

4 LUGLIO 2018

Essere giudice «a limitato fine»
Autorità amministrative indipendenti e
Corte costituzionale

di Sandro Staiano

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II

Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale^{*}

di Sandro Staiano

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II

Sommario: 1. Tra concetti e sistema: potrà mai essere «giudice» l'Autorità garante della concorrenza e del mercato? 2. Equivoci lessicali e problemi teorici. 3. Gli insicuri ormeggi dommatici della giurisprudenza costituzionale. 4. Le tecniche argomentative del remittente. 5. Prospettive.

1. Tra concetti e sistema: potrà mai essere «giudice» l'Autorità garante della concorrenza e del mercato?

La perdurante difficoltà a qualificare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato come organo giurisdizionale, in specie come giudice *a quo* nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale, è di tipo concettuale, anzitutto, e poi sistematico. E non è escluso che, in termini generali, l'orientamento a trascurare queste due dimensioni – concettuale e sistematica – nelle loro connessioni necessarie, abbia condotto a quel quadro ricostruttivo tanto frastagliato e nebuloso da offrire assai poche certezze in ordine all'identificazione degli organi *a quibus* e ora, di fronte all'ordinanza di rimessione dell'AGCoM, n. 1 del 5 maggio 2018, renda azzardata qualsiasi previsione circa la posizione della Corte costituzionale in ordine all'ammissibilità.

Di certo, molta acqua è passata sotto i ponti, non di rado oscillanti e pericolosi, tesi tra amministrazione e giurisdizione e tra giurisdizione e politica, dacché – si era nel 2001 – un Presidente *pro tempore* dell'AGCoM rilevava l'ambiguità, l'estraneità all'esperienza giuridica e, infine, l'inutilizzabilità dell'attribuzione all'Autorità di «carattere e natura paragiurisdizionale», poiché – egli diceva – «nella Costituzione trovano collocazione, e sono deliberatamente trattati, uno dopo l'altro, l'organo amministrativo e quello giurisdizionale: *tertium non datur* ... Sentir parlare di organi paragiurisdizionali desta pertanto qualche perplessità e il timore che il concetto trascuri i paletti fondamentali dell'ordinamento ... Di conseguenza, a fronte dell'esistenza di due sole categorie, il problema di collocare

^{*} 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.

l'Antitrust nell'una o nell'altra per me evidentemente non esiste. Se, com'è sicuro, l'alternativa è tra organo giurisdizionale e organo non giurisdizionale o amministrativo, non è contestabile la qualificazione dell'Antitrust come organo amministrativo, i cui atti sono sottoposti al controllo giurisdizionale» (G. TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma 2001, p. 165).

Peraltro, una tanto severa posizione si opponeva ad altra – di ben diverso segno – sostenuta, qualche anno innanzi, da altro Presidente *pro tempore* dell'AGCoM, secondo il quale « ... non è affatto detto che l'attuazione della legge non affidata al giudice sia per definizione attività amministrativa sottoposta al governo»; e perciò un'autorità indipendente, «che in realtà non è amministrativa perché non fa ponderazione di interessi pubblici» potrebbe ben applicare «il sillogismo tipico del ragionamento giudiziario», e applicarlo «con procedure che sempre più stanno diventando contenziose» (G. AMATO, *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma 1996). A essere assunta a riferimento era l'ammissione all'accesso incidentale della Corte dei conti nell'esercizio di poteri di registrazione dei decreti e di parificazione del rendiconto consuntivo dello Stato (che la Corte costituzionale aveva già consentito un ventennio prima, con la sentenza n. 226 del 1976), sembrando non esservi sostanziale diversità tra questa fattispecie e quella delle funzioni svolte dall'AGCoM.

2. Equivoci lessicali e problemi teorici.

Proprio a questo più risalente orientamento, nel riferimento al precedente dell'accesso consentito alla Corte dei conti in sede di controllo, fa ora implicito richiamo l'ordinanza di rimessione n. 1 del 2018. Fa richiamo e quindi ne assume gli elementi di debolezza: che le autorità indipendenti, almeno nell'esercizio di parte delle proprie funzioni, svolgano un'attività *sostanzialmente* giurisdizionale, riconoscibile per l'applicazione di un processo logico sillogistico; che tale specifica connotazione giurisdizionale si possa ascrivere ai procedimenti costruiti in chiave contenziosa.

Elementi di debolezza, poiché, da una parte, attribuire natura giurisdizionale, sia pure «ai limitati fini», all'autorità indipendente in ragione del modellarsi, secondo logica formale, dell'attività di applicazione della legge che essa svolge, vorrebbe dire riuscire nell'impresa titanica di identificare il *proprium* del sillogismo giudiziale nell'universo delle inferenze in cui consiste sempre, in qualsiasi sede e da parte di qualsiasi autorità, la messa in opera di un atto precettivo. Un obiettivo che, dopo la fine dell'illusione di poter qualificare l'attività giurisdizionale come pura sussunzione del fatto nella norma, sarebbe velleità anacronistica.

Dall'altra, perché quello che viene chiamato «contenzioso» nelle sedi della giurisdizione, non è altro, nel procedimento amministrativo, che «partecipazione», a vario titolo, in conformità ai principi di «efficienza

ed efficacia» e di «trasparenza»: sequenze analoghe assumono senso molto diverso in ragione del contesto in cui si svolgono, giurisdizionale o amministrativo. Ma è appunto la diversità del contesto ordinamentale a determinare la natura degli atti e del procedimento; e non, viceversa, le assonanze estrinseche, talvolta solo nominalistiche, tra le attività a consentire l'assimilazione dei contesti. Non è in ragione di tali assonanze che il procedimento amministrativo diventerà giudizio e l'autorità che lo conduce si trasformerà in giudice. Se ci si pone da questo punto di vista, l'AGCoM, come autorità che amministra l'azione nel contesto amministrativo, non può mai essere considerata in posizione di terzietà di tipo giurisdizionale.

Infatti, per definire la posizione dell'AGCoM nel sistema amministrativo sono stati adoperati lemmi letteralmente tratti dal lessico riferito alle giurisdizioni (alcuni dei quali hanno assunto specifico significato quanto alla giurisdizione penale) – «terzietà», «contraddittorio», «parità delle armi» – ma per riferirli al «mercato», alle dinamiche della «democrazia economica»; e quelle corrispondenze lessicali sono state appunto presentate come paralleli esemplificativi dello *status* di indipendenza delle autorità, ma senza assimilazioni: «... le autorità indipendenti sono chiamate a garantire il contraddittorio economico, il contraddittorio paritario nel mercato. E chi è che garantisce il contraddittorio nel processo? Il giudice. Come occorre l'indipendenza e la terzietà di un giudice per garantire il contraddittorio tra le parti nel processo, così sono necessarie amministrazioni dotate di uno *status* indipendente per garantire il contraddittorio nel mercato, per svolgere la funzione di arbitri nella democrazia economica» (M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in AA.VV., *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, Bologna 2010, p. 14). Dunque, l'indipendenza, la particolare posizione di garanzia dell'AGCoM, si proiettano nel procedimento che davanti a questa si svolge, nel quale sono restituiti i rapporti sostanziali affidati alla funzione arbitrale della stessa AGCoM. Tale procedimento rimane procedimento amministrativo; in esso l'autorità resta *indipendente*, allo stesso modo in cui lo è nei rapporti sostanziali in cui svolge le sue funzioni, non diviene *terza* allo stesso modo in cui lo è un giudice. La differenza è appunto in quella restituzione, in quella proiezione dei rapporti sostanziali che occasionano il conflitto: essa avviene nel procedimento che l'AGCoM amministra (e regola) e che conduce allo scopo di arbitrare quei rapporti sostanziali; non avverrebbe se tale procedimento fosse giurisdizionale. Il soggetto AGCoM è allo stesso tempo garante dei rapporti sostanziali in conflitto e decisore nel procedimento in cui se ne determinano composizione o prevalenza. Ma allora non può essere giudice, e quello che si svolge davanti a esso non è processo. Poiché, invero, il processo è, almeno in ultima istanza, *autoriferito*. Il procedimento amministrativo non lo è: è invece *riferito* ai rapporti sostanziali che compone, tale composizione è il suo *scopo*, e il suo amministratore prende campo, ponderando interessi e posizioni nel mercato, e valendosi – nel caso dell'AGCoM – delle risultanze di «scienze

inesatte» quali l'economia, che offrono una gamma di assunti plausibili (plausibili, non assiomatici), tra i quali orientarsi compiendo giudizi di valore. E ciò appare particolarmente estraneo alla logica del processo, se si assume, con Salvatore Satta, che «... Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio; e *processus iudicii* infatti era l'antica formula, contrattasi poi, quasi per antonomasia, in *processo*. Ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perché il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio; esso dunque se ha uno scopo, lo ha in se stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno. Veramente processo e giudizio sono atti senza scopo, i soli atti della vita che non hanno scopo» (S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano 1994, p. 24).

Se anche non si voglia pervenire a questi esiti, che portano a ritenere il processo un «mistero», per valorizzare invece in esso il tratto di strumentalità ai diritti sostanziali, non si può tuttavia negare che chi tali diritti sostanziali amministra (qualsiasi funzione eserciti, anche di garanzia) non può essere terzo, nel senso di terzietà processuale, nel procedimento in cui quei diritti attendono una decisione amministrativa. Infatti, postulando la strumentalità tra diritti sostanziali e processo, si postula l'alterità tra i due termini, e chi governa (amministra) il primo non può essere in posizione di terzietà nel secondo.

Il riferimento – che talvolta si compie anche avendo riguardo all'AGCoM – al divieto di istituire giudici speciali contenuto nell'art. 102, c. 2, Cost. è perciò solitamente mal posto nella sequenza argomentativa: la valutazione sulla compatibilità col parametro costituzionale dovrebbe essere compiuta una volta stabilito che l'attività considerata possa essere qualificata come giurisdizionale per le sue intrinseche connotazioni e la sua collocazione sistematica, e il soggetto che la svolge possa essere considerato come terzo. Alla ricostruzione della configurazione dell'organo dovrebbe seguire la ricostruzione della portata del divieto costituzionale, il significato da attribuire alla «straordinarietà» e alla «specialità», il rapporto tra queste e l'ordine giudiziario nella sua strutturazione presente. Si dovrebbe poi passare a raffrontare l'autorità indipendente con il parametro dell'art. 102, c. 2, per valutare la legittimità costituzionale dei poteri a esso attribuiti. E invece si compie un rovesciamento logico: sul presupposto del divieto costituzionale, si nega semplicemente che l'autorità indipendente *possa esistere* come organo giurisdizionale. Si ragiona cioè secondo la coppia oppositiva esistenza-inesistenza, piuttosto che (come si dovrebbe) secondo quella legittimità-illegittimità.

Ma, per questa via, risulta pretermessa o almeno emarginata la teoria del processo. E il dibattito ne sortisce impoverito, asfittico, segnato da assunti apodittici e dall'affermarsi dell'idea che la giurisdizione sia un'entità quasi ineffabile, dai contorni indefiniti, suscettibile di essere diffusa in vari punti dell'ordinamento e affidata a vari soggetti, senza riguardo alla loro natura. Una funzione *ohne eigenschaften*.

3. Gli insicuri ormezzi dommatici della giurisprudenza costituzionale.

Una pallida evocazione di quell'inesplorato nucleo problematico risulta nella giurisprudenza della Corte costituzionale che richiede, ai fini dell'accesso, il concorrere dell'elemento soggettivo (l'organo *a quo* dev'essere «un giudice») e dell'elemento oggettivo (dev'essere in corso «un giudizio»). Poi però non si è mai andati molto oltre le generiche definizioni della funzione giudicante come «obiettiva applicazione della legge» e del giudice come «organo *super partes*».

Ma la scelta metodologica che ha condotto a tanto è originaria: risale alla sentenza n. 83 del 1966, la quale, volendo consentire l'accesso a un organo appartenente all'ordine giudiziario, che tuttavia nella specie non era chiamato a risolvere una controversia, dà una definizione generica di «autorità giurisdizionale», concludendo che essa si attaglia anche a «organi ... pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura», i quali «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 che la nozione di «giudizio» comprende «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». Sicché, per consentire l'accesso «i due requisiti, soggettivo ed oggettivo, non debbono necessariamente concorrere».

In altri termini, affinché vi possa essere accesso alla Corte costituzionale, non occorre che sia in corso un processo in senso proprio, innanzi a un giudice in senso proprio. E anzi l'accesso è consentito anche quando sicuramente l'organo *a quo* non sia un giudice (purché vi sia «giudizio» in senso lato), e anche quando non vi sia sicuramente «giudizio», per quanto in senso lato (purché vi sia un «organo giudicante», in senso lato).

Sennonché simili definizioni dei presupposti dell'accesso devono essere parse alla stessa Corte costituzionale troppo generiche per poter offrire un criterio utile a discernere l'organo qualificabile come «giudice» *a quo* nell'universo di tutti gli applicatori della legge, e il procedimento qualificabile come «principale» nell'universo di tutti i procedimenti in cui la legge trovi applicazione.

E, infatti, la sentenza n. 226 del 1976 tenta di reperire un criterio identificativo nell'*analogia*: l'organo *a quo* (nella specie, la Corte dei conti in sede di controllo sugli atti legislativi del governo) può non essere un giudice in senso proprio, purché si trovi in una «*situazione analoga* a quella in cui si trova un qualsiasi altro giudice»; il procedimento può non essere «un giudizio in senso tecnico-processuale», purché l'organo in discorso svolga in esso una «*funzione analoga* alla funzione giurisdizionale» («piuttosto che assimilabile a quella amministrativa», nella fattispecie trattata dalla sentenza n. 226); l'organo *a quo* può anche non essere un giudice in senso proprio, purché sia dotato di garanzie di indipendenza «*analogamente* ai magistrati dell'ordine giudiziario».

Non che, in concreto, in questo modo si vada molto lontano sulla via del rigore definitorio, quando si passa a stabilire quali siano le *analogie* che fanno di un organo un giudice (in senso lato) *a quo*, e di un procedimento un giudizio (in senso lato) in cui possa essere sollevata l'eccezione di illegittimità della legge. Così è organo *a quo*, *analogo* al giudice, chi sia strettamente vincolato alla legge, cioè proceda «a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono». Se un organo svolge una funzione siffatta in un procedimento, cioè «valuta 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», quel procedimento è *analogo* al giudizio, e in esso può essere sollevata la questione di legittimità costituzionale. Insomma nulla di più preciso di quanto risultasse dalla precedente giurisprudenza. Ma v'è un vantaggio pratico nell'approccio: la Corte potrà non sentirsi vincolata alla latitudine dei criteri elaborati in precedenza, che avevano portato a una considerevole dilatazione dell'accesso (la sentenza n. 226 del 1976 fa un elenco nutrito, e dichiaratamente incompleto, di casi di ammissione al giudizio di costituzionalità, forse velando un accento critico), stabilendo, di volta in volta, ciò che sia *analogo* e ciò che non lo sia.

Infatti, «analogia» è la posizione della Corte dei conti nella parifica del rendiconto regionale (sentenza n. 89 del 2017); mentre non vi sono «analogie» ma «differenze tra funzione di controllo della Corte dei conti e funzione consultiva del Consiglio di Stato», sicché a quest'ultimo in tale sede non può darsi adito alla Corte costituzionale (sentenza n. 254 del 2004).

Tuttavia, a fronte di siffatto vantaggio, vi è la rinuncia a sciogliere il nodo teorico e dogmatico: se per aversi accesso alla Corte non occorre vi sia un giudizio, ma solo qualcosa di *analogo* a questo, e non occorre vi sia un giudice, ma solo qualcosa di *analogo* a esso, allora tra processo e giudice, da una parte, e il *qualcosa di analogo* dall'altra, v'è un'alterità che dovrebbe poter essere composta nel sistema definito dall'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953.

Il primo di questi disposti – di rango costituzionale – adopera i lemmi «giudizio» e «giudice»; il secondo – di rango ordinario – in luogo di «giudice», il lemma «autorità giurisdizionale», che deve ritenersi sinonimo, poiché la relazione gerarchica tra le fonti in cui ciascuno di essi è contenuto non consente scostamenti di significato (semmai solo specificazioni, esplicitazioni, completamenti, nell'ambito degli oggetti definiti dall'art. 137, c. 1, Cost., com'è avvenuto, con lo stesso art. 23 della legge n. 87 del 1953, per l'accertamento del requisito della rilevanza).

Ora, dopo un così lungo percorso giurisprudenziale quanto all'accesso, a esito del quale si può ben dire che la Corte costituzionale non si trova a fare applicazione di criteri di identificazione univoci e dommaticamente affinati né dell'organo *a quo* né del procedimento qualificabile come giudizio, ma può liberamente e imprevedibilmente trarre dalla propria giurisprudenza elementi a sostegno di una delle

alternative in campo, la questione del significato da attribuire alle norme costituzionali sull'accesso riacquista attualità, premendo tentativi di ulteriore ampliamento.

Se si guarda alla vicenda dell'applicazione di tali norme, dalla sua scaturigine e nel suo sviluppo, si può dire che essa è segnata da una certa debolezza dell'interpretazione logico-sistematica e dall'assenza di elementi di interpretazione storico-sistematica. Benché possa non essere immediatamente intuitivo, a dominare è la lettera, o, più esattamente, l'accanimento esegetico sulla lettera, dalla quale si vuole estrarre tutto il possibile e l'utile per assecondare l'orientamento all'espansione dell'accesso: quali significati consentano o non consentano o escludano le parole «giudice» o «autorità giurisdizionale» e «giudizio», anzitutto e soprattutto *in sé considerate*. La conclusione preliminare cui si perviene è che esse sono debolmente connotative e selettive: «giudizio» non è (solo) processo e «giudice» non è (solo) organo appartenente all'ordine giudiziario preposto al processo. Poi, *nel sistema*, si potranno individuare, di volta in volta, gli organi e i procedimenti che quelle parole potranno valere a connotare.

Tutto questo, in termini generalissimi, può essere accettato dal punto di vista linguistico: le parole hanno significati molto variabili, in ragione del contesto funzionale in cui si collocano; e le parole «giudice» e «giudizio» sono tra le più sovraccariche di significati (e di ambivalenza, addirittura di «mistero», si diceva), anche per lo spessore storico e culturale che le caratterizza.

Ma, poiché il contesto funzionale in cui quelle parole si collocano è quello giuridico normativo, non è consentito dare a esse un significato diverso da quello imposto dai vincoli sistematici, e dunque derivante dall'interpretazione storico-sistematica, trattandosi di norme costituzionali che disegnano le scelte ordinamentali fondanti, per come esse si sono storicamente determinate.

Da questo punto di vista non è forse inutile ricordare che il sistema di controllo sulle leggi è stato originariamente definito come di tipo giurisdizionale. E che il costituente prima e il legislatore costituzionale poi, quello ordinario infine, avendo dinnanzi il modello americano di controllo diffuso, che ritennero non desiderabile per il pericolo dell'abborrito «governo dei giudici», giungendo ad adottarlo come termine negativo di paragone e come contraltare polemico, e tuttavia considerando che quella costituzionale dovesse essere pur sempre una giurisdizione, cioè una sede in cui il profilo tecnico-giuridico assumesse peso adeguato, si orientarono per un modello misto tra accentramento e diffusione. In esso, ai giudici comuni veniva assegnato ruolo di filtro, sia con riferimento al rapporto tra la questione di legittimità e il processo che innanzi a essi si svolgesse (rilevanza) sia con riferimento al merito della questione medesima di legittimità costituzionale (non manifesta infondatezza), e al giudice costituzionale spettasse la parola ultima in via esclusiva. Depongono in tale senso, senza equivoci, il dibattito costituente e i lavori parlamentari preparatori della legge n. 87 del 1953.

Se, in particolare, si ripercorre la Relazione della Commissione speciale, i cui lavori avrebbero dato base alle soluzioni adottate in quella legge, si rileva agevolmente che, volendo dare carattere giurisdizionale al controllo sulle leggi (pur nella consapevolezza che si trattava di una specialissima giurisdizione, poiché «l'elasticità delle norme costituzionali dà, indubbiamente, un'impronta speciale all'attività diretta a dichiararne il contenuto e, quindi, influisce sulla differenza tra la giurisdizione costituzionale e tutte le altre forme di giurisdizione», richiedendo «l'attività di controllo di costituzionalità ... nei suoi organi una squisita sensibilità politica, indispensabile per l'interpretazione delle norme costituzionali»: Camera dei Deputati, Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente, sul disegno di legge n. 469-A, presentato alla Presidenza il 17 aprile 1950, p. 10), la garanzia più forte affinché ciò avvenisse veniva ravvisata nell'accesso in via incidentale, visto come modo per attrarre lo scrutinio di legittimità nell'ambito della giurisdizione, come presidio del controllo tecnico-giuridico, inteso come stretto sillogismo, quasi sussunzione giudiziale (ivi, p. 4).

A quella elaborazione normativa, al sistema che ne è derivato, è pienamente conforme il lessico adoperato, e in tale sistema esso va inteso.

In altri termini, il costituente e il legislatore avevano innanzi la questione del rapporto tra due giurisdizioni: la giurisdizione comune, consolidata nella tradizione ordinamentale per quanto assoggettata ai nuovi principi, la giurisdizione costituzionale, da costruire come tale. La prima di esse, per dare al sistema di controllo sulle leggi il crisma della giurisdizionalità, deve essere necessariamente intesa nel senso più proprio e stretto: giudizio è un processo secondo la nozione ricavabile dai codici e dalle norme speciali di rito e dalla teoria e dalla dottrina a essi riferita; giudice è l'organo appartenente all'ordine giudiziario o un organo a esso pienamente assimilato nel contesto ordinamentale, che al giudizio come processo sia preposto.

La ragione maggiore per la quale la giurisprudenza costituzionale si è tanto vistosamente discostata da queste premesse è rivelata da una certa lettura del «principio di costituzionalità», inteso come principio del massimo disfavore per la permanenza nel sistema di leggi incostituzionali.

Le due sentenze chiave in tema di accesso incidentale qui richiamate – la n. 83 del 1966 e la n. 226 del 1976 – si collocano nella fase del «primo disgelo» costituzionale; ma la seconda a ridosso della «seconda glaciazione». Si collocano cioè in una fase in cui si supera dapprima il «ritardo» nell'attuazione della Costituzione, poi comincia a profilarsi il rischio di una nuova stagnazione. La Corte si fa protagonista di quella stagione, orientandosi al consolidamento e all'espansione del suo ruolo nel sistema; quindi a favorire il più possibile l'ingresso delle questioni di legittimità costituzionale. Un *obiter* contenuto nella sentenza n. 226 del 1976 lo disvela: laddove si afferma che, a non ammettere l'accesso, si acconsentirebbe a sottrarre al sindacato della Corte «leggi che ... difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte».

Non si tratta, in tutta evidenza, di un criterio, valido in sé, discretivo di una ragione per ammettere l'accesso: la maggiore o minore difficoltà che si incontri nel pervenire a sottoporre alla Corte una certa legge è elemento di puro fatto. Ma il richiamo a esso, per rafforzare i motivi della decisione, è indice dello spirito del tempo: è una giustificazione di «politica giurisprudenziale» della scelta interpretativa, non essendo certo priva di punti di debolezza l'argomentazione fondata sull'«analogia», sotto diversi profili, con il giudice, come criterio di identificazione dell'organo *a quo*.

E, infatti, mutati i tempi, quell'*obiter* viene riformulato e adoperato in tutt'altro senso: premendo l'opposta esigenza di deflazionare l'accesso, la Corte, nella richiamata sentenza n. 254 del 2004, cita il «precedente» della sentenza n. 226 del 1976, ma come se esso giustificasse, o contribuisse a giustificare, l'ammissione all'accesso – piuttosto che, come fa, per la «difficoltà» fattuale a sottoporre determinate leggi allo scrutinio di legittimità – per la circostanza che esse «altrimenti sfuggirebbero» a tale scrutinio. Ecco affiorare, in luogo dell'innocente (in apparenza) *obiter*, la «terribile categoria» della «zona franca» (nella specie, assumendosi che non vi sia zona franca, non è consentito al Consiglio di Stato nell'esercizio di funzioni consultive l'accesso alla Corte costituzionale).

4. Le tecniche argomentative del remittente.

È a questa ricca messe di concetti scientemente deboli, di soluzioni reversibili e di *obiter dicta* che ora l'ordinanza dell'AGCoM n. 1 del 2018 attinge per ottenere l'accesso al giudizio di legittimità della Corte costituzionale.

La tecnica argomentativa è ben visibile: estrarre dalla giurisprudenza gli elementi che hanno indotto ad ammettere l'accesso, enfatizzando massimamente le affinità con i casi di esito positivo e disvalorizzando od obliterando le diversità; assumere come rimarchevoli diversità rispetto al proprio caso gli elementi portanti delle precedenti decisioni di preclusione.

Come fattispecie affine viene addotto il caso della Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità: come questa, anche l'AGCoM, come autorità di garanzia, svolge «funzioni analoghe» a quelle giurisdizionali (consistenti nella «riconduzione di atti e fatti nell'ambito delle fattispecie astratte previste dalla legge *antitrust*», afferma l'ordinanza di remissione, evocando la sentenza n. 226 del 1976). Naturalmente, la medesima ordinanza omette l'elemento di diversità che in quella sentenza viene enunciato con un *obiter* potenzialmente «distruttivo»: «... la Corte dei conti» – afferma la sentenza n. 226 del 1976 – «è ... l'unico organo di controllo che, nel nostro ordinamento, goda di una diretta garanzia in sede costituzionale», e perciò è stata affermata «la non assoggettabilità degli atti da essa adottati nell'esercizio di quelle attribuzioni ad alcun sindacato». Si potrebbe soggiungere: dunque non vi sarà altra

sede nella quale far valere l'eccezione di illegittimità costituzionale; mentre l'oppugnabilità delle decisioni dell'AGCoM innanzi al giudice amministrativo fa ritenere che, nella specie, tale altra sede vi sia.

Ma, in tema, l'ordinanza si spinge ancora più innanzi sulla strada del richiamo selettivo ai precedenti e, in connessione, del rimodellamento dei concetti. Lo fa quando assume che sarebbe «*estremamente difficile* l'accesso al sindacato della Corte [costituzionale]» con riferimento alla norma che escluderebbe, secondo un'interpretazione affacciata in sede di giurisdizione civile, l'AGCom dal controllo sugli atti dei Consigli notarili funzionali al promovimento di procedimento disciplinare, poiché «la possibilità di sottoporre la suddetta previsione al sindacato di costituzionalità sarebbe rimessa solo alla eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento». A sostegno, l'ordinanza fa richiamo alla sentenza n. 181 del 2015, che però sul punto riproduce testualmente la, qui più volte richiamata, sentenza n. 226 del 1976, nella quale la «difficoltà di accesso» è, come si è visto, argomento di rincalzo, giustapposto agli argomenti maggiori, tutti incentrati sulle connotazioni oggettive e soggettive del procedimento innanzi alla Corte dei conti in sede di controllo; e tale rimane, ovviamente, anche nella nuova sentenza. Ma, compiuto il richiamo, l'ordinanza produce un vistoso svisamento concettuale: ammettere l'accesso alla Corte nei casi in cui esso sarebbe altrimenti «*estremamente difficile*» o anche solo «*difficile*» avrebbe il fine di «evitare l'esistenza di zone franche». Ora la (discutibile) categoria delle «zone franche» è stata definita dalla Corte costituzionale con riferimento a casi in cui, in ragione della disciplina di alcune categorie di atti e del tipo di garanzia giurisdizionale apprestata per le posizioni soggettive da essi lese, l'accesso incidentale al giudizio di costituzionalità risulterebbe precluso: *precluso*, non soltanto *difficile* o *molto difficile* (in tal senso è da ricostruire la vicenda della sottoposizione alla Corte delle leggi elettorali). Qui di sicuro zona franca non v'è.

5. Prospettive.

V'è da chiedersi fin dove vorrà spingersi la Corte in uno scenario di potenzialità argomentative tanto articolato e non univocamente composto, e ormai fattosi remoto dai capisaldi dell'interpretazione giuridica normativa.

In proposito, l'unica certezza è che, se essa avallasse costruzioni come quella proposta dall'AGCoM, rischierebbe di porre l'accesso al di fuori del quadro dell'incidentalità come rapporto tra giurisdizione comune e giurisdizione costituzionale, istituendo il potere di adire in via sostanzialmente diretta la Corte in capo a un'autorità amministrativa.



Postulando che ciò non sia già avvenuto – com'è necessario postulare, per dare degli sviluppi della giurisprudenza costituzionale una lettura che assuma non intaccati i fondamenti ordinamentali del controllo di costituzionalità – è auspicabile che non avvenga.