



Rivista N°: 3/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 20/07/2019

AUTORE: RAFFAELE MANFRELLOTTI*

LO STATUTO COSTITUZIONALE DEL GARANTE DELLA CONCORRENZA NELLA PROSPETTIVA DELL'ACCESSO ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Sommario: 1. Cenni ricostruttivi sull'esperienza delle amministrazioni indipendenti in Italia. 2. Il mito della "paramagistratura" della concorrenza e la sua incompatibilità con i valori costituzionali. 3. La natura amministrativa del Garante della concorrenza. 4. Il problema dell'accesso dell'Autorità di cui alla legge n. 287 del 1990 alla Corte costituzionale. 5. Conclusioni.

1. La recente sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale riporta al centro del dibattito scientifico una problematica che, assai dibattuta nella metà degli anni '90, ha perso mordente nel corso degli anni pur senza che ad essa sia stata data una conclusione condivisa: quella della natura "paragiurisdizionale" delle autorità indipendenti o, per meglio dire, di alcune delle funzioni ad esse affidate.

Si tratta, in verità, di un aspetto del più generale problema dell'inquadramento di tali strutture nell'ambito della forma di governo, sul quale l'intenso dibattito che ha impegnato molti studiosi ha condotto ad alcuni risultati radicati solo relativamente a determinati profili.

Di "amministrazioni indipendenti ad alto tasso d'imparzialità" ha parlato per la prima volta la Commissione per la modernizzazione delle Istituzioni presieduta dall'on. Piga nel 1985¹. La definizione è tuttavia assai poco chiara e tutt'altro che appagante volendo essenzialmente descrivere il fenomeno più che coglierne gli elementi caratterizzanti. Sicché, lo sforzo definitorio potrebbe fruttuosamente rivolgersi alle esperienze giuridiche straniere che hanno recepito il fenomeno in esame da maggior tempo, privilegiando quelle maggiormente omogenee alla nostra in ragione della similitudine dei problemi che tali strutture pongono².

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ *Relazione sulla riforma dell'amministrazione centrale (18 giugno 1985)*, in *Riv. trim. scienza dell'amm.* 1985, pp. 115 ss.

² Non sembra, dunque, un approccio metodologicamente fruttuoso rivolgersi agli ordinamenti anglosassoni, in cui tali strutture hanno visto la luce, perché troppo distante è la cultura giuridica che ci separa da quelle esperienze. Ad esempio, va notato che, a differenza di quanto accade sul continente, la dottrina del Regno Unito

Sulla scorta della dottrina d'oltralpe³ si può dunque intendere per autorità amministrative indipendenti peculiari enti amministrativi situati al di fuori dell'apparato governativo ministeriale, con il compito principale di sovrintendere alla regolazione di un settore c. d. "sensible", indipendentemente dal potere politico ed in collegamento con il tessuto sociale su cui vanno ad incidere.

Il fenomeno ebbe uno sviluppo quasi incontrollato nell'ultimo decennio del XX secolo. Le leggi 12 giugno 1990 n. 146, 6 agosto 1990 n. 223 e 10 ottobre 1990 n. 287 istituirono pressoché contemporaneamente tre delle amministrazioni in questione: rispettivamente, la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, l'Autorità garante per la radiodiffusione e l'editoria, e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Invero, già in precedenza il legislatore aveva previsto per la regolamentazione di determinati settori enti che presentavano delle peculiarità rispetto alle strutture amministrative ordinarie: si pensi alla Banca d'Italia, alla Consob (istituita dalla l. 7 giugno 1974, n. 216), al Garante per l'editoria (istituito dalla l. 8 agosto 1981, n. 416), ed all'Isvap (istituito dalla l. 12 agosto 1982 n. 576). Si trattava tuttavia di strutture all'epoca non pienamente inquadrabili nella categoria in esame quale si intende oggi⁴ (con la sola eccezione, forse, del Garante per l'editoria) in quanto inserite nell'apparato amministrativo ordinario e, soprattutto, prive sia dell'indipendenza dall'esecutivo che di significativi poteri di regolamentazione e controllo. Erano, in definitiva, "normali" enti amministrativi concepiti per la pianificazione in campo economico e finanziario e, per questo, caratterizzati da una perizia tecnica particolarmente elevata. Il quadro mutò in ragione del concretarsi delle funzioni a questi organi assegnate dalle leggi istitutive e da successivi interventi legislativi, che nel periodo compreso tra il 1990 ed il 1996 sancirono, per un verso, il progressivo distacco di questi enti dal potere partitico e, per altro verso, l'attribuzione agli stessi di poteri sempre più penetranti. Così quegli stessi organismi concepiti come serventi rispetto al Governo o al Parlamento si trasformarono in "autorità titolari di vere e proprie deleghe in bianco, il cui immenso potere veniva giustificato in ragione della loro indipendenza dal potere politico"⁵. L'indipendenza (reale o presunta) delle Autorità costituì, insomma, una sorta di viatico in ragione del quale, nella stagione della crisi delle forse partitiche tradizionali successive all'inchiesta "Mani pulite", si concentrò un nucleo sempre crescente di competenze in strutture che, indipendenti o meno, avevano tuttavia una caratteristica comune: l'irresponsabilità politica.

Tali competenze apparirono sin dal principio alquanto variegate: funzioni di impulso, anche indiretto, sull'attività degli organi di indirizzo politico⁶, funzioni regolamentari e, naturalmente, funzioni provvedimentali, distinte a loro volta in una pluralità di fattispecie, talvolta tali

ha dedicato alla questione della sistemazione teorica dei c.d. *quangos* sforzi marginali: così J. GREENWOOD – D. WILSON, *Public administration in Britain today*, London, 1990, p. 209.

³ J. P. QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'Etat*, Paris, 1991, p. 250.

⁴ *Contra*, *Relazione cit.*, p. 115.

⁵ M. MANETTI, *Il garante della par condicio* in *Par condicio e Costituzione*, a cura di F. MODUGNO, Milano 1997, p. 91.

⁶ Sia consentito, sul punto, il rinvio a R. MANFRELLOTTI, *Amministrazioni indipendenti e collaborazioni preliminari al procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 2003, pp. 773 ss.

da essere impiegate con uno scopo *de facto* normativo⁷, talaltra provvedimentali in senso proprio, talaltra ancora, infine, strutturate come istanze di risoluzione di controversie tra privati secondo modelli in qualche modo riecheggianti schemi processuali. Tale ultima tipologia di funzioni è stata, come si diceva, definita “paragiurisdizionale”, e nell’economia del presente lavoro merita una specifica considerazione.

2. La tesi della neutralità delle funzioni delle amministrazioni indipendenti, e dunque della loro assimilazione più a quelle dell’autorità giudiziaria che dell’autorità amministrativa risale, come si è detto, al clima di diffidenza per la politica che seguì la crisi di legittimazione del sistema partitico nell’ultimo decennio del secolo scorso⁸. In quegli anni una parte della dottrina tese i propri sforzi a sottrarre alle categorie del “politico” alcune delle scelte fondamentali, particolarmente nel diritto pubblico dell’economia. Questa visione condizionò i primi studi sulle autorità indipendenti, anche sulla scorta delle suggestioni derivanti dalla dottrina straniera che più a lungo si era misurata con questo fenomeno inedito in Italia⁹. In quella stagione fu moda affermare una presunta posizione di neutralità di alcuni Garanti e, *in primis*, del Garante della concorrenza, rispetto agli interessi coinvolti dalla loro attività, espressa dalle stesse modalità di esercizio della funzione: le quali furono individuate nell’“accertamento della fattispecie concreta alla luce delle disposizioni normative di volta in volta rilevate”, sicché i relativi atti erano ritenuti “simili, sul piano strutturale, alle pronunce emanate dagli organi giudiziari”¹⁰. Corollario naturale di tale ricostruzione è stato, naturalmente, l’affermazione (relativamente recente) della legittimazione delle Autorità indipendenti a promuovere l’incidente di costituzionalità nell’ambito dei procedimenti da esse avviati per l’esercizio delle rispettive funzioni¹¹.

La ricostruzione cui si è fatto cenno, che ebbe un largo seguito nella riflessione scientifica, è interessante soprattutto per le sue premesse, in realtà non sempre esplicitate. Se l’attività dell’Autorità garante della concorrenza si risolve nella sussunzione delle fattispecie sottoposte al suo provvedere in un parametro oggettivo e “neutro”, quale la realizzazione della concorrenza, tale che le scelte di volta in volta compiute sarebbero, in qualche misura, obbligate e perciò “neutrali”, il parametro utilizzato assurge a valore oggettivo e assoluto, la cui portata normativa condiziona gli interessi giuridicamente tutelati coinvolti, per l’effetto limitandone la tutela nei limiti in cui tali interessi non confliggono con tale supremo valore. In altri termini, la concorrenza costituirebbe un bene assoluto a cui risultano condizionati gli interessi meritevoli di tutela riconosciuti dall’ordinamento, di guisa che tale riconoscimento sopporterebbe il limite ineludibile della coerenza con la realizzazione di un sistema economico concorrenziale. Ne consegue che quest’ultimo si trasfigurerebbe dal piano dell’economia a quello della politica, assurgendo a criterio di risoluzione delle controversie insuscettibile, in quanto

⁷ Come nel caso delle “autorizzazioni generali” del Garante della riservatezza. Sul fenomeno, S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione*, Pisa, 1996, pp. 207 ss.

⁸ A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, p. 40.

⁹ Nella nostra dottrina il primo contributo sul fenomeno, in una prospettiva limitata all’ordinamento statunitense, si deve a P. TESAURO, *Le “Independent Regulatory Commissions”*, Napoli, 1966.

¹⁰ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, pp. 130 ss. e in part. p. 132. In termini analoghi A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell’amministrazione dello Stato* in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano 1988, pp. 485 ss.

¹¹ A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”*, Napoli, 2012, pp. 119 ss.

parametro, di bilanciamenti o limitazioni. Sicché, l'Autorità istituita dalla legge n. 287 del 1990 costituirebbe una sorta di "magistratura della concorrenza" a cui sarebbe affidata la funzione, di evidente rilevanza costituzionale, di ricondurre i conflitti sociali sottoposti alla sua cognizione alla luce di questo bene supremo.

In realtà, la premessa per la quale il sistema economico concorrenziale sarebbe un valore assoluto, capace di imporsi sugli altri interessi tutelati incarnati nelle posizioni soggettive interessate dalle funzioni del Garante della concorrenza, appare stridente con il diritto positivo espresso dalla Carta costituzionale. La Costituzione si disinteressa del sistema economico astrattamente considerato: essa guarda ai diritti della persona. Nella Carta, vengono riconosciute talune posizioni soggettive, alcune strettamente legate all'esercizio di attività economicamente rilevanti (il lavoro, la proprietà, l'impresa), altre concettualmente autonome ma tuttavia condizionate dall'esercizio delle prime (una per tutte, il diritto alla salute). Nessuna di tali situazioni giuridiche individuali è priva di vincoli: il solipsistico "dominio della volontà" del privato, specie a proposito delle libertà economiche, non è assoluto, ma ciascuno dei diritti riconosciuti trova contestualmente dei limiti che lo inseriscono in una dimensione sociale¹². Tali diritti debbono trovare tutela, nelle forme e nei limiti della Costituzione, quale che sia il sistema economico affermatosi nel Paese in un dato momento storico; e l'autorità pubblica non può rinunciare ad intervenire fattivamente quando, in seno a tale sistema, questi interessi meritevoli di garanzia vengano, a vario titolo, minacciati¹³.

L'economia non costituisce dunque il luogo asettico e neutrale dove le cose si mettono a posto naturalmente e pacificamente da sole, come vorrebbe una credenza diffusa, bensì un luogo di conflitto, di contrasti, un luogo in cui la distribuzione di risorse per definizione scarse fa la differenza tra gli operatori che sopravvivono al mercato e quelli che cessano di esistere; e perciò un luogo "politico", perché in esso trovano applicazione – e si vorrebbe dire, nella loro graduazione massima – le categorie della contrapposizione tra interessi¹⁴. La regolazione di tale contrapposizione è una delle funzioni che lo Stato sociale moderno non può rinunciare ad esercitare¹⁵, conformemente alle scelte politiche compiute, innanzi tutto, nella Carta Fondamentale, e secondo le forme costituzionali previste per l'attuazione di tali scelte, in primo luogo quella legislativa. L'esegesi delle norme che regolano fenomeni economici in funzione del loro fine, del perseguimento del risultato che ne sottende la posizione, se da un lato fa certamente riferimento a concetti propri dell'economia, non può avvenire, per altro verso, che con le modalità ermeneutiche normalmente applicate dagli operatori del diritto e, segnatamente, dal giudice¹⁶. L'ipotesi di una "magistratura economica" è un concetto vago, cui non è sottesa alcuna esigenza obiettiva di efficienza sistemica non meglio specificata¹⁷, ma una scelta politica volta a sottrarre l'economia dall'applicazione delle norme che concretano il programma sociale costituzionale.

¹² M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 404 ss.

¹³ Si confrontino le considerazioni di A. PREDIERI, *L'erompere*, cit., pp. 13 ss.

¹⁴ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in *Le categorie del 'politico'*, tr. it., Bologna, 1972, pp. 87 ss.

¹⁵ F. NEUMANN, *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, tr. it., Bologna, 1983, pp. 273 ss.

¹⁶ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, 2008, pp. 62 ss.

¹⁷ Cfr. ancora A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, cit., p. 10.

Ne consegue che nella disciplina costituzionale la tutela di un determinato sistema economico, quale quello concorrenziale, costituisce un mero strumento a cui una scelta politica contingente rimette la realizzazione degli interessi che la Carta ritiene meritevoli di tutela. La concorrenza è dunque un interesse pubblico, certamente di rilievo costituzionale, e tuttavia composito, perché connesso alla realizzazione di taluni valori a cui, attraverso di esso, si intende dare attuazione. Ne consegue altresì che l'interesse pubblico alla concorrenza, al pari di ogni altro interesse pubblico, è suscettibile di composizione, di bilanciamento e di sacrificio ove necessario per realizzare il quadro assiologico costituzionale a cui è meramente strumentale¹⁸.

3. L'interesse pubblico specifico alla concorrenza partecipa dunque al processo di bilanciamento – e, perciò, di conflitto – tra gli interessi pubblici, e trova, nell'assetto dei poteri, una istituzionalizzazione soggettiva mediante nell'Autorità Garante della concorrenza. Sul piano della politica del diritto, ciò significa che il legislatore del 1990 ha inteso sottrarre, dal novero degli interessi pubblici legati al settore economico e affidati ad un'amministrazione dicasteriale (il Ministero dell'Economia), quelli legati agli interventi pubblici necessari per la realizzazione di un sistema di mercato concorrenziale; tale differenziazione ha condotto, come si è detto, alla scelta di un modello organizzativo diverso da quello dicasteriale, introducendo nell'apparato pubblico una struttura che, in quel periodo, costituiva un vero e proprio esperimento istituzionale: un'amministrazione indipendente dal Governo politicamente irresponsabile¹⁹. Fino a quel momento, le amministrazioni pubbliche avevano presentato solo una delle due caratteristiche: se politicamente irresponsabili, erano tuttavia assoggettate (sia pure in misura variabile a seconda dei modelli) alla direzione governativa, giustificando in tal guisa la traslazione della responsabilità politica per il loro operato nel Governo della Repubblica; se indipendenti dal Governo, possedevano una legittimazione politica propria e, dunque, una propria responsabilità "diffusa" innanzi al corpo elettorale (come nel caso degli enti territoriali).

Il Garante della concorrenza, come si è detto, costituiva dunque l'archetipo di una figura organizzativa assolutamente nuova. Certamente, l'ordinamento già conosceva, come detto, strutture che oggi si tende a ricondurre al modello delle autorità indipendenti, quali la Consob o l'allora Isvap; ma su di esse il Governo manteneva un qualche ruolo sia quanto alle procedure di nomina, sia quanto al controllo sulle rispettive funzioni (ciò che col tempo spinse ad interrogarsi sull'effettiva riconducibilità di tali amministrazioni al fenomeno in esame)²⁰.

L'indipendenza dal Governo alimentò l'illusione di una qualche similitudine delle autorità di garanzia, nella "purezza" del modello incarnato dall'Autorità di cui alla legge n. 287 del 1990, con la magistratura, senza, peraltro, porre la questione, che in questa prospettiva sarebbe dovuta divenire centrale, della compatibilità di tali scelte organizzative con il divieto costituzionale di istituzione di giudici speciali. Ma si trattava, appunto, di un'illusione, perché le

¹⁸ R. MANFRELOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, Torino, 2012, pp. 54 ss.

¹⁹ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, pp. 169 ss.

²⁰ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 146 ss.

autorità indipendenti, e il Garante della concorrenza, sono amministrazioni e null'altro che amministrazioni, e dunque soggette al relativo statuto giuridico.

Si è visto che il Garante della concorrenza è un organo dello Stato posto a tutela di un interesse pubblico²¹, il corretto funzionamento del mercato, e di quell'interesse portatore. Per altro verso è stato notato²² come l'attività dei giudici sia essenzialmente successiva alla fattispecie su cui essi sono chiamati a pronunciarsi, ove il sindacato dell'Autorità risponde invece nella maggior parte dei casi ad un'esigenza di azione preventiva, onde l'obbligo in capo ai soggetti interessati di sottoporre determinate fattispecie alla valutazione del Garante prima che queste si siano prodotte²³. Corollario di quanto affermato è il potere di istruttoria²⁴ e di valutazione dei dati "comunque in suo possesso" e segnatamente di "quelli portati a sua conoscenza da *pubbliche amministrazioni* o da chiunque vi abbia interesse, *ivi comprese le associazioni rappresentative di consumatori*"²⁵; il che è forse il più chiaro segnale della natura pubblicistica degli interessi tutelati dall'Autorità.

Se a ciò s'aggiungono le considerazioni circa il divieto di istituzione di giurisdizioni speciali ex art. 102, co. II, Cost., nonché la possibilità di ricorso al giudice amministrativo contro gli atti in esame, si deve concludere che si tratta di amministratore e non di giudice, titolare di un potere provvedimentale e non (para)giurisdizionale.

Quest'impostazione è del resto accolta anche dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee²⁶, che ha da tempo qualificato l'attività antimonopolistica della Commissione (attività pressoché identica a quella svolta dal Garante per la concorrenza) quale *amministrativa* in quanto svolto da un organo amministrativo, ed ha escluso espressamente la riconducibilità della stessa alla funzione giurisdizionale.

Da questo punto di vista, la sent. n. 13 del 2019 ribadisce l'ovvio: essa rileva, in primo luogo, che gli atti dell'Autorità costituiscono provvedimenti impugnabili nelle forme del d. lgs. n. 104 del 2010 innanzi al giudice amministrativo, e perciò costituiscono incontrovertibilmente espressione di funzioni amministrative tese a curare l'interesse pubblico al mercato concorrenziale. In realtà, la pronuncia richiama, altresì, una disposizione particolarmente interessante ai fini della ricostruzione dello statuto costituzionale del Garante della concorrenza: l'art. 21**bis** della legge n. 287 del 1990, nella parte in cui attribuisce all'Autorità legittimazione a ricorrere avverso i provvedimenti delle amministrazioni pubbliche lesive della concorrenza. La norma, ad oggi di applicazione assai limitata, si segnala tuttavia per il suo indubbio rilievo sistematico, perché da essa si traggono notevoli conseguenze al fine di delineare la posizione dell'Autorità posta a tutela della concorrenza all'interno della forma di governo.

²¹ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, pp. 112 ss.

²² H. MAISL, *Les autorités administratives indépendantes: protection des libertés ou régulation sociale?* in *Les autorités administratives indépendantes*, a cura di C. A. COLLIARD e G. TIMSIT, Paris, 1991, pp. 77 ss.

²³ Cfr. l'art. 16 della l. 287/1990.

²⁴ Art. 14 l. cit.

²⁵ Art. 12 l. cit.; il corsivo è naturalmente nostro.

²⁶ Cause riunite 5-11 e 13-15/62, sent. 14 dicembre 1962.

Innanzitutto, dalla disposizione in esame è possibile evincere che l'Autorità non è affatto un organo pubblico neutrale, bensì è portatore di un interesse pubblico qualificato – appunto, la concorrenza – a tutela del quale può non soltanto esercitare le funzioni ad essa attribuite ma, altresì, sollecitare il sindacato di legittimità sulle funzioni amministrative suscettibili di ledere tale interesse²⁷. Esulerebbe troppo dalla prospettiva del presente lavoro un'indagine esaustiva sulla legittimazione processuale del Garante, interrogandosi se la norma in esame abbia radicato in capo al Garante una posizione soggettiva autonoma e qualificata azionabile in giudizio ovvero, come sembra più probabile, abbia previsto una sorta di giurisdizione di legittimità oggettiva, svincolata da una situazione soggettiva azionabile e analoga nella *ratio* al ricorso nell'interesse della legge promosso dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 363 c.p.c.²⁸

Sotto un secondo profilo, la norma ribadisce che la concorrenza non costituisce un parametro di legittimità dell'azione pubblica, ma un interesse equiordinato agli altri interessi pubblici il cui eventuale conflitto con essi deve essere composto da un organo in posizione di tendenziale²⁹ terzietà quale il giudice: risultando evidente che l'Autorità istituita dalla legge del 1990, in quanto parte processuale, è priva di tale requisito.

4. Se, dunque, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha natura amministrativa e, in quanto tale, è portatrice di un interesse pubblico specifico, correttamente la Corte ne ha escluso la legittimazione a sollevare l'incidente di costituzionalità³⁰. Sotto questo profilo, la sent. n. 13 del 2019 ha l'indubbio merito di relegare la tesi della natura "paragiurisdizionale" delle funzioni dell'Autorità nell'oblio delle illusioni.

Lo statuto costituzionale dell'Autorità, tuttavia, consente qualche ulteriore considerazione che può forse ipotizzare di aprire ad essa, sia pure per altre vie, le porte del processo costituzionale.

Si è detto che il Garante costituisce un modello peculiare di amministrazione pubblica, posta a tutela di un interesse espressamente tutelato dalla Costituzione e indirettamente con-

²⁷ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., pp. 182 ss.

²⁸ Ovviamente ciò non significa che l'azione *ex art. 21bis* deroghi alla disciplina generale del codice del processo amministrativo, che deve ritenersi integralmente applicabile, in particolare sotto il profilo dell'obbligo di notifica del ricorso agli eventuali controinteressati.

²⁹ Non si può qui dar conto delle ragioni che hanno spinto all'utilizzo di questo aggettivo: per le quali si rinvia al coraggioso lavoro di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., pp. 7 ss. e *passim*.

³⁰ L'affermazione della carenza del requisito soggettivo non ha impedito alla Corte di stigmatizzare un ulteriore profilo problematico relativo all'ordinanza di remissione, ossia la circostanza che la questione di costituzionalità sulla norma impugnata avrebbe potuto essere posta in sedi istituzionali senz'altro più idonee (sul punto, ampiamente, P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca"*. *Prmissime considerazioni alla luce dell'ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *Federalismi*, 17/2018, pp. 9 ss. La pronuncia non affronta invece, *ex professo*, il problema della legittimazione del notaio a sollevare la questione di legittimità costituzionale (su cui, peraltro, il Giudice delle leggi ha in passato dimostrato una posizione di chiusura), questione non peregrina, nel caso di specie, perché la norma censurata ha interessato le funzioni notarili. Sul punto si rinvia, ove il lettore lo desidera, a R. MANFRELOTTI, *Funzione notarile e questioni di legittimità costituzionale*, in *Studi in on. di F. Gabriele*, Bari, 2016, pp. 613 ss.

nesso ad altri interessi costituzionali, e collocato in posizione di indipendenza dall'amministrazione dicasteriale e, dunque, dal Governo. Sebbene non espressamente disciplinate dalla Costituzione, le funzioni amministrative tese alla realizzazione del mercato concorrenziale possiedono un indubbio "tono costituzionale"³¹, anche in ragione di un'espressa (per quanto laconica) previsione in tal senso ai sensi dell'art. 117, co. II, lett. e) Cost.³². Sotto altro profilo, l'allocazione di tali funzioni in una struttura indipendente dal Governo la rende la suprema istanza che, in linea di principio³³, nell'apparato pubblico statale ne è deputata all'esercizio³⁴; ne consegue che l'Autorità istituita dalla legge n. 287 del 1990 costituisce l'organo competente a dichiarare definitivamente la volontà pubblica nell'esercizio delle funzioni a tutela della concorrenza.

La qualifica del Garante della concorrenza di potere dello stato ai fini del conflitto di attribuzione trova un ulteriore fondamento se si riflette sulla ricostruzione ormai prevalente del problema della legittimazione delle Autorità indipendenti. La dottrina ne ha cercato il fondamento nell'osmosi tra autorità pubblica e società civile, per cui tali strutture, seppur al di fuori del raccordo di maggioranza, legittimano la loro attività mediante la partecipazione degli operatori economici alle rispettive funzioni, e subordinatamente alla capacità di dar voce alle istanze sociali nei procedimenti di selezione e di perseguimento degli interessi pubblici concreti che estrinsecano le rispettive funzioni³⁵. In tale contesto, la legittimazione non può risolversi in un *a priori*, ma va misurata di volta in volta in ordine al conflitto tra gli interessi coinvolti dalla determinazione pubblica. Quest'ultima si giustifica, dunque, sul piano fenomenico quando scaturisce da un procedimento in cui hanno trovato ingresso (almeno tendenzialmente) tutte le istanze in gioco, e sul piano decisorio quando abbia garantito che il prevalere di alcune di esse non si sia spinto fino alla negazione totale di altre, parimenti meritevoli di tutela³⁶. Il procedimento è dunque concepito come un *sistema sociale di azioni particolari*, in cui il conflitto è disciplinato dall'ordinamento e contestualizzato al fatto da regolare³⁷. La legittimità della misura regolativa, per altro verso, non è suscettibile di valutazione in astratto, ma richiede una valutazione *in concreto* che può discendere soltanto dal procedimento stesso, perché è al suo interno che si determina la legittima compressione degli interessi coinvolti.

³¹ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 210.

³² Il punto sembra pacifico anche nella giurisprudenza costituzionale: si veda, in particolare, la sent. n. 200 del 2012. Per ulteriori riferimenti, F. SAITTO, *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il "principio generale della liberalizzazione" tra Stato e Regioni*, in *Rivista AIC*, 4/2012.

³³ L'art. 25 della l. n. 287 del 1990 prevede l'ingerenza del Governo nelle funzioni dell'Autorità quando interessi pubblici generali lo richiedano. La norma si configura, comunque, nella *ratio* quanto nella formulazione, come eccezionale.

³⁴ *Contra*, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., 212 ss., sulla base del rilievo che le amministrazioni indipendenti non sono organi istituiti dalla Costituzione. Il rilievo è superabile alla luce della circostanza che, indipendentemente dalla previsione costituzionale, tali strutture costituiscono centri verticali di espressione di interessi costituzionalmente tutelati.

³⁵ A. PREDIERI, *L'erompere*, cit., p. 104.

³⁶ N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, tr. it. a cura di A. FEBBRAJO, Milano, 1995, pp. 19 ss.

³⁷ Ancora N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, cit., pp. 31 ss.

Il risultato è che l'autorità (amministrativa) decidente si trova investita della responsabilità del componimento, nel caso specifico, del conflitto sociale, da effettuarsi in ragione del quadro normativo (si ribadisce, in primo luogo costituzionale) di riferimento e delle peculiarità del caso specifico che è chiamata a disciplinare. Ed è una responsabilità – in senso lato – politica, non solo nel senso che essa coinvolge i meccanismi propri della forma di governo volti a farla valere³⁸, ma anche (e soprattutto) nella sua accezione *sociale*, come potere di attivazione da parte dei destinatari della decisione stessa degli strumenti che l'ordinamento riconosce per reprimere gli abusi dell'autorità che male ha deciso.

Ne deriva, per i profili che in questa sede interessano, che le riserve relative alla legittimità costituzionale delle amministrazioni indipendenti, svincolate dal sistema rappresentativo costituito dal raccordo di maggioranza Parlamento – Governo, possono essere superate valorizzando il momento procedimentale, sotto due profili: quello della partecipazione degli interessati e quello della motivazione dell'atto terminale, che dà conto delle ragioni di fatto e di diritto che hanno spinto l'Autorità a privilegiare taluni interessi³⁹.

La tesi della legittimazione attraverso il procedimento non ha trovato in dottrina unità di consensi. Si è contestato, in particolare, che la procedimentalizzazione delle funzioni ad esse attribuite alla stregua dei principi del contraddittorio e della motivazione possano avere un effetto legittimante perché essi sono posti anche in riferimento ad altri modelli amministrativi⁴⁰. L'obiezione però cade di fronte alla considerazione che tali obblighi procedimentali esplicano verso le Autorità un'efficacia legittimante non diversamente che per le altre amministrazioni, con la sola differenza che per queste ultime le forme della democrazia partecipativa coesistono con quelle della democrazia rappresentativa. L'opinione per cui la partecipazione costituisce una limitazione dell'autorità pubblica e non una sua legittimazione⁴¹ si risolve in una petizione di principio, perché le due categorie sono contigue: la rappresentanza parlamentare sorse come forma di limitazione del potere esecutivo ma ne costituì, al contempo, il fattore di legittimazione (come dimostra il principio di legalità). Altro è il problema dell'effettiva parità tra le istanze che intervengono nel procedimento, tale da impedire che l'Autorità privilegi gli interessi forti a danno degli altri⁴² (problema che, del resto, si ripropone anche a proposito degli atti legislativi⁴³).

Neppure può essere accolta la considerazione per cui “la partecipazione funzionale non ha la capacità di sintetizzare le aspirazioni comuni degli uomini in un sistema di valori capaci di orientare le future scelte normative”⁴⁴, perché la visione illuministica di un interesse

³⁸ In primo luogo, concessione o revoca della fiducia, ossia della legittimazione *a priori* ad operare riconosciuta all'amministrazione dicasteriale (peraltro solo uno dei possibili modelli, come visto oggi residuale).

³⁹ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., pp. 146 ss.; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, cit., pp. 240 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere*, cit., pp. 89 ss.; e in giurisprudenza Cons. St., sez. VI, sent. n. 7972 del 2006.

⁴⁰ M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, pp. 418 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006, pp. 80 ss.

⁴¹ M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, cit., p. 431.

⁴² G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, cit., pp. 93 ss.

⁴³ F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 141 ss.

⁴⁴ G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2004, p. 63.

pubblico generale, che l'obiezione in esame presuppone, è stata superata dall'incapacità dello Stato pluriclasse di esprimere un interesse unitario: si è osservato che, per conseguenza, la concezione unitaria di politica si è diluita in una pluralità di politiche settoriali, volte al bilanciamento di interessi configgenti in ambiti determinati⁴⁵; sicché, l'interesse pubblico perde qualsivoglia autonomia definitoria e si identifica con la risultante degli interessi settoriali che, di volta in volta, vengono coinvolti dai singoli atti di regolazione. La tesi in esame ha, tuttavia, il pregio di fissare l'attenzione sulla questione di una concezione eccessivamente parcellizzata di pubblica amministrazione, tale da rendere inconfigurabile una visione unitaria che, in definitiva, rischia di tralasciare determinati interessi giuridicamente rilevanti espressi da soggetti pubblici diversi dall'autorità procedente.

Per terminare sul punto: gli schemi della democrazia partecipativa e di quella rappresentativa sono entrambi riferibili all'amministrazione dicasteriale, per cui la responsabilità sociale cui il primo modello si lega può subire attenuazioni (ad esempio, a proposito del contraddittorio e della motivazione degli atti regolamentari) in quanto compensato dai meccanismi di responsabilità politica del secondo. Quanto alle autorità amministrative indipendenti e, segnatamente, al Garante della concorrenza, però, questi ultimi non sono configurabili; ne deriva che esse traggono la propria legittimazione sistemica solo attraverso la partecipazione degli amministrati, che deve quindi essere intesa nella sua accezione più piena per quanto concerne il regime degli atti di tale struttura.

Ciò è quanto dire che il Garante costituisce un punto di coagulo di interessi sociali che esso stesso sintetizza e protegge, e perciò di interessi politici, perché connessi ad obiettivi costituzionali che, mediante la tutela del mercato, l'ordinamento persegue: il Garante della concorrenza rappresenta, dunque, un centro di decisione politica istituzionalizzata che interseca valori di rilevanza costituzionale, decisione che merita senz'altro, nel disegno del Costituente, un momento di tutela quando compromessa dall'esercizio di altre funzioni costituzionalmente rilevanti⁴⁶.

Può dunque ritenersi che al Garante della concorrenza possa riconoscersi una legittimazione processuale costituzionale quale parte di un conflitto di attribuzioni interorganico teso all'impugnazione di atti lesivi della concorrenza. Tale conclusione deve, naturalmente, essere calata nella concretezza dei singoli casi, tenendo presente il carattere residuale di tale strumento. Sicché, sembra difficilmente ipotizzabile un conflitto avente ad oggetto atti non legislativi del Governo o di altre amministrazioni statali, posta la legittimazione ad agire del Garante nelle forme ordinarie del processo amministrativo ai sensi del citato art. 21 *bis* della legge n. 287 del 1990. Uno scenario più interessante potrebbe essere costituito da un conflitto avverso atti legislativi, purché non meramente derogatori dell'assetto di competenze istituito dalla legge n. 287 del 1990 che, si rammenti, in quanto legge ordinaria deve intendersi nella piena disponibilità del legislatore. La Corte sarebbe dunque chiamata a decidere, caso per caso, quando

⁴⁵ Per tutti, C. P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005, pp. 215 ss., che coerentemente deduce il principio per cui questo tipo di regolazione presuppone un'autorità procedente non influenzabile dagli interessi settoriali.

⁴⁶ Cfr. R. BIN, *L'ultima fortezza*, Milano, 1996, pp. 31 ss.

un provvedimento legislativo impatti ingiustificatamente sull'interesse costituzionale alla concorrenza⁴⁷ e quando, invece, costituisce una deroga legittima alla legge istitutiva del Garante.

5. Le considerazioni che precedono mostrano come il Garante della concorrenza abbia natura di pubblica amministrazione, seppur con la peculiarità della posizione di indipendenza da Governo; ciò che ha consentito di ipotizzare una qualche forma di accesso al processo costituzionale nelle forme del conflitto interorganico, secondo quanto si è detto.

Può, a questo punto, accennarsi al problema se le conclusioni cui si è pervenuti sono suscettibili di applicazione, in via generale, al modello organizzativo delle amministrazioni indipendenti.

In realtà, il carattere eterogeneo delle amministrazioni indipendenti, distinte per investitura e per funzioni, pone ancora oggi il problema della riconduzione ad unità della categoria. L'approccio metodologicamente più corretto è, probabilmente, quello di delineare per ciascuno di tali fenomeni una propria disciplina peculiare, rinunciando a generalizzazioni foriere di equivoci, ferma restando la possibilità di evidenziare per profili specifici talune similitudini.

Si è già accennato alla circostanza che le Autorità posseggono una indipendenza dal Governo di grado variabile per ciascuna di queste strutture⁴⁸. Ferma restando l'applicazione a tali strutture dello statuto costituzionale delle pubbliche amministrazioni, la questione è la delimitazione dei rapporti con il Governo, avendo riguardo al ruolo di esso nei procedimenti di nomina e, soprattutto, i suoi margini di ingerenza nelle funzioni delle singole autorità. L'amministrazione che tutela la concorrenza presenta senz'altro un grado di indipendenza peculiare, relativamente raro nel panorama delle leggi istitutive delle autorità indipendenti; sicché, lo statuto costituzionale di tale Autorità può applicarsi nella sua interezza solo alle strutture che presentino un livello di indipendenza equiparabile.

Come si è accennato, la sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale non si segnala per la novità del principio di diritto in essa affermato, ma, al contrario, perché riconduce la riflessione sulle amministrazioni indipendenti al diritto positivo senza le influenze di suggestioni o mitologie che, troppo spesso, hanno posto il dibattito scientifico al di fuori dei limiti del diritto positivo. I tempi appaiono, dunque, maturi per una disamina delle singole amministrazioni indipendenti tesa a saggiarne il grado di impermeabilità dall'indirizzo politico del Governo, e dunque per interrogarsi sull'effettiva sussistenza di una categoria di pubbliche amministrazioni statali svincolate dall'esecutivo e sulla relativa disciplina.

Un illustre Maestro della scuola italiana di filosofia del diritto⁴⁹ distinse tra due diversi modi di intendere il fenomeno giuridico. Da un canto, vi era la visione *romana*, essenzialmente

⁴⁷ Tale avrebbe forse potuto essere proprio il caso sul quale l'Autorità ha improvvidamente sollevato l'incidente di costituzionalità risolto nella citata sent. n. 13 del 2019. Invero, l'art. 93^{ter}, co. Ibis, della l. n. 89 del 1913 applica all'attività notarile una disciplina prevista per le imprese, in ciò equiparando fattispecie i cui profili di similitudine appaiono non immediatamente intelleggibili, di fatto sottraendo il notariato all'applicazione delle norme sulla concorrenza. Il carattere retroattivo della norma, intervenuta nelle more di un'istruttoria avviata dallo stesso Garante della concorrenza, sebbene di per se stesso non illegittimo, pone tuttavia ulteriori dubbi quanto alla coerenza della stessa con le funzioni costituzionali poste a salvaguardia del mercato.

⁴⁸ Se ne vada una panoramica in G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., pp. 205 ss.

⁴⁹ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, in *Opere*, I, Milano, 1959, pp. 120 ss.

tesa alla conservazione dell'esistente e dei rapporti di forza tra gli attori sociali (le *gentes*, i patrizi e i plebei, i liberi e gli schiavi, ecc.). Si trattava di una concezione atomistica, concentrata sui singoli rapporti e sugli interessi che di volta in volta, in ciascuna delle fattispecie considerate, venivano in rilievo come meritevoli di tutela. Dall'altro, vi era la concezione giuridica *cristiana*, che abbracciava il complesso della società e dei rapporti da essa espressi, e che era tesa alla realizzazione di un programma sociale fondato sulla carità (ossia, in termini più giuridicamente ortodossi, sulla solidarietà tesa all'eguaglianza sociale).

Non pare dubbio che, se si accoglie tale distinzione, l'ordinamento italiano contemporaneo è assai più simile alla seconda concezione che alla prima, in ragione degli obiettivi di integrazione sociale e di uguaglianza (la "rivoluzione promessa" di Calamandrei) posti dalla Carta costituzionale. Sicché, nelle dottrine che negano la legittimazione delle funzioni delle autorità indipendenti attraverso il giusto procedimento c'è una grossa parte di vero: questo tipo di legittimazione presuppone una serie di interessi egoistici, spesso in conflitto, tale che l'attività di composizione tra essi rischia di concentrarsi sulle sole situazioni soggettive rappresentate nel procedimento stesso dai privati o dagli enti esponenziali, trascurando l'attuazione del programma costituzionale e i valori che, parimenti meritevoli di tutela, non hanno tuttavia trovato un interesse concreto che se ne sia fatto mallevadore⁵⁰.

Si pone dunque il problema di assicurare una visione assiologica globale, ispirata all'unitaria tavola di valori costituzionali ed alla sua realizzazione. In questa prospettiva, l'accesso alle autorità indipendenti al processo costituzionale può, senz'altro, offrire una preziosa garanzia di unitarietà dell'indirizzo politico costituzionale.

⁵⁰ La sussistenza di un "*interesse regolativo in senso obiettivo*" è affermata, con ampiezza di argomentazioni, da C. P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005, in part. p. 226.