

4 LUGLIO 2018

L'indipendenza dell'Agcm alla luce
dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018

di Melissa Ridolfi

Dottoranda di ricerca in Scienze politiche
Università degli Studi di Roma Tre

L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*

di **Melissa Ridolfi**

Dottoranda di ricerca in Scienze politiche
Università degli Studi di Roma Tre

Potrebbe sembrare superfluo riflettere ancora sull'indipendenza delle Autorità amministrative (indipendenti, appunto), dal momento che proprio questa è stata riconosciuta come il minimo comun denominatore di questo “arcipelago” di istituzioni eterogenee¹.

Sul tema si è sviluppata nel tempo una letteratura molto ricca². L'indipendenza ha suscitato fin da subito un dibattito che, nell'assenza di una sua espressa previsione nella Carta, è ruotato intorno alla *legittimazione* democratica e alla *legittimità* costituzionale delle Autorità in questione. Solo in pochi casi la questione è stata approfondita in relazione all'eventuale ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalle *Authority*³.

L'indipendenza è stata comunemente ritenuta dalla dottrina un problema di ingegneria costituzionale. Tale deroga al circuito democratico, fondato sulla fiducia espressa dal Parlamento nei confronti del Governo, ha reso infatti particolarmente difficile collocare nell'ordinamento un simile fenomeno giuridico. La disperata ricerca di una identità costituzionale, capace di colmare il *deficit* di legittimazione e responsabilità delle Autorità, è stata così oggetto di due letture contrapposte.

La prima ha ricondotto l'indipendenza all'art. 97 della Costituzione, come espressione peculiare del principio di distinzione tra politica e amministrazione. Secondo tale interpretazione, le Autorità possono considerarsi organizzazioni *sui generis*, ma pur sempre parte di un modello amministrativo. La seconda ha

* 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 L'espressione è di A. Predieri, *L'arcipelago delle Autorità indipendenti*, Passigli Editore, 1997.

² Vedi *ex multis*, A. Tagliatela, R. Rolli, *La “legittimazione” costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in “Rivista di diritto amministrativo”, n. 2/2010; M. Clarich, *L'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. Rabitti e P. Barucci (a cura di), “20 anni di Antitrust”, Giappichelli, 2010; M. Manetti, *Autorità indipendenti e crisi della politica*, in “Rassegna di diritto pubblico europeo”, 2015, fasc. 1-2; L. Carbone, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in “Rassegna di diritto pubblico europeo”, 2015, fasc. 1-2; G. Marcou, *Indipendenza e responsabilità delle autorità di mercato*, in “Rassegna di diritto pubblico europeo”, 2015, fasc. 1-2; A. Patroni Griffi, *Le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in “Rassegna di diritto pubblico europeo”, 2015, fasc. 1-2.

³ Vedi A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”. Profili problematici e prospettive di riforma*, Jovene, 2012; M. Ainis, *The Italian Competition Authority's Maieutic Role*, in “Rivista italiana di Antitrust”, n. 2/2016.

ricondotto l'indipendenza delle Autorità a quella propria degli organi giurisdizionali, costituzionalmente sancita. In particolare, l'art. 100 Cost. prevede l'indipendenza dal Governo sia del Consiglio di Stato sia della Corte dei Conti, non solo per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche in relazione alle funzioni amministrative che tali organo esercitano⁴.

In dottrina si è detto, delle due l'una: se l'attuazione della legge non è affidata al giudice, allora essa è per definizione attività amministrativa. Tale scelta però, rileva all'interno di un principio della tripartizione dei poteri che l'istituzione stessa delle Autorità ha messo in crisi. Infatti, come è stato riconosciuto da autorevole dottrina, esse dispongono sia di poteri normativi, sia di poteri amministrativi sia, infine, di poteri giurisdizionali o ad essi assimilabili⁵.

D'altra parte le Autorità indipendenti non possono ricondursi direttamente ad un modello amministrativo "dirigenziale", pur basato sulla distinzione tra politica e amministrazione, perché l'indipendenza non coincide con la mera autonomia dell'attività di gestione e realizzazione dell'indirizzo politico. Anzi, tra gli "indici rivelatori" delle Autorità, spicca proprio la "mancanza di poteri di direttiva o di indirizzo in capo al governo" e la conseguente assenza di un centro di imputazione politica dell'attività dell'organismo, che è propria delle pubbliche amministrazioni⁶. Non possono nemmeno ricondursi direttamente all'apparato giurisdizionale, la cui indipendenza ha un fondamento ontologico che si basa sull'esigenza profonda di una piena garanzia dei diritti e della legalità e non, invece, sulla tutela di uno specifico interesse pubblico. Inoltre, esistono livelli diversi di indipendenza. Dal punto di vista soggettivo, tutte le Autorità si caratterizzano anche per un sistema di nomina trasparente dei propri componenti, che però differiscono tra loro in termini di collegamento con gli organi politici-rappresentativi⁷. Dal punto di vista oggettivo, l'indipendenza è conseguenza delle diverse funzioni attribuite alle Autorità: alcune sono sprovviste di poteri normativi, mentre altre sono state istituite in mercati liberalizzati (come quelli dell'energia elettrica, del gas o delle telecomunicazioni), in cui sorgono esigenze di regolazione. Ci sono alcune Autorità la cui funzione si risolve nella verifica di una fattispecie concreta rispetto a quella astratta che configura il divieto, in assenza di quella ponderazione di interessi che è esercizio tipico della discrezionalità

⁴ Lo stesso Consiglio di Stato ha riconosciuto che le Autorità prendono decisioni come un giudice. Vedi C.d.S, parere Commissione speciale, n. 872 del 10 febbraio 2011.

⁵ Così, M. Clarich, *Il ruolo dell'Autorità Garante nella promozione della concorrenza*, nell'ambito di un Convegno tenutosi a Roma nel 1995, i cui atti sono disponibili sul sito dell'Agcm, *Temi e Problemi, ES1- La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, p.14 ss; E. Cheli, *Le Autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in "Associazione per gli studi e ricerche parlamentari. Quaderno n. 11", Torino, 2000, p.129 ss.

⁶ Vedi C.d.S, Adunanza gen., parere 6 maggio 2011, n.1721, che richiama espressamente C.d.S, Sez. I, parere 10 marzo 2010, n. 870.

⁷ Per fare un esempio, se il Presidente dell'Agcm viene nominato d'intesa dai Presidenti di Camera e Senato (ai sensi dell'art. 10 della legge n. 287/1990), il Presidente dell'Agcom viene nominato su proposta del Presidente del Consiglio, d'intesa con il Ministro dello Sviluppo Economico, previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti (ai sensi dell'art. 1, co.3, della legge n. 241/1997).

amministrativa. Ci sono ambiti relativi all'attività contenziosa di fronte ad alcune Autorità in cui la *ratio* dell'indipendenza deve essere più forte.

Pertanto, c'è da chiedersi in che modo una legge di sistema, più volte invocata dalla dottrina come soluzione per disciplinare organicamente tale fenomeno giuridico⁸, possa al contempo risolvere anche il *problema costituzionale* dell'indipendenza.

L'ordinanza con cui il Collegio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sollevato per la prima volta una questione di legittimità costituzionale offre, in tal senso, una diversa prospettiva di riflessione⁹.

In questo caso, l'indipendenza si collega direttamente ad un'eventuale legittimazione dell'Antitrust come giudice *a quo*, alla luce della particolare estensione con cui la Corte ha interpretato nel tempo i requisiti richiesti dalla legge (giudice e attività giurisdizionale). Nello specifico, sotto il profilo soggettivo, la nozione di giudice non è stata limitata ai soli titolari della giurisdizione ordinaria e speciale, ma è stata estesa anche ad organi non direttamente riconducibili al potere giudiziario, ad esempio il collegio arbitrale e il console, perché in possesso delle più ampie garanzie di indipendenza, terzietà ed imparzialità¹⁰.

La decisione della Corte sul punto potrebbe in definitiva dirimere la questione circa il fondamento costituzionale e democratico delle Autorità. Due sono i possibili scenari: che la Corte legittimi o meno l'Agcm come giudice *a quo* o che l'ammetta ai *limitati fini* di sindacare l'incostituzionalità della norma¹¹. In entrambi i casi, esponendosi sulla natura delle Autorità e sul profilo soggettivo della loro indipendenza,

⁸ Nel d.d.l. AS n. 1577, per la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, le Autorità venivano distinte dalle Amministrazioni statali (riconducibili al modello dell'art. 95) per essere inserite nel novero delle Amministrazioni nazionali, accanto al CNEL e alle commissioni di garanzia e agli enti pubblici non economici. Anche il d.d.l. AS n. 2388 prevedeva l'accorpamento e il riordino delle Autorità amministrative indipendenti.

⁹ L'Ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, con la quale sono stati trasmessi gli atti alla Corte, è stata emessa all'interno del procedimento n. 1803, avviato dall'Autorità l'11 gennaio 2017 nei confronti del Consiglio Notarile di Milano, in Bollettino n. 17/2018, Agcm. Il rinvio era già stato prospettato nella prima segnalazione al Parlamento ai fini dell'adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza "AS659- Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza, 9 febbraio 2010", disponibile in Bollettino n. 4/2010, Agcm. Anche durante le passate Presidenze si era fatta presente la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale: vedi le conclusioni di G. Amato nell'ambito di un Convegno tenutosi a Roma nel 1995, i cui atti sono disponibili sul sito dell'Agcm, *Temi e Problemi, ES1- La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, (p. 12-13) e l'intervento di A. Catricalà, *Introduzione al convegno "Il ventennale dell'istituzione dell'Autorità Antitrust"*, disponibile su <http://www.agcm.it/component/joomdoc/eventi/ventennale/VEN-0121Intervento-Catrical.pdf/download.html>, p.12.

¹⁰ Vedi sent. cost. nn. 51 del 2010 e 123 del 2014. Una disamina dei soggetti che la Corte costituzionale ha ritenuto legittimati o meno a promuovere il giudizio in via incidentale è stata recentemente svolta da R. Nevola, *La legittimazione ad attivare il giudizio incidentale di costituzionalità: giudice a quo e processo principale nella giurisprudenza della Corte*, in "Studi e Ricerche", settembre 2016, disponibile su www.cortecostituzionale.it.

¹¹ Vedi sent. cost. n. 226 del 1976, in merito alla legittimazione riconosciuta alla Corte dei Conti che, in base all'aspetto finalistico dell'attività svolta, è stata 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 Cost.

potrebbe finalmente realizzarsi quell'*innesto costituzionale*¹² in grado di sciogliere l'ossimoro, apparentemente non conforme a Costituzione, di Autorità al contempo amministrativa e indipendente. Il tutto, superando la necessità di un intervento normativo *ad hoc* che a questo punto apparirebbe superfluo. Non bisogna dimenticare, infatti, che l'indipendenza dell'Agcm trova già una sua legittimazione a livello sovranazionale e che l'istituzione di molte Autorità è stata prevista come necessaria proprio dal diritto europeo, all'interno di un ordinamento costituzionale che, soprattutto in questo ambito, si rileva multilivello¹³. La stessa Corte di Giustizia ha sanzionato più volte le scelte statali lesive dell'indipendenza e altrettante volte si è espressa sul tema delle *Authority*¹⁴, specialmente a seguito del rinvio pregiudiziale promosso da alcune di esse¹⁵.

Tale percorso, è ovvio, non è coincidente con il rinvio alla Corte costituzionale e quindi non ne implica automaticamente l'ammissibilità; tuttavia dimostra che anche tra i requisiti elaborati a livello europeo per definire la natura giurisdizionale di un organo spicca quello dell'indipendenza.

In ultimo, una domanda: l'indipendenza dell'Agcm e l'ammissibilità a sollevare la questione incidentale camminano di pari passo? Se è vero che laddove la Corte riconoscesse l'Agcm come giudice *a quo* si archiverebbe definitivamente il dibattito sulla sua indipendenza (e probabilmente sulla sua legittimazione costituzionale), è anche vero il contrario? Se così fosse, negare all'Autorità la legittimazione a sollevare la questione incidentale significherebbe negarne al contempo l'indipendenza. Oppure ne dovremmo dedurre che esiste un'indipendenza "amministrativa" che non coincide con l'indipendenza "costituzionale", interpretando in modo elastico il concetto stesso di indipendenza, così come la Corte ha fatto con quello di giudice, anche se in questo caso il fine ultimo non sarebbe quello di garantire al giudice delle leggi un controllo costituzionale più ampio possibile. O, ancora, potremmo desumere che

¹² Così E. Cheli, *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, nel Convegno organizzato da Nexus, Roma, 27 febbraio 2006, disponibile su "www.astrid-online.it", p. 9.

¹³ È possibile ravvisare il fondamento stesso delle Autorità all'interno dei Trattati europei e infatti la stessa disciplina della concorrenza costituisce uno dei principi dell'Unione, sancito sia dall'art. 3 del TUE, sia dall'art. 120 TFUE. In questo senso si è recentemente espresso B. Caravita, *I fondamenti europei della concorrenza*, nell'ambito del Convegno "I fondamenti costituzionali della concorrenza", Roma, 10 maggio 2018.

¹⁴ Ci si riferisce alla sent. Corte UE, 9 marzo 2010, Causa C-518/07, in cui la Commissione europea si è espressa sull'indipendenza dell'Autorità tedesca per la protezione dei dati personali, sottolineando che questa esercita un potere decisionale indipendente da qualsiasi influenza esterna, diretta o indiretta, al fine di rafforzarne le decisioni.

¹⁵ Vedi Corte UE, 16 luglio 1992, *Asociacion Espanola de Banca rivada e a.*, C-67/91; Corte UE, 31 maggio 2005, *Syfait*, C-53/03. In particolare ci si riferisce alle Autorità di concorrenza spagnola e greca. Nel primo caso la Corte non affronta nella sentenza la questione della legittimazione dell'Autorità: tuttavia il giudice relatore, nel riportare le osservazioni presentate dalla Commissione, descrive gli elementi che consentono di ritenere tale organismo conforme alla definizione di giudice dettata dal Trattato, nonostante il suo carattere amministrativo. Nel secondo caso, invece, la Corte non ha riscontrato nella Commissione ellenica la sussistenza di tutti i requisiti del giudice e ha concluso per la sua natura non giurisdizionale, in quanto soggetta, anche se entro certi limiti, alla "tutela" del Ministro per lo sviluppo.



L'indipendenza è condizione necessaria ma non sufficiente a individuare i soggetti legittimati a sollevare l'incidente di costituzionalità. Una pluralità di ipotesi ricostruttive, dunque, sulle quali sarà opportuno tornare, ove la Corte – nel caso qui in esame – chiudesse il palazzo della Consulta alle Autorità amministrative indipendenti.