



3 LUGLIO 2019

Le strettoie della porta incidentale e la
legittimazione delle autorità
amministrative indipendenti dopo la
sentenza n. 13/2019 della Corte
costituzionale sull'Agcm:
alcune considerazioni

di Andrea Patroni Griffi

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni *

di Andrea Patroni Griffi

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Sommario: 1. Una breve premessa. Le strettoie della porta incidentale e il dibattito sull'accesso individuale diretto. – 2. La sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale e il difetto di legittimazione incidentale dell'Agcm. – 3. La Corte costituzionale si "sceglie" il proprio giudice a quo e rinuncia a ricondurre a omogeneità e prevedibilità la propria giurisprudenza sulla legittimazione incidentale. – 4. Una decisione che chiude tutte le porte alla legittimazione incidentale delle autorità indipendenti? Le questioni non risolte.

1. Una breve premessa. Le strettoie della porta incidentale e il dibattito sull'accesso individuale diretto.

Il Seminario di Federalismi sulle "Recenti tendenze in tema di accesso al giudizio costituzionale" e il tema assegnato della legittimazione incidentale delle autorità amministrative indipendenti, alla luce della sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale, costituiscono un'occasione di riflessione per ripercorre e, soprattutto, mettere "alla prova" alcune tesi che ebbi modo esprimere nel libro del 2012 sulla legittimazione incidentale di nuovi giudici – o meglio anche organi – "a quo". Si cercò infatti in quella sede di verificare l'ipotesi di spazi di accesso incidentale per alcune autorità indipendenti, sia pure per ipotesi di legittimazione da riconoscere "caso per caso" e "ai limitati fini" del sindacato di costituzionalità delle leggi¹.

Di fronte all'opinione di chi, in alcuni casi, giunge a sostenere apertamente un passaggio di fatto, ormai realizzato, a un sindacato diffuso di costituzionalità, talora attraverso una malintesa dottrina sull'interpretazione conforme², il volume si concludeva, invece, e nonostante alcune discrasie e periodiche

* Relazione al Convegno "Recenti tendenze in tema di accesso al giudizio costituzionale", organizzato da *federalismi* e svoltosi a Roma, il 22 maggio 2019.

¹ A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli organi a quo. Profili problematici e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli, 2012.

² Sottolinea, in riferimento all'interpretazione conforme, come "dall'errata applicazione del suo paradigma possono derivare alla giustizia costituzionale danni assai gravi" M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi*,

incoerenze nella giurisprudenza costituzionale sulla legittimazione, nel senso della vitalità del meccanismo incidentale, con particolare riferimento alla legittimazione *a quo*, quale garanzia di ottimale funzionalità ed elasticità di un sistema di giustizia costituzionale, che pure non prevede ipotesi di ricorso individuale diretto.

Si trattava nel libro – e si tratta ancora oggi e costantemente per il futuro, anche alla luce della giurisprudenza via via intervenuta – di verificare se l’accesso incidentale abbia sopito la sua spinta propulsiva nel sistema di giustizia costituzionale o sia più vivo che mai e sia capace di gettare la “luce della Costituzione”, per usare la nota immagine, delle zone d’ombra o anche solo grigie del controllo di costituzionalità. E quello della persistenza delle zone d’ombra e grigie è tema sempre centrale, perché è il fattore che incide sullo stesso ricorrente dibattito sull’introduzione del ricorso individuale diretto nel nostro sistema di giustizia costituzionale.

Tali zone si ricollegano infatti alla “esistenza di strettoie derivanti specialmente dalla impossibilità o difficoltà di una applicazione in un giudizio”³. Se non si ravvedono o, ed è lo stesso, se vi sono comunque rimedi atti a ricondurre dinanzi al controllo di costituzionalità, le zone d’ombra e grigie, sono intrinsecamente più deboli gli argomenti a favore dell’introduzione, *de jure* costituzionale *condendo*, di una generale via di accesso individuale diretta dinanzi alla Corte.

Naturalmente vale anche l’incontrario, nel senso che riprendono quota gli argomenti favorevoli all’introduzione di vie ulteriori di accesso diretto, sino a riconoscerlo anche al singolo, di fronte a strettoie eccessive causate proprio dalla chiusura della porta della legittimazione incidentale⁴.

2. La sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale e il difetto di legittimazione incidentale dell’Agcm.

Il punto di novità che qui si intende affrontare, nel quadro delle dinamiche della legittimazione incidentale, riguarda il fatto che l’ipotesi dell’accesso delle autorità amministrative indipendenti, adombrata anche da una parte della dottrina costituzionalistica, sembrerebbe invece tramontare nella sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019⁵, che nega legittimazione all’Autorità Garante della

e l’interpretazione “conforme a”, su *Federalismi.it*, 6. Di qui l’esigenza di “razionalizzare l’uso indiscriminato dell’interpretazione conforme”, così G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, 170.

³ Corsivo aggiunto. T. GROPPi, *La Corte e ‘la gente’: uno sguardo ‘dal basso’ all’accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 419 che richiama A. PIZZORUSSO.

⁴ Sul tema del rapporto tra ricorso individuale diretto e accesso incidentale in relazione ai “difetti” di quest’ultimo v. di recente T. GROPPi, op. cit.

⁵ Per un primo commento v. G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all’Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale, paper*, destinato a *Giur. cost.*, n. 1/2019.

concorrenza e del mercato, ma con una serie di argomenti che sembrerebbero estensibili anche ad altre autorità e altri casi.

Il fatto da cui origina la vicenda è presto spiegato.

L'Agcm aveva avviato un procedimento istruttorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano, volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione della legge antitrust, "realizzata attraverso: a) richieste a tutti i notai del distretto di dati «concorrenzialmente» sensibili, al fine di fare emergere le posizioni di preminenza economica; b) iniziative disciplinari nei confronti dei notai maggiormente produttivi ed economicamente performanti".

Poco prima della comunicazione alle parti coinvolte delle risultanze dell'istruttoria, la legge di bilancio 2018 veniva a modificare la legge notarile del 1913 escludendo, in definitiva, l'applicazione della normativa *antitrust* "alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati".

Dunque, tale nuova disposizione, all'interno di un maxi emendamento sulla legge di bilancio, oggetto di una questione di fiducia votata dalle due Camere, viene fatta valere dal Consiglio notarile di Milano nell'audizione di fronte al Garante della concorrenza, per dichiarare l'incompetenza della medesima a intervenire.

Di qui la decisione dell'Autorità *antitrust* di sollevare, nel maggio del 2018, nel corso del procedimento avviato nei confronti del Consiglio notarile di Milano, la questione di legittimità costituzionale⁶.

E' importante, nell'affrontare l'impianto motivazionale sottostante alla recente decisione della Consulta, comprendere se il giudice delle leggi, nella sentenza n. 13/2019, ritenga inammissibile il ricorso per come è stato prospettato dall'Agcm nell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, oppure esprima una chiusura generale alle autorità, a *tutte* le autorità amministrative indipendenti di controllo e per lo svolgimento di *tutti* i loro procedimenti contenziosi. E' questa, a bene vedere, la questione fondamentale. Perché una chiusura sulla legittimazione dell'Agcm nel peculiare caso originato dal procedimento istruttorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano, volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, poteva fondarsi, invero, su una molteplicità di ragionevoli motivi, legati alla specificità del

⁶ Per una ricostruzione dei temi sul tappeto all'indomani dell'ordinanza di remissione si segnalano tra gli altri: P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca". Primissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018; L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018; G. MAZZANTINI, M. C. MARZOCCA, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2018; E. CANALE, *La nozione di "giudice a quo": l'AGCM è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice delle leggi?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2018.

caso e alla possibilità di soluzioni “altre” rispetto alla remissione della questione di costituzionalità, in particolare sul piano del diritto europeo.

Altra cosa invece è, laddove si ritenga, come pure sembra emergere, che la decisione di inammissibilità contenga un generale *caveat* della Corte, a *tutte* le autorità indipendenti a non rimettere per *nessuna* delle funzioni di garanzia contenziosa a loro assegnata, una questione di legittimità costituzionale. E semmai questo perché la Corte vada in definitiva a considerare, in maniera più o meno esplicita nella sentenza, l’Agcm – e, con argomentazione estensibile, a tutte le altre autorità di controllo – al pari di qualsiasi altra amministrazione tradizionale, come rientranti nella mera dimensione di cui all’articolo 97 della Costituzione.

Un tale approccio sarebbe, a mio sommosso avviso, grave. Si rischierebbe, infatti, di cancellare d’un tratto decennali studi di attenta dottrina giuspubblicistica, in cui si è evidenziata la distinzione ontologica tra imparzialità dell’amministrazione e “indipendenza”, per l’appunto, di un’autorità amministrativa indipendente, di cui peraltro è stata tentata anche l’espressa introduzione in Costituzione in falliti procedimenti di riforma costituzionale. Sia pure, beninteso, l’indipendenza delle autorità non ricostruibile come “eguale” all’indipendenza del giudice – atta quindi non certo a configurare nuovi, e quindi illegittimi, giudici speciali –, ma espressione di una logica di controllo e garanzia indipendente, e non semplicemente “imparziale”, in grado di disegnare anche singoli, eccezionali spazi di legittimazione incidentale⁷.

Tale approccio rischierebbe di fare cadere ogni diaframma e ragione distintiva tra amministrazione imparziale, semmai nelle semplici forme delle agenzie governative, e le *authority*, sia pure nel rilevato arcipelago delle stesse⁸, il cui fondamento resta ancorato alla necessità di sottrarre all’indirizzo politico di governo la regolazione e il controllo di ambiti sensibili di diritti e interessi costituzionali, anche a bene vedere, e ci si tornerà, con ruolo di garanzia delle posizioni soggettive coinvolte e non solo di tutela dell’interesse pubblico assegnato.

⁷ Sulla differenza ontologica tra amministrazione tradizionale e autorità indipendenti e sul fondamento costituzionale di tale distinzione sia consentito rinviare, anche per i richiami di dottrina sul punto, a A. PATRONI GRIFFI, *Le autorità amministrative indipendenti nell’ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello Stato*, a cura di A. PATRONI GRIFFI, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1-2/2015.

⁸ A. PREDIERI, *L’arcipelago delle Autorità indipendenti*, relazione alla Giornata di studi su *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, paper, 1996 e poi elaborata in *Idem*, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997, *passim*.

3. La Corte costituzionale si “sceglie” il proprio giudice a quo e rinuncia a ricondurre a omogeneità e prevedibilità la propria giurisprudenza sulla legittimazione incidentale.

Il processo di allargamento della via incidentale di accesso al giudizio di costituzionalità si è realizzato attraverso una giurisprudenza ondeggiante di non sempre facile riconduzione a coerenza e che non ha avuto ad esempio timore ad alternare aperture impreviste a chiusure ermetiche, come oggi sembra avvenire con le autorità indipendenti.

Così, la Corte è riuscita, ma non è tema di questo contributo, attraverso il meccanismo incidentale, ad assicurare un sindacato di costituzionalità, affatto scontato, persino sulla legge elettorale; mediante la Corte di Cassazione che, come noto, rimette questione in relazione a “portatori di interesse” e la Corte costituzionale che la ritiene ammissibile, con un’argomentazione che, in linea teorica, se ripetuta e allargata ad altri diritti e portatori di interesse – e lo si può sostenere in modo problematico e non del tutto provocatorio –, si sarebbe potuta in astratto tradurre in un grimaldello straordinario di allargamento dell’accesso incidentale, trasformando l’azione di mero accertamento, dinanzi ad un giudice in cui si solleva eccezione di incostituzionalità, in una via processuale per aversi *quasi* una via di ricorso individuale diretto⁹.

La Corte non ha avuto poi problemi, nel passato, a riconoscere più che dubbi giudici *a quo*, come nel caso di soggetti privati, quali i collegi arbitrali o altri ancora, nella condivisibile logica di dare comunque non solo piena, ma tempestiva – il lodo arbitrale è infatti comunque in seguito impugnabile dinanzi a un giudice – garanzia al principio di costituzionalità. Oppure quando si è ammessa nella sentenza n. 213/2017 il carattere di giudice e giudizio alla Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati, nonostante, sotto il profilo soggettivo, la sua composizione e nonostante che tutto si realizzi in un procedimento di “giurisdizione domestica”, che viene considerato, ai fini dell’accesso, a pieno titolo come “giudizio” (ma non forse con tutte le tutele dello stesso). Tutto ciò, peraltro, riducendo in questo caso l’argomentazione sulla questione della legittimazione, in una mera premessa quasi incidentale e di stile, come se il tema non meritasse alcun approfondimento, in quanto qui risolto nel richiamo alle sentenze sulla legittimazione degli arbitri e a quella “Crisafulli” sulla Corte dei conti in sede non giurisdizionale. Scrive infatti il giudice delle leggi: “*Preliminarmente va riconosciuta la legittimazione della Commissione rimettente a sollevare l’incidente di costituzionalità, come giudice a quo (ai sensi dell’art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e dell’art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87), in quanto organo di autodichia, chiamato a svolgere, in posizione super partes, funzioni giurisdizionali per la*

⁹ Per una recente ricostruzione di potenzialità, limiti e torsioni del giudizio incidentale v. S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018 o anche G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

decisione di controversie (nella specie, quelle appunto tra Camera dei deputati e pensionati suoi ex dipendenti) per l'obiettivo applicazione della legge (ex plurimis, sentenze n. 376 del 2001, n. 226 del 1976)".

Eppure la migliore giurisprudenza costituzionale aveva nel passato provato a elaborare decaloghi per ricondurre a ragionevole omogeneità i giudizi sulle istanze di accesso di nuovi giudici *a quo*. Invero, ancora oggi, sulle eventuali ulteriori potenzialità di allargamento dell'accesso a nuovi remittenti incidentali, resta imprescindibile per la Corte, ogni qual volta valuti i requisiti soggettivi e oggettivi, confrontarsi con le storiche sentenze, scritte non a caso da personalità del calibro di Costantino Mortati¹⁰ e di Vezio Crisafulli¹¹.

L'importanza di tali decisioni, che si proietta straordinariamente nel tempo, deriva dal fatto che in quelle pronunce non c'era il proposito di rispondere alla mera esigenza congiunturale posta dalla nuova ipotesi di accesso incidentale, come troppo spesso invece accaduto in giurisprudenza più recente, mettendo così a repentaglio omogeneità e coerenza di giudizio e di giurisprudenza; al contrario, c'era il proposito di dare comunque ragionevole apertura, fissando una cornice idonea a trascendere il caso specifico, al necessario allargamento, qualora possibile, del giudizio di costituzionalità.

Così nella "sentenza Mortati", come noto, si rileva che "i due requisiti, soggettivo ed oggettivo, non debbono necessariamente concorrere affinché si realizzi il presupposto processuale richiesto", e si scrive che la legittimazione incidentale va riconosciuta "anche [a] organi che, pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione *super partes*".

Soprattutto è la "sentenza Crisafulli" a dovere essere guardata sempre con grande attenzione, laddove la Corte persegue l'ampliamento dell'accesso incidentale, sul piano soggettivo, in favore di organi "pure estranei all'organizzazione della giurisdizione", ma "posti in posizione *super partes*"; sul piano oggettivo e funzionale, in relazione a "funzioni *giudicanti* per l'obiettivo *applicazione* della legge", che consentono di legittimare la via incidentale alla sezione controllo della Corte dei conti nell'apposizione di un atto amministrativo tipico di controllo, quale il visto, ma con una propensione anche per futuri possibili remittenti, non rientranti pacificamente nelle categorie "pure", se può così dirsi, di giudice e giudizio.

Il punto di partenza è proprio l'espreso riconoscimento che "il procedimento svolgentesi davanti alla Sezione di controllo non ha natura propriamente giurisdizionale, pur essendo *analogo* ad un giudizio" in presenza di certe caratteristiche ed elementi, che si elencano e descrivono nella sentenza e che è bene

¹⁰ Corte cost., sent. n. 83/1966.

¹¹ Corte cost., sent. n. 226/1976.

ricordare (punto 3 del considerato in diritto): applicazione di norme di legge ad un caso concreto, “analoga a quella in cui si trova un qualsiasi giudice (ordinario o speciale), allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono”; svolgimento di una funzione “analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa”; natura neutrale e terza dell’organo che svolge la funzione (“un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo”), in luce della dimensione costituzionale e composizione dell’organo stesso; principio del contraddittorio, o meglio presenza di “elementi, formali e sostanziali, riconducibili alla figura del contraddittorio”; obbligo di motivazione e “certamente” contenuto decisorio.

Si richiede dunque una qualche forma di “analogia” con la funzione giurisdizionale, che prescinde dalla questione ontologica della natura della funzione svolta, e che la Corte riconoscerà nel tempo in vari casi dubbi, ma che non porta oggi la Corte a riconoscere spazi di legittimazione all’Agcm, a cui soprattutto il giudice delle leggi nega ogni *terzietà*, sembrando ricacciare l’autorità – e questo è l’aspetto più criticabile ed anche pericoloso per il futuro delle *authority* – nel novero delle amministrazioni tradizionali, queste sì certamente non indipendenti, pur nella vigenza del principio di imparzialità e distinzione tra indirizzo e gestione.

E ancora vale la pena sottolineare che, rispetto alla sentenza n. 13/2019, Crisafulli sostenne che: “*D’altronde, sul piano sostanziale, il riconoscimento di tale legittimazione si giustifica anche con l’esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte*” (corsivo aggiunto).

In tal senso, dunque, la sentenza Crisafulli richiede la sola maggiore difficoltà – e non solo sull’*an* ma anche sul *quando* – come sufficiente, con gli altri elementi, a fondare una legittimazione incidentale “ai limitati fini”. Tutto il senso della frase riportata è proprio nella direzione di escludere che occorra invece dimostrare l’impossibilità di impugnazione della legge in altra sede. Al di là del fatto che un orientamento del genere avrebbe dovuto condurre, ad esempio, a sicura decisione di inammissibilità nei confronti del Collegio arbitrale, in quanto la questione di legittimità si potrebbe sempre presentare in sede di impugnazione del lodo davanti al giudice.

4. Una decisione che chiude tutte le porte alla legittimazione incidentale delle autorità indipendenti? Le questioni non risolte.

L'ipotesi della legittimazione incidentale delle Autorità amministrative indipendenti è stata adombrata, anche indietro nel tempo, dallo stesso Giuliano Amato¹², quando era Presidente del Garante della concorrenza, ma anche in sede di dottrina, sia pure carsicamente in qualche studio dedicato alla legittimazione incidentale o alle autorità indipendenti, quale possibile, problematica, variegata frontiera nel rilevato “arcipelago”, secondo la nota immagine di Predieri.

Una frontiera incidentale, dunque, che non può che essere ricostruita “ai limitati fini” e “caso per caso”, avendo riguardo al profilo soggettivo e oggettivo della singola autorità, su cui occorre svolgere adeguata analisi della stessa disciplina legislativa che riguarda l'organo e la relativa funzione rimessa all'autorità per la quale si intende ricostruire spazi di legittimazione incidentale. Tesi discutibilissima, per carità, ma di certo non ardita se è presente anche forse nel manuale più classico di giustizia costituzionale come quello di Gustavo Zagrebelsky¹³.

Ogni tentativo di riconoscere una generale legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale di *tutte* le autorità indipendenti sarebbe destinato a fallire alla luce della diversità della natura delle stesse e delle connesse funzioni. Ecco perché, la prospettiva più corretta non può che essere quella di un'indagine fatta al microscopio per individuare spazi, al contempo, di possibile contatto e distinzione tra amministrazione “indipendente” e giurisdizione, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo, per verificare casi concreti di legittimazione, da intendersi sempre “ai limitati fini” dell'accesso.

Le autorità indipendenti operano in settori costituzionalmente assai “sensibili”, dove svolgono spesso una funzione di garanzia di diritti ed interessi, costituzionalmente fondati, in settori con spiccati profili tecnici, ma socialmente ed economicamente vulnerabili alle pressioni della politica.

In tali ambiti si giustifica la scelta del legislatore di assegnare competenze ad autorità segnate da formale e sostanziale indipendenza dal Governo e, proprio per le ragioni che costituiscono la *ratio* della scelta di un modello decisorio di controllo rimesso a un *authority*, si pone il tema di individuare, in chiave di ulteriore e decisiva garanzia, ambiti di “ascrizione” delle autorità al sistema di giustizia costituzionale.

¹² Così per primo, sia pure nella veste di suo Presidente, ipotizzò l'accesso incidentale del Garante della concorrenza e del mercato. G. AMATO, *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, collana *Temi e problemi*, Roma 1996, anche sul sito dell'Agcm. Nella stessa direzione, nel 2010, si espresse anche il Presidente Catricalà. Mentre, come noto, l'ordinanza di remissione del 2018 si deve al Presidente Pitruzzella. Componente di quel collegio anche Michele Ainis.

¹³ V. MARCENÒ, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 105.

Ritenere invece che le autorità abbiano come unica funzione, a questo punto tipicamente amministrativa, la cura dell'interesse pubblico assegnato – ed è questo il punto di maggiore debolezza, nell'opinione di chi scrive della decisione – significa riportare indietro nell'alveo delle amministrazioni tradizionali le autorità. E ciò peraltro non era né richiesto né necessario per negare nel caso di specie la legittimazione incidentale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La Corte invece in modo *tranchant* sembra negare, nel punto n. 8 del considerato in diritto, ogni forma di sia pure temperata *terzietà* all'Autorità e giunge a qualificare la “natura del potere attribuito all'Autorità” quale “funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco”.

L'Autorità, nella ricostruzione che il giudice delle leggi svolge al fine di motivare il difetto di legittimazione incidentale dell'Agcm, “*al pari di tutte le amministrazioni* (!) è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato, e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale”, come emergerebbe per la Corte “nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota [una serie di] istituti...”.

Il ragionamento è poi portato alla conseguente conclusione di equiparazione dell'attività svolta dinanzi all'Autorità a quella classica di ogni procedimento amministrativo, senza quindi possibilità sul piano oggettivo di alcuna equiparazione sia pure “ai limitati fini” a quella di “giudizio”.

La Corte conferma tale chiusura, quando subito dopo, forse in modo troppo semplicistico, rileva che “l'attività dell'Autorità garante si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità”.

Sullo stesso piano soggettivo, in premessa delle connesse considerazioni svolte sulla natura della funzione, la Corte nega, nel punto n. 5 del considerato in diritto, ogni *terzietà* all'Autorità garante della concorrenza e del mercato nello svolgimento delle sue funzioni, in quanto essa “è parte (resistente) del processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti”.

L'Autorità, inoltre, per effetto di una modifica intervenuta nel 2011, sottolinea il giudice delle leggi “ha anche assunto la inedita posizione di parte processuale ricorrente per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato” e che “la legittimazione a stare in giudizio *spetta all'Autorità e non ai suoi uffici inquirenti*, perché, contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, non può ravvisarsi una

netta separazione tra gli uffici e il Collegio, attesa l'esistenza del nesso funzionale tra Segretario e Presidente”.

Si tratta di argomenti che possono avere fondamento e che peraltro potrebbero fare oggetto di interventi legislativi di modifica nel senso di rimuovere alcuni dei delineati ostacoli alla legittimazione incidentale dell'Agcm.

Quel che però colpisce nella decisione è il complessivo portato ricostruttivo tutto volto a evidenziare i soli elementi di debolezza, e non di forza, pure essi esistenti, nella ricostruzione di una legittimazione ai limitati fini, che si intende in modo molto netto, e quasi preoccupato, fermamente negare nella decisione in commento. Peraltro, si può sottolineare, si tratta talora di aspetti diversamente modulabili dal legislatore e non necessariamente presenti in altri casi e dinanzi ad altre autorità amministrative indipendenti e che invece sembra qui la Corte volere quasi generalizzare alla realtà delle *authority*.

Il fatto è che la Corte sembra dire talora troppo e, talaltra, troppo poco nella sentenza in questione, che rappresentava la prima occasione per la Consulta di confrontarsi col tema, sino ad allora riservato solo a qualche considerazione sparsa della dottrina, dell'accesso incidentale delle autorità indipendenti. Sui profili e sul significato dell'indipendenza, tanto sotto il profilo soggettivo che oggettivo, dell'Agcm, si potevano fissare alcuni utili paletti, sia pure nella prospettiva operata dalla Corte delle argomentazioni a conferma del difetto di legittimazione incidentale.

Il fatto è che “indipendenza” e finalità di “giustizia”, sia pure nel perseguimento di un interesse pubblico generale che si radica in Costituzione e che, come nel caso della concorrenza, significa anche tutelare le posizioni dei soggetti coinvolti, imprese e consumatori, caratterizzano le autorità in modo peculiarissimo. Ciò in un disegno che però non può ridursi al mero schema del procedimento amministrativo e degli strumenti di partecipazione, ma che presuppone *altro* in termini di contraddittorio e strumenti di difesa, che vanno *oltre* la legge n. 241/1990, dovendosi davvero delineare, come sostenuto da variegata e attenta dottrina giuspubblicistica, “funzioni paragiurisdizionali”¹⁴, “funzioni di tipo giurisdizionale (o arbitrali)” o “funzioni para-giudiziali”¹⁵, “poteri quasi-giudiziali”¹⁶, dove si realizzerebbe un “compito di magistratura”¹⁷ e si svolgerebbe un “sillogismo tipico del ragionamento giudiziario”¹⁸.

Si tratta di ambiti, dove le “decisioni” sono assunte dalle *authority* quali *terzi*, sul piano soggettivo, rispetto alla questione su cui si pronunciano, e che riguardano “contenziosi” insorti tra privati, imprese ed utenti,

¹⁴ In contrapposizione alle funzioni amministrative dell'*authority*. Tar Lazio, sez. III *ter*, 14 dicembre 2006 n. 14517.

¹⁵ E. CHELI, *Le Autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino 2000, 129.

¹⁶ E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, a cura di M. D'ALBERTI, A. PAJNO, Quaderni di Astrid, Bologna 2010, 107 ss.

¹⁷ Così nella sinossi di *Authorities. Imparzialità e indipendenza*, a cura di L. PAGANETTO, Roma, 2007.

¹⁸ G. AMATO, *Conclusioni*, cit.

in cui le autorità più che effettuare ponderazione di interessi pubblici, si pongono in posizione neutrale, equidistante anche “nel senso di indifferenza ed estraneità rispetto agli interessi, pubblici o privati, sui quali quella funzione va a incidere”, come molto meglio scrisse Vincenzo Caianiello¹⁹, con tesi però evidentemente non condivisa nella decisione in commento.

Tutto ciò si traduce nella possibilità di riconoscimento della natura di giudice *a quo* ai limitati fini? E' interrogativo a cui la Corte risponde negativamente ed è alla Corte, e non certo a un libro, il compito di dare risposta. Nel mio libro si è cercato di distinguere e riconoscere la legittimazione, seguendo la linea indicata da Ruggeri, “almeno per alcune di esse che per funzioni e posizione, parrebbero risultare assai contigue alle autorità propriamente giurisdizionali”²⁰.

L'individuazione di spazi limitati di legittimazione incidentale ad alcune autorità è strumentale anche alla realizzazione di un proficuo dialogo diretto tra autorità e giudice delle leggi, in un quadro in cui forti sono invece le vie di dialogo dell'autorità con l'ordinamento europeo. Anche perché le autorità potrebbero essere spinte a risolvere ogni dubbio di legittimità delle leggi da applicare su di altro piano, anche quando non risulti appropriato, attraverso forme di “abuso” di interpretazione conforme²¹ o quella “sorta di sindacato diffuso di compatibilità comunitaria”²² che spetta, questo sì, senza dubbi, a chiunque, giudice o amministrazione o attraverso forzature nel ricorso all'interpretazione adeguatrice, senza riuscire ad appagare l'esigenza di tutela del principio di costituzionalità e soprattutto sottraendo in definitiva spazio alla Corte stessa²³. Si aggiunga, nello specifico, che la Corte di Giustizia dell'Unione europea richiede che le autorità garanti nazionali della concorrenza vadano a disapplicare la normativa interna, anche di rango legislativo, che siano alla base di condotte contrarie alle regole *antitrust* europee.

Tutto questo potendosi poi tradurre in un comodo alibi per le stesse autorità indipendenti ulteriormente deresponsabilizzate dall'assenza di collegamento con la Corte.

Alcuni, in definitiva, dei rilievi mossi nella sentenza, alla legittimazione dell'Agcm possono anche essere condivisi e altri se ne potrebbero muovere di volta in volta sul piano soggettivo, soprattutto sul piano dell'effettiva indipendenza, e oggettivo, in questa e altre ipotesi di legittimazione incidentale di autorità

¹⁹ V. CAIANELLO, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Dir. dell'economia*, 1998, 258.

²⁰ A. RUGGERI, *Introduzione*, in *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. BALDUZZI, P. COSTANZO, Giappichelli, Torino, 1997, 4.

²¹ G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in *Federalismi.it*, n. 17/2011, 27 ss.

²² F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, anche in *www.cortecostituzionale.it*, 6.

²³ Come già si ebbe modo di rilevare, A. PATRONI GRIFFI, *Le autorità amministrative indipendenti dinanzi alla legge incostituzionale: quali rimedi?*, *Astrid Rassegna*, n. 16/2012.

indipendenti di controllo. Quel che invece va respinta, e sul punto la sentenza non è chiara, è la prospettiva di ridurre le autorità indipendenti in ultima analisi alle amministrazioni tradizionali.

Le *authority*, anzi, necessitano ancora oggi di un'opera legislativa, che vada a rafforzarne le caratteristiche di indipendenza sotto il profilo soggettivo e oggettivo delle funzioni svolte. Ben consapevoli che entrambi gli aspetti sono strettamente e biunivocamente collegati, perché una funzione non è indipendente se non lo è chi la svolge²⁴. In tal senso sarebbero auspicabili anche interventi del legislatore.

Si può infine anche ricordare la legge che portò al riconoscimento della legittimazione del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, nonostante la precedente sentenza contraria della Corte²⁵.

E' forse auspicabile che il legislatore vada proprio in tale direzione, di rafforzare l'indipendenza e terzietà sotto il profilo soggettivo della composizione e oggettivo delle funzioni svolte, allargando gli spazi limitati, ma a mio parere, ancora possibili, di accesso incidentale, da valutare "caso per caso" e "ai limitati fini" dell'accesso, a garanzia di piena effettività del principio di costituzionalità, in un sistema che proprio perché non riconosce ipotesi di ricorso individuale diretto non può ammettere strettoie eccessive della porta incidentale.

²⁴ Senza indipendenza soggettiva e funzionale il diaframma tra autorità indipendenti e amministrazione tradizionale sarebbe davvero destinato a cadere. A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018, *passim*.

²⁵ Corte cost., sent. 254/2004, a cui seguì l'art. 69 della legge n. 69/2009.