



9 SETTEMBRE 2020

Autorità Antitrust e legittimazione al  
giudizio di costituzionalità:  
una pronuncia scontata o un'occasione  
mancata?

di Andrea Chiappetta

Dottorando di ricerca in “Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema”  
Università degli Studi di Teramo

# Autorità Antitrust e legittimazione al giudizio di costituzionalità: una pronuncia scontata o un'occasione mancata?\*

di **Andrea Chiappetta**

Dottorando di ricerca in “Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema”  
Università degli Studi di Teramo

**Abstract [It]:** Sollecitata per la prima volta da un'Autorità indipendente, la Corte costituzionale è tornata ad esprimersi sulla legittimazione al giudizio incidentale in capo ad organi estranei alla categoria della giurisdizione. Respingendo la tesi di una natura *quasi-judicial* dell'AGCM e negando la sussistenza delle denunciate 'zone d'ombra', la sent. n. 13 del 2019 ha offerto spunti per interrogarsi sul ruolo e sulla collocazione istituzionale dell'*Authority* ma anche sulla opportunità mancata di allargare le maglie dell'accesso alla Corte, onde consentire maggiore effettività e pervasività del sindacato di costituzionalità.

**Abstract [En]:** For the first time, the Italian Constitutional Court has been asked to decide on a constitutional incidental question referred to it by an Independent Authority. Dismissing the claim as inadmissible, because of the lack of *quasi-judicial* functions of the Italian Competition Authority, the judgment no.13/2019 has required new reflections not only on the role and the institutional status of Authorities, but also about the missed opportunity for expanding the scope of the constitutional review.

**Sommario:** 1. Le questioni all'esame. 2. Il difetto del requisito della terzietà e la negazione del rischio di zone d'ombra. 3. L'incerto quadro eurounitario. 4. Il modello di Authority che risulta dalla pronuncia. 5. L'epilogo del procedimento principale: l'AGCM provvede sorprendentemente nel merito. 6. Conclusioni.

## 1. Le questioni all'esame

Con la sentenza n. 13 del 2019 la Corte costituzionale è tornata ad esprimersi sulla legittimazione al giudizio incidentale in capo ad organi estranei alla categoria della giurisdizione in senso tecnico<sup>1</sup>. Sul tema è rimasto sempre particolarmente vivo il dibattito dottrinale, giustificato dalle soluzioni elastiche offerte dalla giurisprudenza costituzionale intervenuta a riguardo<sup>2</sup> e sollecitato dall'esigenza di garantire adeguata

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> In via preliminare, la Corte si occupa della partecipazione al giudizio incidentale di soggetti che non siano parti del giudizio *a quo*, risolta - con separata Ordinanza - in termini favorevoli per i (soli) terzi che siano '*titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura*'. In detti termini la Corte ha ritenuto ammissibile l'intervento del Consiglio nazionale del notariato - in quanto organo preposto per legge alla elaborazione delle norme deontologiche applicate nel settore - vertendo la questione sollevata su disposizioni volte ad esonerare dalla normativa anticoncorrenziale gli atti dei consigli notarili funzionali all'instaurazione del procedimento disciplinare.

<sup>2</sup> A cominciare dalla sentenza n. 129 del 1957 (in materia di volontaria giurisdizione) fino alle più significative pronunce n. 83 del 1966 (nota come 'sentenza Mortati') e n. 226 del 1976 (nota come 'sentenza Crisafulli'), di chiara apertura in tema di accesso incidentale alla Corte.

ampiezza alle occasioni di attivazione del sindacato di costituzionalità in un modello che non prevede l'accesso diretto<sup>3</sup>.

Nel caso che ci occupa a proporre l'incidente era stata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in prosieguo AGCM)<sup>4</sup>, sulla cui legittimazione processuale lungamente si è dibattuto in dottrina.

La pronuncia era perciò molto attesa<sup>5</sup> e si segnala, oltre che per lo specifico profilo processuale su cui era chiamata ad esprimersi, soprattutto per la complessiva ricostruzione del ruolo e della collocazione istituzionale dell'Authority.

Il giudizio prendeva avvio<sup>6</sup> dal procedimento instaurato nei confronti del Consiglio Notarile di Milano, volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza che si sarebbe attuata mediante

---

<sup>3</sup> Su tutti, A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli 'organi a quo'. Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, 2012, p. 119 ss., per il quale la 'vitalità del meccanismo incidentale' si pone quale garanzia di ottimale funzionalità del sistema di giustizia costituzionale. In senso analogo, con specifico riferimento alle autorità amministrative indipendenti, anche G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, p. 105; F. CECAMORE, *L'autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio incidentale*, in R. BALDUZZI – P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudici sulle leggi*, Torino, 2007, pp. 138-142.

<sup>4</sup> Istituita con l'art. 10, l. 10 ottobre 1990, n. 287, l'AGCM, nell'ormai vasto panorama delle agenzie indipendenti, è considerata l'espressione più pura del modello. Sul punto M. CLARICH, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI, *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 239. Lo stesso autore (ID. *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 110 ss.; ID. *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in *federalismi.it*, n. 15/2018, p. 3) individua nell'AGCM "caratteri distintivi rispetto alle Autorità indipendenti [...] La (sua) funzione di garanzia, come chiarisce anche l'ordinanza n.1, emerge allo stato quasi puro, proprio perché essa non è titolare di funzioni propriamente regolatorie".

<sup>5</sup> Sottolineano sotto tali profili la portata della pronuncia (all'epoca attesa) L. CASSETTI, *L'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *federalismi.it*, n. 14/2018, p. 2: "Quando i giudici costituzionali esamineranno l'ordinanza di rimessione [...] avranno l'opportunità di interrogarsi sul ruolo di un organo che presidia la libertà di concorrenza ed è al contempo essenziale nodo di raccordo per la realizzazione delle regole e della politica antitrust europea (artt. 101 ss. TFUE)", nonché G. DI PLINIO, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, in *federalismi.it*, n. 14/2018, p. 9: "la Corte costituzionale, accogliendo l'eccezione di incostituzionalità sollevata dall'antitrust, potrebbe mettere una volta per tutte ordine alla disciplina dei rapporti tra azione del Garante e legge del Parlamento (in uno dei settori più critici dell'ancien régime dei protezionismi corporativi), chiarendone la natura e avviando una più serena stagione di razionalità nella disciplina della concorrenza e del mercato".

<sup>6</sup> Con l'ordinanza n.1 del 3 maggio 2018. Le questioni sollevate - con riferimento agli articoli 3, 41 e 117, primo comma, della Costituzione (quest'ultimo in relazione all'art. 106, paragrafo 2, TFUE) - attengono all'articolo 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (norme sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili) ed all'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (norme per la tutela della concorrenza e del mercato). Ai sensi del primo "agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990 n. 287" che, a sua volta, prevede che "le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati".

la raccolta di informazioni sensibili ed il successivo loro utilizzo<sup>7</sup> per il perseguimento di sospettate finalità anticoncorrenziali<sup>8</sup>.

Era accaduto che nel corso della fase istruttoria e dopo l'invio della Comunicazione delle risultanze (CRI) alle parti del procedimento, con la legge finanziaria per il 2018<sup>9</sup>, veniva introdotta nella legge del 1913 sull'ordinamento del notariato una disposizione<sup>10</sup> che estendeva l'inapplicabilità della normativa a tutela della concorrenza e del mercato, già prevista per le categorie di imprese svolgenti servizi di interesse economico generale, anche a tutti gli atti prodromici ai procedimenti disciplinari nei confronti dei notai. L'entrata in vigore della norma, dunque, privava l'Autorità procedente del potere di controllo in via di avanzato esercizio (e ad istruttoria compiuta). L'esistenza di una limitazione di carattere generale, già vigente rispetto alla materia disciplinare<sup>11</sup>, sarebbe forse bastata a giustificare una resistenza dell'indagato Consiglio rispetto alle possibilità di intervento dell'Autorità di garanzia, ma l'interpretazione autentica estensiva sopravvenuta, determinando a monte la carenza di potere poi effettivamente eccepita dal CN di Milano, si prestava a produrre una totale impermeabilità dell'operato di quest'ultimo alle verifiche antitrust<sup>12</sup>.

Probabilmente le circostanze specifiche – l'inserimento di una norma riduttiva del campo di indagine dell'A. preposta al controllo in un contesto certamente improprio (legge di bilancio) ed in mancanza di qualsiasi ragione di impellenza<sup>13</sup> – hanno influito sulla scelta dell'AGCM di sollevare la q.l.c. che, invero, non appariva l'unica strada perseguibile. L'Autorità, infatti, avrebbe potuto ritenere la norma

---

<sup>7</sup> Così testualmente si legge nella Comunicazione delle risultanze istruttorie: *“richiesta a tutti i notai del distretto di dati concorrenzialmente sensibili al fine di far emergere le posizioni di preminenza economica; iniziative disciplinari nei confronti dei notai del distretto maggiormente produttivi ed economicamente performanti, accompagnate da attività segnaletica volta a dare risalto a tali iniziative”*.

<sup>8</sup> L'intento che si assume sotteso alla raccolta dei dati in ambito sedicentemente disciplinare sarebbe quello di impedire ai notai vigilati dimostratisi più performanti di discostarsi dalla media del distretto *“tramite il ricorso alla leva prezzo e/o a modalità innovative di offerta”*.

<sup>9</sup> Precisamente l'art. 1, comma 495, lett. c), della l. n. 205 del 2017 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018/2020).

<sup>10</sup> L'articolo 93-ter, comma 1-bis.

<sup>11</sup> Per Cass. civ., sez. II, 5 maggio 2016, n. 9041, nell'esercizio del potere di vigilanza disciplinare il Consiglio notarile adempie *“una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà ed esercita prerogative tipiche dei pubblici poteri”*, già altre volte riconosciute a livello sovranazionale (Corte di Giustizia 19 febbraio 2002, Causa C-309/99 *Wouters e altri v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*) e tali da giustificare l'esenzione dalla normativa a tutela della concorrenza e del mercato.

<sup>12</sup> Il CN di Milano come conseguenza dell'intervento normativo, ritenuto applicabile in virtù del principio *tempus regit actum* operante in relazione al momento dell'adozione della deliberazione, opponeva l'incompetenza assoluta dell'AGCM rispetto alle condotte rese oggetto di istruttoria.

<sup>13</sup> Sul punto diffusamente ed approfondendo i temi della carenza della funzione legislativa e della *“crisi della democrazia deliberativa”* A. FERRARA, *L'autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 14/2018, p. 4 per il quale *“Si tratta dunque di una norma intrusa di carattere ordinamentale collocata, fuori contesto, tra le misure quantitative per la realizzazione degli obiettivi programmatici; inserita su presumibile pressione della lobby interessata, nell'ambito di un articolo unico di ben 1182 enunciati normativi, di disparato contenuto (nel testo risultante dal lavoro di mediazione compiuto dalla commissione bilancio del Senato); e sul quale, in ragione della questione di fiducia, i membri del Parlamento hanno potuto votare con un sì o con un no, solo sul testo complessivo e inemendabile della legge”*.

sopravvenuta non applicabile alla fattispecie - come la sua successiva delibera pubblicata il 1° agosto 2019 pare confermare - od adeguarvisi, così generando i presupposti di un'eventuale impugnativa giurisdiziale del suo provvedimento da parte del soggetto che fosse portatore di interesse contrario alla sua scelta. Nel primo caso, il CN, ove sanzionato; nel secondo caso, i notai segnalanti l'ipotizzato abuso, ove giudicato non suscettibile di controllo.

L'opzione della rimessione alla Corte diveniva così occasione per portare alla ribalta un'esigenza da sempre avvertita<sup>14</sup> ma fortemente dibattuta.

Messi da parte i profili relativi al merito delle disposizioni censurate, sul piano processuale l'ordinanza di rimessione si incentra<sup>15</sup> sulle nozioni di “*giudice*” e di “*giudizio*” elaborate dalla giurisprudenza costituzionale, valorizza le nuove decisioni in cui tali nozioni sono state maggiormente dilatate e ne arricchisce le argomentazioni appellandosi ai principi rinvenuti dal diritto eurounitario. Ciò al duplice fine di ricondurre le funzioni dell'AGCM nel paradigma dell'istituzione giudicante e terza, in possibile condizione dialogica con la Consulta e, in via subordinata, di declinare la propria legittimazione sul piano “finalistico”, cioè come strumentale a coprire aree altrimenti difficilmente verificabili.

Sotto il primo profilo, richiamandosi ai più noti precedenti 'inclusivi' della Corte (le sentenze n. 83 del 1966 e n. 226 del 1976), l'ordinanza si sofferma sui requisiti di indipendenza e neutralità che nella specie non difetterebbero sia per l'aspetto dell'indipendenza esterna (modalità di nomina dei componenti<sup>16</sup>,

---

<sup>14</sup> Sin dagli interventi dei suoi Presidenti: G. AMATO, *conclusioni agli atti del Convegno “La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali”*, Roma, 1995, pp. 12-13 (disponibile sul sito: [www.agcm.it](http://www.agcm.it)) in cui riferendosi a leggi contrarie alla concorrenza, auspicava: “*Vi sarà un modo di fare arrivare queste leggi alla Corte costituzionale? Per ora ne ho pensati due. Il primo, a medio termine, assume che un'autorità indipendente, che in realtà non è amministrativa perché non fa ponderazione di interessi pubblici, ma applica il sillogismo tipico del ragionamento giudiziario e lo applica con procedure che sempre più stanno diventando contenziose, non è molto diversa da quella Corte dei conti a cui, in sede di registrazione di decreti e di parificazione del rendiconto consuntivo dello Stato, fu consentito e ammesso di sollevare come giudice a quo questioni di costituzionalità davanti alla Corte...*”; A. CATRICALÀ, *Introduzione al Convegno “Il ventennale dell'istituzione dell'autorità antitrust”*, Roma, 21 gennaio 2010, p. 12 (disponibile sul sito: [www.agcm.it](http://www.agcm.it)) in cui rimarcava: “*Sarebbe importante dotare l'autorità della legittimazione a adire il giudice amministrativo per chiedere l'annullamento degli atti delle pubbliche amministrazioni in violazione della normativa sulla concorrenza; nella stessa logica, sarebbe auspicabile che l'autorità fosse dotata della legittimazione a sollevare, nell'ambito dei procedimenti volti all'accertamento degli illeciti, questioni di legittimità costituzionale della normativa in contrasto con il principio di concorrenza, e della facoltà di proporre al governo l'impugnativa in via diretta della legislazione regionale in contrasto con il medesimo principio*”. Sul tema anche E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, Convegno organizzato da Nexus, Roma, 27 febbraio 2006, p. 9 (disponibile sul sito: [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)).

<sup>15</sup> Per una specifica analisi dei diversi piani di cui consta la motivazione dell'Ordinanza, si vedano P. CARNEVALE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della ‘zona franca’*. *Prmissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *federalismi.it*, n. 17/2018; E. CANALE, *La nozione di giudice a quo: l'AGCM è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice delle leggi?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2018.

<sup>16</sup> A norma dell'art. 10 della legge istitutiva, l'Autorità è organo collegiale costituito dal Presidente e da quattro membri nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, diversamente da altre autorità indipendenti (Consob, Agcom) i cui membri sono -tutti od in parte- di nomina governativa, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti.

durata e non rinnovabilità del mandato, regime di incompatibilità<sup>17</sup> quali meccanismi atti a preservare l'organo da interferenze politiche), sia per quello dell'indipendenza interna (autonomia degli uffici che svolgono l'attività istruttoria e di contestazione, rispetto all'organo collegiale decidente).

Per avvalorare la sussistenza del requisito soggettivo l'ordinanza si riferisce, quindi, ai parametri sanciti a livello sovranazionale in tema di indipendenza dei collegi giudicanti e di giusto processo (art. 6 CEDU) e ribaditi, fra l'altro, dalla Corte EDU<sup>18</sup> per reprimere l'anomalia (al tempo) riscontrata nel sistema italiano di *autodichia* della Camera dei deputati<sup>19</sup>.

In questa direzione si colloca l'accurata rappresentazione volta a dimostrare come nell'attività del Garante le funzioni esercitate in fase istruttoria restino nettamente separate da quelle proprie della fase decisionale. Venendo poi alla ricostruzione del requisito oggettivo, questo risulterebbe integrato, *in primis*, dalla precipua attività di garanzia che – diversamente dalle altre autorità amministrative indipendenti con compiti di regolazione – connoterebbe l'organo<sup>20</sup>, chiamato a fare applicazione della legge al pari di un giudice e non a ponderare interessi contrapposti, come una pubblica amministrazione.

L'analogia con la funzione giurisdicente troverebbe conforto anche nella struttura del procedimento davanti all'AGCM – che secondo il rimettente sarebbe connotata da un contraddittorio pieno<sup>21</sup> – e nell'attribuzione del potere in capo all'Autorità di ordinare l'inibitoria di condotte contrarie alla legge e di irrogare sanzioni pecuniarie mediante decisioni che - ove non impugnate - si consolidano, al pari del giudicato.

Il secondo argomento speso a sostegno della propria legittimazione è quello della “zona d'ombra”.

Il rimettente, delineando come “*estremamente difficile*” ogni altro accesso alla Corte (in quanto nella fattispecie sostanzialmente rimesso all'iniziativa di un'autorità giudiziaria investita del tutto eventualmente dalla parte privata), ritiene che andrebbe riconosciuta all'Autorità la posizione di “*giudice a quo ai limitati fini dell'articolo 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e dell'articolo 3 della legge n. 87 del 1953*”, onde scongiurare il rischio di una ‘zona franca’ (od almeno ‘d'ombra’) rispetto al controllo di costituzionalità.

---

<sup>17</sup> I membri sono nominati per sette anni e non possono essere riconfermati; non possono esercitare alcuna attività professionale o di consulenza, nè possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, nè ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura.

<sup>18</sup> Sentenza del 28 aprile 2009, *Savino e altri c. Italia*.

<sup>19</sup> Si trattava dell'anomalia rilevata prima della modifica introdotta all'art.12 del Regolamento, secondo cui l'organo di appello veniva composto da membri dell'Ufficio di presidenza della Camera, appartenenti al medesimo organo competente sulle principali questioni amministrative.

<sup>20</sup> In termini assertivi ed assorbenti l'ordinanza definisce la propria attività come “*volta esclusivamente a garantire, in una posizione di neutralità e di imparzialità, la riconducibilità delle condotte delle imprese nell'ambito della legge, al solo fine di tutelare un diritto oggettivo (quello della concorrenza) avente rilevanza generale*”.

<sup>21</sup> Definito nell'ordinanza “*di chiara derivazione processuale*”.

In tale contesto, l'ordinanza segue il filo conduttore della giurisprudenza costituzionale sulla ritenuta legittimazione della Corte dei conti in sede di controllo preventivo che, dalla sentenza Crisafulli (sent. n. 226 del 1976) in poi, ha riconosciuto l'accesso incidentale “*ai limitati fini*”, valorizzando il criterio oggettivo per cui la funzione debba esplicarsi in termini di controllo avente come solo parametro la legge. Sul punto l'ordinanza richiama specificamente la sentenza della Corte n. 384 del 1991<sup>22</sup> che secondo la ricostruzione del rimettente ha fondato la ritenuta legittimazione sull'esigenza di assicurare l'analisi di profili di costituzionalità che altrimenti sarebbero rimasti oscuri<sup>23</sup>, in tali casi auspicando un allargamento dei meccanismi di accesso al giudizio costituzionale<sup>24</sup>.

## 2. Il difetto del requisito della terzietà e la negazione del rischio di zone d'ombra

Nessuna delle argomentazioni fornite dal rimettente ha trovato accoglimento, tant'è che il giudizio si è definito con pronuncia di inammissibilità per difetto di legittimazione.

La soluzione adottata si riannoda espressamente alla precedente giurisprudenza che, nel vagliare la sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 9 febbraio 1948 e dall'art. 24 della legge n. 87 dell'11 marzo 1953, ha di volta in volta tracciato “*delle direttrici che permettono la ricostruzione del quadro normativo e la risoluzione dei casi dubbi*” (così al punto 3.2 del *Considerato in diritto* della sentenza).

A questo ambito vengono dalla Corte ascritte le pronunce che, poggiando sul requisito oggettivo quale elemento idoneo a “*soggettivizzare*” il giudice<sup>25</sup>, hanno consentito l'accesso ad organi “*pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura*” purché “*investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione super partes*” (sentenza n. 83 del 1966<sup>26</sup>); e, dunque, anche ad organi non qualificabili come giudici in senso proprio ma

---

<sup>22</sup> Invero, il riconoscimento della qualità di giudice *a quo* era intervenuto in favore della Corte dei conti con sentenze anche più risalenti, fra cui Corte cost. sentt. n. 165 del 1963, n. 121 del 1966, nn. 142 e 143 del 1968.

<sup>23</sup> Nel caso specifico si trattava di verificare i profili di “*legittimità attinenti alla copertura finanziaria delle leggi*” e, dunque, il rispetto dell'art. 81 Cost.

<sup>24</sup> Nella citata pronuncia della Corte l'ordinanza ha voluto riscontrare “*la necessità di arricchire i meccanismi di introduzione delle questioni di legittimità costituzionale*”.

<sup>25</sup> Emblematiche di tale approdo giurisprudenziale le tante sentenze di riconoscimento della legittimazione ad organi certamente estranei al potere giudiziario, quali il collegio arbitrale (sentenze nn. 376 del 2001, 223 del 2013, 123 del 2014); il commissario per gli usi civici (sentenze nn. 78 del 1961 e 345 del 1997); la commissione dei ricorsi contro i provvedimenti dell'Ufficio italiano brevetti e marchi (sentenze nn. 158 del 1995 e 271 del 2002); i consigli nazionali dei chimici (sentenza n. 345 del 1995), dei geometri (ordinanza n. 315 del 1983), dei periti industriali (sentenza n. 26 del 1990), dei ragionieri e periti commerciali (ordinanza n. 103 del 2000); il consiglio nazionale forense (sentenza n. 114 del 1970); il console (sentenza n. 51 del 2010); la sezione disciplinare del consiglio superiore della magistratura (sentenza n. 12 del 1971); l'ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione (sentenza n. 278 del 2011).

<sup>26</sup> Nell'occasione si trattava di un soggetto certamente appartenente all'ordine giudiziario ma nello svolgimento di attività diverse dalla risoluzione di controversie e, specificamente, del pretore nelle sue competenze in materia di esecuzione e riguardanti la vendita di beni pignorati.

che, sul piano oggettivo, si collochino in posizione “*analoga alla funzione giurisdizionale*” e sempre che, sul piano soggettivo, risultino muniti di garanzie di indipendenza “*analogamente ai magistrati dell'ordine giudiziario*” (sentenza n. 226 del 1976<sup>27</sup>).

La Corte riconosce di non aver elaborato “*generalì e predeterminati schemi concettuali*” e non cela di aver praticato una certa ‘elasticità’ nell’operazione ermeneutica di individuazione dei requisiti<sup>28</sup>. In senso espansivo sono state attratte al controllo di costituzionalità non solo ‘*zone franche*’ ma anche “*zone d'ombra*”, ossia norme solo “*più difficilmente*” in altro modo verificabili; in senso restrittivo si è precluso l'accesso “*nei casi dubbi*” ad organi istituiti dopo l'entrata in vigore della Carta, onde superare il rischio di aggiramento del divieto di istituzione di giudici speciali.

Pur nella loro riconosciuta flessibilità, le richiamate “*direttrici*” hanno portato la Corte a ritenere che l'AGCM rimettente fosse carente di legittimazione in quanto organo mancante dell'essenziale requisito della terzietà.

Tale carenza sarebbe anzitutto dimostrata dalla condizione di parte processuale attribuita all'Autorità nel giudizio amministrativo, sia in qualità di resistente nelle controversie instaurate a seguito della impugnazione di suoi provvedimenti<sup>29</sup>, sia in qualità di ricorrente nell'esercizio della facoltà di procedere all'impugnazione degli atti di qualsiasi amministrazione<sup>30</sup>, ritenuti in contrasto con la normativa antitrust. Questo elemento<sup>31</sup> ha determinato, per la Corte, una “*ontologica incompatibilità tra la posizione di giudice e di parte processuale*”, inficiando il requisito indefettibile della terzietà.

---

<sup>27</sup> Il rimettente era in quel caso la Corte dei conti in sede di controllo sugli atti legislativi del governo e, dunque, un giudice certamente non 'in senso proprio' ma ritenuto in condizione “*analoga*” in termini soggettivi ed oggettivi.

<sup>28</sup> L'innegabile 'elasticità' delle valutazioni della Consulta in materia è stata ampiamente sottolineata dai commentatori dell'ordinanza di remissione che di essa avrebbe voluto giovare. Fra gli altri, L. CASSETTI, *L'autorità Garante, op. cit.*, p. 3, secondo cui “[...] *La Corte dovrà in prima battuta confrontarsi con la sua giurisprudenza, multiforme e non sempre lineare, in materia di presupposti per avere 'un giudice' e 'un giudizio' ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 della l. cost. n.1 del 1948*”; e ancora P. CARNEVALE, *L'autorità, op.cit.*, p. 4, per il quale “*quello della legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale è, si può dire, un profilo rispetto al quale la giurisprudenza costituzionale ha mostrato di inclinare ad un uso duttile del vaglio di ammissibilità che, se ha interessato in generale i diversi fattori di accesso al giudizio di costituzionalità [...] ha fatto tuttavia di quello qui in esame una sorta di terreno elettivo*”.

<sup>29</sup> Il d. lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.) ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti adottati, fra l'altro, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 133, comma 1, lett. l) con giurisdizione estesa anche al merito (art. 134, comma 1, lett. c) per le sanzioni pecuniarie applicate dalle autorità amministrative indipendenti.

<sup>30</sup> Conferita dall'art. 21 bis l. n. 287 del 1990, introdotto dall'art.35, comma 1, decreto legge n. 201 del 2011, convertito con modificazioni in legge n. 214 del 2011.

<sup>31</sup> Invero rimasto del tutto inesplorato in sede di ordinanza di remissione. Secondo A. JANNARELLI, *L'autorità garante e la tutela della concorrenza: tra interesse pubblico e generale*, in *Foro it.*, n.5/2019, p. 1533, “*A ben vedere, era proprio questo, del resto, il tallone di Achille dell'ordinanza confezionata dall'Agcm, che, non a caso, ha del tutto trascurato lo spinoso tema riassumibile nell'ossimoro per cui l'autorità opererebbe sempre come una parte imparziale*”.

V'è di più. La medesima argomentazione viene caricata nel prosieguo della motivazione di forza e significato assorbente rispetto a tutti i diversi piani d'indagine che il tema ha posto.

Ed infatti, dalla anzidetta considerazione delle facoltà attribuite all'*authority* in sede giurisdizionale, la Corte fa discendere l'esclusione della sussistenza di 'zone franche' o 'zone d'ombra' segnalate dal rimettente (secondo la Corte pure "*contraddittoriamente*"). Tanto sul presupposto (punto 7. del *Considerato in diritto*) dell'esistenza di "*una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui può essere promossa la questione di legittimità costituzionale*". Sede indicata in quella che "*potrebbe*" instaurarsi, a seguito dell'impugnazione di un provvedimento declinatorio dell'autorità, ad iniziativa dei soggetti interessati all'accertamento delle denunciate finalità anticoncorrenziali (in tesi abusivamente esercitate dal Consiglio notarile).

La stessa attribuzione della "*veste processuale di parte*" contribuirebbe a definire la funzione dell'organo come "*amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco*". L'affermazione, sotto il profilo rilevato, finisce per allontanare ulteriormente l'Autorità dal modello di 'paragiurisdizionalità' in cui l'ordinanza si prefiggeva di inquadrare l'istituzione, risultando inconciliabile la qualificazione del potere dell'AGCM come discrezionale con il fondamento della funzione giudicante, riconosciuto univocamente nella "*obiettiva applicazione della legge*". Per tale verso, dunque, la Corte inquadra il rimettente fuori dai criteri estensivamente fissati dalla precedente elaborazione giurisprudenziale in quanto, se pure l'accesso è stato nel tempo consentito ad organi estranei all'apparato giurisdizionale, sempre e comunque è risultato indefettibile il presupposto oggettivo dell'espletamento di una funzione analoga a quella giurisdizionale, vincolata cioè all'applicazione della legge, "*piuttosto che assimilabile a quella amministrativa*".

Nella stessa direzione, pure la funzione di garanzia, esaltata nell'ordinanza come elemento di distinzione rispetto alle altre *Authorities*, ha ricevuto in sentenza tutt'altra luce, in quanto ritenuta concomitante con "*rilevanti poteri pararegolatori e consultivi*", nonché con un ampio margine di discrezionalità nell'uso degli strumenti correttivi predisposti dalla legge *antitrust* (la Corte cita le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione di impegni e i c.d. programmi di clemenza).

Infine, anche la struttura del procedimento di controllo – assimilata nell'ordinanza a quella giurisdizionale – viene ricondotta dalla Corte nell'alveo del classico procedimento amministrativo di natura verticale, secondo le valutazioni sul punto già compiute dalla giurisprudenza amministrativa<sup>32</sup>.

Se è innegabile che la condizione di terzietà del rimettente fosse prevedibilmente ritenuta compromessa dall'attribuzione del ruolo di parte processuale (a tutela dei propri provvedimenti o in sede impugnatoria), non altrettanto pacifica appariva – e forse ancora appare – l'esclusione della sussistenza della 'zona

---

<sup>32</sup> Il richiamo espresso è a Cons. St, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596 e 11 gennaio 2016, n. 38.

d'ombra' prospettata dall'*authority*. Sul punto l'argomentazione fornita dalla Corte – fondata sull'opportunità di tutela giurisdizionale – non supera la criticità denunciata dal rimettente per tutte le ipotesi nelle quali non venga instaurato alcun giudizio nel quale incardinare la questione di legittimità costituzionale. L'attivazione della tutela, come più avanti si noterà, specie ove rimessa all'iniziativa di una parte privata, rimane del tutto eventuale e subordinata ad interessi contingenti, con conseguente forte limitazione delle occasioni di denuncia di norme sospette e, per l'effetto, di controllo di conformità.

### 3. L'incerto quadro eurounitario

L'istituzione delle autorità indipendenti nell'ordinamento italiano rinviene la sua fonte legittimante nei principi costituzionali a presidio dei quali esse sono poste e per l'AGCM, in primo luogo, negli articoli 41 e 117 della Costituzione<sup>33</sup>.

Poiché il principio del libero mercato è pervenuto al più *“elevato grado di canonizzazione”*<sup>34</sup> nel diritto eurounitario<sup>35</sup> ove è presente (seppure con diverse formulazioni) sin dai suoi albori<sup>36</sup>, il fondamento delle autorità indipendenti negli Stati membri è da rintracciarsi all'interno dei Trattati europei<sup>37</sup> e dei Regolamenti<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Ed in ambito prettamente privatistico nelle apposite disposizioni codicistiche a tutela dell'individuo-imprenditore rispetto a lesive condotte anticoncorrenziali.

<sup>34</sup> Così D. PORENA, *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul d. lgs. n.3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di “antitrust private enforcement”). Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge ... ed all'autorità antitrust?*, in *federalismi.it*, n. 7/2018, p. 7.

<sup>35</sup> Secondo S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005, p. 76, *“il principio di concorrenza permea di sé tutto il diritto comunitario ed ha valore costituzionale centrale in tale ordinamento”*. Nello stesso senso G.M. ROBERTI, *La dimensione europea della politica di concorrenza*, in *federalismi.it*, n.3/2012, che indica nella politica di concorrenza *“la vera success story dell'integrazione europea”*.

<sup>36</sup> Già il Trattato di Roma prevedeva la creazione di *“un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno”* all'art.3 lettera f), transitato poi nel Trattato di Maastricht. Se pure il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il primo dicembre 2009, non la menzioni direttamente nell'art.3, il Protocollo 27 (sul mercato interno e sulla concorrenza) allegato al Trattato di cui condivide l'efficacia giuridica, riconosce la necessità di *“un sistema”* indispensabile per la realizzazione della concorrenza come obiettivo dei trattati stessi. In ogni caso, gli articoli 101-109 TFUE traspongono gli articoli 81-89 TCE, l'art. 120 ripropone l'art. 98 TCE prevedendo che *“Gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”* e l'art. 3 TFUE include nelle materie di *competenza esclusiva dell'UE* la *“definizione delle regole necessarie al funzionamento del mercato interno”*.

<sup>37</sup> Sul punto, B. CARAVITA DI TORITTO, *I fondamenti europei della concorrenza*, in M. AINIS – G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, 2019, p. 39, per il quale *“È in quel testo sostanzialmente costituzionale (anche se non lo vogliamo chiamare costituzione), costituito dai tre blocchi del TUE, TFUE e della Carta europea dei diritti fondamentali che va rintracciato l'effettivo fondamento dell'Autorità antitrust”*.

<sup>38</sup> Il regolamento n. 1/2003 all'art.5 prevede che gli Stati membri designino un'autorità nazionale responsabile dell'applicazione degli articoli 101 e 102, chiamata a cooperare con la Commissione in stretta collaborazione, e ne indica le funzioni (*“ordinare la cessazione di un'infrazione; disporre misure cautelari; accettare impegni; comminare ammende, penali di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale”*).

Nel cosiddetto ‘sistema binario’ (o ‘doppio binario’) di tutela della concorrenza<sup>39</sup> – *private enforcement* (protezione dell'individuo-imprenditore ed applicazione del rimedio risarcitorio) e *public enforcement* (rimozione degli ostacoli volti ad impedire il libero confronto e l'allargamento dei mercati) – manca la prefigurazione di un paradigma comune per gli Stati membri, confrontandosi, a livello internazionale e in ambito pubblicistico, un modello, tipico dei Paesi di *common law*, basato sulla distinzione tra il ruolo di controllo affidato all'autorità ed il ruolo sanzionatorio affidato al giudice, ed un altro, prevalente in ambito eurounitario<sup>40</sup>, secondo cui l'autorità indipendente decide sulla sussistenza dell'infrazione e sui correttivi applicabili ed il potere giudiziario provvede al controllo solo in ipotesi di impugnazione.

Sarebbe stato, dunque, plausibile per la valutazione dei criteri di accesso alla Consulta ricercare riferimenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che hanno vagliato i presupposti di ammissibilità del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. Anche in questo ambito, infatti, si tratta di valutare il requisito di “*giudizio pendente davanti ad un organo giurisdizionale*”, una nozione riconducibile non alla qualificazione giuridica in termini soggettivi, ma piuttosto alle caratteristiche strutturali e funzionali dell'organo del rinvio<sup>41</sup>.

Va detto che la Corte costituzionale non è stata generalmente propensa ad attribuire al pronunciamento della CGUE in sede di rinvio pregiudiziale portata significativa ai fini della legittimazione a sollevare la q.l.c. E così, ad esempio, mentre la Corte di giustizia (CGUE, 16 ottobre 1997, C-69/96 e C-79/96, *Garofalo*) affermava la legittimazione del Consiglio di Stato in sede consultiva al rinvio pregiudiziale<sup>42</sup>, per lungo tempo la Consulta è stata, invece, restia ad ammetterne l'accesso incidentale davanti a sé, sul presupposto che “*il riconoscimento della natura giurisdizionale non è avvenuta ai fini della proponibilità del giudizio incidentale, retto da norme e principi su cui la Corte di giustizia CE, nella sentenza indicata, non ha avuto da pronunciarsi?*” (Corte Cost., sent. n. 254 del 2004)<sup>43</sup>.

Anche a prescindere dalla 'riltuttanza' della Consulta a trasferire le valutazioni operate dalla Corte di giustizia nell'ambito del suo vaglio di ammissibilità all'accesso incidentale, vi è da riconoscere che nella giurisprudenza europea non è comunque rintracciabile un indirizzo univoco in materia e che al contrario sono emersi elevati indici di flessibilità dei criteri, che finiscono per essere applicati 'caso per caso'.

---

<sup>39</sup> Così anche F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, p. 27.

<sup>40</sup> Alcuni Stati (Austria e Finlandia) hanno adottato nel tempo soluzioni ancora diverse, affidando all'autorità le indagini e ad un tribunale ‘commerciale’ la comminatoria di eventuali sanzioni.

<sup>41</sup> In termini Corte di Giustizia, Grande sezione, causa C- 203/2014 *Consoni Sanitari del Mareme* (specificamente punto 17).

<sup>42</sup> Diffusamente sul punto, 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*, 2/2018, p. 316.

<sup>43</sup> Solo con le sentenze n. 256 del 2013 (su questione sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia in sede di parere su ricorso straordinario al Presidente della Regione) e n. 73 del 2014 (su questione sollevata dal Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario al Capo dello Stato) la Corte ha mutato indirizzo, attribuendo al ricorso straordinario “*caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo*” e giustificando il *revirement* con interventi normativi sopravvenuti.

Di fronte alla variabilità degli elementi valorizzati nelle decisioni ammissive del rinvio (origine legale dell'organo, carattere permanente, obbligatorietà della sua giurisdizione, struttura del procedimento, decisione secondo diritto), il solo requisito dell'*indépendance* sembrerebbe costituirne l'immane fulcro<sup>44</sup>. Ed infatti esso è risultato dirimente anche nella valutazione delle iniziative di rinvio pregiudiziale sinora pervenute alla CGUE ad opera delle autorità garanti della concorrenza di Stati membri.

In particolare, sono giunte all'esame della Corte le istanze proposte dall'agenzia spagnola e dall'agenzia greca. Nel primo caso (16 luglio 1992, causa C-67/91, *Asociacion Espanola de Banca e a.*), la CGUE ha giudicato ricevibile il rinvio, valutando favorevolmente i requisiti dell'autorità spagnola<sup>45</sup> sul presupposto della ritenuta indipendenza dei membri del collegio - nominati dal Governo su proposta del Ministro dell'economia - e della separazione dell'attività istruttoria da quella decisionale, ma anche in considerazione dell'articolazione del procedimento e della definizione di esso attraverso una decisione assunta in applicazione di norme di diritto e con efficacia vincolante.

Il diverso esito del rinvio dell'autorità greca, definito irricevibile con la pronuncia *Syfait* (31 maggio 2005, causa C-53/03), trae argomento in particolar modo dal riscontrato difetto di indipendenza dell'organo operante in Grecia (*HCC-Epitrope Antagonismou*). Nello specifico la CGUE ha ritenuto incompatibile con la natura giurisdizionale dell'istituzione i suoi collegamenti esterni (con il Ministro per lo sviluppo) ed interni (tra l'ufficio istruttorio, articolato come segretariato, ed il collegio). Il precedente risulta citato nella sentenza della Corte costituzionale in commento in termini rafforzativi dell'affermata rilevanza del nesso funzionale tra Segretariato e Presidenza anche per l'omologo organismo italiano.

Epperò, anche quest'ultimo piano motivazionale relativo all'indipendenza ed alla neutralità delle istituzioni si è prestato nel tempo ad una certa duttilità, rimanendo del tutto in ombra in alcune pronunce (Corte di Giustizia, 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*)<sup>46</sup> e maggiormente valorizzato in altre (Corte di Giustizia, 9 marzo 2010, causa C-518/07)<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Nella ricostruzione offerta da G. MAZZANTINI – M.C. MARZOCCA, *Legittimazione dell'autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018, 28 ss., il carattere dell'indipendenza diventa dirimente a partire dalle decisioni 11 giugno 1987, Pretore di Salò, C-14/86 e 30 marzo 1993, Corbiau, C-24/92.

<sup>45</sup> Al tempo la Spagna era dotata di diverse agenzie di garanzia, fra cui il *Tribunal de defensa de la competencia* che operava il rinvio in oggetto; una riforma intervenuta nel 2013 ha concentrato in un unico soggetto, la *Comision Nacional de los Mercados y la Competencia*, le diverse funzioni consultive e di vigilanza.

<sup>46</sup> Si tratta della decisione che ha riconosciuto la natura di organo giurisdizionale alla Commissione federale tedesca di sorveglianza sull'aggiudicazione degli appalti pubblici sul presupposto che i membri applicassero le disposizioni essenziali dello statuto del giudice ma senza assegnare particolare rilievo ai legami (interni) tra Commissione ed organizzazione dell'ufficio e (esterni) tra Commissione e Ministero dell'economia.

<sup>47</sup> Ove nel riconoscere l'accesso all'Autorità tedesca per la protezione dei dati personali, si afferma che questa esercita un potere decisionale indipendente da qualsiasi influenza esterna, diretta o indiretta, e ritenendo detto requisito indispensabile per rafforzare le decisioni.

Al di fuori della giurisprudenza formatasi in sede di rinvio pregiudiziale che, per quanto osservato, difficilmente nella vicenda all'esame avrebbe potuto costituire ancoraggio per un avviso della Consulta diverso da quello espresso nella decisione commentata, non può trascurarsi un ulteriore, convergente rilievo. Benché sotto altra prospettiva, anche alcuni interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo - chiamata ad intervenire sul rispetto delle garanzie convenzionali nei procedimenti instaurati dalle autorità indipendenti statali - hanno indirettamente indebolito la tesi della natura paragiurisdizionale dei predetti organi. Fra questi, le note sentenze della Corte EDU riguardanti il potere sanzionatorio di agenzie indipendenti italiane (*Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*<sup>48</sup> relativa proprio all'antitrust e *Grande Stevens ed altri c. Italia*<sup>49</sup> relativa alla Consob). Nei citati precedenti, nel valutare (sia pure con diversi esiti) la denunciata violazione delle garanzie sottese al principio del giusto processo, si è valorizzata la necessità per gli Stati di prevedere un controllo sul provvedimento sanzionatorio adottato dalle autorità indipendenti nei termini di *full jurisdiction* (sindacato pieno ed assoluto sul merito della violazione, sulla scelta e sull'entità della comminatoria), evidentemente consonante con una natura prettamente amministrativa più che *quasi-judicial* delle c.d. istituzioni di garanzia.

D'altra parte, nella giurisprudenza interna agli altri Stati europei, risulta pressoché uniforme l'indirizzo volto a riconoscere la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità in via incidentale ai soli organi giurisdizionali, intesi come inseriti nell'apparato giudiziario ed esplicitanti funzioni giudicanti, con conseguente esclusione delle autorità indipendenti. Purtuttavia non può non osservarsi che, nei sistemi contemplanti anche l'azione diretta, l'esigenza di agevolare il meccanismo della rimessione è certamente meno avvertita rispetto a quelli che – come l'Italia (in Europa anche Francia, Romania e Bulgaria) – ne sono privi, rimanendo esposti ai rischi che la “*strettoia*” dell'accesso incidentale produce in termini di effettività e diffusione del controllo sulle leggi.

#### **4. Il modello di Authority che risulta dalla pronuncia**

La Corte non ha riconosciuto all'autorità rimettente alcuno dei caratteri che sembravano conferire ad essa una qualificazione perlomeno atipica, se non proprio “*sui generis*”, in un colpo solo cancellando tutte le raffinate analisi dottrinarie che l'istituzione delle agenzie indipendenti – e le modifiche normative via via intervenute a rafforzarne i poteri – avevano sollecitato.

Al di là del riconoscimento dell'esistenza di istituzioni collocabili negli “*interstizi delle categorie dell'amministrazione e della giurisdizione*”, definita come “*zona grigia*” generata dalle tendenze affermatesi nel tempo alla “*giurisdizionalizzazione dell'amministrazione ed all'amministrativizzazione della giurisdizione*”, la

---

<sup>48</sup> Sentenza del 29 settembre 2011, ric. n. 43509/08.

<sup>49</sup> Sentenza del 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10.

decisione della Corte finisce col compiere una scelta che probabilmente non preclude alle autorità indipendenti solo l'accesso alla Corte.

La definizione dell'attività come “*amministrativa discrezionale*” e delle funzioni in termini di “*ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco*” equivale a ricondurre l'AGCM complessivamente, ossia sotto ogni profilo, nel tradizionale terreno della pubblica amministrazione o – per mutuare una più icastica espressione – a “*ricacciarla nel novero delle amministrazioni tradizionali, queste sì certamente non indipendenti*”<sup>50</sup>.

Nel nostro ordinamento, il modello disegnato dalla legge istitutiva e dalle successive sue modificazioni ha in realtà determinato l'attribuzione all'autorità garante della concorrenza di molteplici attività (c.d. *modello polifunzionale*) – inquadrabili come funzioni di autorizzazione e vigilanza, funzioni di regolamentazione (*rulemaking*) o funzioni decisionali (*adjudication*) – di vario contenuto e diversa connotazione che ne hanno reso molto controverso in dottrina<sup>51</sup> un inquadramento compatibile con l'architettura costituzionale (oltre a determinare ricorrenti ipotesi di riforma).

Nella vastità dei compiti assegnati all'Authority, non sempre è risultata riconosciuta (o riconosciuta come prevalente) quella “*funzione di garanzia*” alla quale si era appellato il rimettente per accreditare il suo ruolo *quasi-judicial* di applicazione della legge e comminatoria di misure punitive<sup>52</sup>.

In particolare, la funzione tipica di controllo ‘*ex post*’ del rispetto della normativa sulla concorrenza, culminante con la possibile irrogazione di una sanzione, ha suscitato interpretazioni opposte. Per alcuni si presterebbe all'assimilazione al processo - condividendone il metodo (verifica di conformità alla legge in un articolato schema contraddittorio) e gli esiti (valutazione della condotta indagata e possibile irrogazione di sanzione destinata a consolidarsi ove non assoggettata a controllo giudiziale) - legittimando la tesi della ‘paragiurisdizionalità’ o ‘quasi-giurisdizionalità’<sup>53</sup>; per altri, al contrario, essa deve essere

---

<sup>50</sup> L'espressione è di A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in *federalismi.it*, n. 13/2019, p. 8, secondo cui “*questo è l'aspetto più criticabile ed anche pericoloso per il futuro delle authority*”.

<sup>51</sup> La ricerca di una legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti ha per lungo tempo catalizzato l'interesse dottrinario. Per E. CHELI, *L'innesto costituzionale*, op. cit., pp. 6-8, le Autorità, deviando dai modelli ordinari di amministrazione diffusi nei sistemi europei, rappresentano “*rompicapi costituzionali*”. Sulla complessità della figura di organo paragiurisdizionale, F. CARINGELLA, *Le autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons.St.*, n.2/2000, p. 542; G. TESAURO, *Esiste un ruolo para-giurisdizionale dell'antitrust nella promozione della concorrenza?* In F. KOSTORIS PADUA SCHIOPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano 2002; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002.

<sup>52</sup> Per M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. I803) dell'AGCM*, in *federalismi.it*, n.14/2018, p. 3, sarebbe un “*luogo comune*”, derivato dalle caratteristiche dello *Sherman Act* statunitense ma non rispondente alla normativa italiana, quello “*secondo cui le autorità antitrust hanno compiti di garanzia, nel senso che esse dovrebbero limitarsi ad applicare norme di legge sanzionatorie (i.e. punitive), più o meno alla stessa stregua di un giudice penale*”.

<sup>53</sup> In termini di decisa propensione alla definizione in termini di giurisdizionalità delle autorità indipendenti, E. L. CAMILLI – M. CLARICH, *I poteri quasi giudiziari delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI – A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; per M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, op. cit., p. 177,

riportata al potere amministrativo caratterizzato dalla discrezionalità dell'agire<sup>54</sup> ed estrinsecato nelle forme del procedimento amministrativo, al quale gli interventi normativi successivi alla legge n. 241 del 1990 hanno comunque assicurato accurata disciplina, a garanzia di una significativa rilevanza delle forme di partecipazione e delle dinamiche del contraddittorio<sup>55</sup>.

Peraltro è risultato agevole per la Corte attingere alla giurisprudenza esistente, che ha negato, sotto diverse angolazioni, l'esistenza di una funzione qualificabile come paragiurisdizionale in capo alle autorità indipendenti, ogniqualvolta essa sia stata proposta in sede processuale.

Il Consiglio di Stato – cui espressamente la sentenza n.13 attinge per la qualificazione della struttura procedimentale davanti alle agenzie indipendenti – in più occasioni e se pure con diversa intensità, ha effettivamente rifiutato la prospettazione secondo cui il procedimento davanti all'autorità antitrust può assumere i caratteri di quello giurisdizionale<sup>56</sup> e, soprattutto, la Corte di cassazione ha escluso che nel nostro sistema costituzionale tra amministrazione e giurisdizione possa individuarsi un *tertium genus* cui ascrivere le autorità amministrative indipendenti, assegnando ruolo decisivo – ai fini dell'esclusione di una loro natura c.d. paragiurisdizionale – all'elemento della sottoposizione al controllo giudiziale delle decisioni adottate da detta Autorità<sup>57</sup>.

---

L'AGCM pone in essere un'attività neutrale non dissimile da quella del giudice civile o penale, chiamato a sussumere una fattispecie concreta in una fattispecie normativa astratta.

<sup>54</sup> In questa direzione S. MICOSSI, *Il conflitto fra governati e governanti*, in F. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, p. 61, per il quale la neutralità delle autorità “coincide con l'indipendenza e con il rispetto delle dinamiche del settore, ma non importa anche necessariamente l'assenza di discrezionalità e di scelte politiche”; M. LIBERTINI, *Osservazioni*, op. cit., p. 4, sottolinea la necessità di ampi poteri discrezionali dell'antitrust “nella scelta degli strumenti adatti a raggiungere questi risultati di buon funzionamento dei mercati”.

<sup>55</sup> In questi sensi, Cass. civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, che sottolinea come con la legge n. 241 del 1990 il procedimento amministrativo ha visto progressivamente erodersi “la storica caratterizzazione autoritativa del procedimento che sfocia in un provvedimento, per favorire il più ampio grado di partecipazione del soggetto interessato alla formazione del medesimo. Ciò talvolta a mezzo di un vero e proprio contraddittorio, analogo per forza di cose, a quello giudiziario che ne costituisce il modello”. Invece, per il riconoscimento di una particolare caratterizzazione del procedimento davanti alle autorità indipendenti, in dottrina, S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni statali*, in *Foro it.*, n. 5/1996, p. 11 per il quale la circostanza che alle stesse “è attribuito il compito di proteggere settori sociali sensibili, ovvero interessi degni di tutela e, normalmente, costituzionalmente rilevanti [...], richiede che l'attività venga svolta nelle forme proprie del processo. Di qui lo strumentario complesso delle autorità indipendenti, che agiscono applicando i principi propri del giudice, quali la contestazione degli addebiti, l'audizione delle parti, l'obbligo di motivazione, i poteri strumentali di indagine e di ispezione, i poteri sanzionatori e così via”.

<sup>56</sup> Già prima delle decisioni più recenti citate dalla Corte (Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596 e 11 gennaio 2016, n.38), la sentenza Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652 aveva rilevato che “Nell'ambito dei procedimenti antitrust il diritto al contraddittorio ed alla difesa per le parti private non implica certo il contestuale riconoscimento della natura para-giurisdizionale dell'organo alla cui competenza quei procedimenti sono attribuiti”; negli stessi sensi, Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1866.

<sup>57</sup> La decisione citata espressamente dalla Corte (Cass. civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341) è stata resa in riferimento all'autorità garante della *privacy* ed ha sancito che: “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. Non vi è nel sistema costituzionale una figura di paragiurisdizionalità a sé stante, distinta dalle due predette, ma piuttosto con l'uso di tale termine descrittivo si suole diffusamente indicare organi pubblici dotati di poteri la cui collocazione ha suscitato dubbi [...]. Risulta pertanto decisivo, in adesione alla dominante dottrina, ad escludere la natura giurisdizionale o para giurisdizionale, se con tale termine si intende richiamare la predetta fonte giudiziaria del provvedimento, la sottoposizione della decisione dell'organo pubblico, comunque adottata, al vaglio di un giudice nei

Neppure alcuni interventi normativi recenti apportano elementi di chiarezza alla posizione delle istituzioni c.d. di garanzia ed anzi si prestano ad essere letti in senso ambivalente. Fra di essi anche il d. lgs. n.3 del 2017, volto a dare attuazione alla direttiva UE n.104/2014<sup>58</sup>, nella parte in cui prevede che la decisione di accertamento di una violazione del diritto della concorrenza " *costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione, della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove*".

Se è vero che la citata previsione potrebbe assumere valore al fine di superare il semplice appiattimento del procedimento seguito dall'autorità indipendente sul modello dettato per tutte le pubbliche amministrazioni dalla legge n. 241 del 1990, non può non cogliersi che essa risulta concepita per apprestare uno strumento di maggiore effettività della tutela (peraltro in ambito civilistico), senza poter incidere nel percorso di definizione del *public enforcement*. Anzi, a ben guardare, la valenza assegnata all'atto decisionale adottato dall'*authority* in termini di 'prova', potrebbe finire con il rafforzare l'immagine (preferita dalla Corte) dell'organo quale parte, sia pure pubblica, che raccoglie elementi probanti da sottoporre al vaglio giudiziale.

Cionondimeno, la soluzione adottata dalla Corte non scioglie tutti gli interrogativi legati alla particolarità della funzione assegnata alle *Authorities*.

La normativa nazionale e le regole UE sull'antitrust confermano che il ruolo di controllo affidato all'autorità garante del libero mercato si spinge in ogni direzione ed investe anche i massimi livelli di normazione, essendo diretto – oltreché verso condotte ed atti – espressamente anche verso la legislazione dello Stato.

L'incisività e l'ampiezza dei compiti non pare possano restare dati neutri rispetto all'equiparazione ad una qualunque " *altra amministrazione*". Ma, soprattutto, non risulta considerata la valenza del compito assegnato al rimettente di insorgere in presenza di atti legislativi che possano comportare devianze rispetto al corretto funzionamento del mercato, attraverso l'esercizio del potere di segnalazione al Parlamento ed al Presidente del Consiglio dei Ministri attribuito all'AGCM dall'art. 21 della l. n. 287 del 1990<sup>59</sup>.

---

*termini della domanda introduttiva del giudizio di controllo. Giacché essa fa desumere che il potere di attuare la legge a tali organi affidato non è comunque definitivo*".

<sup>58</sup> Intervenendo a rafforzare l'attività delle autorità nell'ambito delle tutele privatistiche accordate dagli Stati, ha previsto all'art. 9 che la " *constatazione*" di una violazione degli articoli 101 o 102 TFUE in una " *decisione definitiva*" di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso debba essere ritenuta come " *definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno*" proposta dinanzi ai giudici nazionali. La stessa norma comunitaria precisa i limiti di valore della 'constatazione' fornita dall'antitrust in sede giudiziale, conferendole la natura di " *prova prima facie*", da valutare " *insieme ad altre prove addotte dalle parti*".

<sup>59</sup> La norma prevede il potere di segnalazione nei seguenti termini: " *1. Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti*

La specifica e peculiare attribuzione esalta il ruolo di garanzia dell'interesse protetto anche nei confronti della legge e certamente mal si concilia con un generale appiattimento verso 'l'amministrativizzazione' dell'AGCM.

Né la concomitanza dei diversi compiti nelle più varie direzioni consentite all'autorità pare poter costituire un fattore limitante nella considerazione della funzione di garanzia, peraltro espressamente riconosciuta in passato dalla Corte come non integrante una comune “*competenza di amministrazione attiva o di controllo*”<sup>60</sup> e che ha condotto a ritenere che le autorità indipendenti non amministrano, bensì “*regolamentano e proteggono*”<sup>61</sup> una sfera costituzionalmente rilevante.

Nemmeno risulta coerente con gli intenti rafforzativi cui corrispondono gli strumenti via via introdotti nell'originario testo della legge del 1990 – e fra i quali si inquadra anche la capacità impugnatoria rimarcata dalla Corte rispetto agli atti amministrativi contrari alle regole anticoncorrenziali – l'opzione di relegare il potere correttivo dell'AGCM rispetto ad un atto normativo illegittimo ad una mera segnalazione agli organi competenti e di degradarlo, di fronte a un'eventuale inerzia del legislatore, a quello spettante a qualunque privato cittadino (e persino di subordinarlo, come nel caso all'esame, all'iniziativa di un qualunque privato cittadino). Ed infatti, seguendo il meccanismo che per la Corte consente di escludere nella fattispecie la presenza di “*zone d'ombra*”, il controllo dell'*authority* di fronte ad una norma di legge sospetta potrebbe al più svolgersi come segnalazione in via preventiva (ove l'autorità sia coinvolta nel procedimento formativo) o addirittura postuma (ove - come nel caso - la natura del provvedimento normativo la escluda), con l'effetto di doverne tollerare l'efficacia (sospettatamente distorsiva) finché essa non si traduca in un atto contrario all'interesse di un soggetto disposto a tutelare le sue ragioni in sede giudiziale (e sempre che la controversia risulti validamente incardinata ed in essa possa trovare forma e spazio la *quaestio de validitate legis*). Sotto tali aspetti emerge la criticità dell'argomentazione della Corte nella misura in cui sembra non valutare il rischio, del tutto ragionevole (ed anzi del tutto concreto), che la parte che abbia segnalato una distorsione dalle regole del libero mercato, senza trovare condivisione sul punto

---

*amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale. 2. L'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati. 3. L'Autorità, ove ne ravvisi l'opportunità, esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri dei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive”.*

<sup>60</sup> Occupandosi dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici, la Corte (sent. n. 482 del 1995) affermava “*l'esigenza di avere un'Autorità indipendente, un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato a operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione [...] Le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo*”.

<sup>61</sup> In questi termini, F. ROMANO, *Le autorità amministrative indipendenti*, in F. CARINGELLA (a cura di) *Percorsi monografici di diritto amministrativo*, Napoli, 1998.

nell'autorità preposta, possa rassegnarsi e non procedere all'impugnativa giudiziale, magari arrendendosi alle motivazioni fornite dal Garante (od anche solo ai costi della difesa od alla durata del processo!).

Nello specifico, ove l'A. avesse ritenuto - o ritenesse in future analoghe condizioni - applicabile la norma che inibisce il suo potere di controllo, è del tutto plausibile che un singolo professionista non voglia assumere su di sé l'onere di un giudizio amministrativo con l'unico obiettivo di rendere in esso collocabile un'eccezione di legittimità sufficientemente convincente da superare i previsti filtri di ammissibilità. Tanto per poi attenderne gli esiti per un tempo in cui certamente l'abuso denunciato produrrebbe tutti i suoi effetti ed in mancanza di rimedi cautelari esperibili nei confronti di un provvedimento declinatorio dell'invocato controllo.

A ben vedere, risulta del tutto verosimile che anche laddove l'A. si determinasse ad irrogare sanzioni agli organismi professionali responsabili di procedimenti disciplinari ipoteticamente distorsivi della concorrenza, questi non siano disposti all'impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento eventualmente repressivo dell'AGCM, non solo per le medesime ragioni già ipotizzate per qualsiasi parte privata, ma anche per una sostanziale carenza di interesse nel caso in cui la misura sanzionatoria fosse stata blanda o comunque contenuta entro limiti tali da non giustificare la tutela giurisdizionale, od ancora per una scelta strumentale ad evitare che l'autorità sanzionante - divenuta parte processuale - possa prospettare la q.l.c. di una norma che in future occasioni potrebbe ritornare a vantaggio degli stessi organismi.

In ognuna di tali -tutt'altro che improbabili- evenienze resterebbe impedito il controllo di costituzionalità della norma sospetta, che continuerebbe a produrre i suoi effetti – in ipotesi illegittimi – sotto lo sguardo inerte dell'Autorità.

Così, la negazione della 'zona d'ombra' ricaccia l'autorità -istituita per dare forza ad un bene giuridico di primaria rilevanza- in una condizione di subalternità dei suoi poteri maggiormente pregnanti all'iniziativa dei singoli ed ai loro interessi da tutelare in quanto deboli e diffusi<sup>62</sup>.

D'altronde, l'analisi dei giudizi pervenuti al vaglio della Corte, confermando l'esiguità delle rimessioni incidentali rispetto ai ben più numerosi giudizi in via d'azione che sinora hanno occupato la Consulta in

---

<sup>62</sup> In termini R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza, Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2012; analogamente N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019*, intervento al Convegno sul tema "La tutela dei diritti tra giurisdizione e autorità indipendenti?", Università di Catanzaro, 28 giugno 2019, (disponibile sul sito: [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)) p. 2 ricorda la natura dell'AGCM di ente pubblico affidatario di interessi "diversamente adespoti".

materia di concorrenza<sup>63</sup>, rafforza anche empiricamente la tesi volta a sostenere le difficoltà all'accesso incidentale nella materia specifica.

Sotto questo profilo, non pare totalmente appagante la valutazione offerta dalla sentenza in esame che riporta alla fisiologia del meccanismo incidentale vigente (“*ciò risponde alla stessa struttura del giudizio incidentale di costituzionalità*”) le difficoltà prospettate dal rimettente rispetto alle possibilità dell'invocato controllo di legittimità. L'affermazione porta a svilire il senso degli interventi, sin qui compiuti dalla giurisprudenza della stessa Corte sulle 'zone d'ombra', nella direzione mai smentita<sup>64</sup> della ricerca dell'effettività e pervasività del sindacato di costituzionalità ma, soprattutto, conduce a negare la specificità della tutela di un interesse costituzionalmente protetto il cui presidio ha reso necessaria l'istituzione dell'autorità di garanzia e, via via, l'ampliamento dei suoi strumenti di intervento.

In senso opposto, invero, potrebbe obiettarsi che l'esplicito conferimento della legittimazione processuale *ex art. 21 bis, l. n. 287/90* risponda indirettamente all'esigenza di aumentare, su impulso dell'AGCM, le *chances* di far pervenire all'esame della Corte norme sospettate di violare la normativa anticoncorrenziale. Detta soluzione, però, risulterebbe confliggere con l'esclusione del riconoscimento della stessa Autorità come giudice *a quo 'ai soli fini'*, piuttosto che esserne la causa. Si vuol dire, sotto questo aspetto, che la chiusura all'accesso incidentale risulterebbe comunque contraria all'intento del legislatore di favorire la penetrazione del controllo di legittimità costituzionale nella materia della concorrenza, qualora l'Autorità si imbatta, nell'esercizio del suo potere sanzionatorio, in una norma di legge non conforme al principio costituzionale per la cui custodia risulta istituita (e costantemente potenziata).

Sarebbe come affermare che il rafforzamento degli strumenti concessi all'A. in ambito processuale voglia assorbire ed esaurire i poteri dell'istituzione e che, accordata questa via, la tutela della concorrenza, per aspirare a pienezza, debba tendere ad esplicarsi nella sede giurisdizionale (che sola può comprendere il controllo di costituzionalità). Con ciò vanificandosi le ragioni di un'istituzione disegnata per una tutela di natura trasversale del bene protetto, volta ad includere in sé sia “*interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto*”, sia iniziative mirate alla “*creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali*”

---

<sup>63</sup> La prevalenza delle sentenze in materie rese dalla Corte attivata in via principale rispetto a quelle emesse a seguito di questioni sollevate in via incidentale è stata stimata, nel triennio 2011-2014, in una misura percentuale del 90% nei dati riportati da A. ARGENTATI, *Autorità 768; antitrust e Corte costituzionale: il dialogo al tempo della crisi*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 1/2015, p. 45.

<sup>64</sup> Anche di recente – ormai lontana la ‘stagione’ del *favor* per l'ampliamento della platea dei soggetti promotori del giudizio incidentale – i criteri dettati dalla sentenza Crisafulli sono stati ripresi dalla Corte costituzionale per consentire l'accesso incidentale (sentenze n. 181 del 2015 e n. 89 del 2017) sul presupposto della confermata opportunità del sindacato di legittimità nei confronti di leggi che “*più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte*”.

deficitari (Corte cost., sent. n. 14 del 2004); ossia, da un lato, “*misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali*” qualificate come forme di tutela della concorrenza 'nel' mercato e, dall'altro lato, “*strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi*” o di tutela della concorrenza 'per' il mercato (Corte cost., sent. n. 401 del 2007).

## **5. L'epilogo del procedimento principale: l'AGCM provvede sorprendentemente nel merito**

Sorprendentemente l'AGCM, con delibera pubblicata il 1° agosto 2019, ha superato la preclusione sancita dalla norma censurata e, prendendo atto dell'indagine svolta dagli uffici istruttori, ha rilevato la violazione denunciata e invitato il CN di Milano ad astenersi “*per il futuro*” da condotte della medesima portata.

*Heri dicebamus...* Dando della pronuncia della Corte mera notizia in poche righe di motivazione, l'autorità ha spiegato l'inapplicabilità *ratione temporis* della norma, in quanto sopravvenuta (in termini preclusivi del sindacato dell'AGCM) su una vicenda incardinata prima della sua entrata in vigore.

Per quanto non pertinente ai fini dell'esame delle statuizioni della Corte, non può sfuggire la singolarità della scelta dell'Autorità di sollevare l'incidente pur muovendo dall'assunto dell'inapplicabilità della norma indubbiata che, ove corretto, avrebbe comunque potuto condurre ad una pronuncia di irrilevanza della questione sottoposta alla Consulta.

L'opzione dell'inapplicabilità *ratione temporis* della norma – nel presupposto della sua correttezza – giustifica il sospetto di una certa strumentalità della scelta dell'organo di sollevare la questione di costituzionalità, mentre la soluzione di merito – per la modestia dell'esito sanzionatorio – sminuisce la portata dell'intera questione.

Piuttosto la situazione che ne consegue – in cui sono state accolte le doglianze dei notai assoggettati al sedicente procedimento disciplinare, ma ciò si è tradotto in un mero avvertimento dissuasivo per il CN – finisce per avvalorare la tesi della ‘zona d'ombra’ per l'evidente difficoltà di consentire il sindacato di costituzionalità in mancanza di interesse all'impugnazione della delibera resa. Ed infatti, legittimato all'impugnativa potrebbe risultare solo il CN in quanto esercente la funzione disciplinare ritenuta in violazione delle regole di libero mercato. E tuttavia, verificata la possibilità di giovare *per il futuro* della norma a sé favorevole (pienamente vigente e solo ritenuta non operante dall'AGCM per ragioni temporali), il CN ben potrebbe rinunciare alla proposizione di un giudizio, in cui certamente l'A. darebbe voce alle sue doglianze di illegittimità costituzionale, onde aspirare alla rimozione della norma ed al conseguente riespandersi dei suoi poteri di controllo e riequilibrio del mercato.

D'altra parte, la deroga sancita con la nuova formulazione dell'articolo 93 ter, comma 1 bis, della Legge notarile non avrebbe comunque dovuto impedire all'*authority* di verificare se le condotte degli organismi

interessati -pure titolari dell'erogazione di servizi di interesse economico generale- fossero coerenti con la disciplina antitrust e, pertanto, in primo luogo, con le norme che dispongono ipotesi di esonero.

In particolare, le norme oggetto della q.l.c., in ossequio ai principi costituzionali ed eurounitari, non hanno sottratto al controllo anticoncorrenziale ogni attività "*comunque connessa*" ad un procedimento disciplinare che un consiglio notarile intendesse avviare. All'opposto, nella norma già esistente e in quella di interpretazione autentica sopravvenuta, risiedono formule volte a circoscrivere la sancita esenzione: la prima sottrae alla disciplina dettata dalla legge sulla concorrenza le imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale (solo) per tutto quanto "*strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati*"; la seconda ne specifica il riferimento (solo) "*agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare*".

Le adoperate espressioni ("*strettamente connesso*" e "*atti funzionali*") parrebbero comunque legittimare la verifica dell'Autorità che, quindi, ben avrebbe potuto censurare le attività del CN (sotto il profilo del difetto di reale collegamento degli elementi ricercati e delle praticate modalità di acquisizione degli stessi rispetto ai poteri di vigilanza e di disciplina spettanti), senza dover giustificare il suo intervento con il ricorso al principio di legalità ed irretroattività, che in ogni caso non potrà valere per condotte illecite future.

Anche perché l'esigenza di più incisivi interventi dell'autorità preposta risponde alle segnalazioni elaborate in sede europea<sup>65</sup> in cui si rileva che nel nostro sistema economico "*permangono ostacoli rilevanti alla concorrenza in alcuni settori, tra cui i servizi professionali*", sollecitandosi le istituzioni italiane ad "*affrontare le restrizioni alla concorrenza, in particolare nel settore dei servizi*".

Sembra, dunque, che l'obiettivo di scardinare intenzioni o tendenze protezionistiche celate in una non appropriata sede disciplinare potesse comunque essere perseguito dal Garante spingendo il proprio controllo diretto nelle zone ambigue in cui più facilmente si annida il germe della restrizione, attraverso un esercizio coraggioso degli strumenti che la normativa interna ed europea forniscono. In proposito, la Corte di giustizia<sup>66</sup> ha sempre interpretato le deroghe al principio di libera concorrenza restrittivamente, giustificandole solo nella ricorrenza della "*duplice condizione*" che si tratti di un servizio economico di interesse generale e che l'applicazione delle norme sulla concorrenza sia effettivamente di ostacolo alla specifica missione pubblica conferita dalla legge.

---

<sup>65</sup>Si tratta della Raccomandazione del Consiglio COM 2018 411 final del 23 maggio 2018, pervenuta in sede di formulazione del parere sul programma italiano di stabilità 2018 in cui risultano rimarcati i ritardi dello Stato italiano nella scansione delle legislazioni annuali in materia di concorrenza e nell'applicazione di quelle esistenti.

<sup>66</sup> C.G.U.E. causa C-127/73, BR/SABAM e causa T-128/98, *Aéroports de Paris*.

## 6. Conclusioni

La decisione della Corte sembra destinata a non chiudere il dibattito sulle autorità amministrative indipendenti ma, al contrario, ad alimentare spinose problematiche in materia.

Da un lato, sul versante dei poteri dell'istituzione e sui criteri di esercizio, non pare trascurabile che il richiamo alla funzione amministrativa discrezionale, comportante la ponderazione dell'interesse specifico di cui essa risulta portatrice con i contrapposti interessi pubblici e privati in gioco, interviene a scardinare quella configurazione del potere di controllo dell'AGCM in termini di verifica squisitamente "tecnica" (di conformità degli atti vagliati alla legge antitrust) che sinora sembrava motivarne la differenziazione nel panorama delle p.a. e nello specifico contesto delle autorità indipendenti.

Dall'altra parte, in punto di sindacato giudiziale, la configurazione dell'attività come bilanciamento di interessi pare destinata ad incidere sulla forza delle decisioni dell'autorità e, per conseguenza, sulla pervasività del controllo.

Sotto questo profilo, la valutazione della Corte interseca l'elaborazione giurisprudenziale in materia, ancora dibattuta nella ricerca dei criteri di verifica dell'operato delle *Authorities*. Ed infatti, dopo una fase di scarsa incisività dell'intervento giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti in cui si riscontrava una certa *arrendevolezza* alle valutazioni di tipo tecnico compiute dall'organo<sup>67</sup>, la giurisprudenza amministrativa ha registrato, specie con riferimento all'AGCM, un indirizzo orientato ad un controllo sempre più *“pieno e penetrante [...] dell'analisi economica o di altro tipo compiuta dall'Autorità”*<sup>68</sup> (Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515).

L'evoluzione di detta linea ha condotto al profilarsi di una tipologia di sindacato in cui il giudice è chiamato alla conoscenza del fatto storico ed all'accertamento diretto e non mediato dall'autorità<sup>69</sup>, definito di *“attendibilità tecnica”* e che, seppure *“non necessariamente sostitutivo”*, si spinge in una recente pronuncia del Consiglio di Stato – sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990<sup>70</sup> – fino ad un apprezzamento della soluzione adottata dall'AGCM rispetto alle contestazioni prospettate dalla parte, che si traduce in giudizio *“pieno”* (di c.d. *“maggiore attendibilità”*).

---

<sup>67</sup> Evidenziata incisivamente da A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 156.

<sup>68</sup> *“Potendo il giudice amministrativo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame”*.

<sup>69</sup> In questa direzione già le previsioni introdotte dall'art. 7 del richiamato d.lgs. n. 3 del 2017.

<sup>70</sup> Si tratta della decisione sul noto caso di intesa orizzontale fra le aziende farmaceutiche Novartis e Roche sanzionata dall'AGCM, considerata *revirement* nella direzione del rafforzamento del sindacato giudiziale in materia.

Per quanto gli ulteriori approdi<sup>71</sup> vengano interpretati<sup>72</sup> nel senso di un alleggerimento dell'invasività del precedente<sup>73</sup>, costante rimane il richiamo all'intrinsecità del controllo ed alla verifica sulla rispondenza delle scelte tecniche *opinabili* ai criteri non solo della ragionevolezza, ma anche della proporzionalità della sanzione adottata.

L'*amministrativizzazione* dell'istituzione che la pronuncia della Corte costituzionale sancisce pare in definitiva determinare un indiretto indebolimento degli strumenti conferiti all'organo, anche attraverso il depotenziamento della forza di resistenza in sede impugnatoria dei suoi provvedimenti.

Soprattutto, dal punto di vista direttamente coinvolto dal riscontrato difetto di legittimazione all'accesso, la sentenza non moltiplica e, anzi, riduce le occasioni di verifica di costituzionalità in settori di grande interesse interno e sovranazionale.

Infatti, l'esclusione della sussistenza di zone di difficile controllo, come argomentata dalla Consulta in relazione alle possibilità di rimessione da parte dei 'giudici' delle controversie a valle, menoma le effettive *chances* di rimozione di condotte restrittive e tendenze protezionistiche che si ammantano di infide parvenze di legalità.

Tanto da porsi, per un verso, in contrasto con la costante attenzione del diritto europeo all'effettività delle regole poste nella delicata materia della concorrenza e del mercato (ed in cui l'Unione imputa all'Italia il permanere di ostacoli e ritardi) e, non senza ragione, per altro verso, forse pure in controtendenza con le esigenze di intervento riscontrate dalla Corte nella sede (sent. n. 269 del 2017) in cui si è imposta come

---

<sup>71</sup> Si fa riferimento alle molteplici e successive pronunce dello stesso sommo organo della giustizia amministrativa (Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2019, nn. 5558/5564; 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6025, 6027, 6030 e 6032) secondo cui *“il sindacato giurisdizionale volto ad accertare le intese anticoncorrenziali è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali. In particolare, la giurisprudenza amministrativa più recente - superate alcune incomprensioni lessicali legate alle iniziali distinzioni tra sindacato “debole” e “forte” - ha ammesso una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. Si è affermato che <<l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quello per cui quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. 'contestualizzazione' dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo intrinseco, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se si tratta di risposta che rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto>> (Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n.4990)”*.

<sup>72</sup> In tale direzione M. CAPPALÀ, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *federalismi.it*, n. 21/2019, p. 38.

<sup>73</sup> Una certa attenuazione della pervasività del controllo giudiziale in presenza di un oggettivo margine di opinabilità delle valutazioni svolte dall'AGCM si riscontra in TAR Lazio, sez. I, 17 ottobre 2019, n. 11958 in tema di individuazione della posizione dominante e 9 dicembre 2019, n. 14067 in tema di offerte di impegno a cessare dal comportamento scorretto, entrambe successive al citato *revirement* del Consiglio di Stato.



interlocutore primario ed ineludibile al fine di porre argine alla sua *“progressiva estraneazione dai processi di più attiva tutela dei diritti fondamentali”* e al *“prosciugamento dei giudizi in via incidentale”*<sup>74</sup>.

Se, dunque, la decisione per il rimettente rischia di produrre un effetto *boomerang*, per la giustizia costituzionale potrebbe rappresentare un’occasione mancata.

---

<sup>74</sup> Così icasticamente G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n.1/2018, pp. 4-6.