

18 LUGLIO 2018

L'Autorità garante della concorrenza e
del mercato come “giudice a quo” nei
giudizi di costituzionalità

di **Marcello Clarich**

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma



L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*

di Marcello Clarich

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma

L'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018 con la quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si è autoqualificata come “giudice a quo” legittimato a sollevare innanzi alla Corte Costituzionale questioni di costituzionalità in via incidentale ha già suscitato vari commenti, per lo più critici. Aperture in questa direzione erano state ipotizzate dalla stessa Autorità, all'epoca della presidenza di Giuliano Amato¹, anche se di recente il tema non sembrava più al centro del dibattito.

Pertanto, l'ordinanza n. 1 ha colto di sorpresa molti osservatori suscitando appunto reazioni non favorevoli.

In effetti, soprattutto dopo che l'art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990, introdotto dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214, ha attribuito all'Autorità la legittimazione a impugnare innanzi al giudice amministrativo provvedimenti amministrativi lesivi delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, può sembrare contraddittorio riconoscere ad un tempo al medesimo soggetto il ruolo di parte anche attiva in un giudizio (davanti a un giudice “vero”) e di “giudice a quo” nell'ambito di un procedimento avente natura formalmente amministrativa, anche se caratterizzato da garanzie rafforzate rispetto a quelle generali previste dalla legge n. 241 del 1990.

Inoltre la tesi dottrinale relativa alla natura “paragiurisdizionale” dell'Autorità e delle sue funzioni, specie se intesa a escludere che gli atti emanati non possano essere qualificati come aventi natura formalmente amministrativa, non è stata avallata dalla giurisprudenza in particolare della Suprema Corte di Cassazione. Secondo quest'ultima l'ordinamento non conosce “*un tertium genus tra amministrazione e giurisdizione*”². Lo stesso diritto al contraddittorio e alla difesa per le parti private nei procedimenti antitrust non implica “il

* 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 Nella Relazione annuale dell'Autorità presentata il 30 aprile 1996 si ipotizza che “*possa essere ammissibile che l'Autorità, nell'ambito di una sua istruttoria, sollevi direttamente tali questioni dinnanzi alla Corte Costituzionale*” (pag. 13 della Relazione disponibile sul sito dell'Autorità).

² Cfr. C. Cass., Sez. Un. Civ., 20 maggio 2012, n. 7341.

*contestuale riconoscimento della natura paragiurisdizionale dell'organo alla cui competenza quei procedimenti sono attribuiti?*³. La stessa proposta *de jure condendo* di sottoporre gli atti dell'Autorità a un giudizio in unico grado innanzi al Consiglio di Stato, in base all'assimilazione del procedimento innanzi all'Autorità a un primo grado di giudizio, non è stata più riproposta in epoca recente. Anche la distinzione operata inizialmente dal giudice amministrativo tra “sindacato forte” e “sindacato debole”, è ormai da tempo abbandonata⁴.

Il discorso dunque potrebbe chiudersi qui.

Tuttavia alcuni degli argomenti contenuti nell'ordinanza n. 1 per dimostrare la tesi della legittimazione a sollevare le questioni di costituzionalità non possono essere liquidati in modo troppo sbrigativo.

E' innegabile infatti che l'Autorità presenta caratteri distintivi rispetto alle Autorità indipendenti istituite per la regolazione dei mercati.

Si considerino in particolare le funzioni ad essa affidate. Nel caso della maggior parte delle Autorità indipendenti, esse includono, tagliando per così dire in orizzontale il principio della separazione dei poteri, sia quella di regolazione delle imprese controllate, sia quella di “*adjudication*”, cioè di applicazione delle regole nel caso concreto e nell'eventuale applicazione di sanzioni e di rimedi, sia quella di risoluzione di controversie tra operatori e tra quest'ultimi e gli utenti o consumatori.

Per quanto attiene alla funzione di regolazione, specie là dove essa determini scelte allocative o comunque di mediazione tra una pluralità di interessi, esse implicano la spendita di poteri propriamente discrezionali.

Usualmente questo tipo di poteri è riaccolto in modo più stretto al circuito politico-rappresentativo⁵.

Le altre due funzioni, invece, nelle quali è presente ed è forse addirittura prevalente l'interesse alla garanzia delle situazioni giuridiche dei soggetti interessati, si prestano a essere ricondotte più facilmente a quelle di un “giudice” o di un “arbitro” che in modo imparziale accerta i fatti ed esamina le ragioni della parte o delle parti coinvolte dando applicazione alle regole. Il tutto nell'obiettivo di garantire “la parità delle armi nel mercato”, sanzionando comportamenti che alterano il gioco concorrenziale⁶. Il contraddittorio orizzontale, cioè tra le imprese che fanno valere innanzi alle Autorità pretese contrapposte, e verticale, cioè, tra l'Autorità e l'impresa oggetto per esempio di un procedimento sanzionatorio, connotano in senso paraprocedurale il potere esercitato.

Nel caso specifico dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la funzione di garanzia, come chiarisce anche l'ordinanza n. 1, emerge allo stato quasi puro, proprio perché essa non è titolare di

³ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652.

⁴ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 e Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

⁵ Sulla tipologia delle autorità cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pag. 64 e seg.

⁶ Cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

funzioni propriamente regolatorie.⁷ L'applicazione della normativa antitrust e della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette in modo orizzontale, cioè nei confronti di tutti i tipi di imprese regolate e non regolate (assoggettate ai poteri regolatori delle autorità di settore) pone l'Autorità in una posizione in larga misura sovrapponibile e fungibile con quella dell'autorità giudiziaria ordinaria, investita, non a caso, di competenze parallele.

I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di concludere i procedimenti sanzionatori con l'accettazione di impegni⁸ fa emergere, almeno potenzialmente, una dimensione regolatoria non prevista dalla legge istitutiva. Tuttavia, l'applicazione rigorosa del principio di contraddittorio alla fase di presentazione e valutazione degli impegni, che vede coinvolti attivamente tutti i soggetti "controinteressati", ridimensiona il problema. Anche in questo caso la regola, formalizzata da un impegno, è il frutto di una valutazione presa da un apparato equidistante dalle parti interessate.

In ogni caso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è un'autorità monobiettivo, che non è dunque chiamata a ponderare una pluralità di interessi pubblici. Inoltre, nel momento in cui valuta gli interessi delle parti private nell'ambito dei propri procedimenti lo fa esclusivamente alla luce dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza. Ciò esclude che i poteri dell'Autorità possano essere qualificati come discrezionali in senso proprio.

Vero è che i concetti giuridici indeterminati (per esempio, la nozione di mercato rilevante) dei quali fa applicazione l'Autorità lasciano a quest'ultima ampi margini di apprezzamento, ma queste ultime sono sovrapponibili a quelli di un giudice civile chiamato a conoscere di una lite tra soggetti privati aventi per oggetto condotte anticoncorrenziali. In ogni caso, anche i giudici civili nell'esercizio delle funzioni di volontaria giurisdizione compiono scelte assimilabili a quelle propriamente discrezionali.

Sembrano dunque condivisibili le considerazioni contenute nell'ordinanza n. 1 su questi aspetti. Meriterebbero un approfondimento anche le altre considerazioni relative alle garanzie procedurali e alle regole organizzative sulla separazione tra funzione istruttoria e funzione decisionale.

In realtà, nessuno degli indici rivelatori delle caratteristiche peculiari dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai quali fa riferimento l'ordinanza appaiono di per sé decisivi e non suscettibili di confutazione, ma non è da escludere che la somma dei medesimi possa costituire comunque una base sufficientemente solida per giustificare e tentare una mossa azzardata, certo azzardata ma non temeraria, da parte dell'Autorità. Che poi la Corte costituzionale sia disposta ad assecondarla è tutt'altro discorso.

⁷ Cfr. più diffusamente M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2015, pag. 110 e seg.

⁸ D.l. 4 luglio 2006, n. 223 convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248.