE, non sarebbe un'attività neutrale svolta da un organo operante in posizione *super partes*: piuttosto, quella funzione di applicazione delle regole può implicare un'attività discrezionale che è stata definita indirettamente "politica", in virtù dei margini di elasticità nella valutazione del mercato rilevante nel caso del divieto sulle intese (art.2) ovvero degli elementi da valutare per arrivare a decidere se una concentrazione provochi la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante (art.6). Se poi si guarda alla norma che è un'eccezione alla regola della funzione di applicazione obiettiva del diritto da parte dell'AGCOM ovvero alla decisione sull'autorizzazione in via eccezionale di una concentrazione in sé vietata (art.25) sulla base dei criteri predeterminati dal Consiglio dei ministri si dovrebbe ammettere la chiara coloritura politica della decisione dell'AGCM che deve tener conto nella scelta specifica dei parametri indicati dal governo²⁹.

²⁷ G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv.trim.dir.pubblico*, 1997, 646; L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, 63. Su questo dibattito v. L. Casseti, *La cultura del mercato*, cit., 319 ss.

²⁸ G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1997, 501; G. Tesaro e M. Todino, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc.dir., Aggiornamento*, VI, Milano 2002, 112 ss., in part.120. Per un'analisi critica della neutralità e della funzione para-giurisdizionale dell'AGCM, v. M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, 212 ss.

²⁹ Così B. Libonati, *L'Autorità e la cultura antitrust in Italia*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, tomo I, 53 ss. 58; A. Police, *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *20 anni*, cit., 369 ss. Sulle autorizzazioni in deroga (art.4) e sul ruolo dell'Autorità *antitrust* nella procedura dell'art.25 della l. n.287 del 1990 come "eccezioni" che confermerebbero la regola dell'agire "neutrale" dell'AGCM, piuttosto che come fonti di decisioni "politiche" discrezionali della stessa si rinvia a L. Casseti, *La cultura* cit., 300. Sull'eterogeneità delle funzioni oggi attribuite all'AGCM, anche sul versante della tutela del consumatore, v. *infra* al par. 3.2.

In realtà queste riflessioni critiche devono essere contestualizzate nella complessa evoluzione dell'organo, evoluzione legata alla stratificazione progressiva di sempre maggiori funzioni acquisite dall'AGCM per effetto dell'applicazione di fonti UE ovvero di decisioni adottate mediante riforme nazionali comunque riconducibili a obiettivi europei volte a potenziare la concorrenzialità del mercato.

E' in effetti difficile negare che rispetto agli anni immediatamente successivi alla sua istituzione la sua capacità di intervento sia stata notevolmente potenziata sul versante della tutela dei consumatori, sul versante dei legami operativi con la Commissione UE nell'applicazione congiunta dei parametri nazionali ed europei quando vi sia un illecito nazionale che si rifletta anche sugli scambi tra gli stati membri (per effetto del Regolamento CE n.1 del 2003), nonché per effetto delle misure che hanno incrementato il suo ruolo di garante della concorrenzialità del mercato nazionale sia sul versante pubblicistico, sia sul versante privatistico ³⁰. Alla luce dei sempre più importanti poteri di regolazione che nel tempo è venuta assumendo l'AGCM e dei poteri assunti in materia di ingannevolezza dei messaggi pubblicitari (a seguito della dir. 2005/29 CE recepita con d.lgs n.146 del 2007) si è parlato di un «tramonto del mito della neutralità della funzione *antitrust*» e quindi del suo carattere quasi o para-giurisdizionale ³¹.

3.2. L'estensione delle funzioni attribuite all'AGCM e la sua *mission originaria*

Rispetto alle problematiche appena richiamate può essere utile riflettere sul significato da attribuire alla regola introdotta dalla direttiva del 2014/104/UE così come recepita dal d.lgs. n.3/2017 sul cd. *antitrust private enforcement* ovvero sia al vincolo per il giudice di assumere l'istruttoria e la decisione (definitiva, non più appellabile) adottata dall'AGCM, generando per l'organo giudicante nazionale, adito in sede di azione di risarcimento del danno intentata da soggetti che si reputano danneggiati da decisioni dell'Autorità, una sottoposizione non solo alla legge, ma anche alla violazione *antitrust* così come indagata e accertata dalla autorità nazionale competente.

Se si guarda all'evoluzione complessiva delle competenze e allo *status* riconosciuto alle decisioni dall'AGCM è difficile negare che con la norma appena richiamata si sia data la massima rilevanza al “prodotto” dell'attività decisoria dell'AGCM (dopo che la stessa sia stata confermata, per effetto del decorso dei termini per l'impugnativa, ovvero confermata/riformata in sede di svolgimento del controllo giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo) al punto da vincolare il giudice all'accertamento e alle

³⁰ Cfr. S. Cornella e S. Pellizzari, *La concorrenza: itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, vol.III, *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti e M. Renna, Firenze University Press, 2016, 373 ss.

³¹ Così A. Police, *Il potere*, cit., 383; A. Tesauro e M. Todino, *L'Autorità*, cit., 120, reputano fuorviante parlare di neutralità e di funzioni quasi o para-giurisdizionali in capo all'AGCM e citano a sostegno di questa conclusione gli orientamenti del Consiglio di Stato, fortemente critico verso la tesi della neutralità della posizione dell'AGCM rispetto all'interesse pubblico (al mantenimento della concorrenzialità del mercato).

risultanze prodotte in quella sede. Questo vincolo impedisce al giudice competente per la causa di risarcimento del danno possa procedere ad una sua autonoma istruttoria, qualora ad es. ritenesse non sufficientemente garantistica (rispetto alla garanzia costituzionale della difesa in giudizio) ovvero completa ed esaustiva quella svolta dall’Autorità nazionale preposta alla garanzia della concorrenzialità del mercato. Parrebbe dunque che, in misura più o meno consapevole, il legislatore italiano nel recepire in modo pedissequo la direttiva UE abbia davvero fatto “pieno affidamento” sull’agire neutrale, nel rispetto del contraddittorio e per l’esclusiva applicazione del diritto obbiettivo da parte dell’Autorità *antitrust* ³².

Sul versante del potenziamento del cd. *public enforcement* ovvero sia degli strumenti volti a irrobustire la capacità di diffondere la cultura e le più efficaci pratiche a difesa della concorrenza, è necessario considerare il peso che ha avuto sull’assetto complessivo dell’organo il potere di decidere, sulla scorta della tradizione in atto nel diritto europeo *antitrust*, decisioni con impegni e programmi di clemenza (di cui all’art.14 ter della l.287 del 1990 così come introdotto per effetto del d.l. 223/2006) i quali incidono sull’*iter* delle istruttorie eventualmente avviate per l’accertamento delle violazioni dei divieti in materia di intese e posizioni dominanti .

Ci si è chiesti in effetti quanto queste forme di negoziazione e di contrattazione con le imprese al fine di garantire un comportamento conforme alla legge *antitrust* finiscano, in virtù della inevitabile elasticità, flessibilità e discrezionalità che le connota, per mettere in crisi il modello dell’applicazione “neutrale” del diritto obbiettivo stante l’inevitabile componente regolatoria di questo tipo di compromesso ³³.

L’analisi dell’impatto di queste nuove competenze che chiaramente appartengono al *genus* della regolazione non ha in verità prodotto letture univocamente tendenti a mettere in discussione l’originaria peculiare funzione di decidere sulle violazioni del diritto *antitrust* giacché si continua a mettere in rilievo la costante applicazione delle regole in modo obbiettivo e con il coinvolgimento dei controinteressati i quali sono posti nelle condizioni di conoscere e valutare l’impatto degli impegni ³⁴. Questi strumenti, fondati più sulla *moral suasion* che non sul versante della sanzione dei comportamenti anticoncorrenziali

³² Per un’analisi critica di questa normativa di recepimento si rinvia al saggio di D. Porena, *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul d.lgs. n.3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di “antitrust private enforcement). Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge, alla soggezione del giudice alla legge ...e alla Autorità antitrust?*, in *federalismi.it*, n.7/2018, in part. 22 ss..

³³ E’ la questione posta da S. Cornella e F. Pellizzari, *La concorrenza*, cit., 376.

³⁴ Così M. Clarich, *L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come autorità pubblica indipendente*, in 20 anni di antitrust, cit., 244.

finirebbero piuttosto per rafforzare l'originaria missione dell'Autorità in questione migliorando la sua capacità di conoscere la complessità del mercato di riferimento ³⁵.

Sempre sul versante degli strumenti pubblicistici in grado di potenziare il raggio di azione dell'AGCM occorre considerare l'attribuzione del potere di impugnare atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti di qualunque pubblica amministrazione che siano lesive delle norme a difesa della concorrenza e del mercato: si tratta della procedura di cui all'art.21 bis introdotto nella l.n.287 del 1990 da uno dei primi decreti legge del governo Monti (d.l. n.201 del 2011). Anche questo intervento di riforma può essere ricondotto alle politiche europee: è infatti noto che le numerose misure adottate in quel provvedimento d'urgenza per migliorare la concorrenzialità del mercato, erano legate a doppio filo alla necessità di dare esecuzione, in una grave situazione di turbolenza dei mercati finanziari che stava rendendo difficile il collocamento dei titoli del nostro ingente debito pubblico, alle raccomandazioni contenute nella lettera "confidenziale" (del 5 agosto 2011), recante la firma del governatore della Banca centrale europea e del governatore della Banca d'Italia, indirizzata all'allora Presidente del Consiglio ³⁶.

Sulla natura di questo potere dell'AGCM la stessa Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi a seguito di un ricorso della regione Veneto che ne lamentava la incostituzionalità su più versanti: la Corte ha chiarito che l'art.21 bis non ha introdotto un nuovo e generalizzato controllo di legittimità degli atti amministrativi in quanto quel controllo è finalizzato alla sola verifica del rispetto delle regole sulla concorrenza mediante una prima fase di natura consultiva (parere) rivolto all'amministrazione che ha adottato i provvedimenti in questione e una eventuale fase giurisdizionale: l'AGCM è abilitata a impugnare l'atto sospettato di violare la concorrenza nel momento in cui l'amministrazione non si sia attenuta alle prescrizioni del parere sopra richiamato (Corte cost. sent. n.20 del 2013).

E' però indubbio che uno dei nodi problematici aperti da questa novella legislativa sia quello della configurazione dell'interesse esclusivo a ricorrere riconosciuto all'AGCM per la tutela oggettiva dell'interesse pubblico al mantenimento di condizioni di concorrenzialità del mercato: è ovvio chiedersi se l'AGCM finisca per operare come parte pubblica, magari alla stregua di un pubblico ministero con tutte le conseguenze ipotizzabili rispetto alla natura del giudizio amministrativo.

Autorevole dottrina ha ritenuto di poter assimilare questa funzione dell'AGCM a quella che svolge il Procuratore generale della Corte dei conti rispetto all'interesse pubblico al buon funzionamento del pubblico erario: sulla base di questa interpretazione, l'AGCM non diventerebbe una «parte», ma

³⁵ Cfr. sul punto F.S. Marini, *La concorrenza tra i poteri dello Stato: l'Autorità tra tradizione e innovazione*, in 20 anni di antitrust, cit., 293.

³⁶ Sugli effetti diretti e immediati delle riforme suggerite rispetto all'agenda politica italiana del Governo Monti si rinvia all'analisi di S. Sacchi, *Conditionality by other means: EU involvement in Italy's structural reforms of the sovereign debt crisis*, in *Comparative European Politics*, 2015, vol.13, 1, 77-92, 83.

piuttosto è «proprio la natura di autorità indipendente e la specifica missione ad essa affidata (tutela di uno specifico interesse pubblico, che si vuole sottratto all'apparato governativo) a giustificare la scelta di riconoscere in primis a tale autorità la legittimazione processuale ad agire per assicurarne la tutela»³⁷.

4. La complessità delle funzioni attribuite all'AGCM e la possibilità di essere giudice *a quo* «ai limitati fini»: la prospettiva di sistema legata alla possibile apertura di un dialogo diretto con le autorità indipendenti in virtù della loro capacità di operare all'interno di settori sensibili a difesa di diritti e garanzie costituzionali

Alla luce della complessità dell'evoluzione dell'AGCM (e delle differenti visioni che permangono nelle ricostruzioni dottrinali appena richiamate) dubito che la Corte costituzionale voglia riallacciare i fili della sua primissima giurisprudenza e ammettere l'AGCM in virtù dello scrutinio del solo profilo soggettivo: abbiamo del resto visto come le condizioni e i presidi dell'indipendenza dell'Autorità in questione (nomina con deliberazione congiunta dei Presidenti di Assemblea, caratura specializzata e tecnica dei componenti, assenza di direttive dal governo, regime di incompatibilità dei membri, durata dell'incarico per un tempo superiore alla durata della legislatura) siano strettamente connesse con le peculiarità dello svolgimento delle funzioni di accertamento degli illeciti *antitrust* a garanzia della effettività dell'interesse pubblico al mantenimento di condizioni di concorrenzialità del mercato.

Come abbiamo già anticipato, potrebbe essere molto più fruttuoso riannodare i fili della giurisprudenza che ha ammesso soggetti privi dei requisiti per essere giudici a fungere da “portieri” nel giudizio incidentale, non certo in virtù dell'accertamento in merito a “tutte” le condizioni per aversi un giudizio *a quo*, ma bensì “al limitato fine” di sollevare questioni di costituzionalità su disposizioni che altrimenti “difficilmente” avrebbero la possibilità di essere scrutinate dal giudice delle leggi.

In effetti su questo ultimo aspetto sembra insistere l'ordinanza in commento quando considera «dirimente e cruciale» il fatto che esiste nel caso di specie l'esigenza di ammettere il sindacato su leggi che più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte³⁸. Stando a quanto scritto nell'ordinanza, la norma censurata che esclude l'applicazione delle regole *antitrust* nell'ambito delle fasi funzionali al promovimento del procedimento disciplinare, in linea con quanto prescritto dall'art.8 l. n.287 del 1990 nella parte in cui esonera dalle regole suddette i servizi economici di interesse generale, non potrebbe

³⁷ Così M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art.21 bis L.n.287 del 1990*, in *federalismi.it* n.12/2012, 9.

³⁸ Cfr. AGCM, *Ordinanza n.1 del 3 maggio 2018*, cit., 26 ove si cita la sent. n.181 /2015 oltre al fondamentale precedente della sent. n. 226 /1976.

arrivare agevolmente all'attenzione dei giudici costituzionali qualora si negasse all'AGCM la possibilità di sollevare la relativa questione di costituzionalità.

Ci dobbiamo allora chiedere se ammettere la possibilità per l'Autorità nazionale *antitrust* di sollevare questione di costituzionalità su una disposizione di legge che impedisce l'applicabilità delle regole *antitrust* nell'ambito dei giudizi disciplinari nei confronti dei notai sia nella fattispecie in esame "essenziale" o indispensabile per gettare luce su norme - sospettate di essere incompatibili con la Costituzione - che altrimenti difficilmente avrebbero la possibilità di essere esaminate dalla Corte. Stante l'obbligo per l'AGCM di interpretare e applicare le regole sulle intese vietate in attuazione del diritto garantito dall'art.41 Cost. e in conformità con le regole europee così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, è doveroso chiedersi se l'AGCM non avrebbe potuto fare propria l'interpretazione di quella disposizione censurata in linea con quanto precisato dalla CGUE in materia di "finalità di interesse generale". Tali finalità possono infatti giustificare restrizioni "comunque ragionevoli e non assolute della concorrenza": questa importante premessa è peraltro in linea con quanto affermato anche dalla Corte di Cassazione quando ha riconosciuto che i notai svolgono comunque la loro professione "in regime di libera concorrenza"³⁹.

Se allora, alla luce di questa giurisprudenza europea e nazionale, la novella legislativa dell'art.93 bis, comma 3 della Legge notarile non potrebbe giustificare l'assoluta e completa eliminazione del controllo sulla concorrenza, l'AGCM avrebbe potuto fare propria tale interpretazione e procedere chiudendo il contenzioso (istruttoria su intesa vietata) con il Consiglio Notarile di Milano. In definitiva, questa soluzione avrebbe lasciato impregiudicata la possibilità che in sede di eventuale impugnativa dinanzi al giudice amministrativo fosse sollevata questione di costituzionalità su quella disposizione.

Peraltro, posto che la norma censurata esclude dall'applicazione delle regole *antitrust* "gli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare" la sanzione eventualmente comminata da un Consiglio notarile al professionista colpevole di aver fatto "troppi" atti rispetto ai parametri raccomandati dal Consiglio medesimo potrebbe essere impugnata dinanzi al giudice (ci sono tre gradi di giudizio con la possibilità di arrivare in Cassazione) e anche in quelle sedi giudiziarie la parte incolpata ovvero il giudice d'ufficio potrebbero sollevare questione di costituzionalità sulla disposizione oggetto della ordinanza dell'AGCM.

E' altresì evidente che lo sforzo di fornire un'interpretazione conforme al diritto europeo e nazionale per cercare un significato che sia coerente con quei principi non può essere considerata una soluzione alternativa di pari efficacia rispetto alla possibilità dell'AGCM di sollevare questione di costituzionalità

³⁹ Si veda sul punto la giurisprudenza richiamata nell'*Ordinanza* cit., 26.

direttamente alla Corte, in quanto tale soluzione lascia ad una successiva “eventualità” che in sede giudiziaria maturi la proposizione di quella questione. Solo qualora si aprisse quel varco si potrebbe infatti arrivare a una pronuncia nel merito della questione stessa ⁴⁰.

In un simile scenario sarà la Corte costituzionale a valutare con attenzione il peso dei diritti e dei principi coinvolti nella fattispecie e su questa base potrà eventualmente valorizzare gli elementi che rendono la vicenda in esame in parte diversa rispetto alla “specificità” delle normative di riferimento censurate nel precedente degli arbitri rituali (sent.376/2001) o ancora per il caso della Commissione giurisdizionale per il personale della Camera (sent. 213/2017). In entrambe i casi i (ragionevoli e fondati) dubbi sulla sussistenza del profilo soggettivo per attribuire a quegli organi la veste di giudice *a quo* hanno reso necessaria una attenta valutazione dei caratteri oggettivi del procedimento. Soprattutto nel primo caso la Corte chiarisce che l’alternativa della sospensione dell’arbitrato per investire un giudice in grado di sollevare la questione di costituzionalità sulla norma censurata non sarebbe coerente con l’art.819 c.p.c. Infatti la norma prevede che al giudice adito, una volta sospeso il giudizio degli arbitri, spetti decidere la questione incidentale ma nel caso della proposizione di una questione di costituzionalità il giudice avrebbe la “sola” funzione di valutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza: poi la decisione nel merito spetterebbe comunque agli arbitri. Dunque, la possibilità di sollevare la questione di costituzionalità riconosciuta agli arbitri (nell’arbitrato rituale) risponde anche ad una logica di economia dei giudizi ovvero di uso “razionale” delle sedi giudiziarie che possono, entro certi limiti, intervenire all’interno di quel procedimento. Per la decisione che ha ammesso la Commissione giurisdizionale della Camera a sollevare questione di costituzionalità ha probabilmente pesato il fatto che il giudizio reso nell’ambito della sfera dell’*autodichia* è alternativo al processo dinanzi al giudice naturale precostituito per legge: dunque anche in questo caso non si poteva non ammettere direttamente quell’organo a sollevare questione di legittimità costituzionale stante il carattere alternativo della giustizia domestica rispetto al giudice naturale precostituito per legge ⁴¹.

A fronte della diversa praticabilità nella fattispecie oggetto dell’ordinanza in commento della via giudiziaria – ad es. in sede di impugnativa delle decisioni dell’AGCM - per sollevare e risolvere la questione nel merito, la Corte non potrà però neppure sottovalutare i rischi “di sistema” (effettività della legalità costituzionale) connessi con la necessità per quell’Autorità, qualora non si riconoscesse ad essa

⁴⁰ Come giustamente rileva A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale*, cit., 172, la via dell’interpretazione conforme, pure azionabile da parte dell’Autorità indipendente, non è da considerare alternativa valida giacché solo con la proposizione della questione di costituzionalità si potrebbe arrivare alla eventuale declaratoria di incostituzionalità con effetti *erga omnes* della norma denunciata.

⁴¹ Anche per la legge di parificazione del bilancio regionale (di cui alla sent. 181/2015) vi sono analoghe strettoie per arrivare al sindacato di costituzionalità, giacché rispetto a quella decisione non vi sarebbero altri spazi o altri luoghi per valutare la conformità di una legge che si deve applicare rispetto alla Costituzione.



la veste di giudice *a quo*, di tentare la via dell'interpretazione conforme, soluzione che lascia comunque nell'ordinamento, nel momento stesso in cui viene adottata, una norma di dubbia costituzionalità.

In questo contesto, muovendosi tra le maglie degli argomenti utilizzati nella giurisprudenza «ai limitati fini» sarà la Corte a dover valutare in definitiva la «priorità» del suo interesse a far valere la legalità costituzionale gettando una prima luce sulla natura e sulle funzioni dell'AGCM che fa parte di quelle Autorità pubbliche indipendenti ormai in grado di «gareggiare con i poteri pubblici tradizionali» in quegli spazi, relativi a diritti e garanzie costituzionali ovvero a settori sensibili, in cui si è voluto rendere il ruolo della politica e della maggioranza talmente recessivo da impedirgli di influenzare decisioni normative, regolatorie, di applicazione obbiettiva delle regole nonché di strumenti più di persuasione che di coercizione⁴².

⁴² Così G.Grasso *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica, Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, 353, che ricostruisce in questo volume tutti gli elementi che fanno delle autorità indipendenti altrettanti inediti “poteri costituzionali”.