

4 NOVEMBRE 2020

Tra «strettoie» e «porte chiuse»: le  
Autorità amministrative indipendenti  
come giudici *a quibus*

di Virgilia Fogliame

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Napoli Federico II

# Tra «strettoie» e «porte chiuse»: le Autorità amministrative indipendenti come giudici *a quibus*\*

di **Virgilia Fogliame**

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Napoli Federico II

**Abstract [It]:** Il presente contributo è volto ad evidenziare i diversi orientamenti registrati dalla Corte costituzionale in tema di accesso incidentale, rilevando i profili critici dettati dall'assenza di una definita linea di coerenza emergente dal percorso giurisprudenziale tracciato dalla stessa nel corso degli anni. In tale ricostruzione viene incardinato, altresì, l'infruttuoso tentativo dell'AGCoM di "forzare le porte" per l'accesso al sindacato della Corte, bruscamente arrestato attraverso la nota decisione n. 13 del 2019 dalla quale, tuttavia, emergono diffusi elementi di debolezza che potrebbero contribuire ad alimentare nuovi scenari.

**Abstract [En]:** In this Paper the Author aims at highlighting the different orientations recorded by the Constitutional Court in terms of incidental access, noting the critical profiles dictated by the absence of a defined line of consistency emerging from the jurisprudential path traced by the Court over the years. The unsuccessful attempt by the AGCoM to "force the doors" for access to the Court's union is also hinged on in this reconstruction, abruptly arrested through the well-known decision n. 13/2019 from which, however, widespread elements of weakness emerge that could contribute to fueling new scenarios.

**Sommario:** **1.** Notazioni introduttive. **2.** Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale: l'orientamento del Giudice delle leggi alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali. **3.** Osservazioni conclusive.

## 1. Notazioni introduttive

Come noto, il combinato disposto degli artt. 1 della legge cost. n. 1/1948 e 23 della legge n. 87/1953 prevede che la questione di legittimità costituzionale in via incidentale debba essere sollevata nel corso di un «giudizio» e «dinanzi ad una autorità giurisdizionale»<sup>1</sup>. Attorno a tali nozioni la giurisprudenza

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Come rilevato da G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, § 20, «[L]’esigenza di difesa delle posizioni soggettive e l’interesse all’eliminazione delle leggi incostituzionali devono essere “mediati” dal processo. Questa non è però solo una indicazione spazio-temporale circa il dove e il quando delle questioni incidentali. [...] Il processo è da configurarsi non come pura e semplice occasione, ma come radice e ragion d’essere della questione. [...] La questione di costituzionalità nascente dal processo è lo strumento per illuminare le antinomie che in quel momento possono determinarsi e chiedere (alla Corte costituzionale) che vengano risolte». Come verrà approfondito nel corso dell’indagine, sul versante interpretativo operato dalla Corte, la nozione di «giudice» e «giudizio» hanno subito un processo di «adattamento», motivato da una «realtà fattuale in cui non è solo il giudice togato a svolgere una funzione giudicante e a dover applicare la legge». In argomento, cfr. la recente ricostruzione di S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018; e, almeno, G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, 193 ss.; G. VOLPE, *L’accesso alla giustizia costituzionale: le origini di un modello*, in R. Romboli (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 3-31.

della Corte si è caratterizzata per “fasi”, rendendo pertanto estremamente arduo il compito di rintracciare una «sufficientemente definita linea di tendenza» in materia<sup>2</sup>.

In un primo segmento temporale, peraltro piuttosto ridotto, i Giudici hanno preferito adottare un criterio elastico<sup>3</sup>, fondato su una interpretazione «estensiva»<sup>4</sup> di tali concetti, superando in tal modo le «strettezze»<sup>5</sup> derivanti dalla «distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi», dai contorni piuttosto «incerti e contestati»<sup>6</sup>. In tal senso, attraverso un primo approccio disancorato da letture meramente “formali”, la Corte ha (seppur apparentemente, come si avrà modo di rilevare *infra*) spalancato le porte verso un ampliamento dei soggetti legittimati a promuovere l'incidente di legittimità costituzionale<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> 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”*. *Primissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 17/2018, 1 ss. Sullo sviluppo nella giurisprudenza della Corte dei concetti di “giudizio” e di “giudice a quo”, cfr. F. PIERANDREI, *Corte costituzionale (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, § 38; nonché, *ex plurimis*, P. BIANCHI – E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale* (Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999), Torino, 2000, 21 ss.; C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 838 ss.; A. ODDI, *La nozione di giudice a quo*, in R. Balduzzi - P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 28 ss. (e, nello stesso volume, cfr. altresì lo studio di M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, 13-19); M. BELLETTI, *Il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti con forza di legge*, in Aa.Vv. (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 388 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”*. *Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, 2012, 41 ss.; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 201 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, 2018, 100 ss.; F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri. Dinamiche istituzionali e conflitti di attribuzione nella più recente giurisprudenza*, Torino, 2019, 29 ss.

<sup>3</sup> In tema di accesso, invero, è stato rilevato come le pronunce della Corte si siano conformate secondo un criterio di «elevata elasticità», seguendo una linea di continuità seppur di frequente segnata da «aporie non del tutto occultabili con retoriche di coerenza». Sul punto, S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 13/2019, 2; nonché G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2019, spec. 142.

<sup>4</sup> M.C. MARZOCCA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla (non) legittimazione delle autorità indipendenti come giudice a quo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 205 ss.

<sup>5</sup> 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 [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 13/2019, 3 ss.; M. MIDIRI, *Essere “giudice” per la Corte: implicazioni istituzionali*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2019, 1 ss.

<sup>6</sup> Cfr. *in terminis* Corte cost., sent. n. 129 del 1957, punto 1 del Considerato in diritto.

<sup>7</sup> Favorevole ad una «possibile estensione del sindacato nell'ambito del processo in via incidentale», seppur «senza correre il rischio di squilibrare il modello dato», ma soltanto nella prospettiva di aumentare «il grado di tutela, allargando le situazioni giuridiche in cui opera il controllo della Corte costituzionale», si v. G. AZZARITI, *Osservazioni sull'accesso e sull'estensione del sindacato della Corte costituzionale*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 425-426, rilevando l'importanza di un possibile ampliamento della nozione di “giudice a quo” al fine di «ridurre le “zone franche” (private della tutela costituzionale) [...] senza rischiare di corrompere, bensì irrobustendo, il modello del processo incidentale». Del medesimo tenore le considerazioni di A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”*, cit., 294. Ai fini del presente studio, sembra opportuno ricordare come un concreto ampliamento delle vie d'accesso alla Corte sia derivato dalla nota pronuncia n. 200 del 2014, laddove i Giudici – in aderenza alle modifiche introdotte dalla riforma del processo amministrativo intervenuta con d.lgs. n. 104 del 2010 – hanno ritenuto ammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in sede cautelare dal giudice amministrativo. Attraverso tale decisione la Corte ha superato, invero, il precedente orientamento consolidato in *subiecta materia*, secondo il quale la questione fosse da dichiararsi inammissibile nel caso in cui il g.a. si fosse pronunciato in via definitiva sulla relativa domanda (in tal caso, la questione sarebbe stata proponibile soltanto nella fase del merito, emergendo così un «concetto “sminuzzato” della rilevanza, valutata in ogni

Probabilmente, la *ratio* sottesa a tale scelta, che potrebbe definirsi “a maglie larghe”, risultava dettata dalla necessità di «estendere» il proprio campo di azione, al fine di evitare conseguenze «gravi», come l’inosservanza dei principi definiti dalla Carta, e scongiurare l’esistenza di “zone franche” dal controllo di costituzionalità<sup>8</sup>.

Un rischio che, ad ogni modo, tende ad essere arginato da un «elevato dominio sull’accesso» da parte della Consulta, tale da condurre parte della dottrina ad includere quest’ultima nell’alveo dei «sistemi “forti” di giustizia costituzionale»<sup>9</sup>. In siffatto scenario, il controllo sull’accesso da parte del Giudice costituzionale risulta rivolto all’accertamento del requisito *oggettivo* (ossia il tipo di funzione svolta dal rimettente, il quale deve essere investito di «funzioni giudicanti per l’obiettiva applicazione della legge») e del requisito *soggettivo* (nel caso in cui il procedimento si svolga «alla presenza o sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale») <sup>10</sup>. Le diverse stagioni della giurisprudenza costituzionale sono state, sul tema, caratterizzate da una stratificazione di orientamenti, inizialmente declinati verso la valorizzazione anche soltanto di uno dei requisiti ivi indicati. Siffatto approccio, come verrà approfondito nelle pagine che seguono, è stato superato nel corso del tempo da un modulo interpretativo maggiormente restrittivo<sup>11</sup>.

La prima “fase” della giurisprudenza della Corte, che potrebbe essere definita di “apertura”, prende le mosse dalla decisione n. 129 del 1957: partendo dall’assunto che «[n]iente c’è nella Costituzione e nelle leggi che regolano la competenza della Corte costituzionale (leggi costituzionali e legge ordinaria), che imponga di escludere i procedimenti di giurisdizione volontaria dal novero di quelli nel corso dei quali

---

singola fase del giudizio»). Cfr. *in terminis* A. VUOLO, *L’incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 23/2014; nonché, in argomento, L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una “vecchia questione” verso una (parziale) soluzione*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, spec. 100-101.

<sup>8</sup> Sul punto, *amplius*, B. CARAVITA, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte costituzionale austriaca*, Padova, 1985. Per un riepilogo dell’orientamento del Giudice costituzionale in materia, inteso in termini di «album dei ricordi», si v. le decisioni richiamate da M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, cit., 13-19 e, più di recente, M. TROISI, *Incidentalità e giudici a quibus*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2020; nonché si v. l’*excursus* delineato dalla stessa Corte attraverso la decisione n. 13 del 2019 (pp. 3.1 e 3.2 del Considerato in diritto), sulla quale si tornerà più avanti. Sulla distinzione dei concetti di zone “d’ombra” e zone “franche”, tendenzialmente sovrapposti in dottrina, si v., almeno, 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*, cit., 618-619; A. PIZZORUSSO, “Zone d’ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana, in A. D’Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1021 ss.

<sup>9</sup> S. STAIANO, *Intervento*, 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, 654, laddove l’A. ha rilevato che «[...] per ragioni che attengono agli equilibri istituzionali complessivi, la Corte italiana appartiene al novero dei sistemi “forti” di giustizia costituzionale. E di questi presenta, anzitutto, il connotato di un elevato dominio sull’accesso».

<sup>10</sup> Corte cost., sent. n. 226 del 1976, punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>11</sup> Per una compiuta analisi, cfr. la ricostruzione di C. PINELLI, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale e nozione di giudice a quo*, cit., 619-622; nonché, più di recente, R. NEVOLA (a cura di), *La legittimazione ad attivare il giudizio incidentale di costituzionalità: giudice a quo e processo principale nella giurisprudenza della Corte*, in *Quaderno processuale del Servizio Studi della Corte costituzionale*, settembre 2016, 16 ss., disponibile al seguente indirizzo: <https://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>

possa sorgere una questione di legittimità costituzionale», la Corte ha precisato che «i termini “giudizio” e “causa” tanto nella legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, quanto nella legge 11 marzo 1953, n. 87 (art. 23) [...], vengono adoperati in maniera *generica* e con *vario significato*»<sup>12</sup>. In aderenza a tale premessa, i Giudici hanno valorizzato il criterio relativo al «preminente interesse pubblico della certezza del diritto», includendo la categoria della giurisdizione volontaria nell’alveo dei «procedimenti» idonei a far sorgere una questione di legittimità costituzionale<sup>13</sup>.

La consacrazione dell’orientamento relativo alla estensione della legittimazione *a quo* è avvenuta pochi anni dopo, attraverso le sentenze nn. 83 del 1966 (cd. «sentenza Mortati») e 226 del 1976 (cd. «sentenza Crisafulli») ove, ai fini della proponibilità della questione in via incidentale, è stata ritenuta sufficiente la sussistenza *alternativa* dei requisiti succitati<sup>14</sup>. In particolare, con la decisione n. 83 del 1966, la Corte costituzionale ha sottolineato come per «autorità giurisdizionale»<sup>15</sup> dovessero intendersi anche quegli organi che, «pur estranei all’organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura», ricoprivano una posizione «*super partes*», investiti di «funzioni giudicanti per l’obiettivo applicazione della legge», includendo altresì nel novero del «giudizio» qualsiasi procedimento compiuto «alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale»<sup>16</sup>. Siffatta premessa ha condotto la Corte, pertanto, a valorizzare la sussistenza del solo requisito soggettivo ai fini dell’accesso al proprio sindacato<sup>17</sup>; nell’occasione aveva promosso la pregiudiziale un soggetto che, pur appartenendo all’autorità giurisdizionale ordinaria, non era deputato in quel momento alla risoluzione di controversie<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> Corte cost., sent. n. 129 del 1957, punto 1 del Considerato in diritto (corsivo aggiunto).

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Amplius*, V. ONIDA, M. D’AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale*, I, *Il giudizio in via incidentale*, Torino, Giappichelli, 1998, 27 ss. Per A. PATRONI GRIFFI, *Le strettote della porta incidentale*, cit., 7, per un ripensamento del Giudice costituzionale in relazione all’ampliamento dell’accesso a nuovi remittenti incidentali risulta «imprescindibile» un confronto con le «storiche» decisioni ivi citate. In argomento, cfr. altresì E. CANALE, *La nozione di “giudice a quo”: l’Aegm è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice delle leggi?* in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2018, 3 ss.

<sup>15</sup> Sulla ricerca dei parametri, in riferimento alla giurisprudenza della Corte, per determinare la presenza di un «giudice», di un «giudizio» o di una «autorità giurisdizionale», si v. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, § 9.

<sup>16</sup> Corte cost., sent. n. 83 del 1966, punto 1 del Considerato in diritto. Interessante rilevare come il criterio relativo al «giudizio» abbia assunto connotati maggiormente definiti nella sentenza n. 335 del 1995, ove la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione siciliana, in sede di controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche ai sensi dell’art. 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20. In tale occasione, rilevando come l’attività svolta dalla Corte dei conti non fosse tale da «poter assumere le connotazioni di un controllo assimilabile alla funzione giurisdizionale», in quanto assimilabile per lo più ad un «controllo di carattere empirico», avulso da «precisi parametri normativi», i Giudici hanno stabilito che la natura di tale attività fosse «estranea ai caratteri di un “giudizio” nel cui ambito è possibile sollevare [...] questioni di costituzionalità» (punto 4 del Considerato in diritto).

<sup>17</sup> R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1996, spec. 63.

<sup>18</sup> Nella sentenza in commento, invero, la questione di legittimità costituzionale era stata sollevata da un Pretore, quale giudice preposto all’esecuzione esattoriale immobiliare ai sensi dell’art. 200 del T.U. 29 gennaio 1958, n. 645.

Le complessive considerazioni esposte attraverso la suindicata decisione sono state riprese, piuttosto incisivamente, nella sentenza n. 226 del 1976, che ha suscitato un rimarchevole interesse in forza della parziale inversione di tendenza del Giudice costituzionale sul tema, attribuendo una decisiva rilevanza – ai fini della proponibilità della questione – al potere *decisorio* dell’Autorità rimettente<sup>19</sup>.

Ad ogni modo, l’orientamento concernente l’alternatività dei requisiti in analisi ha connotato la giurisprudenza della Corte per un lungo periodo<sup>20</sup>, fin quando i Giudici hanno deciso in termini di una «necessaria compresenza» degli stessi (orientamento persistente anche nei più recenti arresti giurisprudenziali, come si avrà modo di rilevare nei paragrafi successivi): tale interpretazione, maggiormente «rigorosa» rispetto alla precedente, è emersa dalla decisione n. 164 del 2008, ove la Corte – attraverso un breve *excursus* della giurisprudenza più risalente<sup>21</sup> – ha negato la legittimazione del

---

<sup>19</sup> Corte cost., sent. n. 226 del 1976, punto 2 del Considerato in diritto, laddove la Corte ha precisato che la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità è stata negata «anche ad autorità istituzionalmente giurisdizionali, quando ad esse non spettavano *poteri decisorii*» (corsivo aggiunto). Tale assunto, come è emerso dalla giurisprudenza costituzionale successiva, ha costituito un “nucleo duro” interpretativo fino alla metà degli anni Novanta: si v., ad esempio, Corte cost., sent. n. 415 del 1995, punto 2 del Considerato in diritto, ove i Giudici hanno dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal pubblico ministero, rilevando che i presupposti processuali previsti dalla normativa di riferimento richiedessero la presenza di un giudice che, «nell’esercizio del proprio *potere di decisione*», necessitasse dell’intervento della Corte ai fini della risoluzione della controversia (corsivo aggiunto). Di tenore analogo la decisione n. 387 del 1996, richiamando il carattere della «definitività» della decisione (intesa come «idoneità» della stessa a «divenire irrimediabile attraverso l’assunzione di un’efficacia analoga a quella del giudicato») del Collegio rimettente (Collegio centrale di garanzia elettorale) quale elemento necessario ai fini della legittimazione dello stesso a sollevare questioni di costituzionalità.

<sup>20</sup> È quanto emerso, invero, dalla sentenza n. 72 del 1968, ove la Corte (richiamando il precedente n. 53 dello stesso anno) ha stabilito che il termine «giudizio» di cui all’art. 1 della legge n. 1/1948 dovesse intendersi «nel senso più ampio, comprensivo della generalità dei procedimenti che si svolgono davanti a un giudice, senza che rilevi quanto, a un più penetrante esame, possa risultare sulla natura di quel procedimento», ritenendo pertanto ammissibile, in tale occasione, la questione di l.c. sollevata dal giudice di sorveglianza. In altre decisioni, invece, è prevalsa una lettura sulla validità della instaurazione del giudizio incidentale attraverso la sola presenza del requisito *oggettivo*, come ad es. nelle sentt. n. 78 del 1961 (in riferimento alla funzione esercitata dal Commissario regionale per la liquidazione degli usi civici, sicuramente «giurisdizionale» nel caso in cui «si discuta sull’esistenza e la consistenza di un demanio comunale»); n. 12 del 1971 (Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura); ordinanza n. 103 del 2000 (Consiglio nazionale dei ragionieri e periti commerciali, riconoscendo – attraverso il richiamo al precedente n. 387 del 1995 – «natura giurisdizionale ai Collegi e Consigli nazionali degli Ordini professionali»); sent. n. 376 del 2001 (aderendo alla tesi promossa dal Collegio arbitrale di Napoli sulla configurabilità degli arbitri come giudice *a quo*, rilevando che «[I]n un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri – il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione – debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi». Sul punto, *amplius*, R. NEVOLA, *La legittimazione ad attivare il giudizio incidentale di costituzionalità: giudice a quo e processo principale nella giurisprudenza della Corte*, cit., 16 ss.

<sup>21</sup> Attraverso la decisione in commento (punto 2.1 del Considerato in diritto), infatti, la Corte, richiamando l’ordinanza n. 6 dello stesso anno, ha rilevato che la legittimazione del rimettente è stata negata nei seguenti casi: «[s]e l’intervento del giudice si espliciti nell’ambito di un procedimento amministrativo, suscettibile di un successivo controllo giurisdizionale (sentenza n. 132 del 1973); se il rimettente stesso risulti investito di “una semplice funzione di carattere formale attribuitagli per una finalità garantistica” (sentenza n. 96 del 1976); se difetta un momento propriamente decisorio (sentenze n. 116 del 1983; n. 17 del 1980; n. 74 del 1971; n. 13 del 1966 e n. 112 del 1964; nonché le ordinanze n. 382 e n. 86 del 1991; n. 59 del 1990); se vi è carenza di contraddittorio (tra le molte, le sentenze n. 387 del 1996; n. 335 e n. 29 del 1995; n. 226 del 1976 e n. 12 del 1971; e l’ordinanza n. 183 del 1999); se l’atto posto in essere dal rimettente è privo del carattere della definitività (cfr. per tutte, la sentenza n. 387 del 1996)».

rimettente<sup>22</sup> a proporre incidente di legittimità costituzionale, rilevando l'insufficienza del solo requisito soggettivo<sup>23</sup>. Pur non negando che, in passato, la stessa si fosse orientata verso letture meno restrittive<sup>24</sup>, attraverso la decisione in parola la Corte ha sancito che, in tema di legittimazione del giudice *a quo* nel giudizio incidentale di costituzionalità, l'attività richiesta ad un organo giurisdizionale non dovesse esaurirsi in «semplici operazioni amministrative», connotate da procedure «prive di forme di contraddittorio ed attraverso determinazioni finali prive dei caratteri di decisorietà e di definitività»<sup>25</sup>.

L'affermazione dell'orientamento sul duplice riscontro dei requisiti in parola ha spinto la Corte verso un solco interpretativo volto a riconoscere la natura di giudice *a quo* anche ad organi che potessero, in qualche modo, esercitare «funzioni analoghe»<sup>26</sup> a quelle giurisdizionali, svolgendo attività assimilabili

---

<sup>22</sup> Trattasi della Corte d'appello di Cagliari, che nel corso del procedimento di verifica dei risultati del *referendum* del 21 ottobre 2007 sulla legge statutaria per la Regione Sardegna (approvata il 7 marzo dello stesso anno), aveva sollevato q.l.c. dell'art. 15, co. 1., della legge della Regione Sardegna 28 ottobre 2002, n. 21 in riferimento all'articolo 108 della Costituzione e all'articolo 15 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna). Nello specifico, il rimettente lamentava la violazione dell'art. 108 Cost., in quanto la legge regionale n. 21/2002 avrebbe attribuito alla Corte d'appello una funzione diversa da quelle previste dall'ordinamento giudiziario (il riferimento era, in particolare, alla funzione indicata all'art. 15 della legge regionale in parola che, rinviando all'art. 14, co. 1, della legge reg. n. 20/1957, prevedeva che «[a]ppena pervenuti i verbali [...] la Corte d'appello, in pubblica adunanza, presieduta dal Presidente e costituita da quattro consiglieri, procede, con intervento del Procuratore generale, all'accertamento del numero dei votanti, alla somma dei voti favorevoli e dei voti contrari, e alla conseguente proclamazione dei risultati del *referendum*). Il secondo luogo, la Corte d'appello censurava la violazione del co. 4 dell'art. 15 dello Statuto speciale per la Sardegna, atteso che la normativa censurata – introducendo un *quorum* strutturale di validità del *referendum* – non escludeva espressamente l'applicabilità di tale *quorum* per il *referendum* sulle leggi statutarie. Per un commento sulla decisione n. 164 del 2008, si v., almeno, G. DEMURO, *Una impeccabile inammissibilità: nota a Corte costituzionale n. 164/2008*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); O. CHESSA, *Problemi del quorum partecipativo nel referendum sulla legge statutaria sarda*, in *Le Regioni*, n. 3/2008, 739 ss.; M. SIAS, *Il quorum di partecipazione nel referendum sulla legge statutaria della Regione Sardegna*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 11/2008.

<sup>23</sup> A ben vedere, la Corte era giunta alle medesime considerazioni anche nella decisione n. 244 del 1995 (richiamata dai Giudici al punto 2.3 del Considerato in diritto nella sentenza n. 164 del 2008), estendendo la legittimazione ad attivare l'incidente di costituzionalità anche alla Corte dei conti in sede di parificazione dei rendiconti statali e regionali, rilevando come tale procedimento si svolgesse «con le formalità della giurisdizione contenziosa, con la partecipazione del Procuratore generale, in contraddittorio con i rappresentanti dell'amministrazione e si conclude con una pronunzia adottata in esito a pubblica udienza» (punto 2 del Considerato in diritto). In tal senso, pertanto, i Giudici hanno ritenuto necessario che il requisito soggettivo di legittimazione previsto dalla normativa di riferimento dovesse essere integrato con il requisito oggettivo.

<sup>24</sup> Il riferimento concerneva le decisioni nn. 83/1966 e 129/1957, analizzate nel presente studio.

<sup>25</sup> Corte cost., sent. n. 164 del 2008, punto 2.2 del Considerato in diritto. Al fine di attribuire maggiore sostanza al proprio percorso argomentativo, i Giudici hanno richiamato le decisioni nn. 386/1996 e 216/1972, ove è stata negata legittimazione *a quo* agli organi rimettenti (il riferimento era, rispettivamente, agli Uffici elettorali circoscrizionali e il Collegio centrale di garanzia elettorale), rilevando come l'assenza di «un momento suscettibile di configurarsi come propriamente decisorio» (in relazione all'attività svolta dagli Uffici elettorali circoscrizionali) e «l'eventuale emanazione di un provvedimento finale privo [...] della definitività» (Collegio centrale di garanzia elettorale) costituissero un significativo motivo ostativo per il riconoscimento della natura di giudici *a quibus* agli stessi. Diffuse critiche avverso tale orientamento sono state messe in evidenza da A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, cit., spec. 70, rilevando la necessità di seguire una linea di «tendenziale ampliamento dell'accesso [...] a salvaguardia effettiva e tempestiva del principio di costituzionalità».

<sup>26</sup> Il tentativo di «reperire un criterio identificativo nell'*analogia*» (S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 14/2018, 6 ss.) è emerso in numerosi passaggi della sentenza n. 226 del 1976, laddove la Consulta, per aprire le porte del giudizio alla Corte dei conti, ha rilevato come, in sede di controllo sugli atti del Governo, tale organo rivestisse una funzione «analogica» a quella di un «qualsiasi giudice (ordinario o speciale), allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li

(seppur «ai limitati fini» dell'attivazione del giudizio incidentale) ad un «giudizio»<sup>27</sup>. Ciò al fine di evitare, come accennato in precedenza, la permanenza di “zone” avulse dal controllo di costituzionalità.

## 2. Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale: l'orientamento del Giudice delle leggi alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali

In questo quadro si colloca il tentativo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – largamente commentato in dottrina<sup>28</sup> – di adire la Corte<sup>29</sup> per censurare la legittimità costituzionale

---

concernono», assimilabile (*rectius*: «analogo») a quella giurisdizionale (piuttosto che a quella amministrativa). Del medesimo tenore le osservazioni successive, volte ad evidenziare come l'organo *de quo* godesse «delle più ampie garanzie di indipendenza [...] analogamente ai magistrati dell'ordine giudiziario» e che il procedimento di controllo non difettesse di «elementi, formali e sostanziali, riconducibili alla figura del contraddittorio». Sul punto, Corte cost., sent. n. 226 del 1976, punto 3 del Considerato in diritto.

<sup>27</sup> Tanto è avvenuto, come già accennato alla nota precedente, nella citata decisione n. 226 del 1976, ove i Giudici hanno riconosciuto alla Corte dei conti, in sede di giudizio di parificazione, funzioni «giurisdizionali», pur non essendo queste ultime regolate dal Titolo II, Capo V (rubricato “Attribuzioni giurisdizionali”) del T.U. n. 1214 del 12 luglio 1934 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti); nonché nella decisione n. 12 del 1971, riconoscendo «ai limitati fini» della proposizione della questione incidentale, «carattere giurisdizionale» alle funzioni esercitate dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura. Maggiormente articolato il costruito argomentativo rinvenibile nella decisione n. 158 del 1995, in riferimento alla Commissione dei ricorsi contro i provvedimenti dell'Ufficio italiano brevetti e marchi: «[...] la composizione della Commissione (formata da persone scelte fra i magistrati di grado non inferiore a quello di consigliere d'appello o tra i professori di materie giuridiche delle università o degli istituti superiori), le garanzie di indipendenza o di “terzietà” della Commissione stessa, le regole in base alle quali è modellato il procedimento (ispirate al principio del contraddittorio e alla discussione pubblica del ricorso e connotate, quanto alla pronuncia e alla forma delle sentenze e delle ordinanze, dal rinvio alle norme del codice di procedura civile), l'oggetto del giudizio (tutela di diritti soggettivi), la forma della decisione (operata con un provvedimento denominato per legge “sentenza”) e la impugnabilità di quest'ultima avanti la Corte di cassazione, sono *indici sicuri*, alla stregua della costante giurisprudenza di questa Corte (v., ad esempio, sentenze nn. 226 del 1976, 12 del 1971 e 114 del 1970), conducenti alla conclusione che la Commissione de qua sia da *qualificare come giudice* ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87» (punto 2 del Considerato in diritto, corsivo aggiunto).

<sup>28</sup> L'ordinanza di rimessione n. 1 del 3 maggio 2018, promossa dall'AGCoM, è stata oggetto di numerose riflessioni in dottrina. Cfr., *ex aliis*, P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della “zona franca”*, cit.; 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 [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 14/2018; G. MAZZANTINI, M.C. MARZOCCA, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018; E. CANALE, *La nozione di “giudice a quo”*: *l'AGCM è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice delle leggi?*, cit.; S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, cit.; M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 15/2018; M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. I803) dell'AGCM*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 14/2018. Diffuse perplessità sulla legittimazione dell'AGCoM come giudice *a quo* erano già state espresse da M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 12/2012.

<sup>29</sup> La possibilità per l'Autorità di poter essere ammessa, nell'esercizio delle funzioni istruttorie, a sollevare la q.l.c. era stata prospettata dal Presidente *ratione temporis* G. AMATO, Conclusioni al convegno “La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali”, Roma, 20-21 novembre 1995, disponibile *on-line* al seguente indirizzo: <https://www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tpES01PR.PDF>. Del medesimo tenore le considerazioni di A. CATRICALÀ, intervento alla conferenza “Mercato, regolazione e concorrenza per le PMI”, Roma, 21 ottobre 2008: «[L]a Corte costituzionale ha di recente stabilito che la tutela della concorrenza non è una materia definita, ma una funzione che lo Stato può esercitare su un numero indefinito di materie pur riservate alla competenza esclusiva delle Regioni, quando fissi principi di apertura dei mercati e quando intenda rimuovere ostacoli al libero svolgimento delle attività imprenditoriali. In questo caso la potestà regionale recede. In linea di principio, dunque, lo Stato ha uno strumento per realizzare interventi di liberalizzazione su tutti i mercati. Certo, l'atteggiamento contrario degli enti locali potrebbe

dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89<sup>30</sup> (introdotto con la legge 27 dicembre 2017, n. 205) e dell'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990. Secondo il rimettente, le disposizioni impugnate avrebbero sottratto all'applicazione della legge antitrust (l. n. 287 del 1990) gli atti funzionali all'esercizio del procedimento disciplinare nei confronti del Consiglio nazionale del notariato e dei Consigli distrettuali, violando di conseguenza gli artt. 3, 41 e 117, co. 1, della Costituzione<sup>31</sup>.

Richiamando l'esigenza di «ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che [...] più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte»<sup>32</sup>, l'Autorità rimettente ha sottolineato come il rigetto della questione per difetto di legittimazione della stessa avrebbe escluso «la possibilità di sottoporre la suddetta previsione al sindacato di costituzionalità», se non attraverso una «eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento». In aderenza a tali premesse, nell'ordinanza di rimessione l'AGCoM – nell'obiettivo di far valere la propria legittimazione in termini di giudice *a quo* – ha sottolineato come la propria attività si ponesse «al di fuori di qualsiasi condizionamento e controllo dal potere politico», assicurando la propria «soggezione solo alla legge». Trattasi, a parere della rimettente, di un'attività connotata da una «particolare e qualificata indipendenza» tale da essere riconducibile a quella di «soggetti che svolgono funzioni giurisdizionali», atteso che, nell'esercizio delle proprie funzioni volte alla tutela della concorrenza, la stessa «non sceglie (pondera) tra una pluralità di interessi concorrenti», limitandosi, «al pari di un giudice», ad applicare la legge al caso concreto. In relazione a tale ultimo profilo, l'Autorità ha rivendicato una «discrezionalità di tipo tecnico, derivante dall'applicazione di regole tecniche di natura economica», presumibilmente nella speranza che la Corte giungesse alle medesime conclusioni contenute nella sentenza n. 226 del 1976, allorché è stata riconosciuta alla Corte dei conti la possibilità di sollevare incidente di costituzionalità, nonostante si trattasse di un

---

sempre, di fatto, riemergere: in questi casi, le imprese o i cittadini che trovassero ostacoli nell'avvio o nello svolgimento dell'attività a causa di leggi regionali in contrasto con i principi di liberalizzazione statale dovrebbero impugnare l'atto amministrativo. Si potrebbe pensare di consentire, in questi casi, all'Autorità garante di proporre direttamente alla Corte la questione di legittimità costituzionale della legge regionale, almeno per evitare che il privato cittadino sopporti gli oneri del giudizio». In merito, si v. altresì gli esiti pubblicati nel documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti (A.P., Camera dei deputati – XVI legislatura, 16 febbraio 2012, 9ss.).

<sup>30</sup> Recante disposizioni “Sull’ordinamento del notariato e degli archivi notarili” (G.U. 7 marzo 1913, n. 55).

<sup>31</sup> Nella citata ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, infatti, l'AGCoM ha rilevato come il richiamo all'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990 previsto dal co. 1-bis della disposizione succitata (che prevede l'inapplicabilità delle regole antitrust verso quelle imprese che esercitano la «gestione di servizi di interesse economico generale») avesse determinato un «[c]ontesto di incertezza in ordine alla competenza dell'Autorità ad esercitare i poteri di cui alla l. n. 287 del 1990 avverso condotte dei Consigli notarili che, benché adottate nel formale contesto dell'attività di vigilanza, non ne condividono le finalità di tutela di interessi pubblici e che, in quanto incidono sulle attività economiche dei notai, sono suscettibili di rilevare ai sensi di tale legge».

<sup>32</sup> Tale assunto è stato ripreso dall'Autorità rimettente dalla decisione n. 226 del 1976 della Corte (ribadito dai Giudici, di recente, attraverso le sentenze nn. 181 del 2015 e 89 del 2017).

organo «estraneo all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibito a compiti di diversa natura»<sup>33</sup>.

Non da ultimo, per rafforzare il costruito argomentativo teso ad assimilare la propria attività a quella dei soggetti che svolgono funzioni giurisdizionali, l'AGCoM si è spinta fino a dichiarare un «grado di indipendenza pari alla terzietà che deve avere un giudice», e che nel corso dei procedimenti svoltisi innanzi alla stessa fosse dato «ampio spazio ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, di chiara derivazione processuale»<sup>34</sup>.

Attraverso la decisione n. 13 del 2019, i Giudici hanno escluso la sussistenza del requisito concernente la terzietà del rimettente, sconfessando le argomentazioni esposte a sostegno di una inversa lettura. In particolare, secondo la Consulta, il difetto di terzietà emergerebbe dal fatto che l'Autorità risulta parte *resistente* del provvedimento amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti; rilevando altresì come, in aderenza a quanto stabilito dall'art. 21-*bis* della legge n. 287/2000, la stessa acquisisca anche la posizione di parte processuale *ricorrente*, in caso di impugnativa innanzi al g.a. di atti emessi da amministrazioni pubbliche idonei a violare le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Muovendo da tali premesse, la Corte ha richiamato – quale ulteriore profilo teso a censurarne il difetto di terzietà<sup>35</sup> – la limitata indipendenza dell'Autorità in ragione del «nesso funzionale» che lega l'organo decisionale (Presidente) e il Segretario<sup>36</sup> rilevando, di conseguenza, l'assenza di una «netta separazione tra gli uffici e il Collegio»<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 226 del 1976, punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>34</sup> Il testo dell'ordinanza in commento è disponibile al seguente indirizzo: <http://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/5774807785CDD1CBC1258287005737F3/%24File/o00001.pdf>.

<sup>35</sup> Sul concetto di «terzietà», distinto a quello di «indipendenza», cfr. 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, spec. 297: «[...] la nozione di “terzietà”, identificata a livello costituzionale come *proprium* della giurisdizione [...]. È stato osservato che il requisito in parola si distingue da quello dell'indipendenza, completandolo nella descrizione della giurisdizione, e che tale carattere si attuerebbe rispettando tre principi di stretto diritto processuale: (i) il principio della domanda (ii) il principio dell'equidistanza, realizzato attraverso quell'equilibrio che solo l'assenza di interessi propri alla decisione può garantire (iii) il principio della c.d. forza della prevenzione», laddove il rispetto di quest'ultimo avviene «evitando, per quanto possibile, che un magistrato possa decidere nuovamente, o in nuova forma, una questione già sostanzialmente decisa dal medesimo in altro processo» (ivi, nt. 37). In tema, si v. altresì M. AINIS, *The Italian Competition Authority's Maientic Role*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2/2016, spec. 152: «[...] it is useful to note that the mentioned activity is carried out by the ICA in its function of independent, third-party and impartial body; it is legitimised to decide definitively on the interpretation or implementation of competition laws; and it “judges,” for the profiles of its competence, in cross-examinations with the parties involved».

<sup>36</sup> L'art. 11, co. 5 della legge n. 287 del 1990, infatti, prevede che «Al funzionamento dei *servizi* e degli *uffici* dell'Autorità sovraintende il segretario generale, che *ne risponde* al presidente [...]» (corsivo aggiunto).

<sup>37</sup> In tal senso, la Corte ha demolito l'assunto emergente dall'ordinanza di rimessione, laddove l'AGCoM ha rivendicato una «adeguata separazione tra gli uffici che svolgono l'attività istruttoria [...] e l'organo competente ad assumere le decisioni (il Collegio)», rilevando come siffatta separazione non fosse soltanto «organizzativa», bensì incidesse anche sulle concrete funzioni esercitate da tali organi, spettando al Collegio «il potere di decidere sull'esistenza di un illecito e sull'irrogazione delle eventuali sanzioni [...] senza essere “vincolato” alla proposta degli uffici». A ben vedere, la problematica relativa alla commistione tra le funzioni istruttorie e decisorie è stata, per lungo

Tali rilievi hanno condotto i Giudici a smentire del tutto l'assunto dell'Autorità rimettente, in ispecie nella parte in cui quest'ultima tendeva a qualificarsi, nell'esercizio della propria attività, «al pari di un giudice», considerata (alla stregua delle suindicate motivazioni) la mancanza di un'effettiva *estraneità* della stessa alla «definizione della situazione sostanziale»<sup>38</sup>.

Siffatta ricostruzione è stata supportata da diffusi richiami giurisprudenziali (sia interni che di matrice sovranazionale)<sup>39</sup>, rilevando l'«ontologica incompatibilità tra la posizione di giudice e di parte processuale nel giudizio avverso i propri provvedimenti»<sup>40</sup>.

Al fine di superare la censura concernente la permanenza di zone sottratte al sindacato di legittimità (sollevata dall'AGCoM per contrastare l'eventuale dichiarazione di inammissibilità per difetto di legittimazione della stessa da parte della Corte), i Giudici hanno rilevato che «esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile» in cui può essere promossa la questione di legittimità costituzionale su iniziativa del privato segnalante (nel caso in cui quest'ultimo avesse deciso di impugnare l'archiviazione dell'istruttoria da parte dell'AGCoM, come nel caso della vicenda *de qua*) e del giudice chiamato a pronunciarsi su tale impugnativa, in tal modo arginando il problema di un controllo di costituzionalità «poco agevole» o «estremamente difficile»<sup>41</sup>.

### 3. Osservazioni conclusive

A ben vedere, l'arresto della Corte in relazione al – coraggioso – tentativo dell'Autorità non sorprende. Invero, la debolezza dell'ordinanza di rimessione emergeva, in tutta evidenza, dall'assunto che, rivestendo una «funzione di garanzia», all'AGCoM potesse essere riconosciuto un «grado di

---

tempo, oggetto di diffuse osservazioni nel panorama dottrinale: cfr., *ex plurimis*, P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 349 ss.; G. DE MINICO, *Profili sistematici dei procedimenti amministrativi dinanzi all'Autorità "antitrust"*, in F. S. SEVERI (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti. Aspetti problematici*, Milano, 1998, 9 ss.; F.F. GUZZI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82, 2013, 172 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*, Napoli, 2017, 306 ss.; nonché, più di recente, A. D'URBANO, *Perché l'Agcm non può sollevare questione di costituzionalità. Il difetto di terzietà e l'insufficienza del contraddittorio «verticale»*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1/2019, spec. 27, secondo la quale «l'esistenza di una effettiva separazione tra funzione istruttoria e decisoria risulterebbe [...] comprovata da casi in cui il Collegio ha deciso in modo difforme rispetto alle proposte degli Uffici» (richiamando, in argomento, lo studio di R. CHIEPPA, *Tutele e garanzie nel procedimento antitrust e nel successivo controllo giurisdizionale*, in Aa.Vv. (a cura di), *Politiche antitrust ieri, oggi e domani*, Torino, 2017).

<sup>38</sup> Determinando, di fatto, la «legittimazione a stare in giudizio» in capo all'Autorità, «e non ai suoi uffici inquirenti». Cfr. *in terminis* Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 5 del Considerato in diritto.

<sup>39</sup> Gli orientamenti richiamati dalla Corte, infatti, coinvolgono sia la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., I Sez. Civ., sent. n. 12461 del 21 maggio 2018; nonché Cass. SS.UU., sent. n. 1716 del 24 gennaio 2013) che la decisione della Corte di Giustizia, Grande sezione, 17 luglio 2014, C-58/13, *Torresi*. In tale occasione, è stata rilevata la posizione di terzietà assunta dal Consiglio nazionale forense rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso (posizione assente, invece, in riferimento ai Consigli forensi locali, laddove nell'ambito dei procedimenti aventi ad oggetto l'impugnativa avverso una propria decisione, essi costituiscono «parti» dinanzi al Consiglio nazionale forense).

<sup>40</sup> Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 6.1 del Considerato in diritto.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 7 del Considerato in diritto.

indipendenza pari alla terzietà che deve avere un giudice». Ma si tratta di un rilievo destinato ad essere smentito in forza della natura dei procedimenti che si svolgono innanzi alla stessa: invero, tali “procedimenti” non possono essere qualificati come “processi” in senso proprio (alla stregua di quelli instaurati davanti ad un’ autorità giudiziaria), in quanto l’AGCoM risulta «arbitro»<sup>42</sup> (e, non da ultimo, «garante»), dei rapporti sui quali è chiamata a pronunciarsi, assumendo pertanto una posizione radicalmente incompatibile con quella rivestita da un «giudice» all’interno di un «processo»<sup>43</sup>.

Seppur il contenuto dell’ordinanza di rimessione potesse apparire, sotto certi versi, piuttosto “audace”, è altresì vero che, in riferimento alla natura delle Autorità amministrative indipendenti, gli orientamenti della Corte non sempre si sono rivelati coerenti. Nella decisione in commento, infatti, la Corte ha sostenuto che l’Autorità esercitasse una «funzione amministrativa discrezionale»<sup>44</sup>, in netta antitesi con quanto stabilito in altre occasioni, ove è stata più volte evidenziata la «funzione di garanzia» delle Autorità indipendenti<sup>45</sup>. E l’esclusione della stessa dal novero del giudice *a quo* è stata ancorata ai poteri «pararegolatori e consultivi» ed all’ampio «margine di discrezionalità amministrativa» che connota il complesso delle funzioni attribuite alla stessa ai sensi della legge antitrust<sup>46</sup>: tali funzioni, secondo i Giudici, rendono l’Autorità garante «portatrice di un interesse pubblico specifico»<sup>47</sup>, ove il

---

<sup>42</sup> Relativamente all’istituto arbitrale, il percorso segnato dalla Corte costituzionale ha condotto all’«affrancamento» dello stesso dalla «funzione negoziale alla funzione giurisdizionale» (T.E. FROSINI, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 23/2018), riconoscendo come tale istituto abbia mutuato dalla giurisdizione pubblica «[...] alcuni meccanismi al fine di pervenire a un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale», atteso che l’art. 824-bis c.p.c., attribuisce al lodo, fin dalla sua sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall’A.G. (cfr. *in terminis* Corte cost., sent. n. 223 del 2013, punto 4 del Considerato in diritto richiamando, in argomento, il precedente n. 376 del 2001). Pertanto, un ulteriore profilo di cui tenere conto ai fini della configurabilità dell’AGCoM quale giudice *a quo* risiede nella natura dell’attività esercitata, se si considera la circostanza che i provvedimenti adottati dalla stessa non sono idonei a produrre in senso stretto gli effetti del giudicato ai sensi dell’art. 2909 c.c., non costituendo un’attività giurisdizionale propriamente detta, secondo la prospettiva indicata dall’art. 102 Cost. (di tenore opposto la ricostruzione di E. CANALE, *La nozione di “giudice a quo”: l’Agcm è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice delle leggi?*, cit., 7 ss. Ad ogni modo, il pericolo di un «aggiramento» del divieto di istituire nuovi giudici speciali è stato ben chiaro alla Corte, come emerge al punto 3.2 del Cons. dir. della sent. n. 13 del 2019). Sul giudicato come «espressione della giurisdizione», cfr. G. SERGES, *Il giudicato pregiudicato? Dalla certezza alla flessibilità*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*. Atti del Convegno di Brescia, 24 novembre 2017, Napoli, 2018, 39 ss.

<sup>43</sup> Rileva l’impropria sovrapposizione dei concetti di «procedimento» e «processo» emergenti dall’ordinanza di rimessione n. 1 del 3 maggio 2018, S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull’accesso ai giudizi costituzionali*, cit., 4 ss.

<sup>44</sup> Considerazioni critiche avverso tale conclusione sono state messe in evidenza da G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all’Autorità antitrust*, cit., 138 ss.

<sup>45</sup> Si fa riferimento, in particolare, alle decisioni n. 32/1992 (punto 4.1 del Considerato in diritto, in riferimento alla Commissione di garanzia sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali); n. 482/1995 (punto 9 del Considerato in diritto, in relazione all’attività svolta dall’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici); n. 41/2013 (punto 6 del Considerato in diritto, laddove ha rilevato come le attribuzioni dell’Autorità di regolazione dei trasporti esprimano una «funzione di garanzia»). In argomento, cfr. M. MIDIRI, *Essere “giudice” per la Corte: implicazioni istituzionali*, cit., 11 ss.

<sup>46</sup> Per un approfondimento sui poteri dell’AGCoM, cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993.

<sup>47</sup> Ossia la tutela della concorrenza e del mercato.

contraddittorio risulta aderente ad una logica di tipo «verticale», atteso che il privato tende a confrontarsi con un «soggetto che, nell’irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità»<sup>48</sup>. Tali considerazioni hanno condotto la Corte ad impedire il riconoscimento di una posizione di «indifferenza e neutralità» in capo all’AGCoM nello svolgimento della propria attività istituzionale.

Tuttavia, tale assunto non sembra essere sufficiente per escludere la «terzietà» dell’Autorità garante, considerato che l’assenza di una effettiva «estraneità dell’interesse in ordine al quale ess[a] dà la sua pronuncia»<sup>49</sup>, costituisce proprio l’elemento di «indipendenza» che connota la posizione dell’AGCoM in relazione agli interessi in conflitto ed ai rapporti sostanziali che è chiamata a dirimere. In luogo di un percorso argomentativo piuttosto contraddittorio, la definizione di una linea di demarcazione effettiva tra «procedimento» (che si svolge innanzi all’Autorità) e «processo» (che si svolge davanti ad un giudice) avrebbe radicalmente precluso, in via definitiva e «senza deroghe ad alcun fine», il potere ad un’ autorità amministrativa di adire, attraverso un accesso diretto, il Giudice costituzionale<sup>50</sup>. Non è da escludere, alla luce delle considerazioni esposte, che la Consulta possa ritornare sull’argomento, attesa la diffusa tendenza della stessa volta a ricostruire una «frontiera» incidentale «caso per caso»<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 8.1 del Considerato in diritto. Per un commento, cfr., *ex plurimis*, M. CHIARELLI, *L’Autorità garante della concorrenza non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019, n. 13*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 14/2019; R. MANFRELLOTTI, *Lo Statuto costituzionale del Garante della concorrenza nella prospettiva dell’accesso alla Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019; F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), fasc. 1/2020; 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 [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 2/2020. Censura come «troppo semplicistico» il ragionamento della Corte A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale*, cit., 10.

<sup>49</sup> Elevata dalla Corte ad elemento ostativo ai fini dell’attribuzione del «carattere giurisdizionale» all’Autorità garante (cfr. sent. n. 13 del 2019, punto 6 del Considerato in diritto, richiamando il precedente n. 110 del 1967).

<sup>50</sup> Sul punto, *amplius*, S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull’accesso ai giudizi costituzionali*, cit., 4-5.; nonché ID., *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, cit., 4 ss., laddove l’A. rileva che nel procedimento innanzi all’AGCoM vengono «restituiti i rapporti sostanziali affidati alla funzione arbitrale della stessa». Una funzione che le consente sì di essere *indipendente*, ma non di assumere una posizione di “terzietà” come un “giudice”, in quanto «la differenza è [nella] restituzione, in quella proiezione dei rapporti sostanziali che occasionano il conflitto [...]. Il soggetto AGCoM è allo stesso tempo garante dei rapporti sostanziali in conflitto e decisore nel procedimento in cui se ne determinano composizione o prevalenza. Ma allora non può essere giudice, e quello che si svolge davanti a esso non è processo. Poiché, invero, il processo è, almeno in ultima istanza, *autoriferito*. Il procedimento amministrativo non lo è: è invece *referito* ai rapporti sostanziali che compone, tale composizione è il suo scopo, e il suo amministratore prende campo, ponderando interessi e posizioni nel mercato [...].»

<sup>51</sup> Il condivisibile rilievo è di A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale*, cit., 9 ss.