



29 APRILE 2020

Neutralità, imparzialità e azione
amministrativa. Riflessioni su pubblica
amministrazione e controllo di
costituzionalità

di Marana Avvisati

Funzionario presso la Pubblica Amministrazione

Neutralità, imparzialità e azione amministrativa. Riflessioni su pubblica amministrazione e controllo di costituzionalità *

di Marana Avvisati

Funzionario presso la Pubblica Amministrazione

Abstract [It]: Il lavoro, muovendo da una recente decisione della Corte costituzionale (n. 13 del 2019), intende proporre alcuni spunti di riflessione intorno al complesso tema delle Autorità Amministrative Indipendenti e alla loro possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Il contributo evidenzia, quindi, le peculiarità proprie delle Autorità, vale a dire l'indipendenza genetica e l'imparzialità amministrativa, tali da contraddistinguerle rispetto alla indipendenza e alla neutralità del giudice. Attesa la mancanza di legittimazione ad adire la Corte da parte delle Autorità, il contributo indaga in merito alla possibilità di esercitare un controllo indiretto sui profili di compatibilità delle norme rispetto alla Costituzione e al diritto dell'Unione (ad esempio, tramite gli istituti della disapplicazione o del ricorso alla Corte di Giustizia). Nella parte conclusiva lo scritto propone di investire le Autorità di poteri consultivi e di segnalazione "qualificati" in seno al procedimento legislativo, sulla scorta delle recenti esperienze offerte dalla prassi adottata dall'Autorità Antitrust. Tale soluzione potrebbe consentire di recuperare il ruolo di "custodi della Costituzione" delle Autorità, senza passare per la fase patologica dell'incidente di costituzionalità, ma rivitalizzando la funzione indipendenza, *expertise* e competenza tecnica delle medesime nel dialogo vicendevole con le Istituzioni.

Abstract [En]: The work, starting from a recent judgment by the Constitutional Court (n.13 of 2019), aims to provide food for thought about the complex issue of the Independent Administrative Authorities and their opportunity to raise the constitutional legitimacy. The contribution therefore highlights the specific characteristics of the Authorities, i.e. genetic independence and administrative impartiality, such as to distinguish them from judge's independence and neutrality. Given the lack of legitimacy of the Authorities to go to the Court, the work explores the possibility of their indirect control about the compatibility of the rules with Constitution and Union law (for example, through the institutions of disapplication or the reference for a preliminary ruling to the Court of Justice). In the final part, the paper proposes to invest the Authorities of "qualified" consultative and reporting powers within the legislative procedure, on the basis of recent experiences offered by the practice adopted by the Antitrust Authority. This solution could allow to recover the role of "custodians of the Constitution" of the Authorities, without going through the pathological phase of the accident of constitutionality, but revitalizing the independence, expertise and technical competence of the same in the mutual dialogue with the Institutions

Sommario. 1. Premessa. Dal fatto alla riflessione teorica. **Parte Prima.** Amministrazioni indipendenti fra neutralità e imparzialità. 2. Il potere neutrale. Definizione di un concetto evanescente. 3. Non appartenenza delle A.I. ai poteri neutrali: le ragioni genetiche. Indipendenza del giudice e indipendenza delle Autorità. 4. Non appartenenza delle A.I. ai poteri neutrali: la natura delle funzioni. 4.1. Imparzialità e terzietà. 4.2. Regolazione e controllo: funzioni neutrali o politiche?. 5. Le A.I. e il Parlamento. **Parte Seconda.** Autorità indipendenti e controllo di costituzionalità indiretto. 6. Il filtro di costituzionalità indiretto. 7. Il potere di disapplicazione (o non applicazione) della norma interna contraria al diritto dell'Unione da parte delle A.I. 8. Rinvio pregiudiziale o rinvio alla Corte Costituzionale? 9. Conclusioni. Spunti propositivi: le A.I. quali "custodi della Costituzione".

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa. Dal fatto alla riflessione teorica

Una recente pronuncia della Corte Costituzionale ha risposto a un antico quesito¹. La *vexata questio* riguarda la possibilità di configurare le Amministrazioni Indipendenti² quali soggetti “neutrali” rispetto ai diversi interessi emersi nel procedimento finalizzato all’adozione del provvedimento. La decisione della Corte assume pertanto una portata rilevante, poiché consente di verificare se le A.I. siano dotate, al pari del giudice, dei caratteri della indipendenza, nonché della “terzietà” rispetto alla moltitudine dei valori antinomici emersi nel procedimento. La pronuncia della Corte ha altresì risolto un profilo connesso e speculare: l’inclusione di queste Amministrazioni fra i soggetti legittimati a sollevare la questione di legittimità costituzionale nell’ipotesi in cui rilevino una incompatibilità fra norme di rango primario e Costituzione.

Il Giudice delle leggi si è pronunciato a seguito della ordinanza di rimessione n. 1 del 3 maggio del 2018³, con cui l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 93-ter, comma 1-bis, l. 89 del 2013, e dell’art. 8, comma 2, della legge 287 del 1990, in riferimento agli artt. 3, 41 e 117, primo comma, Cost., lì dove tali norme consentono che l’attività dei Consigli notarili sia sottratta ai poteri di controllo e di sanzione *antitrust*⁴.

Nel caso di specie, l’Autorità ha affermato la propria posizione neutrale ed equidistante rispetto agli interessi in gioco coinvolti, e si è quindi autoproclamato giudice, ancorché ai “limitati fini” del controllo di costituzionalità della norma di riferimento⁵.

¹ Corte Cost., n. 13 del 2019, reperibile in <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=13>

² D’ora in poi indicate con l’acronimo A.I.

³ Per un commento diffuso all’ordinanza di rimessione in oggetto, F. APERIO BELLA, “*Ceci n’est pas une note de jurisprudence*”: riflessioni critiche a margine del tentativo dell’AGCM di farsi giudice a quo, in *Diritto e Società*, n. 2, 2018, pp. 281 ss.

⁴ Nel caso specifico, l’AGCM aveva avviato un procedimento a carattere istruttorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano, volto ad accertare la sussistenza di una intesa restrittiva della concorrenza. Secondo l’Autorità, difatti, il Consiglio notarile avrebbe posto in essere una condotta restrittiva della libertà di concorrenza dei professionisti attuata mediante la richiesta di ostensione dei dati sensibili ai notai del distretto di Milano, al fine di fare emergere le posizioni di preminenza economica; nonché l’adozione di iniziative disciplinari nei confronti dei notai “maggiormente produttivi ed economicamente performanti”. Secondo il Consiglio notarile, invece, l’art. 93-ter, co 1-bis, l. 89/1913 disporrebbe che le misure di cui alla l. 287/90 non trovino applicazione nei confronti delle imprese che esercitino la gestione di servizi di interesse economico generale. Alla luce di tale disposizione, il Consiglio notarile di Milano e la Corte di Appello di Milano hanno ritenuto sussistere una esenzione per l’applicazione diretta delle regole *antitrust*, in quanto il notaio sarebbe gestore di un servizio di interesse economico generale.

L’AGCM, pertanto, ha sollevato la questione di costituzionalità delle norme in oggetto con l’ordinanza di rinvio n. 1 del 3 maggio 2018, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost., in quanto verrebbe così «sacrificato il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza e, per tale via, della libertà di iniziativa economica privata senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza».

⁵ La vicenda è stata ampiamente esaminata nel numero monografico di *Federalismi*, n. 14/2018, *Interventi al Seminario sull’ordinanza n. 1/2018 con cui l’AGCM ha sollevato la sua prima questione di legittimità costituzionale dinanzi la Corte*, con i contributi di L. Cassetti, G. Di Plinio, A. Ferrara, M. Libertini, M. Ridolfi, S. Staiano; anche G. COLAVITTI, *L’AGCM solleva la questione di costituzionalità dell’art. 93 della legge notarile*, in *Notariato*, 1, 2018, p. 387; V. CAPUANO, *Limiti al controllo antitrust e attività dei Consigli notarili ovvero l’art. 106, comma 2, TFUE alla prova dei fatti*, in *Osservatorio europeo*, settembre 2018;

L'Autorità, invero, ha motivato l'ordinanza sulla base della concezione elastica di “giudice” e “processo” delineata dalla stessa Corte. Questa, come è noto, sin dalle pronunce più risalenti⁶ ha affermato come fosse possibile considerare “autorità giurisdizionale” anche organi che, pur estranei all'organizzazione della giurisdizione, risultassero investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge, in posizione *super partes* (cd. requisito soggettivo); nonché, fosse parimenti possibile conferire carattere di “giudizio” a procedimenti che, indipendentemente dalla loro natura e dalle modalità di svolgimento, si svolgessero alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale (requisito oggettivo)⁷. La Corte Costituzionale si è quindi espressa in numerose occasioni sulla questione della legittimazione a promuovere il giudizio incidentale anche da parte di organi “estranei” all'ordinamento giudiziario, ovverosia da parte di soggetti che esercitano i rispettivi poteri al di fuori del processo giurisdizionale *tout court*. Tuttavia, soprattutto nelle elaborazioni successive, ha ancorato questa possibilità⁸ a una condizione, vale a dire ai “limitati fini” del controllo di costituzionalità della norma. La Corte, in altri termini, col tempo ha precisato⁹ che la concezione elastica di giudice e giudizio è volta a evitare un danno temuto, quello della presenza di “zone franche dell'ordinamento”, lì dove,

E. CANALE, *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; M. CHIARELLI, *L'AGCM non è giudice: nota a Corte Cost. 13/2019*, in *Federalismi*, n. 14/2019; 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*, *Giur. Cost.*, n. 1, 2019, pp. 138 ss.; F. APERIO BELLA, *I riflessi dell'organizzazione sul rapporto tra le Istituzioni: l'AGCM quale giudice a quo del giudizio di legittimità costituzionale?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1, 2019, pp. 211 ss. Per un commento della decisione alla luce del compromesso costituzionale che tutela l'equilibrio concorrenziale accanto alla moltitudine di valori contrapposti v. R. MANFRELOTTO, *Lo statuto costituzionale del Garante della Concorrenza nella prospettiva dell'accesso alla Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2019, p. 473 ss.; 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; E. VERDOLINI, *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*, in *Federalismi*, n. 2, 2020, pp. 219-243.

⁶ Corte cost., sent. n. 129 del 1957, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966; n. 376 del 2001. Gli orientamenti della Corte hanno manifestato una certa oscillazione nel rilevare la necessaria compresenza di entrambi i requisiti; le decisioni più risalenti hanno affermato l'alternatività dei requisiti (soggettivo e oggettivo) al fine di ritenere sussistente la legittimazione alla proposizione della questione di legittimità costituzionale; successivamente si è ritenuta necessaria la compresenza di entrambi i requisiti (Cfr. Corte cost., sent. n. 96 del 1976; Corte cost., n. 86 del 2002; Corte cost., ord. n. 170 del 2005; Corte cost., ord. n. 437 del 2000; Corte cost., n. 335 del 1995).

⁷ L'orientamento successivo ha affinato l'impostazione, e ritenuto che per aversi giudizio l'organo preposto deve essere investito della funzione di interpretazione/applicazione di una norma in via tendenzialmente definitiva (salve normali impugnazioni), in posizione di radicale terzietà (salva anche l'imperfetta garanzia della sua indipendenza), in un procedimento fondato, in radice, sul contraddittorio (salva l'imperfetta garanzia dei diritti di azione/difesa) (in questi termini Corte Cost. n. 387/1996, punto 2.2.).

⁸ Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sul punto, R. NEVOLA, *La legittimazione ad attivare il giudizio incidentale di costituzionalità: giudice a quo e processo principale nella giurisprudenza della Corte*, *Quaderno processuale del Servizio Studi della Corte Costituzionale*, settembre 2016, reperibile in: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_299_Giudice_processo_quo.pdf.

⁹ Già dalla sentenza n. 129 del 1957 la Corte ha chiarito che il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme all'interesse preminente all'osservanza della Costituzione non possono determinare conseguenze così gravi quale l'esclusione del controllo di costituzionalità. Tali considerazioni furono riprese nelle successive sentenze n. 226 del 1976 e n. 121 del 1966.

diversamente operando, queste risulterebbero sostanzialmente sottratte al controllo di costituzionalità¹⁰. La Corte ha rafforzato tale posizione intravedendo, accanto al rischio delle “zone franche”, quello delle “zone d’ombra”. In altri termini, il primato del principio di costituzionalità secondo la Corte rende necessario l’ampliamento dei concetti di giudice o giudizio al fine di estendere il controllo di costituzionalità su norme che anche solo “più difficilmente” verrebbero, per altra via, a essa sottoposte¹¹. L’Autorità *Antitrust* ha pertanto richiamato la giurisprudenza della Corte al fine di vedersi riconosciuta la legittimazione a promuovere la questione di costituzionalità: impostazione che appare condivisibile lì dove persegue l’obiettivo della garanzia del primato Costituzione, ma che potrebbe, di converso, determinare una degenerazione. Difatti, ammettere la possibilità di un rinvio alla Corte da parte delle A.I. significa dar luogo, in via di fatto, a una deviazione dal modello di giudizio incidentale delineato dall’ordinamento. Quest’ultimo preclude al giudice tanto il potere di disapplicazione delle leggi ritenute incostituzionali, quanto la definizione del giudizio di costituzionalità, ancorché lo investa del potere di sottoporre la questione alla cognizione della Corte in presenza dei requisiti di rilevanza e di non manifesta infondatezza. Sicché, legittimare le A.I. a sollevare la questione comporta che da un sistema basato sulla valutazione *ex ante* del giudice si transiti verso un controllo sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza da parte di chi giudice non è, in ragione della incolmabile distanza che lo separa dal potere giurisdizionale. In tal guisa, una ordinanza di rimessione proveniente da un organo amministrativo deputato al perseguimento dell’interesse pubblico specifico finirebbe per assumere il carattere di un ricorso, snaturando l’essenza originaria del modello di giudizio incidentale¹².

La sentenza n. 13 del 2019 della Corte ha avallato la tesi della ontologica distanza fra A.I. e giudice e, quindi, ha ritenuto inammissibile la questione sollevata dall’AGCM con una decisione in rito che ha stabilito il difetto di legittimazione dell’Amministrazione. Sicché, la pronuncia in oggetto esclude che il giudizio incidentale atto a promuovere il controllo di costituzionalità abbia subito uno scollamento

¹⁰ Corte cost., sent. n. 12 del 1971; n. 213 del 2017. Più di recente, il rischio della emersione di zone franche dell’ordinamento, cioè sottratte al vaglio della Corte, come è noto, è emerso in tema di sindacato di costituzionalità su legge elettorale (Corte Cost., n. 1 del 2014). La Corte ha ritenuto l’ordinanza della Cassazione – nata dalla proposizione di un’azione processuale cd. di accertamento, avente ad oggetto la richiesta di privati cittadini al giudice di accertare la conformità ai principi costituzionali delle condizioni di esercizio del diritto costituzionale di voto – ammissibile, in quanto il primato del principio di costituzionalità rende ineludibile il suo sindacato sulle leggi, come quelle relative alle elezioni della Camera e del Senato, che più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte. Difatti, secondo la Corte, diversamente operando si finirebbe con il creare una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale in un ambito strettamente connesso con l’assetto democratico, lì dove si incida sul diritto fondamentale di voto; per ciò stesso, si determinerebbe un *vulnus* intollerabile per l’ordinamento costituzionale complessivamente considerato.

Per analogia di motivazioni, cfr. anche Corte cost., n. 35 del 2017, la quale precisò che natura dell’azione di accertamento del privato non richiede necessariamente la lesione in concreto del diritto, ai fini della sussistenza dell’interesse ad agire, ben potendo tale azione essere esperita anche al fine di scongiurare una futura lesione.

¹¹ Sentenze n. 89 del 2017, n. 181 del 2015 e n. 226 del 1976.

¹² Così, acutamente, M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2002, p. 70.

rispetto al modello delineato nelle leggi n. 1 del 1948 e n. 87 del 1953, e pertanto chiude alla possibilità di un rinvio alla Corte a carattere diffuso e generalizzato da parte di organi aventi natura amministrativa, ancorché “ai limitati fini” del controllo di costituzionalità.

La decisione in oggetto offre, nondimeno, lo spunto per formulare nuove riflessioni in punto di diritto. In primo luogo, la pronuncia consente di approfondire il tema della effettiva presenza o meno, in capo alle Autorità, del requisito della “indipendenza” e della “neutralità”, proprie del giudice. Si verificherà, pertanto, se in capo a queste ultime sia possibile rinvenire, al pari del giudice, le condizioni di indipendenza genetica e funzionale rispetto alle eventuali influenze esercitate da forze esogene ed endogene, nonché di “terzietà”, e quindi di indifferenza, in ordine ai diversi interessi impattati dall’esercizio delle rispettive funzioni¹³.

In secondo luogo, considerata la mancanza di legittimazione a sollevare la questione da parte delle A.I.¹⁴, occorre verificare quali siano le diverse strade percorribili dalle medesime di fronte a una norma sospetta di incostituzionalità, ma la cui applicazione si rende necessaria durante lo svolgimento delle rispettive funzioni. In altri termini, a modello legislativo invariato, occorre chiedersi se le Autorità siano “condannate” ad applicare una norma ancorché le medesime vi rinvenivano profili di incostituzionalità¹⁵. Oppure, al contrario, se le stesse dispongano di “meccanismi indiretti” per attivare il vaglio di costituzionalità una volta che la norma sia entrata in vigore (*ex post*) o, nondimeno, se posseggano gli strumenti per contribuire alla costruzione della fattispecie normativa al fine di segnalare i possibili vizi ancora prima del suo ingresso nell’ordinamento (*ex ante*).

¹³ A parere di chi scrive, le riflessioni scaturenti dalla decisione della Corte dovrebbero estendersi all’arcipelago delle Amministrazioni indipendenti presenti nell’ordinamento, alla luce delle funzioni che queste concretamente svolgono. Pena, altrimenti, l’introduzione di una diversificazione ontologica fra soggetti deputati al perseguimento di interessi diversi, ma tuttavia accomunati dalla medesima natura.

¹⁴ Il tema dell’accesso alla giustizia costituzionale da parte delle A.I. è stato affrontato per la prima volta da S. BARTOLE, *Rimedi de iure condendo e de iure condito in materia di accesso al giudizio della corte costituzionale*, in *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 novembre 1989, Milano, 1990, p. 159. Inoltre, tra i più risalenti, C. PINELLI, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale e nozione di giudice a quo*, in A. ANZON – P. CARETTI – S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, p. 624; G. AMATO, *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, Temi e problemi dell’Antitrust*, Roma, 1996; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”. Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, 2012; M. AINIS, *The Italian Competition Authority’s maientic role*, in *Rivista italiana di Antitrust*, n. 2, 2016, p. 150; G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, p. 105. Per una posizione critica, F. SALMONI, *Antitrust come «giudice a quo»: riflessioni critiche*, in P. CIARLO – G. PITRUZZELLA – R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, p. 382.

La problematica è stata affrontata anche nel corso dell’*Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti* deliberata dalla Camera dei Deputati nella XVI legislatura, doc. conclusivo, p. 7, reperibile in https://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/017/017/INTERO.pdf.

¹⁵ Sul punto già A. PATRONI GRIFFI, *Le autorità amministrative indipendenti dinanzi alla legge incostituzionale: quali rimedi?*, in *ASTRID Rassegna*, n. 16, 2012.

Si verificherà, infine, se tali auspicate aperture consegnino in ultima istanza un compito inedito alle le A.I., giustificato dalla peculiare posizione che l'ordinamento loro riserva: essere “custodi” del valore sensibile di rilievo costituzionale affidato dal decisore politico.

PARTE PRIMA

AMMINISTRAZIONI INDIPENDENTI FRA NEUTRALITÀ E IMPARZIALITÀ

2. Il potere neutrale. Definizione di un concetto evanescente

La neutralità rappresenta un potenziale attributo di una determinata funzione, cioè è uno dei caratteri che potrebbe assumere il potere una volta che si tramuta in atto¹⁶. Il tema fu indagato da autorevole dottrina, che definì la neutralità quale segno distintivo dell'attività giurisdizionale, cioè caratteristica peculiare di una attività che si svolge in posizione di estraneità e indifferenza rispetto alla materia e agli interessi dei soggetti nei cui confronti opera. Da tale premessa ne derivò, quale logico corollario, l'intrinseca distanza del potere neutrale rispetto al potere normativo condotto ai più alti livelli: vale a dire rispetto all'atto politico, inteso quale risultato delle libere scelte in cui si concreta il potere di indirizzo degli organi che sono espressione delle forze politiche dominanti¹⁷. Perciò, il potere neutrale è ontologicamente distante e contrapposto sia all'atto politico libero nel fine¹⁸, sia all'atto amministrativo-discrezionale che è invece vincolato nel fine, ovverosia volto alla ponderazione dell'interesse pubblico primario affidato con quelli secondari eventualmente antagonisti¹⁹.

¹⁶ Sempre attuale F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1117 ss., il quale insegnò che la funzione è l'arco logico che separa l'esercizio del potere dall'emanazione dell'atto.

¹⁷ A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 200 ss. L' A., come è noto, da tali premesse ne fece discendere l'attribuzione del carattere di neutralità, oltre al potere giurisdizionale, rispettivamente a: il Presidente della repubblica nell'esercizio del potere di rinvio e nello scioglimento delle Camere, in quanto funzioni esercitate al di sopra degli interessi delle forze politiche in competizione; il caso della Pubblica Amministrazione in funzione decisoria che non si identifichi con alcuna delle parti contrapposte né si trovi in posizione gerarchicamente superiore ad esse; l'attività consultiva del Consiglio di Stato e di riscontro della Corte dei Conti; le attività del Pubblico Ministero e della giurisdizione volontaria. Mentre identificò il *proprium* della funzione giurisdizionale nel valore formale delle sentenze attraverso le quali si esplica la funzione medesima. Esse fanno stato tra le parti, ma non possono essere modificate se non attraverso altre pronunce giurisdizionali, poiché nessun altro potere dello stato può interferire con l'attività dei giudici.

Si esprimeva nel senso della neutralità quale estraneità e indifferenza rispetto agli interessi in gioco G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993, p. 267. Nel senso di neutralità quale indifferenza rispetto allo scopo della propria azione, L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, pp. 501 ss.

¹⁸ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, *passim*, ancorché l'A. circoscriva la libertà insita nell'atto politico nei limiti esterni definiti dai valori sanciti in Costituzione.

¹⁹ V. le autorevoli le riflessioni di M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, *passim*. Per la distanza concettuale tra potere neutrale e potere discrezionale cfr. L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, *passim*. Per una recente riflessione fra i rapporti fra potere neutrale e amministrazione, cfr. M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017.

La giurisprudenza è chiara nel sancire che le funzioni pubbliche neutrali sono dunque espletate in posizione di indipendenza e terzietà e, pertanto, alle medesime non si applica la disciplina del provvedimento amministrativo. Si tratta di attività svolte non nell'esplicazione di un potere volto a perseguire scopi particolari di pubblico interesse ma, al contrario, nella prospettiva della tutela dell'ordinamento generale dello Stato e della realizzazione di esso²⁰.

Non è un caso che, tradizionalmente, tra i poteri neutrali veniva fatto rinvenire il Presidente della Repubblica, lì dove questi assume un ruolo di garanzia²¹, cioè tutela lo svolgersi della contesa politica secondo le procedure e in vista del raggiungimento delle finalità stabilite in Costituzione, ma senza favorire alcuna delle pari politiche in gioco. Pertanto, il Presidente della Repubblica è stato considerato un potere neutrale nella misura in cui questi esprime un distacco dalle diverse forze politiche in competizione allorquando formula i propri indirizzi al governo del Paese per garantire l'unità e l'ordinato svolgimento dell'ordine costituzionale²².

Altra parte della dottrina, in posizione più netta, rinvenne una corrispondenza fra la funzione neutrale e quella politica. Secondo questa impostazione i poteri neutrali assumono vere e proprie decisioni politiche, soprattutto lì dove, nel cd. Stato di eccezione, nessun altro potere è in grado di prenderle in carico: in tal caso il potere neutrale assume la qualità di custode della Costituzione²³. Il binomio neutralità-politicità è

²⁰ Con specifico riferimento alle determinazioni dell'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione, cfr. l'interessante pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2015, n. 5369, del 1 Dicembre, 2015, la quale afferma che «(...) Va, infatti, riconosciuta, all'interno del nostro sistema ordinamentale, l'esistenza di un corpo di funzioni pubbliche neutrali, ossia di carattere intermedio tra l'amministrazione e la giurisdizione, espletate in posizione di terzietà e di indipendenza, alle quali non si applica la disciplina del provvedimento amministrativo (...)». La conseguenza di tale impostazione è il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della impugnazione degli atti adottati dall'Ufficio Centrale non vertendosi in tema di atti neppure oggettivamente amministrativi e specificandosi, altresì, il carattere "assoluto" di tale difetto di giurisdizione, trattandosi di atti che partecipano fondamentalmente della funzione legislativa, condividendone, pertanto, la natura.

²¹ V. C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Roma, 1980, e *ivi* per le ricostruzioni riferite al Capo dello Stato. L'A., come è noto, sviluppò le intuizioni riferite al potere regio di B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, e a cura di J.-P. Pages, Paris, 1836, Tomo II, 12 e 26, il quale rinvenne, quali attributi della neutralità, il potere di intermediazione e di risoluzione del conflitto in posizione di indipendenza e terzietà rispetto agli interessi in gioco. Nella dottrina italiana, S. GALEOTTI, *Il presidente della Repubblica*, Milano, 1951; G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 902 ss. A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO - A. BARBERA, *Manuale di Diritto Pubblico*, (a cura di), Bologna, 1991, pp. 471 ss. A. BALDASSARRE - G. SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica nella evoluzione della forma di governo*, Atti convegno, 26 novembre 2010, Roma, 2011.

²² A.M. SANDULLI, op. ult. cit., p. 202-203. V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente*, Bologna, 2013, p. 14, i quali, in coerenza con l'impostazione della dottrina prevalente e con l'orientamento della Corte cost., sent. n. 1 del 2013, evidenziano come il potere neutrale esercitato dal Presidente della Repubblica è tale non perché a-politico, ma in quanto non esprime alcun indirizzo politico, rappresentando l'unità nazionale al di sopra delle forze politiche e sociali, al fine di indurre gli altri poteri a esercitare correttamente le proprie funzioni. Gli A. non mancano tuttavia di evidenziare, soprattutto nella parte conclusiva del lavoro, il ruolo di "presidenza rafforzata" assunto da ultimo dal capo dello Stato in un contesto politico di debolezza del sistema partitico e da profonde divisioni delle forze politiche.

²³ Sviluppa tale pensiero G. SERGES, *Il "potere neutro" del giudice delle leggi e la sua inevitabile "responsabilizzazione" politico istituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, (anno?) p. 355, il quale rinviene tra Capo dello Stato e Corte Costituzionale un "gioco di squadra" teso a riportare il sistema a una dimensione fisiologica. O. CHESSA, *Il presidente*

stato successivamente sviluppato da una autorevole corrente di pensiero proprio riguardo alle A.I. Alcuni hanno ritenuto che queste esercitassero funzioni spiccatamente neutrali²⁴, poiché il decisore politico avrebbe riservato loro uno spazio per l'esercizio di valutazioni squisitamente tecniche, in nome delle quali le medesime non sarebbero chiamate a esprimere alcun giudizio di valore ma, piuttosto, valutazioni asettiche²⁵. In netta contrapposizione, pertanto, a quanto invece ritenne il pensiero successivo²⁶ che, partendo proprio dalle riflessioni dello Schmitt, ritenne che l'abdicazione dello Stato in favore dell'intervento delle A.I. implicasse un mero passaggio dalla sede partitica alla sede tecnico-amministrativa per l'assunzione di decisioni a contenuto politico²⁷.

della *Repubblica parlamentare*, Napoli, 2010, pp. 145 ss. Sul potere persuasivo “forte” del Presidente cfr. V. LIPPOLIS – G. SALERNO, *La presidenza più lunga*, Bologna, 2016, pp. 255 ss. Il pensiero era stato a suo tempo anticipato anche da C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, in D. NOCILLA (a cura di), Milano, 1992, p. 45. Sulla evoluzione della figura del Capo dello Stato in Italia, in particolare sul ruolo notarile da questi assunto durante il procedimento di formazione del governo a seguito delle riforme delle leggi elettorali cfr. M. VILLONE, *Il tempo della Costituzione*, Roma, 2014, *passim*.

²⁴ V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro Amministrativo*, II, 1997, p. 368, attribuisce alle Autorità indipendenti “il carattere della neutralità, nel senso di indifferenza ed estraneità rispetto agli interessi, pubblici o privati, sui quali quella funzione va a incidere” e rinviene nel loro modo di operare “un avvicinamento ai modelli tipici dell'esercizio della funzione giurisdizionale che avviene sempre ed inevitabilmente attraverso un processo”.

²⁵ Per esempio, A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, p. 40. G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, cit., p. 267; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Trim. Diritto Pubblico*, 1988, p. 575; G. MORBIDELLI, *Autorità Indipendenti*, in *Enciclopedia Treccani*, VII Appendice, 2006, p. 3. F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 15, il quale sottolinea il carattere neutrale delle A.I., che si estrinseca nel compito di valutazione e controllo – indifferente ed estraneo a vicende legate ad un qualche interesse ad esse affidato come proprio – dell'osservanza da parte degli operatori pubblici e privati della disciplina di regolazione di determinati settori di speciale rilievo, compito che rappresenta l'esercizio di un *munus* assimilabile o quanto meno avvicinabile a quello proprio del ruolo del giudice. Si tratta di soddisfare una esigenza di regolazione dei settori sensibili della vita sociale ed economica della comunità non secondo criteri di ispirazione politica prevalenti dell'esecutivo, ma secondo canoni che, oltre ad essere improntati a criteri di tecnicismo e specializzazione, siano aderenti a principi di garanzia e neutralità. In tema anche CdS, parere Commissione speciale, n. 872 del 10 febbraio 2011.

²⁶ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, *passim*. Per il successivo contributo G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, p. 2. Sul pensiero dell'A. cfr. diffusamente *infra*, par. 4.2.

Contra, più di recente, un orientamento verso una lettura sostanziale dell'attributo della neutralità in capo alle A.I., G. P. CIRILLO - R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, p. 27, secondo i quali le ragioni che giustificano la creazione di questi organismi «(...) risiedono nell'attribuzione di funzioni neutrali, regolatorie di tutti gli interessi in gioco, siano essi pubblici o privati, senza alcun condizionamento politico, senza alcuna prevalenza dell'interesse pubblico nella classica comparazione degli interessi propria dell'esercizio della discrezionalità amministrativa».

²⁷ La letteratura che si è occupata della peculiare natura delle A.I. e delle funzioni da queste esercitate è vastissima. Verranno quindi indicati in questa nota i principali riferimenti bibliografici di carattere generale, rinviando alle note successive per la dottrina che si è occupata dei profili specifici. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995; S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e autorità di garanzia*, Pisa, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2009; A. LABRIOLA, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo “quasi” giallo*, Bologna, 2000; F. MERUSI-M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, 2002, Agg., VI, 143; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. P. CIRILLO - R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, cit.; A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze,

Questa breve ricognizione su come e quanto il concetto di neutralità sia stato diversamente interpretato nel suo significato sostanziale rivela la sua difficoltà di inquadramento, soprattutto lì dove inteso nell'accezione pura di "indifferenza" rispetto ai diversi interessi valutare. Ne sia riprova il fatto che, secondo alcuni, la stessa funzione giurisdizionale, per definizione neutrale, implicherebbe un giudizio di valore e, in ultima istanza, una scelta orientata a un fine²⁸. In tal modo il giudice stesso appare detentore di una attività interpretativa che cela una inevitabile "dimensione creativa"²⁹, in quanto destinata a compiere una scelta fra le tante possibili: è così che la neutralità del giudice potrebbe persino essere messa in discussione, rappresentando, non un attributo, bensì una chimera.

3. Non appartenenza delle A.I. ai poteri neutrali: le ragioni genetiche. Indipendenza del giudice e indipendenza delle Autorità.

Volendo aderire alla tesi tradizionale che riconosce quanto meno al potere giurisdizionale un carattere spiccatamente neutrale, occorre allora verificare se le condizioni che sostanziano l'organo giudicante³⁰ – vale a dire indipendenza e terzietà – siano rinvenibili anche in capo alle A.I. e, conseguentemente, se

1997; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, 1996; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998; M. D'ALBERTI - A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. I, Milano, 2006, p. 588; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007.

Tra i più recenti, si vedano i contributi di M. MANETTI, L. CARBONE, G. MARCOU, A. PATRONI GRIFFI in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, fasc. 1-2, 2015; F. DI CIOMMO – O. TROIANO, *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Torino, 2018.

Per quanto riguarda, nello specifico, il settore dei servizi di pubblica utilità L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, pp. 86 ss., e *ivi* per le implicazioni in tema di P.A. e funzione di regolazione. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; E. BRUTI LIBERATI - F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010.

M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, pp. 34 ss., secondo il quale l'organo di garanzia (es. il giudice, la Corte Costituzionale, il Presidente della Repubblica), dopo la fase in cui neutralizza gli altrui poteri compensa l'impotenza di poteri ormai neutralizzati, e quindi occupa uno spazio vuoto di potere. Il soggetto che neutralizza gli altrui poteri diventa perciò stesso soggetto politico, perché è chiamato a compiere valutazioni di mediazioni e sintesi.

²⁸ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. ital., Bologna, 1982, pp. 102 ss.

²⁹ Per questi rilievi sia consentito il rinvio a M. AVVISATI, *Ragionevolezza e leggi di interpretazione autentica*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, e *ivi* per la dottrina citata. p. 64. Secondo l'A. l'interpretazione del giudice non assolve mai a una funzione meramente ricognitiva dell'altrui pensiero, ciò in quanto l'interpretazione della disposizione spesso conduce a risultati diversi, tali da realizzare ineludibili situazioni di 'creatività' di volta in volta rimesse all'interprete chiamato a individuare la regola del caso concreto. Sicché, nel determinare il significato normativo sotteso alla singola disposizione, il giudice abbandona la ricerca del significato oggettivo per trarne uno che sarà inevitabilmente relativo.

³⁰ In dottrina, per la tesi che sostiene la presenza dell'attributo della neutralità in capo all'Autorità Antitrust, G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento*, Padova, 1999, p. 13 ss.; lo stesso autore, allora Presidente Antitrust, sostenne la tesi nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 1995, Roma, 30 aprile 2016, rimarcando che l'AGCM «(...) non svolge funzioni di amministrazione attiva, perseguendo interessi pubblici particolari, ma è investita di funzioni di controllo per l'obiettiva applicazione della legge, che esercita in posizione di indipendenza e neutralità a tutela dell'ordinamento».

queste ultime possano essere assimilate ai “giudici”, almeno ai “limitati fini” della promozione del giudizio in via incidentale.

Si consideri in primo luogo l’attributo della indipendenza. L’ordinanza di rimessione sottolinea il carattere indipendente che caratterizzerebbe l’Autorità *Antitrust*, in ragione delle modalità di nomina della medesima. Ciò, *prima facie*, accomunerebbe le A.I. con l’indipendenza propria del potere giudiziario, di cui agli artt. 100 e 104 Cost.

In una accezione generale, invero, il concetto di indipendenza del giudice e quello di indipendenza delle A.I. convergono: indipendenza sta, infatti, per assenza di influenza da parte di forze esogene o endogene. Un organo può dirsi indipendente allorquando non risulti sottoposto, anche solo in via di fatto, ad altri soggetti od organi in grado di condizionarne l’operato.

Tuttavia, la medesima categoria concettuale, lì dove riferita ai due diversi organi, assume peculiarità specifiche. In altri termini, indipendenza del giudice e indipendenza delle A.I. divergono su aspetti dirimenti, quali: le motivazioni che ne giustificano il mandato; in ordine al soggetto nei confronti del quale vantano lo *status* di indipendenza; riguardo alla modalità di accesso (rispettivamente, procedura concorsuale per l’accesso ordinario alla magistratura; atto di nomina per l’individuazione dell’organo collegiale che presiede le A.I.); rispetto al sindacato del giudice sull’atto di investitura e di revoca.

Si verificheranno ora gli assunti.

In primo luogo, l’interesse pubblico che il giudice persegue si realizza tramite lo svolgimento stesso della funzione: il giudice ha quale specifico mandato l’applicazione della legge al caso concreto sottoposto alla sua attenzione. Pertanto, il giudice non preordina le sue attività al conseguimento di nessun fine diverso da quello consistente nella interpretazione e applicazione della norma al caso in esame.

Inoltre, e qui si addivene al secondo punto, il giudice non riceve condizionamenti nell’esercizio delle sue funzioni: che si tratti di influenze dell’Esecutivo o del Legislativo o, a maggior ragione, di indebite pressioni interne, come quelle provenienti dalle parti processuali. L’indipendenza del giudice è quindi verso l’esterno, ma anche verso l’interno, unico è il suo *dominus*: la legge. A questa legalità obiettiva è tenuto a fare riferimento in via esclusiva³¹.

A conclusioni diverse si giunge allorquando si analizzi il concetto di indipendenza delle Autorità³². A tal proposito, è stato messo in evidenza che l’istituzione delle A.I. fu giustificata dalle esigenze di tutelare in

³¹ Per completezza espositiva, come è noto, l’indipendenza della funzione giurisdizionale è garantita dai fondamentali principi: della sottomissione del giudice alla legge, dell’accesso per pubblico concorso, dell’immobilità, delle regole sottese alla carriera, i trasferimenti, le promozioni e la formazione; del sistema disciplinare; dell’esistenza di un organo di autogoverno dotato di adeguati poteri di regolamentazione e protezione; della riserva di legge per la disciplina dell’ordinamento giudiziario; del giudice naturale e infine del divieto di nuovi giudici speciali.

³² In tema, F. GRASSINI, *Introduzione: i perché dell’indipendenza*, in ID. (a cura di), *L’indipendenza delle Autorità*, Bologna 2001, pp. 5 e ss.

via qualificata “interessi sensibili”: interessi, cioè, la cui rilevanza è tale da non tollerare limitazioni dettate dai mutevoli equilibri delle maggioranze di turno³³. In altri termini, le A.I. rappresentano una amministrazione-parte³⁴. Il presidio loro affidato – cura di interessi di rilievo costituzionale – è tale da costituire un nucleo non scalfibile dai *diktat* dei vertici di maggioranza. Ne consegue allora che, rispetto al potere giudiziario volto a perseguire l'unico fine della obiettiva applicazione della legge, le A.I. manifestano una peculiarità del tutto diversa, e consistente nel perseguimento dell'interesse pubblico specifico che la stessa legge affida loro: equilibrio del mercato, pluralismo, *privacy*, difese del risparmio. Pertanto, il carattere della indipendenza delle Autorità e indipendenza dei giudici diverge, in primo luogo, quanto agli obiettivi perseguiti³⁵.

L'indipendenza delle A.I. si differenzia da quella riconosciuta al giudice in ragione altresì dei soggetti rispetto ai quali vantano tale indipendenza. Nelle intenzioni del legislatore le A.I. rappresentano soggetti impermeabili sia alle scelte dell'indirizzo politico di maggioranza che agli interessi delle parti coinvolte nei procedimenti amministrativi³⁶. È stato altresì sottolineato come il regolatore, tenuto a essere indipendente rispetto ai soggetti regolati, dovrà quindi essere tale anche rispetto al governo³⁷, possibile detentore di partecipazioni azionarie, il quale non può assumere la veste di regolatore e regolato al tempo stesso. A

³³ G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, cit., p. 11, che sottolinea come durante il bilanciamento fra valori affidati in capo alle A.I. sussiste un limite negativo, che si «(...) risolve nel vietare...di allineare l'assetto degli *équilibres souhaitables* alle direttive di maggioranza».

Limpidamente, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI - A. PAJNO, *Arbitri dei mercati*, cit., p. 76 sottolinea che: «L'indipendenza delle A.I. sta a indicare sottrazione delle organizzazioni stesse, al potere di indirizzo e controllo, che al Governo spetta sulla pubblica amministrazione nel suo complesso, nelle sue singole articolazioni organizzative, anche se soggettivate (enti pubblici) e nelle sue singole manifestazioni. Ciò da cui consegue che il Governo non possa rispondere davanti al Parlamento dell'operato di queste amministrazioni, del loro funzionamento (se non per alcuni limitati aspetti), dei risultati della loro azione».

³⁴ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pp. 15 ss., costruisce l'amministrazione «(...) come parte che agisce per fini determinati». Per un inquadramento generale cfr., sul punto, F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, p. 359.

³⁵ Chiarisce S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte Costituzionale*, Relazione al seminario del 21 giugno 2018 sull'ordinanza di rimessione dell'Antitrust, n. 1 del 2018, reperibile in *Federalismi*, n. 14, 2018, p. 4 «Dunque, l'indipendenza, la particolare posizione di garanzia dell'AGCoM, si proiettano nel procedimento che davanti a questa si svolge, nel quale sono restituiti i rapporti sostanziali affidati alla funzione arbitrale della stessa AGCoM. Tale procedimento rimane procedimento amministrativo; in esso l'autorità resta indipendente, allo stesso modo in cui lo è nei rapporti sostanziali in cui svolge le sue funzioni, non diviene terza allo stesso modo in cui lo è un giudice».

³⁶ P. SCHLESINGER, *Natura e limiti delle responsabilità delle Autorità*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997. «Il tratto unificante della categoria, pertanto, parrebbe da ravvisare in quella nota della “indipendenza” che, per l'appunto viene utilizzata per caratterizzare l'intero gruppo di queste figure; indipendenza, parrebbe, soprattutto dall'esecutivo (ma non solo da questo), ad accentuare l'aspirazione ad una gestione dei relativi poteri che si sottragga alle influenze di schieramenti “politici”, sottolineando quindi, per contrapposizione, il profilo “tecnico” che ad esse viene in primis accreditato».

³⁷ S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, 2018: secondo cui l'indipendenza «europea» delle amministrazioni nazionali si traduce, quindi, in sottrazione di ciascuna di esse rispetto all'indirizzo politico dei rispettivi governi (p. 960).

ciò si aggiunga che il perseguimento dell'interesse nazionale da parte delle A.I. potrebbe rappresentare causa di parzialità agli occhi degli operatori che risiedono in altre nazioni³⁸.

Continuando il parallelismo con il potere giudiziario, si osserva che la condizione di indipendenza delle A.I. non è subordinata al canale concorsuale³⁹, ma si avvale del meccanismo della nomina, sia esso a prevalenza parlamentare o a prevalenza governativa. Ne consegue che il sistema di nomina di tutte le A.I. è – o dovrebbe essere – teleologicamente orientato a tal fine, cioè preordinato alla istituzione di organismi “indipendenti”, nel significato di “impermeabilità” alle influenze esterne durante l'esercizio delle proprie funzioni.

Il peculiare carattere di indipendenza che l'ordinamento riconosce alle A.I. si rivela non solo rispetto alla modalità di investitura, ma anche sul relativo sindacato giurisdizionale.

Il sindacato del giudice sugli atti di nomina (e di revoca) delle A.I. è rimasto più che altro sconosciuto alla prassi, ancorché l'ordinamento già disponga degli strumenti per garantire un siffatto controllo.

In proposito, la dottrina prevalente propende per qualificare la nomina delle A.I. un atto di “alta amministrazione”⁴⁰, quindi sottoposto al sindacato del giudice. Pertanto, la nomina delle A.I. non potrà configurarsi come atto politico che, come tale, sfugge al *judicial review*. L'atto politico è infatti compiuto da un organo di vertice preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello, per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili⁴¹.

³⁸ S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, cit., pag. 947. Ma già in questi termini M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI - A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, cit., pp. 14 ss. sottolineava come la garanzia di indipendenza si giustificava perché gli organismi sopranazionali, favorendo regolazioni indipendenti, contrastano i tentativi dei Governi, e quindi delle politiche nazionali, di resistere all'instaurazione di un quadro unico, di un mercato interno».

³⁹ Esula dall'economia di questo discorso il profilo relativo alle garanzie di indipendenza dei giudici “nominati”: per questi profili, e per la bibliografia riportata, da ultimo, v. G. URBANO, *Riflessioni sulla indipendenza del magistrato contabile*, in *Federalismi*, n. 21, 2019, pp. 1 ss.

⁴⁰ In dottrina, l'attività di alta amministrazione si sostanzia nella funzione di raccordo fra funzione politica e funzione amministrativa, e si manifesta in atti di indirizzo, controllo e coordinamento della prima sulla seconda; come tali, essi sono vincolati dal fine predeterminato dalla legge, e caratterizzati da alto tasso di discrezionalità; nondimeno, essi sono sottoposti al regime proprio degli atti amministrativi, e come tali sindacabili. C. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, pp. 1 ss.; F. CUOCOLO, voce *Alta amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pp. 1 ss.; G. CREPALDI, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Foro amm. Cons. Stato*, n. 12, 2003, pp. 3688 ss.; C. TUBERTINI, *Atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Dir. dir. Pubbl.*, vol. I, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, pp. 516 ss. M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di Governo multilivello*, Napoli, 2009, *passim*; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2009, pp. 101 ss. L. FASCIO, *L'attività di alta amministrazione nelle Regioni italiane*, Torino, 2014, pp. 1 ss.

Secondo la giurisprudenza prevalente questi atti svolgono un'opera di raccordo fra la funzione di governo e la funzione amministrativa e rappresentano il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico nel campo amministrativo; essi sono pacificamente ritenuti soggetti al regime giuridico dei provvedimenti amministrativi che vede l'applicazione, in primo luogo, degli artt. 24, 97 e 113 della Costituzione (TAR Lazio, sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223).

⁴¹ Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; Tar Puglia-Lecce, sez. I, 5 gennaio 2008, n. 12; Corte cost., 5 aprile 2012, n. 81; Cass. civ. Sez. Un., 28 giugno 2013, n. 16305; Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083; Cons. Stato, sez.

La non acquisizione dell'atto di nomina rispetto alla categoria dell'atto politico si giustifica, quindi, in ragione della necessaria presenza di due elementi da rinvenirsi in quest'ultimo⁴²: l'uno oggettivo, consistente nell'esercizio di un potere libero nel fine; l'altro soggettivo, rintracciabile nella sua provenienza da un organo costituzionale o di governo⁴³. Ne consegue che il primo requisito non appare rinvenibile nella nomina delle A.I. Infatti, la nomina non può essere considerata atto libero nel fine nella misura in cui essa è teleologicamente orientata all'individuazione di un soggetto che, dotato di alta competenza, esperienza e indipendenza di giudizio, sia più di ogni altro in grado di esperire al meglio il mandato nell'interesse della collettività. In altri termini, l'atto di nomina, ancorché provenga da organi di rilievo costituzionale, è diretto a uno scopo che appare ben definito e circostanziato *ex lege*.

Questa ricostruzione trova il conforto della giurisprudenza, secondo la quale gli atti di nomina degli organi apicali della pubblica amministrazione – nel caso specifico, la nomina di un componente di un'agenzia indipendente preposta alla tutela degli interessi dei cittadini-utenti⁴⁴ – sono orientati a selezionare il soggetto più adatto a ricoprire una certa carica poiché possiede i requisiti di legge necessari a garantire il miglior perseguimento degli obiettivi programmatici.

L'esigenza descritta giustificerebbe allora l'introduzione *ex lege* di un sistema di nomina il quale stabilisca da un lato i requisiti minimi e imprescindibili del nominato e, dall'altro, delinei un meccanismo

V, 27 luglio 2011, n. 4502; Cons. St., Sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2588:«(...) per la qualificazione di un atto come politico occorrono due elementi: occorre, da un lato, che si tratti di atto o provvedimento emanato dal Governo, e cioè dall'Autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica; dall'altro, che si tratti di atto o provvedimento emanato nell'esercizio del potere politico, anziché nell'esercizio di attività meramente amministrativa». Sul tema, fra i tanti, si vedano, almeno, P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 220 ss.; O. RANELLETTI - A. AMORTH, *Atti politici (o di governo)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, pp. 1511 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., spec. pp. 188 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti di «alta amministrazione»*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, pp. 101 ss.; C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 516 ss. G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi provvedimento*, in *Federalismi*, n. 22, 2017 e *ivi*, nota 15 per la giurisprudenza citata in tema di atti politici. L'A. sottolinea come la tradizionale categoria dell'atto politico, quale atto insindacabile *tout court*, debba essere rimeditata, al precipuo fine di assicurare un bagaglio di tutele soddisfacente ed effettivo alle situazioni soggettive direttamente lese da atti del pubblico potere.

⁴² Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; anche Corte Cost., n. 81 del 2012. R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 ottobre 2012; P. BILANCIA, *Ancora sull'«atto politico» e sulla pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, 4, 2012 p. 4, ritiene ormai non più autonomamente sostenibile la tradizionale categoria dell'«atto politico» di per sé solo insindacabile, almeno in quelle ipotesi in cui – con una tendenza casistica sempre più espansiva – l'ordinamento abbia posto parametri normativi a circoscriverne l'ambito di esplicazione.

⁴³ E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, cit., p. 12. Per il concetto di politico come luogo di contrapposizione fra interessi diversi, v. C. SCHMITT, *Il concetto di «politico»*, in *Le categorie del «politico»*, tr. it., Bologna, 1972, pp. 87 ss. 15.

⁴⁴ Tar Lazio – Roma, sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223. Secondo il collegio hanno natura politica solo gli atti riferibili a organi costituzionali dello Stato, collegati immediatamente e direttamente alla Costituzione e alle leggi costituzionali, nei quali si estrinsecano l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si esprime nel rispetto degli interessi del regime politico canonizzati nella Costituzione. In tal senso, questa tipologia di provvedimenti non costituisce attuazione dell'ordinamento, ma è espressione di una funzione diversa, libera nei fini e, dunque, sottratta al sindacato del giudice amministrativo.

procedimentale, comune alle varie A.I., volto a delineare le diverse fasi della nomina⁴⁵. Tale soluzione risponderebbe alla doppia esigenza di assicurare la trasparenza procedimentale e, al tempo stesso, l'effettività del successivo sindacato giurisdizionale.

Questa impostazione è fatta propria da una recente fonte sovranazionale: la *Direttiva che istituisce il nuovo Codice Europeo delle Comunicazioni elettroniche*⁴⁶. Il suo art. 7 prevede che i membri delle Autorità nazionali di regolamentazione vengano scelti tra persone di riconosciuta levatura ed esperienza professionale, sulla base del merito, delle competenze, delle conoscenze e dell'esperienza e a seguito di una procedura di selezione aperta e trasparente. Il comma 2 dello stesso articolo introduce altresì la possibilità per i membri delle A.I. di essere revocati nel corso del mandato nell'ipotesi in cui non rispettano più le condizioni prescritte per l'esercizio delle loro funzioni fissate nell'ordinamento nazionale prima della loro nomina. Il comma 3 stabilisce espressamente che l'atto di revoca sia motivato, e che detta decisione sia soggetta a sindacato giurisdizionale sugli elementi di fatto e di diritto⁴⁷.

Sul punto, inoltre, anche l'art. 54 del *Regolamento generale sulla protezione dei dati* (GDPR)⁴⁸ stabilisce che ogni Stato membro disponga con legge le qualifiche e le condizioni di idoneità richieste per essere nominato membro di una autorità di controllo, oltre le norme e le procedure per la nomina.

Disposizioni di contenuto analogo sono rinvenibili nella *Direttiva che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*, proprio con specifico riferimento alle Autorità nazionali *Antitrust*, lì dove viene sottolineato che il carattere della indipendenza non dovrebbe ostare all'esercizio del sindacato giurisdizionale né alla vigilanza parlamentare⁴⁹.

⁴⁵ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 104, rileva che, oltre al sistema di nomina, l'ordinamento ha predisposto una serie di accorgimenti tecnici tali da sottrarre il nominato da "influenze esterne": ad esempio, la durata limitata della carica, il regime delle incompatibilità, i requisiti di *expertise*.

⁴⁶ DIRETTIVA (UE) 2018/1972 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO dell'11 dicembre 2018 che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche, reperibile in: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972&from=EN>

⁴⁷ Anche l'atto di revoca dovrebbe dunque rispettare precisi limiti procedimentali, in termini di trasparenza, obbligo motivazionale, e soggetto deputato a effettuare la revoca. Difatti, la mera attribuzione di un potere di revoca in capo al nominante potrebbe rendere il nominato troppo prono agli indirizzi e suggestioni del primo, il che giocherebbe contro l'indipendenza e la neutralità di quest'ultimo.

⁴⁸ REGOLAMENTO GENERALE SULLA PROTEZIONE DEI DATI, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, vers. Aggiornata, reperibile in: <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale++dell%27Unione+europea+127+del+23+maggio+2018>.

⁴⁹ DIRETTIVA (UE) 2019/1 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO dell'11 dicembre 2018 *che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*, reperibile in: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=EN>, il cui Considerando 17 stabilisce testualmente che «(...) 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

Il legislatore europeo ha quindi conformato *ex ante* i requisiti soggettivi dei nominati, nonché stabilito l'obbligo di far procedere la nomina da un procedimento trasparente e sindacabile. Ne consegue che i provvedimenti di nomina dei componenti delle A.I. dovrebbero essere caratterizzati da motivazione idonea a illustrare, a pena di illegittimità, il possesso di titoli specifici e la valutazione complessiva che determinano la nomina del prescelto. Di conseguenza, l'eventuale illegittimità dell'atto di nomina si tradurrebbe in un vizio di costituzione dell'organo, che a sua volta si riflette sulla validità degli atti.

Sicché, può ritenersi pacifico che l'ordinamento interno disponga dell'avallo del legislatore europeo nel prevedere *ex lege* un controllo sulla presenza dei requisiti di *expertise* che caratterizzano i membri dell'organo collegiale e sulle modalità che hanno preceduto l'atto di nomina. Tale controllo è esperibile sia verso il modello di nomina a carattere tendenzialmente parlamentare⁵⁰, sia verso modelli di nomina a carattere tendenzialmente governativo: quale atto di alta amministrazione, l'atto di nomina è sempre passibile di essere sottoposto al sindacato del giudice. Un'ampia e ragionata motivazione a corredo dell'atto potrebbe consentire al giudice di condurre il controllo di legittimità sulla nomina, il che chiude il cerchio: una investitura trasparente e motivata⁵¹, come tale soggetta al sindacato del giudice, contribuisce in ultima istanza a rafforzare la garanzia di indipendenza del nominato.

In conclusione, indipendenza dei giudici e indipendenza delle A.I. sono accomunate nell'obiettivo di garantire l'assenza di pressioni e interferenze indebite nell'esercizio delle rispettive funzioni. Divergono

sottoposte. A tal fine, è opportuno stabilire preventivamente nel diritto nazionale i motivi riguardanti la rimozione dall'autorità amministrativa nazionale garante della concorrenza di quelle persone che adottano decisioni esercitando i poteri di cui agli articoli 10, 11, 12, 13 e 16 della presente direttiva, in modo da dissipare ogni ragionevole dubbio circa la loro imparzialità e la loro impermeabilità ai fattori esterni. Analogamente, dovrebbero essere fissate preventivamente nel diritto nazionale norme e procedure chiare e trasparenti per la selezione, l'assunzione o la nomina di tali persone». Anche l'art. 4, co. 4, della Direttiva medesima stabilisce che «Gli Stati membri provvedono affinché i membri dell'organo decisionale delle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza siano selezionati, assunti o nominati in base a procedure chiare e trasparenti, stabilite in anticipo nel diritto nazionale».

⁵⁰ In questo caso la dottrina propende per la natura mista dell'atto di nomina, cioè atto formalmente parlamentare, ma sostanzialmente amministrativo (G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *NOMOS*, 1993, p. 83), o di alta amministrazione (A. CATRICALÀ – R. CLARIZIA, *Commento agli articoli 8 e 9 della legge 5 agosto 1981, n. 416*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1983, p. 5569), il che consente l'assoggettabilità dello stesso al sindacato del giudice amministrativo. Qualora l'investitura parlamentare si condensi in un atto di nomina che abbia la forma del DpR, tale atto sarà sottoposto al regime proprio degli atti amministrativi, e come tale sindacabile: in tema, G. FALCON, *Il «primo», il «secondo» ed il «terzo» garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI - F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1994, p. 86; G. ENDIRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, 2000, *passim*.

⁵¹ Il sindacato giurisdizionale su tali atti si è tuttavia rivelato scarsamente utilizzato, in ragione del fatto che la nomina delle A.I. non è stata compiutamente procedimentalizzata. In merito sono state avanzate proposte di riforma volte a introdurre l'obbligo di pubblicazione di bandi prodromici alla presentazione di candidature; la previsione di pubbliche audizioni degli aspiranti commissari; l'introduzione di pareri obbligatori e/o vincolanti, da parte delle commissioni parlamentari competenti; la raccolta di pareri provenienti dalle associazioni d'impresa, di consumatori e altri gruppi portatori di interessi diffusi; l'ancoraggio dell'atto di nomina a un robusto apparato motivazionale. In altri termini, tali proposte mirano ad articolare la nomina in più fasi, il cui esito finale sarà un provvedimento basato sull'osservanza di criteri obiettivi e valutabili *ex post*. Per esempio, *Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti deliberata dalla Camera dei Deputati nella XVI legislatura, Documento conclusivo*, pp. 9 ss.

invece quanto alle ragioni che giustificano tale *status*; riguardo ai provvedimenti di investitura e revoca; riguardo alle concrete modalità di sindacato sugli stessi. Tale incolumabile differenza – accanto alla intrinseca diversità di natura delle funzioni esercitate – porta le medesime A.I. non acquisibili alla categoria di giudici. Tuttavia, procedimentalizzare il sistema di nomina e di revoca delle A.I. significa aprire alla possibilità di un controllo effettivo sulla presenza dei requisiti di indipendenza nella fase genetica e in quella funzionale: comporta, in altri termini, l'individuazione degli strumenti in grado quanto meno di rafforzare la prerogativa di indipendenza che caratterizza queste amministrazioni.

Il binomio procedimento trasparente–sindacato del g.a. in merito agli atti di nomina delle A.I. e revoca appare quindi auspicabile, ed è altresì coerente con quanto oggi indica il Legislatore europeo. Tuttavia, come si vedrà diffusamente oltre, la possibilità di un sindacato intrinseco, se da un lato sostanzia l'indipendenza del nominato, dall'altro non determina il conseguente riconoscimento dell'attributo della sua neutralità.

Tale esclusione si radica, a ben riflettere, sulla *mission* cui le A.I. sono per loro natura preordinate. Questa non comporta l'obiettivo applicazione della legge in posizione di indifferenza rispetto alla moltitudine degli interessi pubblici coinvolti, piuttosto appare vero il contrario: le A.I. esercitano le rispettive funzioni di amministrazione, regolazione e controllo alla luce del perseguimento dell'interesse pubblico specifico affidato.

4. Non appartenenza delle A.I. ai poteri neutrali: la natura delle funzioni.

4.1. Imparzialità e terzietà.

Al diverso modularsi del requisito dell'indipendenza del giudice e della indipendenza delle A.I. si riconnette, altresì, la differenza fra la terzietà, propria del giudice, e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

Non è un caso che la Corte Costituzionale fondi la sua decisione di inammissibilità sull'assenza del requisito della terzietà in capo alle A.I.⁵²

⁵² La Corte esclude la legittimazione dell'AGCM a sollevare la questione di costituzionalità in quanto non rinviene in capo a essa il requisito della terzietà, ovvero l'essere "super partes". Per la Consulta l'Amministrazione *de quo* è, al contrario, amministrazione – parte: 1) è parte (resistente) nei giudizi amministrativi aventi a oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti; 2) è essa stessa parte lì dove impugni provvedimenti di altre pubbliche amministrazioni che violano la normativa Antitrust; 3) è parte in quanto non si limita ad applicare la legge, ma opera scelte discrezionali contenute in provvedimenti amministrativi, adottati nell'ambito di procedimenti amministrativi; 4) è parte in quanto nel procedimento sanzionatorio che si svolge dinanzi all'Autorità il privato si confronta con un soggetto che persegue l'interesse pubblico della concorrenza. Ne discende che le parte pubblica e la parte privata non sono fra di loro in condizioni di parità. Non potrebbe neppure – continua la Corte – riconoscersi la legittimazione "ai limitati fini della dichiarazione incostituzionalità" sul presupposto che l'eventuale archiviazione dell'Autorità potrebbe essere impugnata dalla parte detentrici dell'interesse contrario, cioè all'accertamento delle condotte abusive.

Terzietà del giudice è concetto diverso dalla imparzialità che caratterizza l'*agere* della pubblica amministrazione. Autorevole dottrina ha da tempo indagato sul fondamentale istituto dell'imparzialità amministrativa, distinguendone la componente soggettiva e quella dinamica. Secondo la ricostruzione teorica, l'amministrazione-parte, detentrica dell'interesse pubblico specifico affidato dal comando politico, nella dimensione funzionale agisce in via discrezionale, cioè pondera l'interesse pubblico primario con la moltitudine degli interessi pubblici secondari. La valutazione discrezionale si traduce quindi nel metodo comparativo fra interessi diversi poiché la funzione amministrativa, se e in quanto imparziale, è distante dalla degenerazione egoistica. Essa, piuttosto, acquista una dimensione collettiva, cioè è per sua natura orientata verso un fine solidale, il pieno sviluppo della persona, il che le impone di puntare all'obiettivo finale del migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico primario alla luce della massima garanzia degli interessi antagonisti coinvolti⁵³.

Ne discende che l'amministrazione-parte, nel perseguire l'interesse pubblico specifico⁵⁴, è altresì equidistante rispetto agli interessi facenti capo alle diverse parti. Gli interessi rappresentati nel procedimento non sono fra loro in posizione gerarchica, ma è onere dell'amministrazione valutarli, ponderarli, soppesarli secondo buona fede, senza determinare trattamenti differenziati o privilegiare l'uno piuttosto che l'altro⁵⁵: in altri termini l'amministrazione persegue l'interesse pubblico specifico affidatole garantendo la massima garanzia delle diverse posizioni coinvolte. Sicché, lì dove il principio di uguaglianza formale e sostanziale ex art. 3 Cost. è applicato al procedimento amministrativo – cioè agli amministrati è assicurata parità di trattamento e pari garanzie – può dirsi che l'amministrazione abbia agito in

⁵³ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 87.

⁵⁴ Sull'interesse pubblico specifico perseguito dall'AGCM cfr., per esempio, TAR Lazio, Roma, secondo il quale l'interesse di cui l'Autorità è portatrice è interesse pubblico, benché individuale e differenziato rispetto all'interesse generale o all'interesse diffuso in maniera indistinta sulla collettività, e si specifica come interesse pubblico alla promozione della concorrenza e alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive, come condizione e strumento per il benessere sociale (TAR Lazio, Roma sez. III-Ter, 15 marzo 2013, n. 2720 con nota di A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo*, in *Federalismi*, n. 14, 2013). Si v. anche Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583; Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2017, n. 2294; Id., 30 aprile 2014, n. 2246.

⁵⁵ A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova 1973, p. 120; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 62; S. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. giuri.*, vol. XV, 1989, 2; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, IV, Padova, 1958; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, p. 91.

Limpidamente L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., p. 94, secondo cui l'imparzialità sta nella realizzazione degli scopi prestabiliti, in un'azione a questi finalizzata, non deviata da pressioni e influenze esterne che determinerebbero necessariamente discriminazioni arbitrarie fra soggetti che ne sono i destinatari e sulla cui sfera se ne ripercuotono gli effetti. L'A. conclude sottolineando quindi l'inscindibile collegamento fra principio di imparzialità dell'*agere* amministrativo e il principio di legalità sostanziale necessario ad orientare l'azione amministrativa e a consentirne il relativo controllo in funzione di un parametro di riferimento (p. 134).

maniera imparziale⁵⁶. Non a caso, accorta dottrina separò il concetto di uguaglianza, proprio della norma generale e astratta, da quello di imparzialità, riferito invece al potere amministrativo nel suo farsi concreto⁵⁷.

In proposito, una corrente di pensiero autorevole e più recente portò alle estreme conseguenze il concetto di imparzialità dell'amministrazione, coniugando l'obiettivo dell'uguaglianza delle parti con il perseguimento dell'interesse pubblico alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia: il decisore non può essere indifferente rispetto ai risultati della propria azione, i quali potranno dunque essere favorevoli o sfavorevoli a determinati interessi privati, ma la legittimità di questi risultati non sarà valutabile solo in termini di conformità alla legge (rispetto delle regole procedurali ecc.) ma anche in termine di congruenza del risultato rispetto al fine cui è preposta l'amministrazione⁵⁸.

Quando la protezione diretta dell'interesse pubblico specifico si coniuga con il massimo livello di protezione indiretta e riflessa dei diversi interessi pubblici coinvolti nel procedimento si realizza e sostanzia il principio dell'imparzialità amministrativa. Principio che si colloca in maniera distante, dunque, da quello della terzietà che caratterizza l'agire del giudice. Questa, come già visto, si sostanzia nella indifferenza dell'autorità giudiziaria non solo rispetto agli interessi delle parti in contraddittorio, ma anche rispetto a qualsivoglia obiettivo di interesse pubblico⁵⁹. Il giudice di fronte a una controversia non è orientato a criteri finalistici, a differenza della pubblica amministrazione, incline a perseguire l'interesse

⁵⁶ In proposito cfr. F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa* (a cura di), Torino, 2016, pp. 102 ss., il quale evidenzia la dimensione soggettiva dell'imparzialità amministrativa (divieto di disparità di trattamento degli amministrati) e la sua accezione oggettiva (obbligo positivo di ponderazione di tutti gli interessi in gioco coinvolti nel procedimento).

Già da tempo la dottrina ha elaborato il *file rouge* che collega l'art. 97 Cost. all'art. 3 Cost: P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, p. 201; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1971, p. 28; C. ROSSANO, *L'uguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, pp. 368 ss. S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1968, pp. 47 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed, Napoli, 1989, p. 587, elabora il concetto di imparzialità amministrativa nel senso di criterio che assicura il collegamento tra la realizzazione dei compiti assegnati all'amministrazione e il rispetto del principio di giustizia sostanziale (art. 3 Cost.). L. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 249, collega l'imparzialità all'azione amministrativa, e gli individui come destinatari diretti di essa.

⁵⁷ Per una ricostruzione principio di imparzialità in chiave organizzativa, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; e anche G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, 1968, p. 102.

⁵⁸ M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti e giurisdizione (con particolare riferimento all'Autorità Garante della Concorrenza)*, in *Astrid Rassegna*, 3, 2019, p. 2, che nel definire il concetto di terzietà del giudice cita anche Corte di Giustizia UE, sez. III, 9 ottobre 2014, C-222/13, TDC A/S. Anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed, Napoli, 1989, p. 587, costruisce il concetto di imparzialità nel senso di criterio che assicura il collegamento tra la realizzazione dei compiti assegnati all'amministrazione e il rispetto del principio di giustizia sostanziale ex art. 3 Cost.

⁵⁹ S. BARTOLE, *Giudice – Teoria generale (voce)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, vol. XV, 1989, pp. 2 ss.; A. PIZZORUSSO, *Giudice naturale (voce)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, vol. XV, 1989, pp. 1 ss.

pubblico primario cui è preposta. Il giudice non persegue alcun interesse al di fuori della obiettiva applicazione delle norme al caso concreto⁶⁰.

Posizione, quest'ultima, condivisa anche dalla Cassazione, secondo la quale la peculiare posizione di qualificata indipendenza delle Autorità rispetto agli interessi in gioco nell'esercizio delle proprie competenze non è tale da consentire di considerarle terze e indifferenti, ponendole alla stregua del giudice rispetto alla causa che è chiamato a conoscere e che, inoltre, ha il potere formale di risolvere con statuizione autoritativa soggetta al passaggio in giudicato⁶¹.

Su tale differenza la Corte, nella decisione in commento, fonda il proprio orientamento⁶²: la Corte afferma che il potere attribuito all'Autorità rappresenta funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio

⁶⁰ M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti e giurisdizione*, op. ult. cit., nota 3, enfatizza la corrente di pensiero secondo la quale la giurisdizione è funzione secondaria e servente al principio di legalità, nella misura in cui è volta al ripristino dell'ordine legale violato, pertanto ontologicamente diversa dalla cura dell'interesse pubblico affidato all'amministrazione.

Per una ricostruzione sulle funzioni paragiurisdizionali delle A.I. si vedano i contributi di: A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo". Profili problematici e prospettive di riforma*, cit., spec. 149 ss. Il discorso è affrontato anche da G. P. CIRILLO – R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 27.

Sostengono la vicinanza delle A.I. al potere giudiziario, in ragione dell'attività di mero accertamento e di qualificazione dei fatti da esse svolte, essendo portatrici dell'interesse generico al rispetto della normativa da parte dei regolati, E. L. CAMILLI - M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, in M. D'ALBERTI - A. PAJNO (a cura di), cit., pp. 107 ss.; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 1993, p. 77; Id., *Intervento su: "Garanzia del contraddittorio nel procedimento"*, Convegno su "Le Autorità amministrative indipendenti" In memoria di Vincenzo Caianiello, Roma, Palazzo Spada, 9 maggio 2003; Id., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 111, ritiene che l'AGCM «(...) come i giudici, è soggetta soltanto alla legge»; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, cit., p. 646; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese – C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 63. C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, p. 80 afferma che le Autorità amministrative indipendenti si trovano in una situazione di stretta connessione e d'immediata sottomissione alla legge, grazie alla quale vengono ad essere collocate su un piano di terzietà rispetto agli interessi coinvolti. G. C. PINELLI, *L'autorità garante per la concorrenza e il mercato: l'indipendenza dei commissari e dell'organo*, in www.forumcostituzionale.it. Lo stesso A., a p. 152, argomenta che le funzioni «paragiurisdizionali» attribuite alle Autorità amministrative indipendenti, ben potrebbero essere esercitate da organi giurisdizionali in senso proprio. Più risalente A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano 1988, pp. 485 ss.

⁶¹ Della diversità di natura fra A.I. e potere giudiziario si è occupata la giurisprudenza di legittimità (in particolare, Cass. Civ., 20 maggio 2002, n. 7341, in riferimento al Garante per la protezione dei dati personali). La Cassazione in questa pronuncia parte dall'assunto per cui le Autorità esercitano un potere decisorio su diritti soggettivi, cioè su posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento. Tuttavia, a) l'ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente, per distinguerne e disciplinarne le attività, gli articoli 111 e 97. b) L'articolo 102 della Costituzione stabilisce che la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario e vieta l'istituzione di giudici speciali straordinari. c) Il giudice è quel soggetto pubblico che esercitando quel tipico procedimento che è il processo giudiziario dà luogo ad una decisione su diritti suscettibile di assurgere alla definitività del giudicato, al di fuori di qualunque altro controllo da parte di altro e diverso organo o potere dello Stato. d) La soggezione degli atti delle predette Autorità a un controllo giudiziario vale a escluderne l'attitudine ad assumere la definitività del giudicato. Per un commento, V. M. ATELLI - G. STAGLIANÒ, *La Cassazione si pronuncia per la prima volta sulla legittimazione passiva delle Authorities a stare in giudizio*, in *Corrieregiuridico*, n. 19, 2002, p. 1153; M. DE BENEDETTO, *Intorno alla pretesa terzietà delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giorn. dir. Amm.*, fasc. 11, 2002, pp. 1183 ss.

⁶² Sulla distanza fra imparzialità e neutralità nell'azione amministrativa cfr. anche F. Merloni, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione "imparziale"*. A proposito dei rapporti tra politica e amministrazione, in *Dir. pubblico*, 1997, p. 319.

comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, quello alla tutela della concorrenza e del mercato, quindi non può ravvisarsi una posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale.

Secondo la Corte costituzionale, le A.I. rientrano dunque a pieno titolo fra gli organi di natura amministrativa⁶³. L'attività di ogni singola Autorità è come tale «(...) orientata nella direzione complessiva della tutela di beni e valori considerati di interesse pubblico, risultando così profondamente impregnata di una connotazione finalistica del tutto incompatibile con la “neutralità” predicata per la giurisdizione»⁶⁴.

⁶³ Lo stesso provvedimento adottato è passibile di controllo giurisdizionale, ma non di passaggio in giudicato. Inoltre, la legge n. 200 del 2015 ha confermato la natura amministrativa di tali organismi, includendo i provvedimenti delle Autorità amministrative fra quelli coinvolti nell'accelerazione del processo amministrativo e sottoponendoli alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La conclusione circa la natura amministrativa dei provvedimenti adottati dalle A.I. comporta, altresì, l'estensione del regime giuridico degli stessi agli istituti previsti dalla legge sul procedimento amministrativo ex l. 241/1990 e successive modifiche, per esempio: l'assegnazione del procedimento a un responsabile; la partecipazione al procedimento; la trasparenza e l'accesso agli atti; l'obbligo di motivazione del provvedimento; l'annullamento in autotutela; la possibilità di disapplicazione da parte del g.a.

⁶⁴ M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, cit., p. 22. Specularmente, cfr. anche, per esempio, Corte Cost. sent. n. 376/2001, lì dove incluse l'arbitro fra i soggetti legittimati a promuovere il giudizio incidentale, sul presupposto che la funzione di obiettiva applicazione della legge al concreto fosse potenzialmente fungibile a quella dell'organo giudicante. Con specifico riferimento all'AGCM, e alla legittimazione straordinaria conferitale a dall'art. 21-bis l. 287/1990 s.m.i. si è espressa anche attenta dottrina: M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013, secondo la quale «(...) il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, deve essere visto come diretta e naturale espressione dell'interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato – alla migliore attuazione del valore “concorrenza”, di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti, interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito (parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini all'uopo indicati».

Per la giurisprudenza che concorda sulla natura amministrativa delle A.I., cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014, che ha qualificato l'AEEG e l'AGCOM come «amministrazioni pubbliche in senso stretto», perché sono composte da soggetti ai quali è attribuito lo status di pubblici ufficiali, svolgono «compiti propri dello Stato» esercitando poteri normativi, sanzionatori, di controllo «direttamente incidenti sulla vita dei consociati che si giustificano solo in forza della natura pubblica che deve – necessariamente – essere loro riconosciuta». Per altri esempi: Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681 (CONSOB), Cons. Stato, 4 marzo 2011, n. 1397 (AGCM), Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4521 (Banca d'Italia), Cass., sez. I civile, 20 maggio 2002, n. 7341 (Garante dei dati personali). Più di recente, con specifico riferimento all'AGCM quale *Autorità amministrativa indipendente*, portatrice di un interesse “qualificato e differenziato” al corretto funzionamento del mercato, v. TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

Propende per la natura amministrativa delle A.I., in particolare dell'AGCM, G. TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, 2002, pag. 169.

Da ultimo, sottolinea la peculiarità della terzietà del giudice rispetto alla terzietà delle A.I., S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine»*. *Autorità amministrative indipendenti e Corte Costituzionale*, cit., p. 4.

La pronuncia rinviene e sottolinea, pertanto, la differenza ontologica fra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa delle A.I., in ragione del requisito della “terzietà”, rinvenibile nella prima ma non nella seconda⁶⁵.

Eppure, autorevole dottrina non mancò di rimarcare una mancanza di «limpidezza» delle posizioni argomentative assunte dalla Corte, lì dove il concetto di terzietà non assume un significato univoco, una volta calato nel diverso contesto del procedimento amministrativo condotto dalle A.I., e del processo giurisdizionale dinanzi al giudice. Questa corrente autorevole sottolinea come la Corte escluda la ‘terzietà’ dell’AGCM, declinata come ‘estraneità alla situazione sostanziale e all’interesse dedotto’, e come ‘mancanza di interesse alla causa da decidere’. Ma tale ‘estraneità’ rispetto alla situazione sostanziale sussiste di certo anche per l’AGCM, in ciò consistendo la sua ‘indipendenza’. Andrebbe infatti rilevata la non coincidenza concettuale tra l’estraneità-indipendenza dell’AGCM e l’estraneità-terzietà del giudice: il giudice è terzo nel senso che, a differenza di quanto avviene per l’AGCM, non amministra quei diritti sostanziali⁶⁶. Pertanto, secondo questa dottrina autorevole, nonostante sussistano elementi sintomatici relativi al carattere di non giurisdizionalità dell’AGCM, non si può escludere che la medesima Autorità possa essere egualmente ritenuta, terza, e in certe circostanze liberamente apprezzabili dalla Corte, autorità giurisdizionale «a limitati fini».

Posizione critica sull’orientamento della Corte è assunta, nondimeno, da altra corrente autorevole, la quale ha rilevato la gravità di un approccio in base al quale la Corte vada in definitiva a considerare l’AGCM e tutte le altre autorità di controllo, al pari di qualsiasi altra amministrazione tradizionale, rientranti nella mera dimensione di cui all’articolo 97 della Costituzione, vista la distinzione ontologica tra imparzialità dell’amministrazione e “indipendenza” di un’autorità amministrativa indipendente. Si conclude, pertanto, per la necessità di valutare caso per caso quando le medesime possano ritenersi contigue all’organo giudicante, ancorché ai limitati fini del controllo di costituzionalità⁶⁷.

4.2. Regolazione e controllo: funzioni neutrali o politiche?

La diversità delle posizioni assunte in dottrina e giurisprudenza è indice sintomatico della difficoltà di inquadramento concettuale di organi che esercitano funzioni di diversa natura – amministrativa,

⁶⁵ Sulla natura della funzione giurisdizionale cfr. anche, da ultimo, Corte Costituzionale, n. 18 del 2019: secondo la Corte l’attività delle Sezioni regionali di controllo delle Sezioni regionali della Corte dei conti è di tipo giurisdizionale perché si risolve «nel valutare la conformità degli atti alle norme del diritto oggettivo ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico», cioè nel «controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato ... preordinato a tutela del diritto oggettivo».

⁶⁶ S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull’accesso ai giudizi costituzionali*, in *Federalismi*, n. 13, 2019, pp. 3 ss.

⁶⁷ 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’Agcm: alcune considerazioni*, in *Federalismi*, n.13, 2019, p. 5.

regolatoria, arbitrale – e la cui azione finisce con l’impattare, inevitabilmente, anche su valori sensibili protetti dalla Costituzione. Emerge ancora una volta la difficoltà di considerarli soggetti neutrali *tout court*, vista l’attitudine intrinseca, ribadita anche dalla Corte, al perseguimento dell’interesse pubblico specifico. Non è un caso che la ricostruzione teorica, come in precedenza già sottolineato, mise in discussione la presunta neutralità delle amministrazioni indipendenti, risolvendo tale attributo per il sostanziale riconoscimento del potere di adottare valutazioni *latu sensu* politiche. Ma una successiva corrente di pensiero completò questa intuizione, partendo dall’osservazione del potere di vigilanza⁶⁸ e di quello regolamentare⁶⁹.

Con specifico riferimento al potere di vigilanza e controllo, la dottrina distinse fra «controllo-giudizio» e «controllo-volontà». Nel primo il controllante è estraneo agli interessi del controllato e il relativo potere di controllo è volto all’eventuale ripristino della legalità violata attraverso l’adozione della conseguente misura correttiva. Nei controlli-volontà, invece, il controllante è portatore di un interesse pubblico specifico che non assume il carattere di neutralità: l’interesse non coincide con il mero ripristino della legalità violata, piuttosto il controllante persegue un fine proprio che indirizza l’atto del controllato. Pertanto, il controllo rappresenta il mezzo per concretizzare l’interesse attraverso un atto di volontà discrezionale del controllante: in altri termini, il giudizio all’esito della fase istruttoria illumina e giustifica l’atto volitivo del controllante⁷⁰.

La riflessione sulla intrinseca politicità degli atti delle A.I. fu poi sviluppata anche con specifico riferimento al potere di regolazione. Sul punto, attenta dottrina ha evidenziato come al rischio di una regolazione “porosa” all’indirizzo politico il legislatore risponde con una riserva di regolazione a favore delle A.I., soggetti che, per collocazione istituzionale, opporranno l’indisponibilità a quell’indirizzo, ove impartito. Ma regolare significa costituire l’ordinamento giuridico con prescrizioni comportamentali astratte e generali volte a introdurre una misura di convivenza tra le libertà fondamentali in gioco. La regola dell’equilibrata coesistenza tra le ricordate coppie di interessi non è rinvenibile nelle leggi attributive della funzione normativa, le quali dicono il meno possibile, limitandosi ad articolare nudi elenchi di valori. Sicchè, ciascuna A.I. disegnerà “azioni di regolamento dei confini”, cioè deciderà fino a che punto un bene si possa dilatare e quando debba arretrare per fare spazio al suo valore antagonista. Sorge quindi il

⁶⁸ Con specifico riferimento all’attività di vigilanza esercitata dalle Autorità amministrative indipendenti, modulata in ragione dell’interesse perseguito, e tale da rivelare la distanza delle medesime rispetto al *genus* delle funzioni neutrali, G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, special. Cap. I e II.

⁶⁹ M. MANETTI, *Autorità indipendenti* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IV vol. di aggiornamento, Roma, 1997, p. 7.

⁷⁰ Sul potere di controllo restano sempre attuali le riflessioni di G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, pp. 270-273. Con specifico riferimento al potere di controllo delle A.I., v. L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, cit., pp. 409 ss.

rischio di una regolazione sostanzialmente primaria, svincolata dal comando politico, autoreferenziale e quindi inidonea a comporre l'oggetto di un giudizio di responsabilità politica⁷¹.

L'esercizio della discrezionalità tecnica da parte delle A.I. secondo questa corrente di pensiero non le mette al riparo dall'assumere una decisione che sostanzia "una questione scientifica controversa": vale a dire che incerto è il parametro attributivo del potere, incerta è la scienza a esso sottesa, incerto è quindi l'esito valutativo delle A.I.⁷²

Altra dottrina ha quindi sottolineato il ruolo fondamentale del sindacato del giudice amministrativo rispetto alle decisioni assunte dalle A.I.

Se l'esercizio del potere sulla base di concetti giuridici indeterminati non fosse giustiziabile, la libertà dell'Amministrazione finirebbe per essere simile, se non addirittura maggiore, a quella che le conferisce la discrezionalità intesa come ponderazione di interessi. Il diritto fondamentale non verrebbe prima del potere esecutivo e l'autarchia comunitaria, anziché imporre un esercizio uniforme del potere, favorirebbe soluzioni diversificate secondo la logica degli interessi nazionali o anche, più semplicemente, delle diverse «culture» nazionali⁷³.

5. Le A.I. e il Parlamento

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, è possibile raggiungere alcune prime conclusioni.

L'affidamento dell'interesse pubblico specifico di rilievo costituzionale è condizione così dirimente da giustificare, come visto, una peculiare forma di indipendenza non rinvenibile in capo alla P.A. tradizionale. Trattasi di una indipendenza dai mutevoli equilibri della maggioranza di governo e che, in ragione della rilevanza dell'interesse perseguito, giustifica un controllo di tipo "forte" da parte del giudice amministrativo, cioè in grado di verificare che l'atto di nomina delle A.I. abbia effettivamente garantito gli obiettivi di indipendenza ed *expertise* del nominato rispetto ai poteri esterni e agli interessi delle parti. L'auspicio, in altri termini, è che il provvedimento di nomina venga procedimentalizzato, dunque diventi concretamente sindacabile in quanto trasparente, scadenzato e motivato.

Tuttavia, ancorché si rafforzino i meccanismi atti a garantire l'indipendenza del nominato, resta in piedi la constatazione per cui le A.I. non possono definirsi organismi neutrali, poiché il perseguimento

⁷¹ G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, pp. 721 ss. Ma l'A. aveva già anticipato il suo punto di vista in ID., *Regole. Comando e Consenso*, cit., pp. 17-23.

⁷² L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano, 1986, in part. ult. cap.

⁷³ F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2004, p. 973. Rimarca lo spazio di libertà rimesso alla discrezionalità tecnica rispetto a quella amministrativa F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2004, p. 983.

dell'interesse pubblico specifico⁷⁴ condiziona e sostanzia l'esercizio delle relative funzioni. In tal guisa, le A.I. sono amministrazioni imparziali titolari di funzioni di tipo tecnico-discrezionali, il che le allontana dalla categoria dei giudici; ma è parimenti vero che la peculiare indipendenza che l'ordinamento riconosce loro comporta uno loro scollamento anche rispetto all'amministrazione tradizionale. Difatti, l'esercizio del potere amministrativo in posizione di imparzialità le accomuna alla P.A.; ma, al contempo, alla distanza rispetto all'apparato governativo e alla mancanza di forme di responsabilità verso quest'ultimo corrisponde un rapporto privilegiato con il Parlamento, tale da essere definito da alcuni un "legame fiduciario"⁷⁵.

La dottrina, da ultimo, ha evidenziato questo rapporto di consonanza tra amministrazioni indipendenti e Parlamento.

«A riguardo c'è un condivisibile convincimento della dottrina che fonda il rapporto di "non indipendenza" delle Autorità sul fatto che queste sono comunque autorità di governo che rispondono in principio al Parlamento che, come sede della sovranità generale, è anche la sede delle Autorità indipendenti. C'è una forma di responsabilità nei confronti degli organi politici elettivi e dei cittadini che non ne esclude l'indipendenza (...)»⁷⁶.

In primo luogo, come visto, questo rapporto privilegiato si instaura sin dalla fase genetica, lì dove nelle rispettive leggi istitutive è previsto il coinvolgimento dei due rami del Parlamento e del parere delle Commissioni parlamentari competenti.

In secondo luogo, questo rapporto si snoda durante tutta la durata del mandato, in ragione della fitta trama di relazioni istituzionali che si instaurano fra Autorità e Parlamento. Le A.I., difatti, riferiscono al Parlamento in più occasioni: durante la presentazione della Relazione annuale; nel corso di audizioni in

⁷⁴ In capo alle A.I. sussiste, oltre ai limiti esterni della imparzialità, correttezza e buona amministrazione, il vincolo interno costituito dal dovere di attivazione in nome dell'interesse pubblico perseguito, tale da costituire fonte di responsabilità civile l'omessa attivazione in presenza di condotte che giustificavano il loro intervento; cfr. Cass., sez. I civile, 14 febbraio - 3 Marzo 2001, n. 3132, la quale decretò che la negligenza della Consob nel verificare la veridicità e la completezza dell'informazione diffusa sul mercato finanziario è fatto illecito, tale da generare responsabilità civile nei confronti di chi lamenta un danno.

⁷⁵ E. CHELI, *Intervento*, in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, cit., pp. 115 e ss., il quale rileva la cesura fra irresponsabilità verso l'esecutivo e responsabilità verso il Parlamento.

⁷⁶ A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi*, n. 23, 2017. Qui l'A. rimarca la funzione di *moral suasion* esercitata dalle A.I., quindi il potere indiretto di condizionamento degli indirizzi politici, accanto al mantenimento della posizione *super partes* nell'esercizio della relativa discrezionalità tecnica. Questa influenza appare però temperata dal rapporto privilegiato che le A.I. stabiliscono con il Parlamento, cui sono obbligate a rendicontare.

M. AINIS, *The Italian Competition Authority's maieutic role*, cit., p. 140: «Currently, the annual competition bill has greater relevance - in terms of specific (and "desired") indications to the legislator - since it indicates more in detail the interventions desirable with reference to each economic sector, in the view of promotion and development».

seno alle commissioni parlamentari; nell'ambito del procedimento di approvazione di disegni di legge; tramite l'invio di eventuali segnalazioni e la pubblicazione di Indagini conoscitive.

Questo dialogo vicendevole rappresenta un momento di verifica e rendicontazione rispetto a quanto è stato svolto dalle A.I. nel corso del mandato; ma, allo stesso tempo, il più delle volte comporta vere e proprie forme di esortazione verso il Parlamento rispetto all'adozione di provvedimenti legislativi, nonché alla segnalazione di possibili contrasti fra norme e Costituzione/diritto dell'Unione.

Nel modello ordinamentale attuale il Parlamento esercita un controllo sulla corrispondenza dell'operato delle A.I. al perseguimento dell'interesse pubblico di riferimento, ma non vi è un giudizio del primo sui risultati che le seconde periodicamente rendicontano. Né le A.I. hanno modo di rendere vincolante per il decisore politico i contenuti delle rispettive segnalazioni espresse in merito ai futuri provvedimenti legislativi.

Tuttavia, a ben riflettere, sembra potersi rinvenire una peculiare capacità di impulso e intervento delle Autorità, in grado di segnalare in via qualificata e autorevole eventuali lacune normative, nonché i profili di compatibilità costituzionale delle norme di rango primario che coinvolgono i rispettivi settori di interesse. Un ruolo, quest'ultimo, che si cela nelle pieghe dell'ordinamento, non riconducibile a un incidente di costituzionalità nella sua accezione classica ma che, come si vedrà oltre, si fonda sulla peculiare *mission* riconosciuta a tali organismi.

PARTE SECONDA

AUTORITÀ INDIPENDENTI E CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ INDIRETTO

6. Il filtro di costituzionalità indiretto

Gli effetti della pronuncia della Corte sembrano segnare una sorta di confine invalicabile in ordine alla possibilità, da parte delle A.I., di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Questa preclusione non riguarda soltanto il giudizio in via incidentale, ma anche la possibilità di promuovere il giudizio in via diretta o principale che, come è noto, riguarda le invasioni di competenze legislative fra stato e regioni. Analogamente, lo sbarramento riguarda il conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, riservato, per l'appunto, fra poteri in grado di esprimere definitivamente la volontà dello Stato.

Si verificherà, quindi, se a modello costituzionale invariato le A.I. abbiano la possibilità di attivare quanto meno un controllo indiretto sui profili di compatibilità delle norme alla Costituzione.

In altri termini, le A.I. sono in via di fatto obbligate ad applicare la norma di rango primario anche lì dove sospettino della sua incompatibilità incostituzionale?

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che una decisione di inammissibilità, come nel caso *de quo*, non preclude la nuova proposizione della medesima. La giurisprudenza costituzionale ha

confermato la riproponibilità delle questioni già dichiarate inammissibili, purché le ragioni dell'inammissibilità siano eliminabili⁷⁷. In questo caso, l'esclusione del requisito della terzietà in capo alle A.I. renderebbe la carenza di legittimazione ad adire la Corte un ostacolo non superabile. Pertanto, dalla premessa sulla natura amministrativa delle A.I., e quindi sulla esclusione delle medesime dal *genus* dei poteri giurisdizionali, ancorché «ai limitati fini», derivano precise conseguenze in termini di soluzioni adottabili dalle medesime, allorquando si trovino dinanzi a una norma ritenuta incostituzionale.

In primo luogo, occorre verificare se l'amministrazione avrebbe potuto procedere alla disapplicazione della norma di rango legislativo perché ritenuta incostituzionale⁷⁸. Si tratta di una ipotesi pur proposta dalla dottrina⁷⁹, ma la giurisprudenza sul punto si è rivelata contraria. Essa ha infatti ritenuto che le Amministrazioni pubbliche non hanno il dovere di disapplicazione una legge ritenuta palesemente illegittima: coloro che esercitano le funzioni amministrative hanno, infatti, l'obbligo di applicare le leggi (anche se ritenute illegittime), in ossequio al principio di legalità, visto che l'ulteriore dimensione della legalità costituzionale ha il proprio presidio naturale nella competenza (esclusiva) della Corte costituzionale; soltanto quando la PA assista alla sopravvenienza di una dichiarazione di incostituzionalità di una norma sulla base della quale abbia in precedenza adottato un atto amministrativo, vi potrebbe essere una valutazione da parte dell'amministrazione procedente dell'impatto della pronuncia costituzionale sull'atto amministrativo ai fini dell'esercizio dei poteri di autotutela⁸⁰.

D'altronde, ammettere un potere di disapplicazione della norma ritenuta incostituzionale significherebbe alterare, in via di fatto, il sindacato da accentrato a diffuso.

A modello normativo invariato, pertanto, la questione sarebbe potuta sorgere soltanto a seguito dell'impugnazione in via amministrativa del provvedimento di archiviazione dell'AGCM, e della

⁷⁷ L. CARLASSARE, *Le questioni inammissibili e la loro riproposizione*, in *Giur. Cost.*, 1984, pp. 733 ss.

⁷⁸ Sul punto, F. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale alla Corte Costituzionale e tutela dei diritti: note minime anche a proposito delle Authorities*, Intervento al convegno, organizzato da APro.M, dalle varie Associazioni nazionali dei magistrati, sia ordinari sia amministrativi, dal C.N.F. e dalla F.N.S.I. su *Politica, Economia e Giustizia. La tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini come fattori di garanzia*, Tar Lazio, Sala Conferenze, 1 marzo 2006, reperibile in http://www.giustiziaamministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Patroni_Griffi_Accesso_incidentaleallaCC.htm#_ftn12.

⁷⁹ V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1957, affermava in capo alle amministrazioni il dovere di disapplicazione di una legge ritenuta palesemente illegittima. Sul punto si sono espressi autorevolmente anche: C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi ed il controllo giurisdizionale*, 1934, Milano, rist. 1964, spec. pp. 28 ss.; G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, spec. pp. 361 ss.; F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, in *Giur. cost.*, 1963, pp. 1736 ss. M. MAGRI, *L'applicazione diretta della Costituzione da parte della pubblica amministrazione*, in E. MALFATTI - R. ROMBOLI - E. ROSSI, (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, p.120.

⁸⁰ Cds, 1862, 14 aprile 2015, ritiene che un atto emanato sulla base di una norma (successivamente) dichiarata illegittima è qualificabile come viziato in via derivata (o sopravvenuta) e quindi riconducibile al regime processuale dell'annullabilità, dovendo, invece, certamente escludersi il regime della inesistenza e quindi la logica della rimozione *ipso iure* dell'atto stesso. V. CESARE PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008.

rimessione della questione con ordinanza di rinvio del giudice *a quo* competente a decidere sul ricorso. Una volta che la norma fosse stata dichiarata incostituzionale, l'A.I. sarebbe stata nelle condizioni di procedere con l'annullamento del provvedimento in via di autotutela, data l'illegittimità sopravvenuta. In sintesi, allo stato dei fatti il sindacato della Corte è dunque attivabile soltanto in via eventuale ed *ex post*, dietro il filtro valutativo del giudice, a seguito del ricorso di parte avverso il provvedimento adottato. Secondo quanto proposto da dottrina autorevole, uno strumento percorribile dalle A.I. potrebbe allora radicarsi nell'istituto della interpretazione conforme. Infatti, la mancata legittimazione alla remissione incidentale della questione di costituzionalità da parte di *authority* potrebbe spingere queste a trovare nell'uso dell'interpretazione conforme non solo al diritto europeo, ma anche a Costituzione, uno strumento privilegiato per risolvere i dubbi di costituzionalità senza instaurare il sindacato dinanzi al giudice delle leggi⁸¹.

7. Il potere di disapplicazione (o non applicazione) della norma interna contraria al diritto dell'Unione da parte delle A.I.

Ipotesi diversa è quella in cui l'amministrazione indipendente proceda alla disapplicazione della norma non perché ritenuta incostituzionale, ma per contrarietà al diritto dell'Unione, ex art. 117 co.1.

In altri termini, l'AGCM avrebbe potuto disapplicare la norma primaria, se e in quanto reputata in contrasto con il diritto dell'Unione e con i principi generali derivanti dai Trattati. Nella celeberrima sentenza *Simmenthal* della Corte di Giustizia⁸² viene affermato l'obbligo di ciascun giudice di disapplicare la norma nazionale confliggente con quella dell'ordinamento europeo, anche nei sistemi in cui il giudizio di legittimità costituzionale è di tipo accentrato. La Corte di Giustizia ha altresì affermato, proprio con riferimento all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che se vi sono norme interne che legittimano comportamenti anticoncorrenziali delle imprese o ne rafforzano gli effetti, questa ha l'obbligo di disapplicarle, perché, in caso contrario, «l'effetto utile delle norme comunitarie sarebbe affievolito»⁸³. La giurisprudenza comunitaria della Corte di Giustizia, pertanto, riconosce la possibilità di utilizzo dell'istituto della disapplicazione della norma interna in contrasto con l'ordinamento dell'Unione, non solo in capo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello stato, fra cui le A.I., in virtù dei principi dell'effetto diretto e del relativo primato.

⁸¹ A. PATRONI GRIFFI, *Le autorità amministrative indipendenti dinanzi alla legge incostituzionale: quali rimedi? Alcune considerazioni*, cit., p. 4.

⁸² Corte di Giustizia, Sentenza 9 marzo 1978, causa C 106/77.

⁸³ Corte di Giustizia, sent. 9 settembre 2003, C-198/01, C.I.F.: per un commento, S. CASSESE, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, G. NAPOLITANO, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolazione amministrativa* e M. LIBERTINI, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, tutti reperibili in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2003, pp. 1129 ss.

Questa apertura del giudice europeo sul potere di disapplicazione delle A.I. necessita di una nuova lettura alla luce degli ultimi orientamenti della Corte costituzionale in tema di “non applicazione”.

Difatti, il potere di “disapplicazione” presuppone un criterio gerarchico tra le norme operanti in un ordinamento unico e integrato, con conseguente dichiarazione di invalidità dell’atto normativo interno in contrasto con l’ordinamento europeo⁸⁴.

La Corte Costituzionale, dal canto suo, ha elaborato il concetto di “non applicazione” della norma interna. Quest’ultimo implica che in presenza di un conflitto fra due fonti normative appartenenti a due ordinamenti diversi, seppur coordinati fra loro, quello europeo e quello interno, sorga una ipotesi di inefficacia temporanea della norma interna in conflitto con quella appartenente all’ordinamento esterno. Pertanto, non sussiste alcun rapporto di gerarchico fra fonti, né una conseguente invalidità della fonte subordinata: una volta accertata l’esistenza di una antinomia con una norma interna incompatibile, il giudice non applicherà la norma nazionale, bensì risolverà l’oggetto del contendere sulla base della disciplina europea dotata di effetto diretto.

L’istituto della “non applicazione” è stato fatto proprio dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 111 del 2017: secondo l’orientamento della Corte, il criterio di risoluzione dell’antinomia tra diritto interno e diritto europeo si fonda sulla separazione di competenza dei due sistemi, piuttosto che sulla subordinazione gerarchica del primo al secondo. Pertanto, le norme rimangono entrambe valide nei rispettivi ordinamenti, in quanto nel caso concreto sottoposto all’esame del giudice la prima troverà applicazione, mentre la seconda resterà quiescente. In secondo luogo, la non applicazione della norma interna in contrasto con il diritto europeo non comporta un sindacato diffuso sulla compatibilità della norma interna con quella comunitaria, ma la mera dichiarazione di un contrasto fra fonti limitatamente al caso concreto.

In presenza dei nuovi orientamenti della Corte, appare dunque plausibile che l’istituto della non applicazione in caso di contrasto fra fonti appartenenti a due ordinamenti diversi, quello europeo e quello interno, trovi un referente in capo alle A.I. Queste, difatti, una volta chiamate ad applicare la norma

⁸⁴ Corte Cost., ordinanza n. 207 del 2013, secondo la quale conformemente ai principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978, in causa C-106/77 (Simmenthal), e dalla successiva giurisprudenza di questa Corte, segnatamente con la sentenza n. 170 del 1984 (Granital), qualora si tratti di disposizione del diritto dell’Unione europea direttamente efficace, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando – se del caso – il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell’ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all’applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta – contrasto accertato eventualmente mediante ricorso alla Corte di giustizia – e nell’impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l’esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario (nello stesso senso sentenze n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012).

interna incompatibile con il diritto dell'Unione dotato di effetto diretto, possono limitarsi a dichiarare la non efficacia della prima limitatamente al caso concreto, emancipandosi dall'obbligo di dichiararne l'invalidità per contrasto con il diritto dell'Unione.

Si tratta di una soluzione che aveva il pregio di svincolare l'azione amministrativa dal filtro del giudice, ma come evidenziato, non scevra da rischi: il rischio consiste nel fatto che le A.I. risultino invogliate a risolvere ogni dubbio di legittimità attraverso una sorta di sindacato diffuso di compatibilità comunitaria. Ma ciò non appaga necessariamente l'esigenza di tutela del principio di costituzionalità, che richiede l'intervento del giudice costituzionale e si pone con forza anche dinanzi alle autorità indipendenti⁸⁵.

Sul punto, d'altro canto, da ultimo è intervenuta ancora una volta la Corte Costituzionale.

La sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale, in un ormai famoso *obiter*, ha tracciato la strada da seguire nel caso in cui il conflitto riguardi una disposizione nazionale e, allo stesso tempo, i diritti e principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) oltre che la Costituzione. In queste ipotesi di “doppio contrasto”, la Corte ha sancito che, anche qualora la disposizione europea sia dotata di effetti diretti, deve sempre essere sollevata questione di legittimità costituzionale, dando così priorità al proprio giudizio *erga omnes* condotto «alla luce dei parametri interni (*ex* artt. 11 e 117 Cost.) ed eventualmente di quelli europei, secondo l'ordine di volta in volta appropriato». Secondo la Corte, difatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea costituisce parte del diritto dell'Unione ed è «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale». In altre parole, in caso di “doppio contrasto”, ovvero quando la questione coinvolge l'asserito contrasto tra una norma interna e i diritti affermati dalla Carta di Nizza oltre che dalla Costituzione, deve darsi priorità al giudizio della Corte costituzionale, «la quale giudicherà alla luce dei parametri interni (*ex* artt. 11 e 117 co. 1 Cost.) ed eventualmente di quelli europei, secondo l'ordine di volta in volta appropriato», «anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)» e «al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali»⁸⁶.

⁸⁵ A. PATRONI GRIFFI, *Le autorità amministrative indipendenti dinanzi alla legge incostituzionale: quali rimedi? Alcune considerazioni*, cit., p. 3.

⁸⁶ Con la sent. n. 20 del 2019 (e poi anche con la sent. n. 63 dello stesso anno) la Corte dichiara di non modificare tale orientamento, cui fa espresso e testuale richiamo, affermando che esso «va confermato anche nel caso di specie, nel quale principi e diritti fondamentali enunciati dalla CDFUE intersecano ... principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione», fermo restando la possibilità del rinvio pregiudiziale.

Limpide le considerazioni di N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi*, n. 13, 2019, pp. 18 e 19 e *ivi* per la giurisprudenza riportata. Secondo l'A., in sostanza, la Corte costituzionale ha riconosciuto che spetta al giudice ordinario “gestire” i casi di “doppia pregiudizialità” e che lo può fare senza vincoli assoluti. Ma, al tempo stesso, gli ha rivolto un caldo “invito” a coinvolgere, ove del caso, e preferibilmente in prima istanza, la Corte costituzionale, anche in nome della possibilità, per questa, di annullare la norma con efficacia *erga omnes*.

In conclusione, l'iniziale apertura verso la possibilità, per le A.I., di applicare (o non applicare) la norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione, trova un argine consistente nelle ultime pronunce della Corte, lì dove questa riafferma il primato del sindacato di costituzionalità in caso di doppio contrasto della norma interna rispetto alla Costituzione e alla Carta di Nizza.

8. Rinvio pregiudiziale o rinvio alla Corte Costituzionale?

Ipotesi ancora diversa è quella relativa alla possibilità, da parte della A.I., di sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia per il tramite dell'art. 117 Cost⁸⁷.

Qualora l'A.I. avesse adottato un provvedimento, è questo fosse stato impugnato innanzi al g.a., la prima avrebbe potuto sollecitare il g.a. a rimettere la questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Una strada alternativa sarebbe consistita nel rinvio pregiudiziale diretto dinanzi alla Corte di Giustizia europea, da parte dell'AGCM, al fine di consentire l'interpretazione, e dunque la corretta applicazione delle norme alla luce delle clausole del principio previste dal diritto dell'Unione.

Ma, anche in tal caso, occorre che la questione emerga nel corso di un procedimento giurisdizionale, dietro il filtro valutativo del giudice interno. La nozione di "organo giurisdizionale nazionale" di cui all'art. 267 TFUE, è sempre apparsa molto controversa, e la Corte di Giustizia ha adottato una impostazione restrittiva allorché ha considerato non ricevibile il rinvio pregiudiziale da parte di A.I. chiamate ad applicare il diritto dell'Unione nel corso dei procedimenti di risoluzione delle controversie⁸⁸.

9. Conclusioni. Spunti propositivi: le A.I. quali "custodi della Costituzione"

Gli ultimi orientamenti della Corte costituzionale hanno quindi negato la legittimazione delle A.I. a sollevare la questione di legittimità costituzionale. D'altronde, il potere di disapplicazione, o di non applicazione, della norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione da parte delle A.I. – ancorché da

⁸⁷ Corte giust., sent. 31 maggio 2005, C-53/03, Syfait.

⁸⁸ In senso positivo, Corte di Giustizia, 16 luglio 1992, causa C-67/91; *contra*, Corte di Giustizia, 31 maggio 2005, causa C-53/03, caso Syfait, nel quale la Corte di Giustizia aveva ritenuto irricevibile il ricorso a causa della mancata indipendenza dell'A. I. remittente, soggetta a ingerenze da parte del Governo. Da ultimo, il parere n. 85 del 22 maggio 2013 della soppressa Autorità sui servizi pubblici e appalti ha sostenuto la possibilità di sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. L'ordinanza della Corte (Decima Sezione), 17 luglio 2014, nella causa C-427/13, ha invece sottolineato che «Secondo una giurisprudenza costante della Corte, per valutare se l'organo remittente possieda le caratteristiche di un «organo giurisdizionale» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, questione unicamente di diritto dell'Unione, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (...). Risulta del pari dalla giurisprudenza della Corte che le decisioni dell'organo remittente devono essere vincolanti (...). La natura facoltativa del rimedio procedimentale e la sua non vincolatezza hanno portato la Corte a escludere che la soppressa Autorità possa considerarsi organo giurisdizionale.

tempo riconosciuto alla Corte di Giustizia – trova oggi un consistente argine nell’obbligo di sollevare primariamente la questione di costituzionalità della norma medesima nel caso di doppio contrasto con il diritto interno e il diritto dell’Unione. Conclusione cui si perviene alla luce delle più recenti decisioni della Corte costituzionale, tese a salvaguardare la prevalenza del sindacato di legittimità costituzionale considerato fondamento dell’architettura di sistema. Né le A.I. sono abilitate a sollevare la questione alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale, meccanismo riservato agli organi giudicanti delle Corti nazionali. La giurisprudenza in tema di “dialogo fra Corti” preclude dunque alle A.I. tanto l’accesso diretto al controllo di costituzionalità della norma quanto quello preordinato alla verifica sulla compatibilità col parametro comunitario. In questi termini, l’affermato primato del sindacato di costituzionalità della Corte comporta che il medesimo venga attivato soltanto dietro la valutazione del giudice chiamato a decidere sul ricorso avverso i provvedimenti adottati dalle A.I.

Tuttavia, il difetto di legittimazione ad adire la Corte costituzionale non sembra impedire loro di intraprendere alcune scorciatoie, nascoste nelle pieghe dell’ordinamento, attraverso le quali le Autorità sono in grado di denunciare i vizi di incostituzionalità di una norma, almeno per via indiretta. Infatti, tramite il ruolo peculiare che rivestono nell’ordinamento, e in virtù del particolare “filo diretto” che instaurano con il Parlamento, le A.I. possono effettuare una sorta di controllo diffuso sulla compatibilità delle norme al parametro costituzionale di riferimento⁸⁹. Le A.I., in altri termini, sono chiamate ad assolvere un compito delicato, quello di segnalare potenziali situazioni di incostituzionalità di una norma *ex ante*, contribuendo in questo modo a prevenire l’insorgere di ricorsi in via incidentale su disposizioni che attengono all’esercizio di libertà fondamentali.

Proprio con specifico riferimento all’AGCM, si rileva che la sua attività di cd. *advocacy* consente, quanto meno in linea di principio, anche una forma di controllo sulla compatibilità della norma interna con l’equilibrio concorrenziale del mercato sancito dall’art. 41 Cost.

Questo ruolo inedito è stato nei fatti anticipato da un’attività di segnalazione ex art. 21 (segnalazione al Parlamento e Governo su norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale che determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato,) e consultiva ex art. 22 (rilascio di pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta) della legge 287/90. Le norme citate hanno consentito all’Autorità *Antitrust* di esercitare poteri di segnalazione e consultivi rivolti al

⁸⁹ R. MANFRELLOTTI, *Amministrazioni indipendenti e collaborazioni preliminari al procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 2003, pp. 773 ss.

Parlamento e Governo, in grado di contribuire a una più completa ed efficace tutela della concorrenza e del mercato nell'individuare potenziali situazioni di incompatibilità costituzionale⁹⁰.

Le A.I. non operano quindi in un vuoto istituzionale: ciò conduce a ritenere che esse sono in grado di instaurare un dialogo indiretto e costante con la stessa Corte costituzionale.

L'Autorità *Antitrust*, ad esempio, adotta i pareri ex articolo 22, su richiesta della Presidenza del Consiglio dei ministri⁹¹, in merito alle nuove disposizioni di legge regionali per rilevare possibili restrizioni alla concorrenza e al corretto funzionamento del mercato, anche al fine di esercitare le opportune iniziative anche in attuazione degli articoli 41, 117, 120 e 127 della Costituzione. La prassi, in proposito, ha registrato numerosi casi di ricorso della Presidenza in via diretta, a seguito dei pareri dell'AGCM che evidenziavano rischi di contrasto con la libera concorrenza, e sui quali la Corte ha per lo più dato seguito con sentenze di accoglimento.

Inoltre, la relazione annuale presentata al Parlamento ex art. 23 e le segnalazioni dell'Autorità *Antitrust* rappresentano la base per la predisposizione, da parte del Governo, del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza (art. 47, legge 23 luglio 2009, n. 99)⁹². Il potere di iniziativa in merito alla legge annuale sulla concorrenza⁹³ rappresenta una considerevole sollecitazione in ordine alle (eventualmente)

⁹⁰ In tema A. ARGENTATI, *Mercato e costituzione: Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino, 2017, special. Cap. III.

La stessa legge prevede per alcune attività (appalti pubblici, imprese concessionarie, distribuzione commerciale) uno statuto particolare, attribuendo all'AGCM la responsabilità di presentare al Presidente del Consiglio dei Ministri, entro 18 mesi dall'approvazione della 287/90 un "rapporto circa le azioni da promuovere per adeguare ai principi della concorrenza la normativa relativa a (tali) settori" (art.24). Anche l'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, a tenore del quale: «L'AGCM è inoltre legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato». Il parere reso è vincolante per l'amministrazione destinataria che, se non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione dello stesso, assisterà all'impugnazione del proprio provvedimento distortivo della concorrenza innanzi al giudice amministrativo da parte dell'AGCM, entro i successivi trenta giorni.

⁹¹ Art. 4 del c.d. decreto *Cresci-Italia*, d.l. 24 gennaio 2012, legge 24 marzo 2012, n. 27.

⁹² L'adozione di una legge annuale per il mercato e la concorrenza è stata prevista dall'articolo 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia) con le specifiche finalità di rimuovere gli ostacoli all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche con riferimento alle funzioni pubbliche e ai costi regolatori condizionanti l'esercizio delle attività economiche private, nonché di garantire la tutela dei consumatori. La procedura prevede che il Governo, entro 60 giorni dalla trasmissione della relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (a sua volta presentata entro il 31 marzo), è tenuto a presentare alle Camere un disegno di legge annuale che dovrà contenere, in distinte sezioni, norme di immediata applicazione per l'attuazione dei pareri e delle segnalazioni dell'Autorità, ovvero per le medesime finalità, una o più deleghe al Governo da adottare non oltre centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge e l'autorizzazione all'adozione di eventuali regolamenti, decreti ministeriali e altri atti; disposizioni indicanti i principi che le regioni sono tenute a rispettare per l'esercizio delle relative competenze in materia di concorrenza; norme integrative o correttive di disposizioni in leggi precedenti.

⁹³ È stato evidenziato, in proposito, che alla soluzione di continuità rispetto agli indirizzi della maggioranza di Governo corrisponde un legame fiduciario delle medesime con il Parlamento, sia in ragione delle leggi istitutive che conferiscono alle medesime apposito mandato, sia in ragione delle esigenze di coordinamento e rendiconto che le stesse esplicano attraverso le audizioni in seno alle Commissioni parlamentari, nonché in sede di presentazione delle Relazioni annuali.

rilevate necessità di porre mano a riforme di carattere legislativo, anche al fine di prevenire situazioni di contrasto con la Costituzione e con il diritto dell'Unione⁹⁴.

Si tratta di precedenti rilevanti, che instaurano meccanismi replicabili anche per le altre A.I. L'utilizzo generalizzato, da parte delle A.I., dei poteri di segnalazione e controllo consentirebbe di rivitalizzare il dialogo fra organi preposti alla cura di libertà fondamentali, Parlamento e A.I., e di riflesso facilitare il dialogo fra queste ultime e la stessa Corte costituzionale: obiettivi cui, d'altronde, la stessa ordinanza di rimessione dell'AGCM sembrava anelare.

In una prospettiva *de iure condendo*, pertanto, si auspica che le A.I. esercitino siffatte peculiari funzioni di segnalazione e controllo sulla costituzionalità della norma, in primo luogo attraverso la fitta trama di rapporti che esse instaurano con il Parlamento⁹⁵.

In altri termini, nella ricostruzione qui proposta le A.I., nella qualità di soggetti qualificati deputati al perseguimento dell'interesse pubblico specifico, verrebbero investite di poteri consultivi e di segnalazione privi dell'efficacia *soft* rinvenibile negli atti di *moral suasion*: piuttosto, le A.I. sarebbero titolari di un potere di segnalazione qualificato. Il decisore politico, cioè, sarebbe chiamato a raccogliere le sollecitazioni ricevute dalle A.I. in seno al procedimento legislativo e, quindi, a tenerle in debita considerazione, pur restando impregiudicata la sua piena autonomia nell'osservarle o meno.

Sorge, nella ricostruzione qui proposta, una corrispondenza biunivoca nel dialogo fra le istituzioni: le A.I. sono obbligate a rendicontare periodicamente al Parlamento circa il loro operato; ma, al contempo, il Parlamento riceve dalle A.I. suggerimenti e possibili soluzioni atti a prevenire i futuri contrasti con la Costituzione e con l'ordinamento europeo.

Dalla soluzione qui suggerita sembrano derivare alcuni vantaggi.

In primo luogo, lì dove si ritenga che le A.I. non si possano ritenere indifferenti rispetto ai valori in gioco ma, al contrario, "garanti" degli stessi, è anche vero che le medesime sono in grado di incidere sulle scelte di indirizzo politico e segnalare eventuali situazioni di incostituzionalità della norma non come "monadi irresponsabili", ma riconducendo i propri orientamenti in seno all'alveo parlamentare⁹⁶.

V. F. BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti*, in M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 30.

⁹⁴ A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 1, 2012, pp. 21 ss.

⁹⁵ A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 9 ss.

⁹⁶ Un potere di iniziativa legislativa delle A.I. non potrebbe esercitarsi nelle forme di cui all'art. 71 Cost, in quanto i soggetti ivi abilitati rappresentano un *numerus clausus* (S.M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, terza edizione, 2017, p. 145); pertanto, il potere di influenzare l'iniziativa da parte delle A.I. potrebbe farsi confluire nella iniziativa governativa; altra strada per garantire l'apporto delle A.I. alla costruzione normativa potrebbe intravedersi nella possibilità di prevedere il rilascio di pareri qualificati, da rendersi obbligatori *ex lege*, ancorché non vincolanti, durante l'iter legislativo.

In secondo luogo, le A.I. potrebbero suggerire al decisore politico soluzioni in grado di “riempire di contenuto” il parametro normativo di riferimento, onde prevenire temute “deleghe in bianco” rispetto all’esercizio del futuro potere regolamentare da parte delle amministrazioni suddette⁹⁷.

In terzo luogo, questa auspicata “leale cooperazione” tra le A.I. e il Parlamento è tale da elevare le prime a inediti custodi del valore presidiato⁹⁸. Difatti, la capacità di influenzare l’iniziativa legislativa, unitamente alla titolarità dei poteri di segnalazione e consultivi, amplia le possibilità di rilevare le ipotesi di contrasto tra norma interna e Costituzione, rivitalizzando la funzione di *expertise* e competenza tecnica delle Autorità circa la cura dell’interesse affidato.

In questi termini, non sembra ardito riconoscere alle A.I. il ruolo di inediti “custodi della Costituzione”. È possibile, cioè, rinvenire in capo alle A.I. una posizione per certi versi non distante da quella che svolge il Presidente della Repubblica allorquando, all’esito del procedimento legislativo, questi effettua un controllo sui possibili vizi della norma prima di procedere alla promulgazione, rinviando, se del caso, alle Camere. La differenza consiste nel fatto che le A.I. non difenderanno *ex post* l’arcipelago dei diritti consegnato dal compromesso costituzionale, ma ognuna sarà amministrazione attiva *ex ante* rispetto al singolo interesse che il comando politico le ha affidato.

Le A.I. si potrebbero ritagliare un ruolo qualificato nel segnalare periodicamente al Parlamento gli eventuali profili di illegittimità costituzionale, per esempio all’interno di appositi disegni di legge di iniziativa governativa che, analogamente all’attuale legge annuale sulla concorrenza, raccolgano le segnalazioni provenienti dalle singole Autorità.

Riconoscere questo ruolo alle A.I. significa verificare – come a suo tempo autorevolmente – se e quanto la definizione dell’indirizzo politico, come delineato dagli organi di vertice, possa essere successivamente condizionata dagli apporti delle amministrazioni sottostanti, e da queste concretamente realizzato, per «(...) non perdere di vista il reale atteggiarsi delle forze che operano all’interno dello Stato»⁹⁹.

La posizione qualificata nel segnalare le ipotesi di contrasto fra norme interne primarie e il parametro costituzionale si sottrae alle “strette” proprie dell’incidente di costituzionalità, ma è in grado di far emergere gli eventuali *vulnera* e suggerire al decisore politico soluzioni da adottare in merito alle questioni, con un effetto deflattivo sul contenzioso futuro.

Siffatta soluzione consente di ristabilire un controllo diffuso coerente con il modello previsto dall’ordinamento, ma è parimenti in grado di confermare il primato della Costituzione senza passare per

⁹⁷ L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, *passim*.

⁹⁸ M. CLARICH, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 91; P. L. PARCU, *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive*, Roma, 1996.

⁹⁹ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., p. 5.

la fase patologica dell'incidente di costituzionalità. Si tratta, cioè, di ammettere tale controllo attraverso la segnalazione in via anticipata delle eventuali situazioni di non conformità tra diritto interno e diritto europeo, e tra norme primarie e Costituzione, consentendo al legislatore di effettuare gli opportuni interventi correttivi.

Prevedere un siffatto intervento *ex ante* non significa tollerare una deviazione rispetto al tradizionale modello di ricorso incidentale, bensì aprire una breccia affinché soggetti qualificati siano in grado di segnalare al decisore politico eventuali aporie del sistema prima che le stesse divengano definitive, lì dove entrino a far parte dell'ordine legale, e quindi prevenendo l'emergere della *issue* in sede di contraddittorio processuale.

In ultima istanza, la ricostruzione qui proposta consente di chiudere il cerchio: la particolare forma di indipendenza che l'ordinamento riserva a tali organismi, titolari dell'interesse pubblico specifico, si estrinseca non soltanto attraverso l'esercizio di funzioni amministrative e regolamentari, ma anche attraverso il contributo personale e qualificato alla costruzione della fattispecie normativa e alla segnalazione di possibili contrasti fra questa e la Costituzione.

In questo modo la titolarità delle rispettive competenze è salvaguardata: le Autorità amministrano, regolano e segnalano; il decisore politico legifera; da ultimo interviene la Corte, a seguito di un eventuale ricorso incidentale. Ma questo crocevia di funzioni imputabili a soggetti diversi concorre al perseguimento dell'obiettivo ultimo: affermare il primato della legalità costituzionale.