

22 GENNAIO 2020

L'Autorità *antitrust* non può accedere al
giudizio costituzionale: natura
amministrativa e funzione di garanzia
dell'A.g.c.m. nella sentenza 13 del 2019
della Corte Costituzionale

di Enrico Verdolini

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

L'Autorità *antitrust* non può accedere al giudizio costituzionale: natura amministrativa e funzione di garanzia dell'A.g.c.m. nella sentenza 13 del 2019 della Corte Costituzionale *

di Enrico Verdolini

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Abstract [It]: La sentenza 13 del 2019 della Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale dall'A.g.c.m. con l'ordinanza 1 del 2018. La decisione ha negato che l'Autorità *antitrust* possa essere considerata come giudice *a quo*, anche nel caso in cui si faccia riferimento al modello del giudice «ai limitati fini». Se la decisione di inammissibilità era stata preventivata, lo stesso non si può dire per l'inquadramento dell'A.g.c.m. fra le amministrazioni di stampo tradizionale, passaggio della sentenza che ha sollevato diverse perplessità. Come spiegare, allora, la *posizione di indipendenza* dell'Autorità *antitrust* e la sua funzione di garanzia di interessi di rango costituzionale?

Abstract [En]: The decision of the Constitutional Court No. 13/2019 excluded that the Competition Authority can apply to the Constitutional Court for a question of constitutionality. The Constitutional Court's decision ascertained the pure administrative substance of the Authority, using the traditional concept of public administration and public interest. So, the decision classified the Competition Authority as a part of the administrative branch, referring to the standard model of public administration contained in administrative law. The decision No. 13/2019 raised different problems in the context of this study. Can the decision No. 13/2019 undermine the concept of independence of the Italian Competition Authority?

Sommario: 1. Premessa: una ricostruzione dei fatti. 2. Il rapporto fra autorità garanti e giudizio costituzionale: la preclusione della Corte Costituzionale. 3. La diversità dell'A.g.c.m. come modello di amministrazione: la posizione di indipendenza. 4. (Segue) La posizione di indipendenza non è fine a sé stessa: l'interesse pubblico tutelato dall'Autorità Garante e l'esercizio della discrezionalità tecnica. 5. Conclusioni.

1. Premessa: una ricostruzione dei fatti

In data 11 gennaio 2017 l'Autorità *antitrust* ha avviato un'istruttoria per un caso di presunta intesa restrittiva della concorrenza posta in essere da parte del Consiglio notarile di Milano: nello specifico, il Consiglio notarile aveva esercitato un controllo generale sui professionisti del settore, raccogliendo dati rilevanti da un punto di vista economico sull'attività complessiva dei singoli notai, in modo tale da individuare gli studi notarili maggiormente produttivi; successivamente, il Consiglio aveva intrapreso delle iniziative disciplinari nei confronti dei notai più performanti, così da ridimensionare lo spazio di mercato di ciascuno.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Nel corso dell'istruttoria dell'A.g.c.m., è stata sollevata da parte del Consiglio Notarile una questione preliminare di incompetenza dell'Autorità Garante, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 93- ter, comma 1 bis, della legge 89 del 1913 (cosiddetta «legge sul notariato»), nella versione riformata dalla legge 205 del 2017: la citata norma ha qualificato gli atti di preparazione all'esercizio di potere disciplinare da parte del Consiglio Notarile come atti avente carattere di servizio di interesse economico generale e, come tali, sottratti all'applicazione della disciplina *antitrust* ordinaria.

Di fronte a un'obiezione di questo tipo, che di fatto avrebbe potuto porre fine all'istruttoria, l'A.g.c.m. ha adottato l'ordinanza n. 1 del 2018¹, con cui è stata rimessa questione di legittimità alla Corte Costituzionale relativamente all'art. 1, comma 495, lettera c della legge 205 del 2017, modificativo della legge sul notariato, e all'art. 8, comma 2, della legge 287 del 1990 (disciplinante a livello generale le ipotesi di esenzione dall'applicazione della normativa *antitrust*), richiamando come parametri di valutazione gli art. 3, 41 e 117, comma 1, Cost.

L'argomentazione dell'ordinanza, innanzitutto, ha avuto l'obiettivo di dimostrare la piena legittimazione del Collegio dell'Autorità Garante a ricorrere direttamente alla Corte Costituzionale, in qualità di giudice *a quo*, considerando come compresenti il requisito soggettivo (quello del «giudice») e il requisito oggettivo (quello del «giudizio») fissati dall'art. 23 della legge 87 del 1953: nell'ordinanza è stato messo in evidenza, fra l'altro, come la Consulta nella propria giurisprudenza abbia adottato una nozione molto elastica dei due parametri necessari a individuare la figura del giudice *a quo*, inquadrando nel novero in questione anche organi estranei all'organizzazione giudiziaria, posti tuttavia in posizione *super partes* ed esercitanti funzioni di applicazione del diritto a casi concreti.

L'ordinanza ha richiamato, per di più, la sentenza 226 del 1976 della Consulta, con la quale è stata introdotta la formula giuridica del giudice *a quo* «ai limitati fini» del giudizio di costituzionalità: si tratta di

¹ Per un'analisi di dettaglio dell'ordinanza, si veda il contributo precedentemente pubblicato: E. VERDOLINI, *La legittimazione dell'Autorità antitrust come organo a quo nel giudizio costituzionale: quale identità giuridica per l'A.g.c.m.?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 novembre 2018. L'ordinanza in questione ha suscitato l'attenzione di numerosi autori, adottati come riferimento per il commento sopra menzionato, fra i quali si segnalano: E. CANALE, *La nozione di "giudice a quo": l'A.G.C.M. è legittimata a sollevare ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2018; 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 della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018; L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie d'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018; M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 15/2018; G. COLAVITTI, *L'AGCM solleva la questione di costituzionalità dell'art. 93 ter della legge notarile*, in *Notariato*, n. 14/2018; M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. I803) dell'AGCM*, 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; M. RIDOLFI, *L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018; S. STAIANO, *Essere giudice «a limitati fini». Autorità amministrative indipendenti e Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018.

un'espressione facente riferimento a quei casi di giurisdizionalità attenuata, in cui non sono presenti le caratteristiche necessarie a qualificare un'istituzione come giudice ai sensi del dettato costituzionale, ma è in ogni caso possibile considerare l'organo come legittimato a sollevare questione di legittimità in via incidentale, seppur limitatamente al contesto dello svolgimento di alcune delle funzioni che gli sono proprie.

2. Il rapporto fra autorità garanti e giudizio costituzionale: la preclusione della Corte Costituzionale

Nel dibattito a proposito delle autorità garanti si è avvertita per molto tempo l'esigenza di acquisire una definizione più certa a proposito della collocazione di tali istituzioni all'interno della forma di governo: è un'esigenza di fondo che, tuttavia, non ha trovato risposte pienamente soddisfacenti nell'interpretazione delle leggi istitutive e nell'elaborazione dottrina².

D'altro canto, la questione dell'accesso alla Corte Costituzionale da parte delle autorità indipendenti, nelle diverse modalità del conflitto fra poteri e del giudizio di legittimità, ha suscitato e suscita inevitabilmente degli interrogativi, che non si limitano agli aspetti procedurali del giudizio costituzionale e si estendono, invece, alla natura giuridica e alle funzioni di queste istituzioni: la determinazione da parte della Consulta di quale sia la posizione delle autorità garanti in relazione agli istituti del processo costituzionale, infatti, ha potuto e può essere d'aiuto nel ricostruirne le caratteristiche fondamentali, circoscriverne le competenze e i poteri, definirne un più chiaro regime di responsabilità³.

Per questo motivo, è stata nutrita talvolta una certa aspettativa in ordine alla prospettiva che la Corte Costituzionale potesse perfezionare «una nuova lettura della parte organizzativa della Costituzione»⁴, nel senso di chiarire quale fossero i legami sussistenti fra le autorità garanti e il tessuto della Carta Fondamentale, sia dal punto di vista dei principi e dei valori costituzionali, che da quello dell'architettura istituzionale complessiva.

Questa aspettativa è stata suscitata, in passato, in seguito ai ricorsi per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, promossi a più riprese, nel 1995 e nel 2000, da parte dei comitati di promotori e presentatori di *referendum* abrogativi, aventi per oggetto i provvedimenti di due autorità garanti (rispettivamente il Garante per la radiodiffusione e l'editoria e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, succeduta alla

² S. NICCOLAI, *Quando nasce un potere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/1995, p. 1679; R. MANFRELOTTO, *Lo statuto costituzionale del garante della concorrenza nella prospettiva dell'accesso alla Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, pp. 473-475.

³ G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica, tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, p. 341-343.

⁴ Cfr. S. NICCOLAI, op. cit., p. 1680.

prima⁵) contenenti la disciplina relativa alla comunicazione politica e alla parità di accesso ai mezzi di informazione nel corso delle campagne elettorali e referendarie.

Occorre fare breve cenno, in primo luogo, all'ordinanza 118 del 1995⁶, in cui la Corte Costituzionale non si è tuttavia espressa sulla qualificazione soggettiva del Garante per la radiodiffusione e l'editoria come potere dello stato e sulla sua eventuale legittimazione a partecipare al conflitto di attribuzioni; tale decisione, infatti, ha dichiarato inammissibile il ricorso, richiamando esclusivamente la mancanza di idoneità del provvedimento oggetto del conflitto⁷ a ledere la sfera di competenze dei ricorrenti, dal momento che la disciplina di propaganda elettorale ivi contenuta riguardava le precedenti elezioni amministrative, non applicandosi alla successiva campagna referendaria.

La decisione di maggior rilevanza, dal punto di vista della presente analisi, è costituita dall'ordinanza 226 del 1995⁸, adottata a pochi mesi di distanza dalla prima, la quale ha negato la possibilità che il Garante per la radiodiffusione e l'editoria potesse prendere parte al conflitto di attribuzioni, sia come parte promotrice che come parte resistente⁹, non potendo essere qualificato come potere dello stato ai sensi del giudizio costituzionale. La Consulta ha testualmente affermato che «le attribuzioni del Garante, disciplinate dalla legge ordinaria, non assumono uno specifico rilievo costituzionale né sono tali da giustificare – nonostante la particolare posizione di indipendenza riservata all'organo nell'ordinamento – il riferimento all'organo stesso della competenza a dichiarare in via definitiva la volontà di uno dei poteri dello Stato».

Successivamente, la Corte è pervenuta a una conclusione identica nell'ordinanza 137 del 2000¹⁰, la quale ha considerato allo stesso modo inammissibile il ricorso (del tutto analogo) per conflitto di attribuzioni

⁵ Il Garante per la radiodiffusione e l'editoria è stato istituito con legge 223 del 1990. L'Autorità Garante per le Comunicazioni, invece, è stata istituita con legge 249 del 1997, in sostituzione del precedente Garante.

⁶ G. LOMBARDO, *Le autorità amministrative indipendenti come poteri dello Stato nei conflitti di attribuzione*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/1998, p. 271; G. GEMMA, *Garante per la radiodiffusione e l'editoria e conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/1995, pp. 1661-1662; G. GRASSO, op. cit., 2006, pp. 259-260.

⁷ Si faceva riferimento, in questo caso, al provvedimento del Garante per la radiodiffusione e l'editoria del 22 marzo 1995, intitolato «Modifiche al regolamento per la disciplina della diffusione sulla stampa e sulla radiotelevisione di propaganda elettorale per l'elezione dei sindaci, dei presidenti delle province, dei consigli comunali e dei consigli provinciali nonché per l'elezione dei consigli regionali delle regioni a statuto ordinario, fissate per il 23 aprile 1995». Tale provvedimento, nello specifico, aveva come oggetto la campagna elettorale delle elezioni amministrative fissate per il 23 aprile 1995 e non, invece, la campagna referendaria successiva.

⁸ G. MAZZANTINI, M.C. MARZOCCA, op. cit., p. 14; M. PASSARO, *Il Garante per la radiodiffusione e l'editoria come potere dello Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/1995, p. 1681 ss.; G. GRASSO, op. cit., 2006, pp. 258-269; G. LOMBARDO, op. cit., p. 271 ss.; G. GEMMA, op. cit., p. 1661 ss.; S. NICCOLAI, op. cit., p. 1673 ss.

⁹ G. GEMMA, op. cit., p. 1662.

¹⁰ E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato*, in PERTICI A. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 2002, p. 181; G. MAZZANTINI - M.C. MARZOCCA, op. cit., p. 14; G. GRASSO, op. cit., 2006, pp. 258-269.



che coinvolgeva l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (A.g.com.), senza nulla aggiungere all'argomentazione esposta in precedenza.

È stato evidenziato¹¹ come la motivazione con cui l'ordinanza 226 del 1995 e l'ordinanza 137 del 2000 hanno precluso l'accesso al giudizio per conflitto fra poteri al Garante per l'editoria prima e all'A.g.com. poi (argomentando come le attribuzioni di queste istituzioni siano disciplinate da legge ordinaria e, per tale motivo, non siano caratterizzate da tono costituzionale), possa essere di fatto estesa anche alle altre autorità indipendenti, le quali allo stesso modo sono state istituite da fonti legislative ordinarie. A sostegno di questa tesi, è possibile sottolineare come, in seguito all'adozione delle ordinanze sopra richiamate, non vi siano stati altri casi di conflitto fra poteri in cui le autorità indipendenti abbiano rivestito la posizione di parte ricorrente o resistente, segno che nella percezione generale è probabilmente maturata la consapevolezza di un'impossibilità generale, per le autorità garanti, di partecipare a tale forma di giudizio costituzionale¹².

Nei casi sopra citati, che per l'appunto hanno assunto un valore più ampio e generale, la Corte Costituzionale non ha tuttavia sviluppato un ragionamento a proposito delle autorità indipendenti e della loro collocazione nell'ambito dell'ordinamento giuridico costituzionale¹³: la Consulta ha disatteso l'aspettativa sorta e non ha approfondito l'evoluzione complessiva che si è avuta, nell'assetto dei poteri statali, in seguito all'istituzione di questi organi di garanzia¹⁴.

L'aspettativa di una risposta della Corte Costituzionale in tal senso si è, in un certo qual modo, rinnovata in seguito all'adozione dell'ordinanza n. 1 del 2018, con cui l'A.g.c.m. ha bussato alle porte di Palazzo della Consulta, nel tentativo di accedere in via incidentale al giudizio costituzionale. Sarebbe quindi riduttivo affermare che il contributo della sentenza 13 del 2019 della Corte Costituzionale alla riflessione riguardante le autorità garanti, e in particolare l'Autorità *antitrust*, abbia interessato, esclusivamente, il rapporto fra quest'ultima e il giudizio di legittimità costituzionale.

Con la sentenza 13 del 2019, infatti, la Consulta ha dichiarato l'inammissibilità delle eccezioni di incostituzionalità sollevate e, allo stesso tempo, ha messo in luce come l'A.g.c.m. non possa rivestire la qualifica di giudice *a quo* perchè del tutto priva del requisito della *terzietà*. Quella della *terzietà* del giudice è una delle caratteristiche «che ne contrassegnano l'essenza e che consentono di distinguere fra giudice e non giudice»¹⁵: è un attributo fondamentale che attiene sia al profilo istituzionale del giudice, che alla

¹¹ G. GEMMA, op. cit., p. 1662.

¹² G. GRASSO, op. cit., 2006, p. 268.

¹³ G. LOMBARDO, op. cit., p. 262.

¹⁴ M. PASSARO, op. cit., p. 1683.

¹⁵ Cfr. M. CECCHETTI, *Giusto processo (Dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto – Aggiornamento V*, Milano, 2001, p. 609. Si vedano altresì A. PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, in M.G. CIVININI - M.C. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo*



funzione giurisdizionale svolta, che all'atteggiamento soggettivo dello stesso, come figura «equidistante dalle posizioni e dalle istanze delle parti nel processo», nonché dagli interessi concreti rappresentati nel giudizio¹⁶. Proprio per queste ragioni, dal momento che la *terzietà* del giudice si esprime altresì nelle modalità con cui viene esercitata l'attività giurisdizionale¹⁷, la *terzietà* stessa è stata assunta dalla Corte Costituzionale nel caso di specie come criterio di distinzione fra ciò che giudice *a quo* e ciò che non lo è: la *terzietà*, in definitiva, è stata considerata una caratteristica indispensabile per inquadrare entro la definizione di giudice rimettente una qualsiasi istituzione che, pur estranea all'organizzazione giudiziaria, svolga funzioni assimilabili a quelle del giudice e possa pertanto sollevare questione di legittimità di fronte alla Corte Costituzionale.

La sentenza 13 del 2019 ha evidenziato la mancanza di *terzietà* argomentando come la stessa Autorità Garante possa essere parte del processo amministrativo, sia in qualità di ricorrente, potendo agire in giudizio contro gli atti delle pubbliche amministrazioni in contrasto con le norme a tutela della concorrenza e del mercato (ex art. 21 bis della legge 287 del 1990), che in qualità di resistente, nel caso in cui siano oggetto d'impugnazione i suoi stessi provvedimenti (sulla base dell'art. 133, comma 1, lettera l) e dell'art. 134, comma 1, lettera c) del Codice del Processo Amministrativo). Il ruolo di parte processuale, che consente in entrambe le ipotesi di rappresentare in seno al giudizio l'interesse pubblico di cui l'A.g.c.m. è portatrice, deve essere considerato ontologicamente incompatibile con la caratteristica di *terzietà* propria della figura del giudice *a quo*.

Nello specifico, un punto rilevante nella motivazione della sentenza è proprio quello che richiama l'art. 21 bis della legge 287 del 1990, norma che legittima l'impugnazione da parte dell'A.g.c.m. dei provvedimenti lesivi della concorrenza adottati dalle pubbliche amministrazioni. L'Autorità *antitrust* è ricorsa raramente all'esercizio di questo potere d'azione ma, nelle poche circostanze in cui ciò è accaduto, ne è scaturita una giurisprudenza di indubbio interesse: si può fare riferimento, a titolo d'esempio, alla sentenza 6755 del 2016 del T.A.R. del Lazio, che ha accolto il ricorso dell'A.g.c.m. nei confronti del regolamento 8 del 2015 della Regione Lazio (recante la nuova disciplina delle strutture ricettive extralberghiere), annullandone le disposizioni criticate¹⁸.

111 della Costituzione e il giusto processo civile, Milano, 2001, p. 326; N. TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in M.G. CIVININI - M.C. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, pp. 45-47.

¹⁶ Cfr. M. CECCHETTI, op. cit., p. 610.

¹⁷ A. D'URBANO, *Perché l'A.g.c.m. non può sollevare questione di costituzionalità – il difetto di terzietà e l'insufficienza del contraddittorio verticale*, in *Mercato, Concorrenza e regole*, n. 1/2019, p. 110.

¹⁸ Il regolamento 8 del 2015 disciplinava, nello specifico, l'attività di *bed and breakfast*, case e appartamenti per vacanze, distinguendo fra quelli gestiti in forma imprenditoriale e quelli invece gestiti secondo modalità non imprenditoriali. Per questi ultimi, in particolar modo, il regolamento introduceva una serie di disposizioni particolari, riguardanti i periodi di



La prerogativa di impugnazione disciplinata dall'art. 21 *bis* è, pertanto, un'attribuzione da includere fra gli elementi centrali nella ricostruzione dello statuto costituzionale dell'Autorità Garante: da questa prerogativa si possono trarre spunti essenziali per inquadrare la posizione dell'Autorità *antitrust* nell'assetto generale della forma di governo¹⁹.

Allo stesso modo, la sentenza 13 del 2019 ha sottolineato come sia assente nell'A.g.c.m. un'effettiva separazione strutturale e funzionale fra gli uffici inquirenti, che pongono in essere l'attività istruttoria, e il Collegio decidente, responsabile per l'adozione dei provvedimenti conclusivi del procedimento. Il rapporto particolarmente stretto sussistente fra la funzione inquirente e quella decisoria, pertanto, è un ulteriore elemento che depone a sostegno della tesi dell'assenza della caratteristica di *terzietà* in capo all'Autorità Garante.

La presenza di un forte collegamento è rilevabile in primo luogo a livello strutturale, dal momento che il segretario generale dell'Autorità *antitrust*, posto a capo dell'organizzazione e degli uffici (compresi anche gli uffici inquirenti), è in un rapporto di subordinazione rispetto al Presidente del Collegio: sulla base dell'art. 11 comma 5 della legge 287 del 1990, il segretario generale risponde direttamente a quest'ultimo per l'attività generale dell'amministrazione.

Per di più, come rilevato nelle memorie difensive del Consiglio notarile di Milano e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, a livello procedimentale è lo stesso Collegio a decidere l'avvio di una nuova istruttoria e a valutare le comunicazioni delle risultanze istruttorie prima della loro trasmissione ai soggetti direttamente interessati.

Proseguendo nell'analisi, è d'obbligo richiamare altresì quella parte della sentenza 13 del 2019 che ha precisato come il caso specifico dell'Autorità *antitrust* non possa essere ricondotto al modello giurisprudenziale del giudice *a quo* «ai limitati fini»: in particolar modo, la Consulta non ha accolto quella parte di argomentazione dell'ordinanza di rimessione che sosteneva la sussistenza di una cosiddetta «zona franca» dell'ordinamento giuridico, normalmente sottratta al giudizio costituzionale²⁰, necessaria a

chiusura obbligatoria dei servizi, i poteri decisionali dei Comuni nella loro definizione, l'ammontare totale minimo dei giorni di chiusura per ogni anno, l'individuazione delle aree destinate all'apertura di ostelli da parte di Roma Capitale, la durata minima dei contratti di affitto per le case vacanza, i vincoli dimensionali delle strutture in termini di metratura. Accogliendo il ricorso dell'A.g.c.m., con le motivazioni ampiamente esposte nella sentenza 6755 del 2016, il T.A.R. del Lazio ha annullato nello specifico gli art. 3, 6 comma 2, 7 comma 2 lett. a, 3 e 4, 9, comma 1 e 3, lett. a, e 18, considerati come articoli che ponevano limiti eccessivi all'avviamento e allo svolgimento dell'attività imprenditoriale in questione, senza essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale. Si veda, in particolar modo, l'informativa dell'Osservatorio permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza, che fornisce un quadro generale della sentenza 6675 del 2016 del T.A.R. Lazio: <https://www.osservatorioantitrust.eu/it/il-tar-del-lazio-accoglie-il-ricorso-ex-art-21-bis-presentato-dallagcm-contro-il-regolamento-della-regione-lazio-sulle-attivita-ricettive-extralberghiere/>.

¹⁹ R. MANFRELLOTTI, op. cit., p. 478.

²⁰ L'argomento della «zona franca» è un argomento di particolare rilevanza: il modello del giudice *a quo* «ai limitati fini» ha uno dei suoi presupposti fondamentali nel concetto di «zona franca». Nell'ordinanza 1 del 2018, con cui l'A.g.c.m. ha

giustificare una eventuale decisione nel solco della sentenza 226 del 1976²¹ della Corte Costituzionale, pietra miliare nella giurisprudenza del giudice «ai limitati fini». Il provvedimento assolutorio dell’Autorità Garante, che normalmente chiude il procedimento amministrativo, è infatti un atto impugnabile di fronte al T.A.R.: sarebbe possibile, pertanto, sottoporre alla Corte Costituzionale un’eventuale normativa viziata di incostituzionalità proprio a partire dal giudizio amministrativo.

La sentenza 13 del 2019, in conclusione, ha negato che l’Autorità *antitrust* possa essere qualificata come giudice *a quo* nel contesto del giudizio di legittimità in via incidentale, sia che si faccia riferimento alla nozione tradizionale di organo rimettente, sia al modello del giudice *a quo* «ai limitati fini». È stato evidenziato dalla dottrina, fra l’altro, come le ragioni alla base del mancato riconoscimento dei requisiti necessari a sollevare eccezione d’incostituzionalità possano essere estese, almeno in parte, anche ad altre autorità indipendenti²².

La decisione della Corte deve essere interpretata tenendo in considerazione la giurisprudenza costituzionale precedente sopra richiamata riguardante, nello specifico, la posizione delle autorità garanti in relazione ai conflitti fra poteri dello Stato.

A chiusura dell’analisi sin qui svolta, pertanto, è possibile mettere in risalto come la Corte Costituzionale nella propria giurisprudenza non abbia finora manifestato segnali di apertura in ordine alla possibilità dell’accesso delle autorità garanti agli istituti del processo costituzionale: con le ordinanze sopra citate

rimesso questione di legittimità costituzionale, è stato fatto riferimento all’esistenza di una «zona franca» dell’ordinamento, sottratta al sindacato della Corte, così da giustificare l’eventuale applicazione del modello del giudice «ai limitati fini»: «Vi è, peraltro, un’ulteriore e decisiva considerazione che milita in favore della soluzione sin qui argomentata, vale a dire la circostanza che, ove questo Collegio non dovesse essere ritenuto legittimato a sollevare la questione di costituzionalità, talune leggi, come nella presente ipotesi, verrebbero a essere escluse dal possibile sindacato della Corte». Tuttavia, allo stesso tempo, l’ordinanza ha aggiunto, nella parte successiva del testo, come, nella situazione di specie, fosse rilevabile in realtà un caso di difficile accessibilità al giudizio della Corte Costituzionale.

La sentenza 13 del 2019 ha messo in luce la contraddizione sussistente, distinguendo l’ipotesi della «zona franca» da quella della «zona d’ombra»: «Le considerazioni che precedono escludono anche la possibilità, prospettata dal rimettente, di una sua configurazione di giudice «ai limitati fini» per la ritenuta esigenza di garantire il rispetto del principio di costituzionalità e quindi di evitare l’esistenza di una zona franca (il controllo di costituzionalità sarebbe escluso) ovvero (e contraddittoriamente) una zona d’ombra (il controllo sarebbe «estremamente difficile», o più difficile o «poco agevole»). Si è visto, infatti, che esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui può essere promossa la questione di legittimità costituzionale».

²¹ Si tratta della cosiddetta «sentenza Crisafulli», decisione che ha un’importanza di primo piano nella giurisprudenza costituzionale sul giudice *a quo* «ai limitati fini», definendo le caratteristiche principali del modello in questione. A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo» - profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, 2012, p. 52 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano, 1987, pp. 577-578; G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia Costituzionale – II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, pp. 102-104.

²² 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*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2019, p. 138 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull’A.g.c.m.: alcune considerazioni*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019, pp. 3-4.

(ordinanza 118 del 1995, ordinanza 226 del 1995 e ordinanza 137 del 2000) e la sentenza 13 del 2019, la Corte ha seguito un indirizzo che nel complesso può dirsi contrario alla possibilità di partecipazione delle autorità indipendenti alle varie forme di giudizio costituzionale²³.

Tuttavia, è possibile affermare come nelle tre precedenti ordinanze la Corte Costituzionale abbia mostrato anche una maggiore prudenza²⁴ nella definizione della natura e delle funzioni delle autorità garanti oggetto d'esame, sia che si trattasse del Garante per l'editoria che dell'A.g.com.: con ogni probabilità, la scelta della Consulta è stata dettata dalla volontà di non addentrarsi in un terreno accidentato come quello delle autorità indipendenti, un arcipelago dalla geografia complessa e spesso priva di confini ben delineati²⁵.

Tale impostazione in un certo senso è venuta meno con la sentenza 13 del 2019, la quale al contrario ha cercato di fornire una propria interpretazione generale a proposito dell'identità dell'Autorità *antitrust*, in particolar modo affermando quale sia la sua collocazione nell'architettura dello Stato: il nuovo approccio adottato, pertanto, nel tentativo di qualificare in maniera puntuale l'A.g.c.m., ha costituito un forte elemento di novità rispetto alle ordinanze precedenti.

3. La diversità dell'A.g.c.m. come modello di amministrazione: la *posizione di indipendenza*

Nella sentenza 13 del 2019, la Corte Costituzionale ha chiarito come l'A.g.c.m. possa essere considerata una pubblica amministrazione al pari di tutte le altre istituzioni amministrative: l'Autorità *antitrust* è stata qualificata come una burocrazia di stampo classico, in quanto tale portatrice di un interesse pubblico specifico, quello alla tutela della concorrenza e del mercato.

Per circoscrivere e meglio qualificare tale interesse, la decisione della Corte ha altresì citato l'art. 1 della legge 287 del 1990, istitutiva dell'Autorità *antitrust*, il quale a sua volta fa espresso riferimento sia al diritto di iniziativa economica, rappresentato dall'art. 41 Cost., sia ai principi euro-unitari in materia di disciplina della concorrenza.

Nel suo ragionamento, il giudice costituzionale ha altresì puntualizzato quella che sembrerebbe una definizione generale della natura del potere di cui è titolare l'Autorità Garante, affermando come l'A.g.c.m. svolga «una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco».

In seguito alla decisione del giudice costituzionale, dovrebbe essere possibile, pertanto, collocare l'Autorità *antitrust* in seno a uno dei modelli tradizionali di pubblica amministrazione disciplinati dalla

²³ G. GRASSO, op. cit., 2006, p. 342.

²⁴ G. GRASSO, op. cit., 2006, p. 342.

²⁵ G. LOMBARDO, op. cit., p. 272.

Carta Fondamentale. È possibile individuare, in particolar modo, due diverse tipologie di organizzazione amministrativa. Si fa riferimento, in primo luogo, al modello di amministrazione ministeriale tracciato dall'art. 95 Cost. come strumento utilizzato dal Governo per attuare il proprio indirizzo politico: è un modello di apparato istituzionale di impostazione cavouriana, diviso in più dicasteri, in cui ogni articolazione amministrativa è strutturata secondo un principio gerarchico ed è sottoposta alla direzione di un ministro. È possibile menzionare, in secondo luogo, gli art. 97 e 98 Cost., che delineano un modello di amministrazione separata dal potere politico e dotata di autonomia gestionale: si tratta di un'amministrazione che risponde al *principio di imparzialità amministrativa*; non è subordinata al Governo ed è regolata direttamente dalla legge²⁶.

Se in seguito alla sentenza 13 del 2019 l'Autorità *antitrust* deve essere classificata nel novero delle pubbliche amministrazioni, è anche vero che i tratti fondamentali dell'istituzione sembrano non essere completamente riconducibili a nessuno dei due modelli di amministrazione sopra richiamati: per quanto riguarda l'A.g.c.m. si può parlare, infatti, di caratteristiche organizzative del tutto peculiari, modellate sulla base dell'esigenza di assicurare all'istituzione una specifica *posizione di indipendenza*, sia nei confronti del potere politico che, soprattutto, di quello economico²⁷. Il profilo dell'indipendenza ha assunto, pertanto, nel caso dell'Autorità *antitrust*, un livello di particolare intensità, tanto da potersi parlare di un modello atipico di amministrazione²⁸.

La diversità dell'Autorità Garante rispetto alle altre forme di amministrazione è fondata, proprio, sulla centralità del valore dell'indipendenza: la *posizione di indipendenza* che contraddistingue l'identità dell'A.g.c.m., infatti, rappresenta un elemento di separazione rispetto alle amministrazioni fondate sul *principio di imparzialità* dell'art. 97 Cost. che, per l'appunto, non sono amministrazioni indipendenti²⁹.

La stessa legge 287 del 1990, istitutiva dell'Autorità Garante, all'art. 10 c. 2 ha riconosciuto come «l'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione». La necessità di potenziare la *posizione di indipendenza* dell'Autorità Garante è stata ribadita anche nella recente direttiva 1 del 2019 la quale, facendo riferimento alle *national competition authority* dei singoli Stati Membri, ha

²⁶ R. CHIEPPA - R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, pp. 236-237; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1/1985, pp. 162-172; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, pp. 128-129; F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, pp. 16-20; G. GEMMA, op. cit., p. 1671; G. GRASSO, op. cit., 2006, pp. 35-36; A. PATRONI GRIFFI, op. cit., 2012, p. 127.

²⁷ C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 70.

²⁸ G. PERICU, *Legittimazione costituzionale delle autorità amministrative indipendenti e politica della concorrenza*, in AA.VV., *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, 1996; A. PATRONI GRIFFI, op. cit., 2012, p. 120.

²⁹ G. GRASSO, op. cit., 2019, pp. 138-139.

affermato come «è opportuno rafforzare l'indipendenza operativa delle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza per garantire l'applicazione efficace e uniforme degli articoli 101 e 102 TFUE. A tal fine, è opportuno prevedere nella normativa nazionale una disposizione esplicita per garantire che, quando applicano gli articoli 101 e 102 TFUE, le autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza siano protette da qualsiasi intervento o pressione politica esterni che sia tale da comprometterne l'imparzialità nella valutazione delle questioni loro sottoposte» (considerato 17 della direttiva 1 del 2019)³⁰.

Per poter meglio analizzare la *posizione d'indipendenza* dell'Autorità *antitrust*, occorre prendere in considerazione una serie di elementi³¹, che materialmente garantiscono tale assetto complessivo, come la procedura di nomina dei membri del Collegio; l'autonomia finanziaria e contabile; l'inserimento dell'Autorità *antitrust* all'interno dell'*European Competition Network*. Si tratta di elementi che contribuiscono più di tutti a definire la posizione indipendente dell'Autorità Garante ma, al contrario di quanto si potrebbe pensare, non sono stati oggetto di riflessione nella sentenza 13 del 2019.

Un primo elemento che contraddistingue l'A.g.c.m. è costituito dalla particolare procedura di nomina dei componenti del Collegio decidente: l'art. 10 comma 2 della legge 287 del 1990 statuisce che i tre membri dell'Autorità Garante siano nominati «con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica» e che debbano essere scelti fra «persone di notoria indipendenza».

L'art. 10 comma 2 della legge 287 del 1990 è stato concepito a fondamento della *posizione di indipendenza*³², in un periodo in cui, essendo ancora vigente un sistema elettorale di carattere proporzionale per l'elezione

³⁰ D'URBANO A., op. cit., p. 111; MIDIRI M., *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1, Milano, Giuffrè, 2019, p. 137.

³¹ GRASSO G., *Le autorità amministrative indipendenti*, in (a cura di) SICARDI S., CAVINO M., IMARISIO L., *Vent'anni di Costituzione (1993-2013): dibattiti e riforme nell'Italia fra due secoli*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 515-549; DE BENEDETTO M., *Autorità indipendenti*, in (a cura di) CASSESE S., *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 589; FRANCHINI C., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 549-584; MERUSI F., PASSARO M., *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del Diritto – Aggiornamento VI*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 169-175; GIUFFRÈ F., *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi*, n. 25, 2016, pp. 5-6; RIDOLFI M., op. cit., p. 3.

³² CASSETTI L., op. cit., in *Federalismi*, n. 14, 2018, pp. 13-14. Seguendo il modello dell'Autorità *antitrust*, la stessa procedura di nomina è stata adottata anche per l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, istituita dagli art. 4 e 5 della legge 109 del 1994, le cui attribuzioni sono state successivamente ereditate dall'A.n.a.c.: proprio gli articoli 4 e 5 sono stati oggetto di impugnazione di fronte alla Corte Costituzionale da parte di diverse Regioni che, con la creazione di questa Autorità indipendente, ritenevano lese le proprie competenze in materia di lavori pubblici. Nella sentenza 482 del 1995 la Corte Costituzionale ha innanzitutto messo in luce, a livello generale, la connotazione e il ruolo dell'istituzione, sottolineando come le attribuzioni dell'Autorità esprimessero «una funzione di garanzia, in ragione della quale [era] configurata l'indipendenza dell'organo». Dopodiché, la Consulta ha vagliato la procedura di nomina dei membri, indicati anche in questo caso previa intesa dei Presidenti di Camera e Senato: secondo il ragionamento del giudice costituzionale, il sistema di nomina doveva essere interpretato come un elemento caratterizzante la particolare



del Parlamento, i Presidenti di assemblea svolgevano un ruolo di marcata garanzia istituzionale³³: sulla base di una convenzione costituzionale progressivamente consolidatasi, il Presidente della Camera era eletto fra i deputati di opposizione. L'art. 10 comma 2 è stato perciò formulato con l'obiettivo di introdurre una procedura di nomina che coinvolgesse due figure istituzionali per propria natura *super partes* e, allo stesso tempo, espressione sia della maggioranza che della minoranza parlamentare: l'idea di fondo alla base della norma era, pertanto, quella di facilitare, in astratto, la nomina in seno al Collegio dell'Autorità *antitrust* di personalità legittimate da un'investitura unitaria e neutrale, poichè di carattere più ampio del perimetro della coalizione di governo³⁴.

Occorre tuttavia analizzare la prassi di esercizio del potere di nomina e domandarsi se, nell'esperienza concreta, il dettato dell'art. 10 comma 2 e la procedura di selezione d'intesa fra i Presidenti d'assemblea abbiano fornito un'adeguata garanzia relativamente alla *posizione d'indipendenza* dell'A.g.c.m.³⁵. Con l'approvazione di nuove leggi elettorali e il mutamento dello stesso sistema elettorale in senso maggioritario, la convenzione costituzionale per l'elezione del Presidente della Camera è venuta meno e la *ratio* dell'art. 10 comma 2 si è di fatto indebolita³⁶. Proprio sulla base dell'esame della prassi, la dottrina ha evidenziato come la maggioranza di governo sia riuscita a condizionare, in passato, l'esito delle nomine dei membri del Collegio dell'Autorità *antitrust*³⁷: è possibile affermare, pertanto, che l'attuale meccanismo di nomina non sia del tutto immune dai rischi di politicizzazione³⁸. Sarebbe auspicabile, pertanto, una disciplina normativa, di carattere più ampio e dettagliato, tale da assicurare profili come una maggior trasparenza del procedimento, una valutazione generale dei *curricula* dei singoli candidati e, altresì, l'audizione di ciascuno di loro di fronte alle commissioni parlamentari competenti³⁹.

È necessario menzionare, tuttavia, un elemento positivo registratosi nella prassi più recente a proposito della nomina del Presidente dell'Autorità *antitrust*. Per l'individuazione del profilo dell'attuale Presidente⁴⁰,

identità e collocazione dell'Autorità Garante, intesa come istituzione autonoma e indipendente. Nel ragionamento della Corte Costituzionale, in definitiva, la specifica procedura di nomina era connaturata all'indipendenza dell'organo.

³³ F. MERUSI – M. PASSARO, op. cit., p. 170.

³⁴ M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, p. 4.

³⁵ G. GRASSO, op. cit., 2015, p. 519-520.

³⁶ G. GRASSO, op. cit., 2015, p. 517.

³⁷ G. GRASSO, op. cit., 2015, p. 519-520. Nell'approfondimento di Giorgio Grasso, in particolare modo, sono indicati casi specifici in cui la nomina in seno al Collegio dell'A.g.c.m. ha riguardato personalità di chiaro profilo politico, come l'ex sindaco della città di Bologna, Giorgio Guazzaloca.

³⁸ D'ALBERTI M., *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, p. 20; A. PATRONI GRIFFI, op. cit., 2012, p. 133.

³⁹ F. MERUSI – M. PASSARO, op. cit., p. 172; M. D'ALBERTI, op. cit., p. 20.

⁴⁰ All'esito della procedura di selezione avviata in data 14 settembre 2018, sulla base dei 112 *curricula* pervenuti, i Presidenti di Camera e Senato hanno nominato a capo dell'Autorità Garante il dott. Roberto Rustichelli, già magistrato del Tribunale delle imprese di Napoli.



infatti, è stato pubblicato in data 14 settembre 2018 da parte dei Presidenti di Camera e Senato un Avviso pubblico per la manifestazione di interesse, nel quale sono stati descritti la modalità di nomina, i requisiti richiesti per ricoprire l'incarico e le ipotesi di decadenza. L'Avviso è stato formulato nel senso di contenere un invito a manifestare la propria disponibilità, sottoponendo ai Presidenti di assemblea il proprio *curriculum* professionale, attestante il possesso dei requisiti disciplinati dall'art. 10 comma 2 della legge 287 del 1990⁴¹.

In definitiva, posto che la procedura di nomina dei membri del Collegio, almeno nell'intento iniziale, era stata concepita per delineare la *posizione di indipendenza* dell'Autorità Garante, nel corso degli anni, al momento dell'applicazione concreta, l'art. 10 comma 2 ha mostrato le sue fragilità. È possibile in ogni caso affermare come il particolare procedimento per l'indicazione dei membri del Collegio sia uno dei tratti caratterizzanti l'A.g.c.m. come modello atipico di amministrazione: si tratta di una procedura di nomina che l'Autorità *antitrust* condivide esclusivamente con la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. È possibile considerare la disciplina dell'art. 10 comma 2 come un profilo di distinzione del modello amministrativo dell'A.g.c.m. anche nei confronti delle altre autorità indipendenti, i quali membri sono espressione di un'elezione diretta da parte delle Camere (Garante per la protezione dei dati personali⁴² e, fatta eccezione per il proprio Presidente, A.g.com.⁴³) o di un'iniziativa governativa, temperata dalla necessità di un parere delle Commissioni parlamentari competenti (I.v.ass.⁴⁴, Co.n.so.b.⁴⁵, A.r.e.r.a.⁴⁶).

Un altro elemento caratterizzante, che occorre pendere in considerazione nell'analisi del modello amministrativo dell'Autorità *antitrust* e, soprattutto, della sua connotazione di organizzazione autonoma,

⁴¹ Il testo dell'Avviso pubblico è reperibile presso i siti istituzionali di Camera e Senato. Per la Camera dei Deputati, l'avviso è consultabile al seguente indirizzo: http://www.camera.it/leg18/1132?shadow_primapagina=7954; Per il Senato della Repubblica, l'Avviso è consultabile al seguente indirizzo: https://www.senato.it/4857?testo_generico=1421.

⁴² Per il Garante della protezione dei dati personali, due membri sono eletti dalla Camera e due dal Senato.

⁴³ Per quanto riguarda l'A.g.com., quattro commissari sono eletti dalla Camera, quattro dal Senato, mentre il Presidente è individuato su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previo parere vincolante delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi.

⁴⁴ Per l'I.v.ass., la nomina è di fatto governativa, con espressione del parere delle Commissioni parlamentari competenti.

⁴⁵ Nel caso della Co.n.so.b., la nomina è di fatto governativa, con espressione del parere delle Commissioni parlamentari competenti.

⁴⁶ Per quanto concerne l'A.r.e.r.a., la proposta di nomina spetta al Ministro dello Sviluppo Economico di concerto col Ministro dell'Ambiente. Alla proposta segue la delibera in seno al Consiglio dei Ministri. Esprimono un parere vincolante anche le Commissioni parlamentari competenti per materia, a maggioranza dei due terzi.



è quello del particolare regime di autonomia finanziaria⁴⁷ che contribuisce, nello specifico, in maniera fondamentale, a determinare la *posizione di indipendenza* dell'istituzione.

Nella formulazione originaria della legge 287 del 1990, era presente una «grave lacuna»⁴⁸, consistente nella totale assenza di autonomia finanziaria in capo all'A.g.c.m.: la copertura delle spese relative al funzionamento complessivo dell'Autorità Garante era legata in via esclusiva agli stanziamenti previsti da un fondo istituito *ad hoc* in seno al bilancio statale. Si trattava, pertanto, di un assetto complessivo in cui l'Autorità *antitrust* dipendeva *in toto* dalla decisione politica del Governo in ordine al *quantum* del fondo e, pertanto, la salvaguardia della *posizione di indipendenza* non poteva dirsi pienamente realizzata.

Le riforme normative approvate negli anni successivi hanno consentito di attuare un graduale passaggio da un sistema di finanziamento integralmente basato sui fondi statali, a un sistema di carattere misto⁴⁹, con molteplici voci di entrata, per approdare finalmente, in una terza fase, a una piena autonomia finanziaria. La sentenza 269 del 2017 della Corte Costituzionale⁵⁰, in particolar modo, ha ripercorso i vari *step* di questa evoluzione, tracciando un quadro cronologico particolarmente chiaro dei vari interventi legislativi che si sono susseguiti.

Il sistema di finanziamento attuale è stato introdotto in seguito all'approvazione dell'art. 5 bis del decreto legge 1 del 2012, convertito dalla legge 27 del 2012, il quale ha espressamente statuito un metodo di contribuzione unico da parte dei principali soggetti operanti sul mercato concorrenziale, a beneficio dell'Autorità *antitrust*: «All'onere derivante dal funzionamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si provvede mediante un contributo di importo pari allo 0,08 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato dalle società di capitale, con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro (...).

⁴⁷ G. NAVA, V. MOSCA, *Caratteristiche, criticità ed evoluzione dei modelli di finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 24/2016, pp. 4-8; M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI – A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, pp. 173-194.

⁴⁸ Cfr. F. MERUSI, M. PASSARO, op. cit., pp. 174.

⁴⁹ All'inizio del 2010, il sistema misto di finanziamento dell'Autorità *antitrust* si era già stabilizzato e si fondava su quattro diverse voci di entrata: lo stanziamento di fondi statali a cadenza annuale nella legge di bilancio; le sanzioni irrogate ai soggetti autori di pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori; le contribuzioni versate dalle imprese obbligate a notificare l'avvio di un'operazione di concentrazione; i fondi trasferiti da altre autorità garanti.

⁵⁰ G. MAZZANTINI – M.C. MARZOCCA, op. cit., p. 14; L. CASSETTI, op. cit., p. 14. La sentenza 269 del 2017, in particolar modo, ha affermato come «a partire dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2006) si è aggiunto, al fondo appositamente stanziato nel bilancio dello Stato, un sistema di contribuzione da parte delle imprese tenute all'obbligo di notifica delle concentrazioni (cosiddetto *filinfée*). Negli anni successivi, con il decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009, n. 14, si è prevista la possibilità di finanziare le spese di carattere non continuativo e non obbligatorio dell'Autorità con una parte degli introiti derivanti dalle sanzioni irrogate in materia di pratiche commerciali scorrette. Nello stesso anno, con l'art. 2, comma 241, della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2010), si è istituito un meccanismo temporaneo di trasferimento di risorse tra autorità indipendenti per il triennio 2010-2012 in favore, tra l'altro, dell'A.G.C.M.».



La soglia massima di contribuzione a carico di ciascuna impresa non può essere superiore a cento volte la misura minima».

La sentenza 269 del 2017 della Corte Costituzionale ha sciolto i dubbi di conformità agli art. 3 e 53 Cost. sollevati dalla Commissione Tributaria Provinciale di Roma a proposito del nuovo sistema di finanziamento, analizzandone altresì le ragioni giustificative di fondo. In primo luogo, la norma ha attribuito centralità da un punto di vista contributivo a quei poteri economici di dimensione medio-grande operanti sul mercato, i principali soggetti del controllo e della regolazione dell'Autorità *antitrust* (escludendo, al contrario, dall'onere economico i consumatori e le piccole imprese, cui è stata diretta in via principale la funzione di tutela dell'A.g.c.m.). In secondo luogo, in linea con l'esigenza di strutturare un'istituzione di garanzia che fosse dotata di un profilo pienamente indipendente, anche da un punto di vista economico, è stato fissato un tetto massimo alla contribuzione da parte delle imprese: in tal modo, si è voluto evitare il verificarsi di una situazione in cui poche, grandi, società diventassero *de facto* le principali finanziatrici dell'Autorità *antitrust*, potendo così influenzare la sua attività generale di monitoraggio del mercato e la sua *posizione di indipendenza*. Uno dei rischi maggiori riguardanti l'Autorità Garante era quello che si potesse venire a costituire un collegamento forte fra l'istituzione e i principali attori economici del mercato, tale da minarne l'indipendenza complessiva, determinando quel fenomeno per cui i soggetti controllati avrebbero potuto "catturare" il controllore⁵¹.

La predisposizione di un sistema di autofinanziamento in capo all'A.g.c.m. non costituisce un *unicum* nel panorama delle autorità garanti: se si escludono, infatti, i casi del Garante per la protezione dei dati personali e della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, finanziati interamente dallo Stato (senza trascurare l'esempio dell'A.n.a.c., che si fonda su di un sistema di finanziamento misto), la maggior parte delle autorità indipendenti attualmente non fa più affidamento su fondi erogati dal bilancio statale⁵². La disciplina di sistemi di autofinanziamento, posti a carico dei soggetti regolati, costituisce pertanto un tratto comune di diverse autorità garanti, contribuendo a potenziare la loro *posizione di indipendenza* e, nello specifico, incidendo fortemente sulla fisionomia del modello di amministrazione preso in considerazione.

Un altro elemento caratterizzante la *posizione di indipendenza* dell'A.g.c.m., rispetto agli altri modelli istituzionali, che la riflessione giuridica della sentenza 13 del 2019 non ha preso tuttavia in esame, è quello

⁵¹ E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Quaderni – Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 10, Milano, 2000, p. 135.

⁵² G. NAVA, V. MOSCA, op. cit., pp. 4-29; G. GRASSO, op. cit., 2015, pp. 523-528; F. MERUSI - M. PASSARO, op. cit., pp. 172-175. Oltre all'esempio dell'Ag.c.m., il sistema di autofinanziamento è stato adottato anche nel caso dell'I.v.ass., dell'A.r.e.r.a., dell'A.g.com. e della Co.n.so.b..

della collocazione europea dell'Autorità *antitrust*, sia per quanto concerne il suo rapporto con le istituzioni comunitarie (*in primis* la Commissione) che il legame con le altre autorità garanti dell'*European Competition Network*, elemento ulteriore che, inquadrando l'Autorità Garante in una dimensione sovranazionale, contribuisce a sottrarre l'istituzione da ogni possibilità di interferenza da parte dell'esecutivo nazionale. L'art. 10 comma 4 della legge 287 del 1990 ha puntualizzato come «l'Autorità, in quanto Autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza e del mercato, intrattiene con gli organi delle Comunità europee i rapporti previsti dalla normativa comunitaria in materia». In particolar modo, per dare concretezza alla norma dell'art. 10 comma 4, è necessario fare riferimento al regolamento europeo 1 del 2003.

La principale novità apportata dal regolamento 1 del 2003 è stata quella di una complessiva riorganizzazione del sistema europeo di *antitrust enforcement*⁵³, con la fondazione dell'*European Competition Network* e la realizzazione di un coordinamento istituzionale generale sia in senso verticale, fra la Commissione e ciascuna Autorità nazionale di concorrenza, che in senso orizzontale, fra le singole Autorità garanti degli Stati Membri, reso possibile dalla inter-operabilità dei rispettivi sistemi *antitrust*⁵⁴.

Il regolamento 1 del 2003 ha di fatto instaurato un articolato sistema di *checks and balances* fra i poteri della Commissione e quelli di cui sono titolari le Autorità *antitrust* nazionali: la costituzione dell'*European Competition Network* ha implicato che «su casi di rilevanza comunitaria, ciascuna Autorità debba decidere sotto gli occhi di tutte le altre, e sotto gli occhi della Commissione Europea»⁵⁵.

Attualmente, la Commissione Europea esercita «un penetrante e vincolante controllo»⁵⁶ verso ciascuna Autorità Garante, sulla base dell'art. 11 del regolamento 1 del 2003 e, in particolar modo, delle procedure disciplinate dai commi 3, 4 e 6 del suddetto articolo⁵⁷.

Da un lato, l'art. 11 comma 3 prevede che ciascuna Autorità Garante sia tenuta a informare la Commissione stessa quando si verificano casi concreti di applicazione degli art. 101 e 102 del T.F.U.E., precedentemente o subito dopo l'avvio dell'attività di indagine; l'art. 11 comma 4 disciplina un obbligo informativo analogo, «prima dell'adozione di una decisione volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento d'esenzione per categoria (...) A tal fine esse forniscono alla Commissione una presentazione del caso in questione (...)» e copia della decisione che intendono adottare.

⁵³ L. F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1/2004, p. 148.

⁵⁴ L. F. PACE, op. cit., p. 161.

⁵⁵ Cfr. M. D'ALBERTI, op. cit., 2010, p. 16.

⁵⁶ Cfr. L. F. PACE, op. cit., p. 160.

⁵⁷ L. F. PACE, op. cit., p. 162 e pp. 164-166.



Dall'altro lato, allo stesso tempo, l'art. 11 comma 6 consente alla Commissione di esercitare il c.d. potere di avocazione e, sulla base di tale strumento, di riappropriarsi della possibilità di esaminare direttamente singoli casi concreti di applicazione del diritto *antitrust* europeo.

Per di più, ogni Autorità Garante dell'*European Competition Network* dispone di uno strumento di controllo ex art. 14 comma 7 del regolamento 1 del 2003⁵⁸, attivabile nei confronti di un'altra Autorità indipendente presso la quale sia aperto un procedimento. L'art. 14 comma 7, infatti, consente a ciascuna Autorità *antitrust* di sollevare in seno al Comitato consultivo (organo composto dai rappresentanti delle Autorità indipendenti di ciascuno degli Stati membri) una questione sul modo in cui una determinata Autorità Garante stia esaminando un caso concreto di presunta violazione del diritto *antitrust* comunitario: in seguito a tale istanza, il caso è iscritto all'o.d.g. del Comitato consultivo ed è sottoposto all'esame e alla discussione collegiale.

L'architettura giuridica complessiva dell'*European Competition Network* e la collocazione dell'Autorità *antitrust* in seno a tale rete istituzionale costituiscono, pertanto, altri tasselli fondamentali nella ricostruzione complessiva riguardante questo modello di amministrazione e la sua *posizione di indipendenza* rispetto al potere politico-partitico radicato nello Stato Membro.

Fra le altre autorità indipendenti, non mancano esempi simili di posizionamento all'interno di *network* di carattere europeo: è il caso della Co.n.so.b.⁵⁹ e del Garante per la protezione dei dati personali⁶⁰ (ma si potrebbe fare riferimento anche alla Banca d'Italia⁶¹). Nel complesso, si è parlato di una dimensione di «europeizzazione delle autorità»⁶², elemento che tuttavia non è stato colto dalla sentenza 13 del 2019.

In conclusione, è possibile affermare come i tre diversi profili sin qui analizzati, caratterizzanti l'Autorità *antitrust* (procedura di nomina dei membri ex art. 10 comma 2 della legge 287 del 1990; sistema di finanziamento introdotto dall'art. 5 bis del decreto legge 1 del 2012; inserimento all'interno dell'*European Competition Network*) siano di per sé sufficienti a definire l'istituzione come modello amministrativo autonomo e distinto rispetto a quelli disciplinati dalla Carta Fondamentale. In particolar modo, i tre profili analizzati incidono in maniera marcata nel plasmare la *posizione di indipendenza* dell'Autorità Garante: le normative richiamate, rispettivamente, sono finalizzate a consentire l'individuazione di personalità di riconosciuta indipendenza nella formazione del Collegio decidente, a permettere una piena autonomia

⁵⁸ L. F. PACE, op. cit., p. 166.

⁵⁹ La CONSOB si inserisce nel *Committee of european securities regulators* (CERS).

⁶⁰ Per quanto riguarda il Garante per il trattamento dei dati personali, è possibile fare riferimento al relativo Gruppo delle autorità garanti dei paesi europei, organismo indipendente che si occupa prevalentemente di tutela dei diritti legati alla sfera della personalità e ai dati personali.

⁶¹ Per la Banca d'Italia, è possibile fare riferimento al SEBC (Sistema Europeo delle Banche Centrali).

⁶² Cfr. M. DE BENEDETTO, op. cit., 2006, p. 595; F. MERUSI – M. PASSARO, op. cit., p. 189.



finanziaria dell'Autorità, a salvaguardare la posizione autonoma dell'A.g.c.m., in quanto parte di una rete più ampia di autorità indipendenti, al riparo da qualsiasi tipo di influenza politica o economica. Si può parlare, pertanto, di tre elementi di primaria importanza, che fondano la *posizione di indipendenza* dell'Autorità *antitrust* e ne compongono la fisionomia complessiva.

Se la *posizione di indipendenza*, pertanto, rimane il primo elemento di originalità dell'A.g.c.m. come amministrazione, sono presenti, allo stesso tempo, ulteriori elementi di differenziazione rispetto alle amministrazioni di stampo classico, che è necessario prendere in considerazione nel corso della presente analisi.

4. (Segue) La *posizione di indipendenza* non è fine a sé stessa: l'interesse pubblico tutelato dall'Autorità Garante e l'esercizio della discrezionalità tecnica

È stato evidenziato come l'Autorità *antitrust* sia un modello di organizzazione distinto da quello delle pubbliche amministrazioni che sono sottoposte all'indirizzo degli organi politicamente responsabili.

La *posizione di indipendenza* dell'A.g.c.m., infatti, intesa come garanzia essenziale di un'azione libera dall'influenza dei poteri politici ed economici, deve essere ricollegata a una più ampia *ratio* di sistema. La *posizione di indipendenza*, insomma, non è fine a sé stessa: il principio di indipendenza è in realtà funzionale a realizzare uno scopo ben definito, quello di salvaguardare determinati diritti fondamentali⁶³, la cui tutela è il fine ultimo dell'A.g.c.m.

Come già detto, con la sentenza 13 del 2019 il giudice costituzionale ha precisato come l'Autorità Garante, in qualità di organizzazione amministrativa, sia curatrice di un pubblico interesse, richiamando allo stesso tempo gli art. 1 e 10 della legge 287 del 1990.

La riflessione a proposito di quale sia la sostanza dell'interesse pubblico perseguito dall'A.g.c.m., è una questione di particolare complessità e, a partire da quanto affermato dalla sentenza 13 del 2019, è meritevole di un approfondimento ulteriore.

L'Autorità Garante è stata istituita nel momento in cui si sono ravvisate le insufficienze degli strumenti amministrativi tradizionali e si è avvertita la necessità di una nuova forma organizzativa⁶⁴: l'Autorità Garante è collocata in corrispondenza di uno dei c.d. *secteurs sensibles*, interessi che assumono una particolare rilevanza a livello costituzionale e, per questo, sono da considerarsi meritevoli di protezione⁶⁵;

⁶³ M. MIDIRI, op. cit., pp. 136-137.

⁶⁴ G. GRASSO, op. cit., 2006, pp. 126-127.

⁶⁵ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Bari, 2007, pp. 13-14; LONGO F., op. cit., p. 16.

l'A.g.c.m. può essere considerata una delle «istituzioni di libertà»⁶⁶, un potere di garanzia che rappresenta una libertà in senso oggettivo, andando oltre il rigido schema della situazione giuridica individuale e realizzando un assetto istituzionale finalizzato alla tutela della libertà stessa⁶⁷.

Per quanto riguarda nello specifico l'Autorità *antitrust*, l'individuazione del *domain sensible* di riferimento è perfezionata dall'art. 1 della legge 287 del 1990, legge che ha istituito l'amministrazione indipendente. Per di più, è la stessa sentenza 13 del 2019 a fare riferimento all'art. 1 e ad attribuirgli un valore di primaria importanza nella definizione del concetto di pubblico interesse perseguito dall'Autorità Garante.

L'art. 1 comma 1 menziona testualmente «il diritto di iniziativa economica», espressione dell'art. 41 Cost., come oggetto principale della funzione di garanzia svolta dall'A.g.c.m.⁶⁸. L'art. 1 comma 4, inoltre, richiama espressamente i principi euro-unitari in materia di disciplina della concorrenza, come principi che svolgono la funzione di parametro interpretativo della legge 287 del 1990: fra questi principi, è possibile individuare quello espresso all'art. 3 comma 3 del T.U.E., il quale per la precisione afferma che «l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale»⁶⁹.

La legge 287 del 1990 definisce negli articoli successivi al primo quali siano le ipotesi di *comportamento anticoncorrenziale* in grado di violare il *secteur sensible* della concorrenza: si tratta di fattispecie normative che descrivono situazioni in cui l'iniziativa economica, esercitata da un'impresa, arreca danno ad altri operatori; è compito dell'A.g.c.m. controllare l'andamento complessivo dell'economia di mercato e verificare se si concretizzano casi rispondenti a tali ipotesi, in grado di alterare l'equilibrio sussistente fra i vari attori economici⁷⁰.

Il concetto generale di *comportamento anticoncorrenziale*, alla base della legge 287 del 1990, può trovare fondamento nella Costituzione, nello specifico nel dettato dell'art. 41 comma 2, che può essere interpretato considerando la «libertà» economica altrui come uno dei numerosi limiti posti all'iniziativa economica privata: la libertà d'impresa, pertanto, può fra le altre cose trovare limitazione in sé stessa, dal

⁶⁶ Cfr. A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, pp. 70 ss.

⁶⁷ G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo – le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997 (a), pp. 15-16; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, Milano, 1997, pp. 85-86; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 1997 (b), p. 663.

⁶⁸ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 60.

⁶⁹ B.T. CARAVITA, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2017, p. 2.

⁷⁰ M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/ 2019, p. 329; L. TORCHIA., op. cit., p. 60.

momento che il primo (ma certamente non l'unico) limite all'attività di qualsiasi potere economico, presente sul mercato, è costituito dal diritto di esercizio dell'attività imprenditoriale di cui è titolare ogni altro soggetto⁷¹; il *comportamento anticoncorrenziale* non è altro che un comportamento che supera questo limite individuabile (assieme ad altri limiti) nell'art. 41 comma 2 Cost.

Questa visione del *comportamento anticoncorrenziale* è coerente altresì con quanto affermato dalla Corte Costituzionale in un suo precedente, la sentenza 241 del 1990, la quale ha evidenziato la necessità di una limitazione delle posizioni di supremazia delle forze economiche, onde evitare eccessive concentrazioni di potere e situazioni di abuso, in funzione di garanzia dell'equilibrio complessivo del mercato⁷². Tale garanzia è realizzabile per mezzo della normativa *antitrust* e dell'attività generale dell'A.g.c.m., attività che si esprime «verso le imprese private che entrano nel mercato e che non devono essere schiacciate dalla resistenza dei vecchi monopolisti»⁷³.

E' possibile affermare che il rispetto delle norme definite dalla legge 287 del 1990, le quali vietano espressamente i *comportamenti anticoncorrenziali*, «è sufficiente a garantire la soddisfazione dell'interesse pubblico»⁷⁴. Considerando che, ai sensi della sentenza 13 del 2019, l'Autorità Garante è portatrice di un interesse pubblico, tale interesse pubblico assume tuttavia la dimensione di un interesse di carattere riflesso o mediato: si tratta di un interesse collettivo, dato dalla sommatoria degli interessi individuali ad esercitare l'attività di impresa, senza subire interferenze o restrizioni anti-competitive da parte degli altri operatori.

Per comprendere appieno la natura dell'interesse pubblico citato dalla sentenza 13 del 2019, in definitiva, occorre operarne una scomposizione in una pluralità di interessi singoli: è un'idea di pluralismo imprenditoriale, possibile solo in assenza di eccessive concentrazioni di potere economico e di *comportamenti anticompetitivi*, distorsivi della concorrenza di mercato⁷⁵.

L'Autorità Garante, pertanto, può essere inquadrata come un'istituzione parte di quel «ventaglio molto ampio di poteri pubblici»⁷⁶ con cui lo Stato si rapporta alla dimensione economica, limitando gli eccessi

⁷¹ M. MANETTI, op. cit., p. 324.

⁷² G. TESAURO – M. TODINO, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Enciclopedia del Diritto – Aggiornamento VI*, Milano, 2002, pp. 113-114; M. D'ALBERTI, *Concorrenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 1149; M. MANETTI, op. cit., pp. 323-324.

⁷³ Cfr. E. CHELI, op. cit., p. 134.

⁷⁴ Cfr. L. TORCHIA, op. cit., p. 61.

⁷⁵ M. MANETTI, op. cit., p. 329.

⁷⁶ Cfr. M. MANETTI, op. cit., p. 322. Si aderisce all'interpretazione dell'art. 41 Cost. data dall'autrice, come norma in cui si è delineato un assetto dualistico fra libertà di impresa, da un lato, e potere pubblico statale, dall'altro, in grado di limitare, così come di promuovere, tale libertà per mezzo del proprio intervento. Le letture riduttive del ruolo dello Stato in economia, che postulano un ridimensionamento del potere pubblico in tale ambito, sarebbero pertanto da rivedere alla luce della recente crisi economica e (si potrebbe aggiungere) delle crescenti disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza.

dell'attività d'impresa e del potere economico, sulla base dell'art. 41 Cost. Si tratta, nello specifico, di un'istituzione il cui compito non è semplicemente quello di tutelare le situazioni giuridiche individuali, bensì quello di creare le condizioni affinché tutti gli attori economici possano esercitare l'iniziativa imprenditoriale⁷⁷: è questo, pertanto, l'interesse pubblico perseguito dall'A.g.c.m., menzionato dalla decisione della Consulta.

Si può aggiungere, altresì, che quella dell'Autorità Garante costituisce, con ogni probabilità, una delle forme meno pervasive con cui il potere pubblico si rapporta all'economia. È necessario fare riferimento, pertanto, ad altri strumenti del «ventaglio» di cui dispone lo Stato nel momento in cui si voglia ragionare su modalità di intervento maggiormente incisive da parte del potere politico, in grado di trasformare più in profondità gli assetti dell'economia (si pensi, ad esempio, all'art. 53 Cost. e alle più ampie possibilità offerte da un'eventuale ipotesi di riforma del sistema di tassazione).

A questo punto dell'analisi, occorre proseguire la riflessione prendendo in considerazione un altro punto della sentenza 13 del 2019, già citato in precedenza, il quale ha affermato come l'Autorità Garante sia titolare di un potere amministrativo discrezionale, «il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco».

La legge 287 del 1990, come già evidenziato, disciplina quelli che sono i comportamenti giudicati lesivi della concorrenza, oggetto di istruttoria, accertamento ed eventuale sanzione da parte dell'Autorità *antitrust*. Per definire tali comportamenti, il legislatore è ricorso a concetti giuridici indeterminati, nel caso di specie riconducibili alle discipline economiche⁷⁸: è il caso di concetti di carattere tecnico come quelli di mercato rilevante, di intesa restrittiva della concorrenza, di abuso di posizione dominante. Gli illeciti anti-competitivi, pertanto, costituiscono delle fattispecie giuridiche definite anche attraverso nozioni proprie dell'economia.

Nell'applicare la legge 287 del 1990, l'Autorità Garante generalmente adotta come punto di riferimento i singoli elementi propri della fattispecie astratta, sia giuridici che soprattutto tecnici, così come definiti dal legislatore⁷⁹. L'Autorità procede nel verificare se vi sia o meno corrispondenza fra quella che è, da un lato, il modello normativo, e, dall'altro, la casistica specifica di presunto illecito anticoncorrenziale oggetto di analisi. Nel corso dell'esercizio di questa valutazione, quindi, l'A.g.c.m. è chiamata a dare una definizione specifica a quelle che sono le clausole generali prese in considerazione. Una volta verificata in senso

⁷⁷ L. TORCHIA, op. cit., p. 60.

⁷⁸ M. MANETTI, op. cit., p. 329; R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, op. cit., p. 476 ss.

⁷⁹ C. MALINCONICO, *Ruolo delle autorità indipendenti e strumenti di intervento*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 41.



positivo, la sussistenza, nella situazione reale, degli elementi definiti dal legislatore, la decisione adottata dall'Autorità deve seguire in maniera obbligata⁸⁰.

Si può parlare, pertanto, di un'autorità indipendente chiamata ad esercitare una discrezionalità di carattere tecnico: le categorie di analisi utilizzate dall'Autorità Garante sono sia categorie di carattere giuridico, sia categorie proprie delle discipline economiche⁸¹. È un'ulteriore conclusione che contrasta con il ragionamento della sentenza 13 del 2019 la quale, invece, non inquadra la discrezionalità esercitata dall'Autorità *antitrust* nel solco della discrezionalità tecnica.

Se, come affermato dalla decisione della Corte, l'Autorità *antitrust* è portatrice di un interesse pubblico, seppure di carattere mediato, occorre precisare come allo stesso tempo questo interesse non sia coinvolto in un procedimento di comparazione di interessi, come accade nell'esercizio di una funzione amministrativa tradizionale. Su questo punto, pure, la sentenza 13 del 2019 non ha colto le peculiarità dell'azione dell'A.g.c.m.: l'Autorità Garante non opera nel senso di compiere una ponderazione fra l'interesse pubblico primario, a essa riconducibile, e gli altri interessi, pubblici e privati⁸². L'interesse pubblico primario, fra l'altro, pur dovendosi considerare come un interesse riflesso, ha alla sua base degli interessi individuali di rango costituzionale, per cui è possibile parlare di una sua connotazione sostanziale del tutto particolare, che ha le radici nella Carta Fondamentale. Ciò che rileva nel caso degli illeciti anticoncorrenziali, in conclusione, è la funzione di garanzia dell'Autorità *antitrust* nel senso di consentire l'esercizio delle attività economiche in un contesto di pari opportunità⁸³, elemento che condiziona anche le modalità di svolgimento della funzione amministrativa da parte dell'istituzione stessa.

5. Conclusioni

Muovendo verso la conclusione del ragionamento a proposito della sentenza 13 del 2019, è possibile affermare come per molti aspetti fosse prevedibile che la Corte Costituzionale potesse dichiarare l'inammissibilità del ricorso, non solo per mancanza degli attributi canonici propri del giudice *a quo* in capo all'A.g.c.m., ma anche per l'impossibilità di considerare l'Autorità *antitrust* come organo rimettente «ai limitati fini» del giudizio costituzionale⁸⁴.

⁸⁰ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, op. cit., p. 477.

⁸¹ M. MIDIRI, op. cit., p. 133.

⁸² G. AMATO, op. cit., 1997 (a), pp. 9-10; C. MALINCONICO, op. cit., p. 41; R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, op. cit., p. 476 ss.

⁸³ G. AMATO, op. cit., 1997 (a), pp. 9-10.

⁸⁴ E. VERDOLINI, op. cit.

La sentenza 13 del 2019 ha suscitato, invece, forte insoddisfazione⁸⁵ nel momento in cui ha inquadrato, in maniera fra l'altro piuttosto drastica, l'Autorità Garante come istituzione amministrativa di stampo tradizionale, accantonando di fatto tutte quelle ricostruzioni teoriche che hanno cercato di metterne in risalto le peculiarità e i tratti distintivi. Dove la sentenza 13 del 2019 ha descritto alcuni aspetti riguardanti l'Autorità Garante, facendo ricorso a concetti come quelli di interesse pubblico e discrezionalità amministrativa, è sembrata produrre un ragionamento complessivo carico di fragilità e di limiti. Ci si chiede, pertanto, se la soluzione classificatoria proposta dalla sentenza non costituisca uno schema troppo stretto entro cui ricondurre l'Autorità *antitrust*⁸⁶ e se non sia il caso di ragionare in termini di definizione del tutto differenti.

L'analisi giuridica alla base della sentenza 13 del 2019 comporta il rischio di ridimensionare il ruolo costituzionale dell'A.g.c.m. e di far compiere un passo indietro nella riflessione a proposito di quest'istituzione: sarebbe stato possibile pervenire allo stesso risultato, dal punto di vista del giudizio costituzionale, nel senso di dichiarare inammissibile il ricorso dell'Autorità *antitrust*, attraverso una motivazione giuridica almeno in parte differente, che tenesse in considerazione la peculiare collocazione dell'Autorità Garante nella forma di governo e fissasse alcuni punti fermi riguardanti la sua *posizione di indipendenza*⁸⁷.

Questa riflessione complessiva sarebbe stata possibile, in particolar modo, adottando come premessa alcuni precedenti della giurisprudenza della Corte Costituzionale che hanno contribuito a fare chiarezza sul principio di indipendenza delle autorità garanti: è possibile focalizzare l'attenzione⁸⁸, pertanto, sulla sentenza 482 del 1995 e sulla sentenza 41 del 2013, che hanno riguardato nello specifico l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (antesignana dell'Autorità Nazionale AntiCorruzione) e l'Autorità indipendente di regolazione dei trasporti.

Innanzitutto, con la sentenza 482 del 1995, la Corte Costituzionale ha esaminato una serie di ricorsi delle Regioni Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Sardegna, Toscana, Val D'Aosta, nonché delle Province autonome di Trento e Bolzano, a proposito dell'art. 4 della legge 109 del 1994, norma che, istituendo l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, avrebbe violato le relative competenze legislative e amministrative regionali. La Corte Costituzionale, nella pronuncia citata, ha descritto l'Autorità di vigilanza come una nuova forma organizzativa, puntualizzando come fosse caratterizzata da autonomia ed alterità sia nei confronti del potere esecutivo, che nei rapporti con gli «organi di ogni amministrazione»:

⁸⁵ M. MIDIRI, op. cit., p. 136; G. GRASSO, op. cit., 2019, p. 139.

⁸⁶ G. GRASSO, op. cit., 2019, pp. 145-146; M. MIDIRI, op. cit., pp. 127-129.

⁸⁷ A. PATRONI GRIFFI, op. cit., 2019, p. 10.

⁸⁸ M. MIDIRI, op. cit., p. 136.



questa connotazione di alterità rispetto agli organi amministrativi, in particolar modo, è stata descritta argomentando come le attribuzioni amministrative di cui era titolare l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici fossero state disciplinate *ex novo* e, pertanto, non sostituissero, né surrogassero alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo già sussistenti in capo ad altre istituzioni.

Quel che però è rilevante della sentenza 482 del 1995 è la parte in cui la Corte Costituzionale ha riconosciuto come la funzione fondamentale dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici fosse quella di svolgere un'attività di garanzia, in ragione della quale era stata costruita la *posizione di indipendenza* dell'organo: era stata chiarita, pertanto, in maniera esaustiva quale fosse la motivazione di fondo alla base di una precisa scelta del legislatore di istituire un'amministrazione che rispondesse a un regime di piena indipendenza.

In tempi più recenti, la sentenza 41 del 2013⁸⁹ ha ripreso il precedente della sentenza 482 del 1995. La decisione della Corte è scaturita, anche in questo caso, da un ricorso presentato da una Regione, la Regione Veneto, che ha impugnato l'art. 36 comma 1 lettera a del decreto legge 1 del 2012, riguardante la disciplina delle prerogative dell'Autorità di regolazione dei trasporti, contestando la violazione del riparto delle competenze legislative e amministrative fra Stato e Regioni, nonché del principio di leale collaborazione, dal punto di vista della materia di competenza residuale del trasporto pubblico locale.

Nell'analisi della disciplina riguardante l'Autorità Garante, la Corte Costituzionale innanzitutto ha riflettuto ancora una volta su come le funzioni amministrative attribuite fossero di natura del tutto inedita, essenzialmente per due ordini di ragioni: in primo luogo, le funzioni amministrative disciplinate dall'art. 36 comma 1 lett. a erano da ritenersi distinte rispetto a quelle delle istituzioni regionali, in quanto «non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale, ma le presuppongono e le supportano»; in secondo luogo, questa diversità di funzioni era giustificata dal fatto che, in presenza di un mercato dei servizi di trasporto soggetto a liberalizzazione, l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti rispondeva alla necessità di garantire pari opportunità agli operatori, evitando la sovrapposizione fra soggetto regolatore e soggetto regolato in capo alle amministrazioni territoriali.

Occorre evidenziare però come l'argomentazione giuridica della sentenza 41 del 2013 sia stata costruita richiamando lo stesso concetto alla base della sentenza 482 del 1995: la colonna portante su cui ha

⁸⁹ G. COZZOLINO, *Il principio di leale collaborazione non si applica ai rapporti tra Autorità indipendenti e Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 luglio 2013; A. CARDONE, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi automatismi a danno dell'autonomia? (nota a Corte Cost., sent. 41 del 2013)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 luglio 2013.



poggiato la funzione di garanzia disciplinata in capo all'Autorità di regolazione dei trasporti era costituita, ancora una volta, dalla sua *posizione di indipendenza*.

La Corte Costituzionale nella sentenza 13 del 2019 non ha ripreso quelle che sono state le conclusioni delle due pronunce richiamate, che hanno postulato la centralità del principio di indipendenza nel quadro normativo di disciplina delle autorità garanti. È pur sempre vero, però, che, laddove la Consulta non ha fornito risposte esaustive in ordine alla *posizione di indipendenza* dell'A.g.c.m., una risposta di segno opposto potrebbe essere data dal legislatore⁹⁰.

In particolar modo, un intervento legislativo che miri al rafforzamento della *posizione di indipendenza* dell'Autorità *antitrust* deve porsi in continuità con alcuni degli elementi di novità, emersi nella prassi e nella normativa più recenti. È il caso, ad esempio, di quanto accaduto per la procedura di nomina del Presidente del Collegio dell'Autorità Garante, con la pubblicazione dell'Avviso pubblico per la manifestazione di interesse in data 14 settembre 2018, prassi che non è disciplinata dalla legge 287 del 1990, né da alcuna altra fonte normativa di rango primario. Si tratta di un elemento che non consente di parlare del raggiungimento di una *posizione di indipendenza* perfetta da parte dell'Autorità Garante, ma sicuramente costituisce una premessa positiva per un ulteriore intervento del legislatore. Si potrebbe pertanto concepire una nuova disciplina legislativa che ricalchi, fra l'altro, una delle ipotesi emerse nel corso dell'ultima indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti condotta da parte della Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, il cui documento finale è stato approvato nel corso della seduta del 16 febbraio 2012: la relazione conclusiva, infatti, ha prospettato la possibilità dell'introduzione di un bando pubblico per la nomina dei componenti delle autorità indipendenti, sulla scorta del modello già adottato per il Garante europeo per la protezione dei dati. Una riforma legislativa di questo tipo riguardante la procedura di nomina dei membri sarebbe coerente con il proposito di consolidare l'assetto neutrale di un'istituzione che ha raggiunto una rilevanza di primo piano, non solo nella forma di governo italiana, ma anche nella dimensione dell'integrazione europea.

⁹⁰ A. PATRONI GRIFFI, op. cit., 2019, p. 13.