

FLAMINIA APERIO BELLA

Dottore e assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.
Abilitata alle funzioni di Professore di II fascia.
flaminia.aperio.bella@gmail.com

I RIFLESSI DELL'ORGANIZZAZIONE SUL RAPPORTO TRA LE ISTITUZIONI: L'AGCM QUALE GIUDICE *A QUO* DEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE?

THE RELEVANCE OF THE ORGANIZATION THEORY IN INSTITUTIONAL RELATIONSHIPS: *LOCUS STANDI* OF THE ANTITRUST AUTHORITY IN THE CONSTITUTIONAL JUDGMENTS?

SINTESI

L'articolo prende le mosse dall'ordinanza con cui l'AGCM, qualificandosi (per la prima volta) come autorità giurisdizionale "ai limitati fini" degli artt. 1, l. cost, n. 1 del 1948 e 23, l. n. 87 del 1953, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in via incidentale della normativa sul notariato venuta in rilievo nell'ambito di un procedimento sanzionatorio da essa intrapreso. I passaggi della decisione in cui l'Autorità afferma la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi della propria legittimazione quale giudice *a quo* e gli argomenti utilizzati dalla Consulta per respingere tale ricostruzione sono analizzati in chiave organizzativa, alla luce degli insegnamenti di teoria generale sulla distinzione tra giudice e amministrazione.

ABSTRACT

The essay stems from the decision of the Italian Antitrust Authority to raise (for the first time) an incidental question of constitutionality before the Italian constitutional Court during a proceeding leading to an infringement decision. The AGCM's decision stated that subjective and objective requirements of the legal standing to raise question of constitutionality are fulfilled. Dismissing the claim as inadmissible, because of the lack of *locus standi* of the Authority, Italian constitutional Court rejected those arguments. Both decisions will be analyzed in the perspective of general legal theory, focusing on the differences between judge and administration, pointing out the relevance of organization theory in institutional relationships.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione amministrativa – Autorità amministrative indipendenti – Relazioni organizzative – Nozione di giudice – Legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

KEYWORDS: Administrative Organization – Authorities – Organizational Relationships – Notion of Judge – *Locus standi* in Constitutional Judgments.

INDICE: 1. Premessa; 2. Il caso da cui origina la rimessione; 3. La nozione di giudice in senso soggettivo: le argomentazioni dell’Autorità a confronto con le categorie tradizionali; 4. L’AGCM come giudice in senso oggettivo: analisi critica dell’ordinanza; 5. La soluzione della Consulta come dimostrazione della rilevanza dell’organizzazione nei rapporti tra le Istituzioni.; 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

L’organizzazione dei poteri è, in termini generalissimi, il mezzo principale per saldarli tra loro attraverso un sistema appropriato a renderli indipendenti dalla società e quindi a farli prevalere su di essa¹. Tutte le volte che un provvedimento normativo conferisca ordini, poteri e competenze, si dice, rinforza l’autorità, giacché la libera da impacci di scopi o contenuti nel formare la sua volontà, facendo prevalere il peso dello Stato sulla società.

La peculiare forma di organizzazione rappresentata dall’organizzazione amministrativa si connota per essere, per definizione, destinata alla cura concreta dell’insieme degli interessi pubblici² e si manifesta sotto due profili: nell’accezione statica, come “organizzazione-ente” (i.e. di struttura o apparato) e nell’accezione dinamica, come “organizzazione-attività”³.

¹ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale, Lezioni di diritto pubblico*, 4°, Padova, Cedam, 2001, 192. Sui principi generali dell’organizzazione della p.A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell’organizzazione dello Stato*, Padova, Cedam, 1931-1936; P. VIRGA, *L’organizzazione amministrativa*, Palermo, 1958; V. BACHELET, *Profili giuridici dell’organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, Milano, Giuffrè, 135 ss.; M.S. GIANNINI, *Organi (Teoria gen.)*, *ivi*, 37 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15°, Napoli, Jovene, 1989, I, 214 ss..

² F.G. COCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 2005, p. 359.

³ G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa. Principi*, in F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli (diretto da) *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2013. Simile impostazione si trova in M. NIGRO, *L’azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, Il Mulino, 1984, in cui si evidenzia come il profilo organizzatorio della funzione amministrativa debba essere inteso come afferente non solo i centri di provenienza e di imputazione dell’attività amministrativa, ma anche il modo stesso di svolgimento di questa attività, giungendo alla definizione della nozione di amministrazione come nozione “indissolubilmente” strutturale e strumentale; nonché in C. FRANCHINI, *L’organizzazione*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 251, in cui si legge che la locuzione “organizzazione amministrativa” ha due significati distinti descrivendo, da un lato, il complesso dei soggetti e delle strutture che svolgono attività di pubblica amministrazione, dall’altro, l’esercizio della funzione organizzativa dei pubblici poteri, con valorizzazione dei suoi caratteri funzionali e dinamici. In G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, cit., 135, si dà conto che all’interno

La dottrina che ha fatto dell'organizzazione una chiave di lettura e di comprensione del sistema amministrativo, ha ricondotto a tale nozione istituti profondamente diversi, come le nozioni di organo e ufficio, il procedimento amministrativo, nonché il potere e le situazioni relazionali come la competenza e l'autonomia⁴. Tutti questi elementi, evidentemente difformi secondo l'usuale descrizione dei fenomeni pubblici, divengono riconducibili a una matrice comune postulando una nozione composita di organizzazione⁵.

L'intuizione trova riscontro dal dettato costituzionale, che, all'art. 97, consente un "congiungimento" tra organizzazione e attività, pur senza realizzare un assorbimento della seconda nella prima. L'impostazione è efficacemente compendiata dall'affermazione che l'atto non è che organizzazione passata e l'attività è organizzazione in movimento, organizzazione presente⁶.

Il ragionamento si carica di ulteriori implicazioni quando impone di valorizzare le interazioni tra più figure soggettive, i.e. il profilo esterno dell'organizzazione⁷.

dell'ordinamento possono riscontrarsi norme di organizzazione-istituzionalizzazione e norme di organizzazione dell'attività di diretto perseguimento dei fini, per poi ridurre il campo di indagine esclusivamente alla prima accezione di organizzazione.

⁴ All'organizzazione amministrativa sono ricondotti «in varie combinazioni, varie figure e vari concetti: l'ufficio e l'organo, ed in genere le strutture abitualmente collegate con la persona giuridica; l'attività nel momento del suo formarsi, ed in special modo il procedimento; il potere e le situazioni relazionali come la competenza e l'autonomia» G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, qui in rilievo per la parte in cui contiene la ristampa inalterata di uno scritto del 1961, pp 34 ss., spec. 121-122. In argomento, specialmente G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 529, ove si legge che "L'organizzazione è, rispetto all'amministrazione pubblica, un momento che contiene in se stesso, potenzialmente o effettivamente, tutta la vicenda amministrativa". Pur discostandosi da una "visione panorganizzatoria del diritto amministrativo", propone una ricostruzione secondo cui "l'organizzazione equivarrebbe alla prefigurazione normativa dell'agire futuro e l'attività - ogni attività - ad organizzazione in atto" anche G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, cit., 149.

⁵ In tale prospettiva anche le norme sul procedimento sarebbero norme organizzative: "anche il procedimento, infatti, costituisce un presupposto della validità di un atto nell'ordinamento generale. E perciò la norma disciplinante il procedimento vale anch'essa in due tempi e con due differenti funzioni: una prima volta per costituire il procedimento e renderne effettiva l'esplicazione; la seconda volta per valutare la relazione tra il procedimento e l'atto e consentire o vietare che l'atto sia valido nell'ordinamento generale in relazione al procedimento che l'ha preceduto. Nel primo caso, la norma è effettivamente organizzatoria, in quanto tende alla composizione di varie competenze; nel secondo caso, non si ha più una norma di organizzazione nel senso proprio dell'espressione, ma una norma tra quelle che reggono le fattispecie qualificate nell'ordinamento generale" (G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., 154). Non sorprende dunque che, muovendo da tale assunto, il cambio di prospettiva della dottrina contemporanea nella descrizione delle manifestazioni di diritto pubblico dall'atto al procedimento sia stato letto come una dimostrazione dell'accostamento sempre maggiore dell'attività all'organizzazione, nel senso che, anche se non del tutto consapevolmente, sarebbero stati così "messi a nudo i collegamenti profondi che intercorrono tra le strutture dell'amministrazione e i procedimenti mediante i quali assumono consistenza le manifestazioni esteriori di essa" (ivi, 8).

⁶ G. BERTI, *Il principio organizzativo* cit., 137; G. PALEOLOGO, *op. loc. cit.*

⁷ Tra le relazioni organizzative si suole distinguere tra le relazioni esterne tra strutture (o Amministrazioni) diverse da quelle interne, tra uffici della stessa struttura. Nella prima tipologia

E' proprio tale prospettiva che si intende percorrere per analizzare la vicenda originata dall'ordinanza del 3 maggio 2018, n. 1, con cui l'AGCM, qualificandosi come autorità giurisdizionale "ai limitati fini" degli artt. 1, l. cost, n. 1 del 1948 e 23, l. n. 87 del 1953⁸, ha sollevato questione di l.c. della normativa sull'ordinamento del notariato (nell'interpretazione datane dal Consiglio Notarile di Milano – CNM e dalla Corte d'appello di Milano), per la parte in cui avrebbe sottratto un intero segmento dell'attività di tale categoria di professionisti all'applicazione del nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza della cui tutela l'Autorità è garante. L'atto di promovimento, poi dichiarato inammissibile dalla Consulta⁹, ha suscitato immediato interesse in dottrina¹⁰,

si configurano tanto relazioni c.d. interorganiche, se le Amministrazioni interessate non hanno personalità giuridica, che a relazioni intersoggettive se sono munite di personalità (F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto Amministrativo*, cit. 387; stessa impostazione si ritrova, sostanzialmente, in G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, cit., *passim*).

⁸ Come meglio si illustrerà nelle pagine che seguono, la categoria del giudice "ai limitati fini della sollevabilità della questione" e la connessa individuazione di una forma di giurisdizionalità "dedicata" al solo giudizio di legittimità costituzionale è da tempo nota alla giurisprudenza della Consulta. Secondo una certa dottrina, peraltro, la teorica dei "limitati fini" e la conseguente doppiezza della figura giudiziale (a seconda che ci si muova sul piano dell'ordinamento generale o nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale), sarebbe, in realtà, più diffusa di quanto appaia dalla lettura testuale della giurisprudenza, come dimostrerebbero, ad esempio, le decisioni che, già a partire dagli anni sessanta, hanno portato a diverse declaratorie di incostituzionalità di norme riguardanti alcuni (pretesi) giudici per carenza di indipendenza e terzietà (G. ZAGREBELSKY, V. MACERNÒ, *Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 105).

⁹ Il riferimento è alla sentenza C. cost., 6 febbraio 2019, n. 13, di cui si dirà subito *infra*.

¹⁰ Basti menzionare l'incontro organizzato dalla Direzione della Rivista *federalismi.it* all'indomani della pubblicazione della pronuncia in esame, cui è seguita la pubblicazione delle relazioni e degli interventi di alcuni degli Studiosi di diritto costituzionale, europeo ed amministrativo che hanno partecipato al dibattito presso il FormAP il 21.6.2018. Si vedano i contributi di L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, cit.; M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, *ivi*, 15/2018; M. DE VITA, *Relazioni tra l'articolo 8 l. 287/90 e l'articolo 106 TFUE nell'Ordinanza 1/18 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, *ivi*; G. DI PLINIO, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, *ivi*, 14/2018; A. FERRARA, *L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*, *ivi*; M. RIDOLFI, *L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, *ivi*; S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, *ivi*, 14/2018; P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "franca"*. *Primissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, *ivi*, 17/2018. L'ordinanza è stata altresì invocata quale esempio di incertezza dei ruoli dei poteri pubblici in M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a "Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 11/2018, 14 ss. Da ultimo, 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 *Dir. e soc.*, 2018, 2, 381 ss..

tanto sul piano della giustizia costituzionale, per ciò che avrebbe potuto aggiungere un nuovo tassello alla composita nozione di “giudice *a quo*” progressivamente elaborata dalla Consulta¹¹, quanto su quello della teoria generale, riaccendendo il dibattito sulla configurabilità di un potere “terzo” rispetto a quello amministrativo e giurisdizione, identificato in autorità neutrali, con funzioni “para-giurisdizionali”.

Si è trattato del primo tentativo di un’*Authority* (e, più in particolare, di quella tradizionalmente considerata l’espressione più pura del modello¹²) di accedere al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, circostanza che spiega l’ampio spazio dedicato al profilo della legittimazione nella parte “in diritto” dell’ordinanza. Il confronto tra l’approfondita analisi operata dall’Autorità remittente sulla propria composizione, sull’attività svolta, sugli interessi perseguiti, nonché sul procedimento applicato per la cura di questi ultimi con i “contro-argomenti” utilizzati dalla Consulta per respingerne la ricostruzione, forniscono una vera e propria dimostrazione tangibile della rilevanza del fenomeno organizzativo all’interno dell’ordinamento, quale concetto giuridico complesso, che concorre a realizzare l’indipendenza di un potere nella società, producendo riflessi immediati sul rapporto tra le Istituzioni.

Grazie alla nozione di organizzazione sopra illustrata sarà possibile mettere in luce la fallacia dell’impostazione diretta ad esaminare l’Autorità quale entità giustapposta a quelle esistenti, da sottoporre unicamente a una verifica statica e atomistica in termini di relazione di indipendenza, supremazia, subordinazione ecc., dovendosi invece dare spazio – come dimostra di aver fatto la Consulta – all’aspetto delle relazioni che hanno luogo nel momento dinamico dell’esercizio dell’attività dell’Autorità medesima.

¹¹ Come si è avuto modo di illustrare in altra sede, la giurisprudenza costituzionale in tema di legittimazione al promovimento di q.l.c. in via incidentale non rappresenta base sicura per riflessioni di teoria generale sulla nozione di “giudice” né punto di arrivo definitivo per affermare o negare la natura giurisdizionale dei soggetti ritenuti legittimati a promuovere giudizi in via incidentale. I dati ricavati dalla ricerca sulle nozioni di procedimento e di processo valevoli per la Corte costituzionale (così come per le Corti UE e CEDU) dimostrano infatti che la giurisprudenza rappresenta un terreno troppo mobile per fornire risposte inequivoche sul piano della teoria generale, viste le ragioni “opportunistiche” che guidano, nei singoli contesti ordinamentali e storici, l’approccio “generoso” o “rigoroso” delle Corti medesime (si rinvia, per approfondimenti, a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 296 ss. e spec. 306-307).

¹² Per la definizione dell’Autorità antitrust come “il modello più puro di Autorità indipendente” v. 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*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 239.

Nelle pagine che seguono, la sintetica illustrazione della vicenda sottesa all'ordinanza di rimessione sarà seguita da un esame di dettaglio dei passaggi logico-motivazionali con cui l'AGCM ha supportato la propria legittimazione a sollevare in via incidentale q.l.c. sotto il profilo soggettivo e oggettivo, evidenziandone le criticità. Si darà poi conto della soluzione abbracciata dal Giudice delle Leggi, ponendo in luce che, nella sua sintetica motivazione, sia condensata la consapevolezza dell'importanza del profilo "esterno" dell'organizzazione, dovendosi osservare l'Autorità nelle sue interazioni con le altre figure ordinarie.

2. Il caso da cui origina la rimessione.

Nel gennaio 2017 l'AGCM avviava un procedimento istruttorio nei confronti del Consiglio Notarile di Milano (CNM), ravvisando una possibile intesa restrittiva della concorrenza ex art 2 l. n. 287/1990 nella condotta consistente nell'utilizzo strumentale di atti asseritamente prodromici all'esercizio della funzione di vigilanza del Consiglio stesso, la cui reale finalità sarebbe stata invece quella di impedire ai notai dei distretti interessati l'acquisizione di elevate quantità di lavoro (perpetrata attraverso un abbassamento dei prezzi o modalità innovative di offerta) con il fine ultimo riportare le posizioni economiche dei medesimi in linea con la media del distretto.

Nelle more dell'adozione della decisione finale, entrava in vigore l'art. 93-ter, co. 1-bis della l. n. 89/1913, introdotto con l. 27 12 2017, n. 205, ai sensi del quale *"Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287"*. Il riferito art. 8, co. 2, prevede a sua volta che le disposizioni pro concorrenziali di cui alla l. n. 287/1990 *"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"*, sicché il risultato della novella sembrava essere quello di escludere l'operatività delle norme in materia di tutela della concorrenza in riferimento alle attività funzionali all'irrogazione di sanzioni disciplinari del CNM, finendo così per sottrarre in radice all'Autorità la competenza a occuparsi di atti funzionali all'esercizio dell'attività di vigilanza del Consiglio medesimo, in dubbia compatibilità con i principi di ragionevolezza, libertà di iniziativa economica ed esercizio della competenza legislativa nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento sovranazionale (artt. 3, 41 e 117 Cost.).

Il dubbio di legittimità costituzionale della novella del 2017 è collegato, in più passaggi dell'ordinanza, all'interpretazione della disposizione *de qua* fornita dal CNM e dalla Corte di appello di Milano (pronunciatasi con ordinanza dell'aprile 2018). Tale interpretazione, in particolare, discostandosi da precedenti posizioni giurisprudenziali più moderate nell'escludere l'intervento dell'Autorità¹³, avrebbe messo in discussione *a priori* la competenza della medesima AGCM a esercitare i propri poteri avverso condotte dei Consigli notarili, precludendole così di intervenire, a prescindere da qualsiasi valutazione circa la concreta finalità perseguita dal Consiglio precedente e per il solo fatto di vertere nel formale contesto dell'attività di vigilanza prodromica all'emanazione di provvedimenti disciplinari. Aderendo a una simile lettura (già avallata, come visto, dalla Corte d'appello), la "deroga" all'operatività dei divieti e dei controlli *antitrust* opererebbe anche quando gli atti assunti dai Consigli notarili non rispondono a finalità di tutela degli interessi pubblici (rilevando, invece, ai sensi della normativa proconcorrenziale per ciò che incidenti su attività economiche). Nelle parole dell'AGCM, è proprio tale lettura che "*mette in discussione la stessa competenza dell'Autorità in relazione ad un intero segmento di attività*", finendo per elidere la verifica di necessità e proporzionalità delle limitazioni della concorrenza tra professionisti tradizionalmente riservata all'Autorità anche nei confronti degli ordini professionali¹⁴. Sulla base di tali presupposti l'ordinanza investe il Giudice delle leggi della "*questione della sussistenza o meno della propria competenza, alla luce dell'articolato quadro normativo e giurisprudenziale coinvolto*".

¹³ In particolare Cass. civ, sez. II, 5 maggio 2016, n. 9041, ampiamente citata nell'ordinanza in analisi, in cui la Cassazione aveva affermato che il Consiglio notarile che assume l'iniziativa del procedimento disciplinare, affidatagli dalla legge notarile, esercita la gestione di servizi di interesse economico generale ed è perciò esente dall'applicabilità delle norme *antitrust*, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990.

¹⁴ L'Autorità dubita in particolare della possibilità che l'art. 8, co. 2, l. n. 287/90, interpretato in maniera conforme all'articolo 106, par. 2, TFUE, sia idoneo a costituire la legittima base legale di un intervento normativo volto a sottrarre intero segmento di attività all'applicazione delle disposizioni della l. n. 287 del 1990, in assenza di qualsiasi valutazione circa il carattere necessario e proporzionato di tale deroga, in relazione alle circostanze di un determinato caso di specie. Alla stregua dell'art. 106, par. 2, TFUE, invero, "*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*". Con lievi varianti, la norma nazionale sancisce 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*" (per una lettura parallela delle due disposizioni e per una esaltazione delle relative divergenze strutturali cfr. M. DE VITA, *Relazioni tra l'articolo 8 l. 287/90 e l'articolo 106 TFUE nell'Ordinanza 1/18 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 4 ss.).

3. La nozione di giudice in senso soggettivo: le argomentazioni dell'Autorità a confronto con le categorie tradizionali.

Gran parte dello sforzo argomentativo profuso dall'Autorità si concentra nell'affermazione della ricorrenza dei due requisiti legittimanti individuati dalla giurisprudenza costituzionale: l'elemento soggettivo, ossia la propria natura di "giudice" ai sensi degli artt. 1 l. cost. n. 1/1948 e 23 l. n. 87/1953, e l'elemento oggettivo, ossia la pendenza innanzi ad essa di un "giudizio"¹⁵.

Sotto il primo profilo, l'ordinanza si sofferma sulla composizione dell'Autorità, sulle procedure di nomina dei suoi componenti, sulla durata degli incarichi e sul regime di inamovibilità e incompatibilità che li caratterizza, per suffragare l'affermazione che *"la composizione dell'Autorità è tale da porla in una posizione di indipendenza e di neutralità, sottraendola a qualsiasi condizionamento "esterno" sia da parte degli organi di indirizzo politico, sia da parte di terzi"*.

¹⁵ Si è già accennato che l'approccio della giurisprudenza costituzionale in ordine ai requisiti di ammissibilità dell'atto di promovimento in via incidentale sia stata animata, in una prima fase, dal chiaro obiettivo di aprire le vie dell'accesso alla Corte costituzionale, aumentare le possibilità di cancellare norme incostituzionali e quindi diffondere la cultura della rigidità della Costituzione repubblicana (L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, cit., 5). Il Giudice delle leggi ha pertanto inizialmente ritenuto di qualificare "autorità giurisdizionale" legittimata a sollevare questioni di legittimità costituzionale ogni autorità che, pur estranea all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibita a compiti di diversa natura, fosse tuttavia *"investita, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, ed all'uopo posta in posizione super partes"* (nozione di giudice in senso oggettivo), e di conferire carattere di "giudizio" a procedimenti che, quale che fosse la loro natura e le modalità di svolgimento, si compissero però alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale (nozione di giudice in senso soggettivo) [così ad es. C. cost. 2 luglio 1966, n. 83]. In successivi pronunciamenti, tuttavia, la Corte ha smentito la radicale ipotesi da cui muoveva la giurisprudenza riferita, nel senso che per sollevare la questione di legittimità costituzionale sarebbe sufficiente, alternativamente, la ricorrenza del requisito soggettivo o oggettivo (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; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, 142). In pronunce più recenti la Corte ha specificato la nozione di giurisdizione "in senso oggettivo" facendo trapelare la rilevanza non solo della circostanza che l'attività applicativa della legge svolta deve avere l'attributo dell'obiettività, ma che debba essere connotata anche da definitività *"nel senso dell'idoneità a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato"* (C. cost. 5 novembre 1996, n. 387, punto 2.2.). Ad oggi possiamo dire che continua a restare decisamente rara l'ipotesi interpretativa dell'assunzione del criterio soggettivo come prevalente: spesso, infatti, è l'elemento oggettivo (specie nelle ipotesi in cui vi siano dubbi sul versante del presupposto soggettivo) a svolgere un ruolo decisivo per ammettere ovvero per negare la facoltà di rimettere alla Corte una questione di costituzionalità. In argomento, si veda AA.VV. *Corte Costituzionale: Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989), Milano, Giuffrè, 1990.

In particolare, le procedure di nomina del Presidente e dei Componenti dell'Autorità, che, come noto, non coinvolgono gli organi di Governo¹⁶, sottrarrebbero l'istituzione a qualsiasi condizionamento e controllo, collocandola al di fuori del rapporto di subordinazione gerarchica e della potestà direttiva del potere politico. L'inaMOVibilità e il regime di incompatibilità applicabile ai componenti dell'Autorità, d'altro canto, garantirebbe che essi, nell'esercizio del proprio mandato, non siano portatori di interessi diversi rispetto a quello che sono chiamati a tutelare. Da ultimo, la durata del mandato (limitata a sette anni e non rinnovabile) precluderebbe eventuali comportamenti opportunistici finalizzati ad ottenere una nuova nomina. Tutti questi elementi rivestirebbero un ruolo importante, nelle parole dell'AGCM, "*ai fini dell'indipendenza e della terzietà dell'Autorità*", consentendole di concludere che "*la particolare e qualificata indipendenza dell'Autorità depone, senz'altro, per la sua assimilabilità ai soggetti che svolgono funzioni giurisdizionali?*", per i quali, come noto, l'articolo 104 Cost., in combinato disposto con l'articolo 101 Cost., prevede l'inaMOVibilità, assicurando la loro soggezione solo alla legge e l'autonomia dell'organizzazione giurisdizionale.

In sede di primo commento all'ordinanza si è avuto modo di evidenziare che i concetti giuridici di indipendenza, neutralità e terzietà, cui l'ordinanza si riferisce con una certa disinvoltura, sottendono un quadro concettuale particolarmente complesso e stratificato, che non si attaglia, almeno parzialmente, alla realtà organizzativa dell'Autorità¹⁷. Il punto merita di essere approfondito in questa sede non solo per la relativa immediata attinenza alla prospettiva di indagine assunta, ma specialmente per la rilevanza che il difetto di terzietà ha giocato nell'apparato argomentativo della pronuncia di inammissibilità della Corte.

E' noto che le nozioni qui in rilievo abbiano rappresentato per anni appellativi di appannaggio esclusivo degli organi giurisdizionali e che la graduale espansione delle cc.dd. "Autorità indipendenti"¹⁸ abbia imposto di ripensare la stessa nozione di indipendenza e i concetti giuridici contermini, per fare spazio al nuovo modello organizzativo¹⁹.

¹⁶ L'art. 10 l. n. 287/1990 prevede che i componenti dell'Autorità sono nominati d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e professionalità senza alcun coinvolgimento del Governo.

¹⁷ F. APERIO BELLA, "Ceci n'est pas une note de jurisprudence", cit., spec. 305 ss.

¹⁸ La graduale espansione delle Autorità indipendenti è stata identificata, a ragione, come uno dei maggiori fattori innovativi nel panorama del diritto costituzionale e amministrativo (M. D'ALBERTI, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?* in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Roma, Treccani, 1997, 158). In tema, rinviando alle note seguenti per richiami più esaustivi e puntuali alla dottrina, rimangono un riferimento i contributi in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

¹⁹ In tema si vedano, senza pretese di completezza, G. SANTANIELLO, *Brevi note sui profili istituzionali della "nuova" Consob*, in *Foro amm.*, 1986, II, 1213 ss.; A. PREDIERI, *La posizione della*

In via di prima approssimazione, in tanto un organo può dirsi indipendente in quanto non è sottoposto ad altri né condizionato (giuridicamente o di fatto) da altri soggetti o organi in grado di influenzarlo con poteri discrezionali esercitabili in favore o in danno dell'organo stesso²⁰. Per essere pienamente compresa, però, la nozione deve essere confrontata, per differenza, rispetto alle altre assimilabili: tra queste, *in primis*, l'imparzialità.

Entrambi i tratti, già da prima della riforma costituzionale del 1999²¹, caratterizzavano costituzionalmente l'attività giurisdizionale, della quale è garantita l'indipendenza attraverso gli artt. 100, 101, 104, 105, 107 e 108 Cost. e l'imparzialità attraverso gli artt. 3, 101 e 109 Cost.. L'imparzialità gode però, come noto, di copertura costituzionale anche rispetto all'Amministrazione, *sub specie* alla sua organizzazione e, in ossequio agli approdi raggiunti in via ermeneutica, alla relativa azione (art. 97 Cost.²²). Con riferimento all'ambito amministrativo,

Consob nell'apparato amministrativo, in *Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano, Giuffrè, 1987, 194 ss.; A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, III, 499 ss.; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1988, 549 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.* 1990, I, 415 ss.; F. ROVERSI-MONACO, *Note su alcune autorità garanti e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 257 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.* Roma, Treccani, 1995; ID. *Le autorità indipendenti: quali garanzie?* cit. 158 ss.; G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle "Authorities"*, in A. PREDIERI (a cura di) *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 209 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Agg., Roma, Treccani, 1997, 6 ss.; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.* 1997, 639 ss.; V. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 645 ss.; E. FAZZALARI, *Attività contenziose e garanzie giurisdizionali*, in AA.VV. *Regolazione e garanzia del pluralismo – Le autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, Giuffrè, 1997, 79; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739 ss.; F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2001, 430 ss.; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002; G.P. CIRILLO, *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 1, 2001, 71 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2245 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova, 2006; M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. amm.*, 2007, 613 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, Cedam, 2010.

²⁰ A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit. 271.

²¹ Il riferimento va alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, rubricata "Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione", pubblicata in GU 23 dicembre 1999, n. 300, che, come noto, ha suggellato il binomio di "terzietà" e "imparzialità" della giurisdizione al comma 2 dell'art. 111 Cost. Sul concetto di terzietà si tornerà subito *infra*.

²² In argomento, per tutti, M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 117 ss., cui si rinvia anche per più completi riferimenti alla dottrina.

ove lo studio del principio di imparzialità ha impegnato folta e autorevolissima dottrina²³, il relativo *proprium* è tradizionalmente identificato nel comportamento equidistante rispetto ai diversi interessi coinvolti. In termini più generali è imparziale l'organo estraneo e indifferente rispetto agli interessi in gioco. Non a caso, quando il modello delle *Authorities* ha fatto la sua prima comparsa nel nostro ordinamento, si faceva riferimento ad “*amministrazioni indipendenti ad alto tasso di imparzialità (dette altrimenti amministrazioni soggette soltanto alla legge)*”²⁴.

Come accennato, l'indipendenza si discosta dalla nozione di imparzialità, descrivendo piuttosto l'assenza di condizionamenti esterni nell'esercizio della funzione.

Nell'ambito della giurisdizione si suole affermare che la manifestazione dell'indipendenza sia duplice: sul piano esterno, esclude che la magistratura possa ricondursi alla pubblica amministrazione o al Governo, sul piano interno, impone al legislatore di affidare la tutela ultima dei diritti a soggetti comunque liberi da altri centri di potere o da influenze di varia natura²⁵. La regolazione dell'ingresso alla carriera giurisdizionale e all'inaffidabilità dei giudici sono dunque all'evidenza coesenziali al conseguimento dell'indipendenza. Quando l'indipendenza è riferita a un'autorità o a un organismo amministrativo, essa è parimenti collegata alle procedure di nomina dei soggetti chiamati a svolgere – individualmente o collegialmente – il ruolo di garanti o di responsabili degli organismi, al fenomeno dell'autonomia organizzativa degli organismi medesimi, alle garanzie complessive che devono accompagnare la provvista del personale, al regime di incompatibilità che deve caratterizzare i componenti²⁶. Si suole affermare che il modello delle Amministrazioni (o Autorità) indipendenti sia caratterizzato proprio dalla relativa sottrazione all'indirizzo politico-amministrativo dello Stato, o, con più precisione, del Governo²⁷.

²³ In punto si rinvia a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965; ID., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009; ID., *Procedura, procedimento, processo un'ottica di democrazia partecipativa*, in AA.VV. *Procedura procedimento e processo, Procedura, procedimento processo, Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007*, Padova, Cedam, 2010, 24; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 436 ss.; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Milano, Giuffrè, 1989, 1 ss.. In argomento, da ultimo, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, Giappichelli, 2018.

²⁴ Cfr. i lavori della Commissione per la modernizzazione delle istituzioni (c.d. Commissione Piga) nella Relazione sulla riforma dell'Amministrazione centrale presentata il 18 giugno 1985.

²⁵ G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti innanzi alle autorità garanti*, cit. 251 ss..

²⁶ A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., 111.

²⁷ F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto Amministrativo I*, cit., 372.

Anche oltre confini nazionali, allargando lo sguardo al panorama europeo, è possibile constatare che i concetti di indipendenza e imparzialità, formalmente invocati dalle Carte dei diritti quali caratteri della giurisdizione (artt. 6 CEDU e 47 Carta di Nizza), trovano, nell'applicazione datane dalle Corti UE e EDU, un ambito operativo non limitato agli organi appartenenti alla magistratura, configurandosi in modo assai simile a quello registrato a livello nazionale²⁸.

Analisi autonoma merita la nozione di neutralità, che, secondo gli insegnamenti della dottrina più autorevole, descrive la combinazione tra imparzialità e indipendenza²⁹. La neutralità sarebbe configurabile rispetto all'amministrazione soltanto in forma impropria (si parla infatti di "neutralità impropria"³⁰), in quanto l'appellativo "neutrale" soffre della circostanza di esaurire la

²⁸ I Giudici di Strasburgo hanno progressivamente definito, nell'immenso ventaglio dei casi in cui sono stati chiamati a vagliare il rispetto delle regole in cui si declina il "Diritto a un equo processo" sancito dall'art. 6 CEDU, un'autonoma nozione di "*tribunale indipendente e imparziale, precostituito per legge*" estendendo progressivamente il rispetto dei requisiti dell'equo processo anche in fase amministrativa (tra i commentari cfr. W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2015; D. SHELTON, *Sources of Article 47 Rights*, in S. Peers, T. Harvey, J. Kenner, A. Ward (eds.) *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, 2014; S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2012, 172 ss.; S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2001, 170 ss.; per i riferimenti alla *case law* in materia di diritto a un equo processo si veda la Guida, a cura della stessa Corte "*Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial*" aggiornata ad aprile 2017 e reperibile sul sito echr.coe, oltre al *Manuale di diritto europeo in materia di accesso alla giustizia* dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e Consiglio d'Europa, Lussemburgo, 2016; per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 245 ss.). Nel valutare il requisito dell'indipendenza del soggetto decidente, la Corte EDU ha dimostrato di tenere conto, *inter alia*, proprio delle modalità di nomina dei membri e della durata del relativo mandato, dell'esistenza di tutele contro le pressioni esterne e della questione se l'organo dia, *ab externo*, un'immagine di trasparenza. In tale ambito, in cui la Corte riconosce rilevanza anche all'elemento dell'apparenza, due sono le verifiche operate: la prima mira a determinare il personale convincimento del decisore in un certo caso (valutazione soggettiva) e la seconda ad accertare se lo stesso soggetto abbia offerto garanzie sufficienti per escludere ogni legittimo dubbio sulla propria imparzialità (valutazione oggettiva). Quando il principio è applicato a un organo collegiale, implica la necessità di determinare se, a prescindere dalla condotta personale di ogni componente, sussistono fatti verificabili che possano mettere in dubbio l'imparzialità del collegio. Anche in tale ambito il dato "esteriore" può dunque avere una certa importanza nello stabilire se c'è una ragione legittima per temere che un certo collegio manchi di imparzialità e il punto di vista del ricorrente è importante (sia pur non decisivo) sotto tale profilo. Ciò che risulta determinante è se il timore rappresentato dal ricorrente possa essere obiettivamente giustificato (D. SHELTON, *Sources of Article 47 Rights*, cit., 1208 ss.).

²⁹ A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit. 265.

³⁰ A.M. SANDULLI, op. loc. cit.. Sottolineano particolarmente l'aspetto della neutralità quale tratto caratterizzante delle amministrazioni indipendenti rispetto a quelle tradizionali L.

propria rilevanza nell'ambito dell'ordine amministrativo³¹, per ciò che della relativa osservanza l'autorità decidente non “risponde” se non in tale ambito³². Diretto precipitato della valenza meramente “interna” (i.e. “impropria”) della neutralità degli organi amministrativi così identificati è l'impugnabilità in sede giurisdizionale delle relative decisioni.

Diversamente si configura la nozione di “terzietà”, identificata a livello costituzionale come *proprium* della giurisdizione (il binomio tra “terzietà” e “imparzialità” è infatti sigillato al riformato comma 2 dell'art. 111 Cost. con riferimento alla 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 prevenzione³³. Sicché la terzietà, definendo la posizione del giudice all'interno di un processo in cui si esercita la funzione giurisdizionale non potrebbe riguardare le Autorità amministrative indipendenti, la cui *mission* istituzionale è legata al perseguimento di un interesse pubblico³⁴.

TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in Franchini, S. Cassese (a cura di) *I garanti delle regole*, cit., 63 ss.; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, ivi 107 ss.; 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*, cit. 115 ss.

³¹ A.M. SANDULLI, op. loc. cit., che, muovendo dal presupposto che può parlarsi di funzioni amministrative neutrali solo con riferimento a quelle attività decisorie giustiziali in cui ci si imbatte allorché l'autorità amministrativa decidente né si identifichi con una delle parti, né si trovi con alcuna di esse in rapporto di superiorità o quasi-superiorità gerarchica, enumerava tra gli istituti espressivi dell'esercizio di funzioni amministrative neutrali (sia pure in senso “improprio”, come visto) i ricorsi gerarchici impropri, i casi in cui la contesa si svolga solo tra soggetti privati (portando l'esempio delle controversie di competenza della Commissione di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica) e il caso del ricorso straordinario proposto contro provvedimenti estranei all'amministrazione statale.

³² A.M. SANDULLI, op. loc. cit..

³³ Che si rispetterebbe evitando, per quanto possibile, che un magistrato possa decidere nuovamente, o in nuova forma, una questione già sostanzialmente decisa dal medesimo in altro processo (G. SCARSELLI, op. loc. cit.).

³⁴ M. DE BENEDETTO, *Intorno alla pretesa terzietà delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1183 ss., conclude sul punto, aderendo alla posizione assunta dalla Cassazione nella sentenza ivi oggetto di commento (Cass., sez. I civ., 20 maggio 2002, n. 7341) affermando che “Le autorità amministrative indipendenti non possono, pertanto, essere definite «terze»”. In tema anche U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 165: “la terzietà è concessa al giudice perché egli non opera nella realtà concreta, ma la riesamina e sindacava dal di fuori ed ex post”.

4. L'AGCM come giudice in senso oggettivo: analisi critica dell'ordinanza.

L'illustrazione in senso "statico" delle caratteristiche dell'Autorità non potrebbe fornire un quadro completo della tematica che si intende indagare (così come dei concetti giuridici di imparzialità, neutralità, indipendenza e terzietà che, sia pure nei limiti dell'estrema sintesi, si è inteso illustrare) se non venisse completata, tenendo fede all'impostazione prescelta, con considerazioni di carattere oggettivo/funzionale.

Passando ad analizzare i passaggi dell'ordinanza dedicati al profilo funzionale – in cui significativamente il dato oggettivo si intreccia a più riprese con quello soggettivo, a dimostrazione dell'inscindibilità delle due manifestazioni del fenomeno organizzativo – ci si imbatte in primo luogo sulla qualifica dell'AGCM come autorità di garanzia (e non già di regolazione), *“che svolge funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti nell'ambito delle fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico”*. Per suffragare tale assunto, l'ordinanza precisa che, nell'esercizio della funzione di tutela della concorrenza, l'Autorità non sceglie (pondera) tra una pluralità di interessi concorrenti (a differenza della pubblica amministrazione in senso classico che, pur in modo imparziale, è tenuta a bilanciare contrapposti interessi pubblici e privati), ma si limita, al pari di un giudice, ad applicare la legge al caso concreto. In particolare, l'agire dell'Autorità non sarebbe caratterizzato da profili di vera e propria discrezionalità amministrativa, potendosi al più ravvisare una discrezionalità di tipo tecnico, derivante dall'applicazione di regole tecniche di natura economica. L'ordinanza sottolinea poi, da un canto, che la libera concorrenza e il corretto funzionamento del mercato sono considerati valori di rilevanza costituzionale, riconducibili ai principi sanciti dall'art. 41 Cost., dall'altro, che la medesima AGCM si differenzerebbe dalle altre Autorità per non regolare e controllare uno specifico settore economico né perseguire fini ulteriori rispetto a quello generale di tutela della concorrenza. In ultima analisi, l'assimilazione sul piano funzionale dell'operato dell'AGCM a quello del giudice si ricaverebbe dalla circostanza che l'attività della prima è *“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”*.

L'enfasi posta dall'AGCM sul proprio carattere di Autorità di garanzia non è affatto casuale e deve essere esaminata nel prisma delle posizioni che, in-

tervenendo nel dibattito sulla critica collocazione delle *Authorities* tra i poteri di rilevanza costituzionale³⁵, hanno fatto leva proprio sulla terzietà e neutralità delle funzioni “di garanzia” dell’Autorità per ricondurla nel novero degli organi “quasi giurisdizionali”³⁶.

A tale impostazione è stato opposto l’argomento, poi risultato prevalente, che né il carattere (in tesi) neutrale o arbitrario della funzione esercitata, né l’insieme di poteri normativi, esecutivi e decisori facenti capo ad alcune *Authorities* ne contraddirebbero la natura prettamente amministrativa³⁷, avallata dai caratteri stessi delle relative attribuzioni (difettando, ad esempio, quell’“obbligo di attivarsi” tipicamente previsto per la repressione criminale all’art. 112 Cost. ed essendo prevista, invece, la decadenza dal potere di intervento) e dalla loro progressiva espansione³⁸. Peraltro il ritorno alla tesi della “quasi giurisdizionali-

³⁵ Solo per citare alcune posizioni, senza pretese di completezza, si vedano: per la collocazione delle AAI “tra i poteri a livello costituzionale” S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultra statali, relazione al convegno internazionale Francesco Saja, La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, in *Foro it.*, 1996, V, 7 ss.; per la relativa collocazione al di fuori dell’apparato amministrativo C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in *I garanti delle regole*, 79; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 645 ss., qui 663; per la configurabilità di alcune *Authorities*, tra cui CONSOB e AGCM, come “organi di governo di settore”, muniti di un “autonomo potere di procedere alla valutazione, inevitabilmente ‘politica’ delle esigenze di interesse generale” G. VOLPE, *Indagine sulle funzioni dell’Autorità antitrust: verso un “governo tecnico di settore”*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, II, 1545 ss.

³⁶ C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle Autorità indipendenti*, in Franchini, S. Cassese (a cura di) *I garanti delle regole*, cit. 46; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 104. Sottolineano particolarmente l’aspetto della neutralità quale tratto caratterizzante delle amministrazioni indipendenti rispetto a quelle tradizionali L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in C. Franchini, S. Cassese (a cura di) *I garanti delle regole*, cit., 63 ss.; A. PAJNO, *L’esercizio di attività in forme contenziose*, ivi, 107 ss..

³⁷ In argomento per tutti, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di) *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, cit., qui 176 ss., in cui sono riportati numerosi esempi di amministrazioni tipiche, inserite nel circuito dell’indirizzo politico amministrativo del Governo, che presentano tali caratteristiche.

³⁸ Muovendo dalla rilevanza crescente che hanno assunto i poteri di regolazione nel tempo attribuiti all’AGCM in materia di ingannevolezza dei messaggi pubblicitari (a seguito della dir. 2005/29 CE recepita con d.lgs n.146 del 2007) si è parlato di un “tramonto del mito della neutralità della funzione antitrust” e quindi del suo carattere quasi o para-giurisdizionale (A. POLICE, *Il potere discrezionale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 369 ss. e già ID. I “nuovi” poteri dell’Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale, F. Cintioli, F. Donati (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008, 113 ss.; in termini anche A. TESAURO – M. TODINO, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, Giuffrè, 2002, 112 ss.; contra M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2015, 110 e ss., secondo cui l’AGCM non avrebbe funzioni propriamente regolatorie, fermo che il potere di concludere i procedimenti sanzionatori con l’accettazione di impegni farebbe

tà” delle funzioni di garanzia si scontra con le evoluzioni del quadro giurisprudenziale, in cui è stata esclusa la percorribilità di una “terza via” tra amministrazione e giurisdizione³⁹.

Sotto altro profilo, si intravedono, nelle argomentazioni utilizzate dall’ordinanza, le posizioni che si sono contese il campo sulla controversa riconducibilità dell’attività dell’AGCM al perseguimento di un interesse pubblico. Pare significativa, in proposito, l’attenta scelta lessicale dell’Autorità, che opera solo riferimenti generici alla sua “funzione” e al perseguimento di un “interesse generale” alla concorrenza. Il dibattito in cui l’Autorità tenta cautamente di inserirsi (*recte* di non inserirsi) può, con una certa semplificazione, essere catalizzato intorno a due poli: la posizione di chi ha rintracciato una vera e propria “funzionalizzazione” dell’*agere* delle *Authorities* al perseguimento di un interesse pubblico specifico e la tesi di chi, al contrario, la ha negata, riconoscendo alle Autorità carattere “neutrale” o “quasi giurisdizionale”⁴⁰. Il tentativo del remittente di prendere le distanze dalla prima ricostruzione si è dimostrato

emergere, almeno potenzialmente, una dimensione regolatoria non prevista dalla legge istitutiva.

³⁹ Cass., sez. un. civ., 20 5 2002, n. 7341, in *Giur. it.* 2003, 856, con nota di V. VANACORE, *Le Autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*, ove si esclude la configurabilità di “*un tertium genus tra amministrazione e giurisdizione*”. Le posizioni che si sono contese il campo sulla complessa collocazione costituzionale delle *Authorities* sono esaurientemente ripercorse in G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti innanzi alle autorità garanti. Giurisdizione e amministrazione*, cit., spec. 259 ss., che, pur riconoscendo che le autorità garanti presentano delle novità indiscutibili, nega che da ciò possa discendere la creazione di un nuovo potere (263).

⁴⁰ L’impostazione che ha sostenuto la contiguità strutturale e funzionale tra l’agire dell’Antitrust e quello giurisdizionale traeva spunto dalle caratteristiche delle regole materiali della concorrenza e dall’attività di mero accertamento e di qualificazione dei fatti da essa svolta per desumerne che l’Authority perseguirebbe quale unico interesse quello, del tutto generale e generico (e dunque, per differenza, non riconducibile alla categoria dell’interesse pubblico), del rispetto della normativa da parte delle imprese (così M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di in F. Bassi, F. Merusi, Milano, Giuffrè, 1993, 115 ss., qui 129, ma anche L. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica, L’amministrazione pubblica italiana*, a cura di S. Cassese, C. Franchini, II, Bologna, Il Mulino, 1994, 137 ss., qui 144). In termini opposti si è espresso chi, rifiutando tanto la tesi che avvicina l’attività dell’Autorità a quella tradizionalmente svolta dal giudice ordinario, quanto quella che configurava l’intervento della medesima come mero presupposto processuale di eventuali azioni giurisdizionali, ha fatto perno sulla considerazione che la disciplina antitrust esplicherebbe i suoi effetti non solo nei confronti dei soggetti privati, bensì anche nei confronti dell’Autorità, conferendole specifici poteri, per affermare la presenza di un interesse concorrenziale la cui cura è affidata, appunto, all’Autorità stessa (M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, 229 ss., spec. 356 ss.; riconosce questa distinzione di piani anche P. LAZZARA *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001, che, pur muovendo dalla natura amministrativa dell’Autorità, nega che essa, nel proprio agire “definisca” discrezionalmente un conflitto di interessi, 326-327, ma anche 370).

vano in quanto, come si vedrà, la Consulta la abbraccia pienamente nella sua decisione.

Del resto, come si è avuta occasione di rilevare in altra sede, pare arduo negare l'esistenza di un "interesse pubblico" (e non già meramente generale) alla concorrenza facente capo all'AGCM, in un contesto in cui proprio da tale assunto muovono, per un verso, le posizioni che hanno negato la "terzietà" dell'*Authority* e, per l'altro, le più convincenti ricostruzioni dogmatiche sulla legittimazione straordinaria conferita all'AGCM dall'art. 21-*bis* l. 287/1990 s.m.i.⁴¹, confermate dalla giurisprudenza⁴².

⁴¹ Con riferimento a tale ultimo istituto, su cui si tornerà anche *infra*, la dottrina ha postulato la definizione dell'AGCM quale soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico per sostenere la tesi della soggettivizzazione di quest'ultimo interesse in capo all'Autorità medesima ("l'interesse a tutela del quale è proposto il ricorso si soggettivizza in un'Autorità pubblica", così M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2013). In particolare, "il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, deve essere visto come diretta e naturale espressione dell'interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato – alla migliore attuazione del valore "concorrenza", di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti, interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito (parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini all'uopo indicati" (*Ibidem*, 11). In termini diversi si era espressa altra dottrina che, analizzando a prima lettura l'istituto della legittimazione straordinaria dell'AGCM, affermava incidentalmente che "le autorità indipendenti, in quanto ricomprese nello Stato-comunità anziché nello Stato-apparato, non possono vantare la *suitas* di un interesse pubblico dato né possono corrispondentemente sostenere una peculiare e individuale posizione di interesse" (F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *giustamm*, 1, 2012, par. 7). Più in generale, sul controverso istituto della legittimazione straordinaria dell'Autorità possono essere richiamati, sin da ora M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35, D.L. 201/2011)*, in *federalismi.it*, 24, 2011; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis L. n. 287/90*, *ivi*, 12, 2012; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Autorità antitrust italiana*, contributo per la X edizione del Convegno "Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell'Unione Europea", Treviso, 17-18 maggio 2012; M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2012; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21 della L. 287/90. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell'Autorità Antitrust, tra il Minosse di Dante ed il Giudice di De André*, tenuta al Convegno su "Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/90", tenutosi a Roma, il 31 maggio 2012, presso l'Auditorium dell'AGCM; R. GIOVANNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/1990*, Relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012, in *giustamm.it*.

⁴² Così ad esempio, tra le prime pronunce in tale direzione, il TAR Lazio, Roma, aveva affermato che "l'interesse di cui l'Autorità è portatrice è interesse pubblico, benché individuale e differenziato rispetto all'interesse generale o all'interesse diffuso in maniera indistinta sulla collettività: e si specifica come interesse pubblico alla promozione della concorrenza e alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive, come condizione e strumento per il benessere sociale". Sicché, prosegue il TAR, "il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, diventa così, per scelta

L'ordinanza aggiunge, per suffragare il carattere asseritamente "giurisdizionale" delle funzioni svolte in materia di concorrenza, che, nel corso dei procedimenti *antitrust*, sarebbe dato ampio spazio ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, "di chiara derivazione processuale"⁴³.

Anche tale punto impone una precisazione. Che l'articolazione procedimentalizzata dell'azione amministrativa ne garantisca l'imparzialità rappresenta un dato acquisito, e ampiamente confortato dalla dottrina⁴⁴. E' parimenti ricorrente (pur non andando esente da critiche⁴⁵) l'argomento che valorizza il contraddittorio procedimentale "rafforzato" garantito dalle *Authorities* quale elemento che consentirebbe di sopperire alla loro critica collocazione costituzionale e al *deficit* democratico imputato alla relativa sottrazione al circuito della re-

del legislatore, uno degli strumenti volti a garantire l'attuazione dell'interesse pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato, alla migliore attuazione del valore "concorrenza", di cui è specifica affidataria l'Autorità" (TAR Lazio, Roma sez. III-ter, sent. non definitiva 15 marzo 2013, n. 2720 con nota di A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 14, 2013). Nello stesso senso, da ultimo, si è pronunciato il TAR Bari, che, nell'escludere ogni contrasto tra la legittimazione straordinaria dell'AGCM e il quadro costituzionale, descrive come orientamento condiviso diffusamente dalla recente giurisprudenza amministrativa quello secondo cui le disposizioni *de quibus*, "contemplano una legittimazione straordinaria - a proporre ricorso giurisdizionale dinanzi al G.A. - di un soggetto pubblico (i.e. Autorità amministrativa indipendente), in quanto ente portatore di un interesse "qualificato e differenziato" al corretto funzionamento del mercato e quindi giuridicamente rilevante ed idoneo a fondare situazioni giuridiche soggettive" (in termini TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097, con richiami a Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521; Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2017, n. 2294; Id., 30 aprile 2014, n. 2246).

⁴³ L'ordinanza si sofferma in particolare sul diritto al contraddittorio, garantito in forma scritta e orale (art. 14 l. n. 287/1990), sull'ampio diritto di accesso riconosciuto alla parte sottoposta alla procedura sanzionatoria e sulla Comunicazione delle risultanze istruttorie, con cui vengono cristallizzati gli addebiti mossi nei confronti delle parti.

⁴⁴ Per la valorizzazione del procedimento quale strumento di individuazione degli interessi attraverso i compiti istruttori del responsabile del procedimento e dei conseguenti riflessi sulla posizione rivestita dall'amministrazione in tale contesto, cfr. E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1991, 3 ss. e per l'affermazione che la posizione delle parti nel procedimento potrebbe raggiungere una vera e propria parità cfr. anche A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, spec. 97. Più in generale, sul contraddittorio procedimentale quale istituto di derivazione processuale A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004 e M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.. L'argomento è stato affrontato da ultimo, in una prospettiva attenta al diritto sovranazionale, in A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁴⁵ A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 14 febbraio 2019, in www.giustizia-amministrativa.it, 3-4: "la partecipazione al procedimento, da parte sua, non è un fattore di legittimazione, se si usa il termine 'legittimazione' in senso giuridico, come dovrebbe valere nel contesto della giurisprudenza in esame; la legittimazione procedimentale elaborata da Lübmman è tutt'altra cosa, e attiene alla legittimazione in senso sociologico, ossia nel senso di riconoscimento di un soggetto come autorità da parte di altri soggetti?".

sponsabilità politica ex art. 95 Cost.⁴⁶, sicché non sorprende che l'ordinanza valorizzi la forma dell'esercizio delle funzioni attribuite all'*Antitrust* per corroborare la tesi della sua indipendenza. Di qui ad affermare, però, che i connotati del procedimento sanzionatorio dell'AGCM lo renderebbero sovrapponibile a un processo giurisdizionale si compirebbe, come si vedrà, un salto logico difficilmente giustificabile.

Neppure convince l'argomento che fa leva sui poteri inibitori e di condanna di cui dispone l'Autorità, nonché sulla capacità dei suoi provvedimenti rimasti inoppugnati di "*produrre effetti analoghi a quelli del giudicato*". Si tratta di poteri di cui è munita anche la p.A. e di caratteri di stabilità che qualsiasi provvedimento amministrativo è suscettibile di acquisire⁴⁷, con conseguente inconferenza dell'assunto rispetto alla pretesa assimilabilità dell'Autorità a un giudice.

L'ordinanza si sofferma, da ultimo, sull'adeguata separazione che sarebbe garantita, tanto sul piano organizzativo quanto su quello delle funzioni concretamente esercitate, tra gli uffici che svolgono attività istruttoria formulando le contestazioni e l'organo competente ad assumere la decisione finale (il Collegio). Anche sotto tale profilo l'Autorità, dimostrando di avere una certa concretezza della stratificazione del dibattito interpretativo, cerca di schierarsi nettamente per l'affermazione della propria indipendenza e imparzialità⁴⁸ e, in piena

⁴⁶ In argomento, per tutti, si richiamano le parole di F. MERUSI, *Democrazia e autorità. Un romanzo quasi giallo*, cit., 26, in cui si legge "*A torto o a ragione si ritiene che garantire l'esercizio dei diritti in contraddittorio ad armi pari sia una funzione tecnica che trova in se stessa il proprio fine e che pertanto non sia bisognosa di una legittimazione politica, che, per definizione, serve a porre fini e non a rispettare un modulo procedimentale ritenuto coesistente all'esercizio di ogni tipo di diritto costituzionalmente riconosciuto (o costituzionalmente affermato) attraverso un nuovo "paradigma" costituzionale*". Parlava di una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2005, precisando che "*tanto meno è garantita la prima per l'effetto dell'attribuzione all'Autorità di poteri che a volte sono sostanzialmente in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel procedimento condotto dall'Autorità di tutti i soggetti interessati*". In argomento F. GAMBARDILLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm. CDS* 2006, 11, 3154 parla di una vera e propria "democrazia procedimentale".

⁴⁷ *Amplius* F. APERIO BELLA, "Ceci n'est pas une note de jurisprudence", cit., spec. 306.

⁴⁸ In estrema sintesi, secondo una prima tesi, affinché il titolare del potere decisionale sia effettivamente indipendente e imparziale l'assenza di condizionamenti esterni e interni (che, come visto, tali connotazioni implicano) dovrebbe essere vantata anche rispetto all'"accusa" (per utilizzare la formulazione cara alla giurisprudenza di Strasburgo), ossia all'ufficio munito di poteri istruttori. Muovendo da tale presupposto, è stato osservato che il procedimento sanzionatorio dell'AGCM non integrerebbe tale condizione, per via della ridotta separazione assicurata fra l'ufficio competente allo svolgimento dell'istruttoria e il Collegio, quale l'autorità incaricata della decisione finale (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, spec. 240 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., spec. 138 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, Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82, 3, 2013, 172 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni*

sintonia con tale impostazione, enfatizza la separatezza tra l'ufficio deputato all'istruttoria e il Collegio, ricavabile dalla circostanza che il primo dipende *ex lege* da un organo diverso (i.e. dal Segretario generale) nonché dalle peculiari relazioni organizzative che si instaurerebbero tra gli organi in esame. Anche tali argomentazioni, però, si espongono ai rilievi tradizionalmente opposti dai sostenitori della tesi dell'insufficienza del grado di separazione tra funzioni istruttorie e decisore in seno all'Autorità. Si intende fare riferimento alle numerose regole procedurali e meccanismi operativi interni all'Autorità che legano l'attività degli uffici a quella del Collegio⁴⁹, in prevalenza messi in luce nella (diversa) ottica di vagliare la conformità del procedimento dell'AGCM al canone giusto processo, per come interpretato dalla Corte EDU. Si tratta di elementi che, debitamente spogliati delle implicazioni fattene discendere sul piano CEDU⁵⁰, concorrono nell'escludere l'effettiva separazione affermata dall'Autorità.

pubbliche: uno studio critico, cit., 306 ss.; F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni "antitrust"* in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2507 ss.). Le contestazioni si concentrano prevalentemente sulla circostanza che tali organi manterrebbero un collegamento troppo stretto tra loro in seno al procedimento, il che inficerebbe, di conseguenza, l'imparzialità e la terzietà del decisore. L'impostazione opposta valorizza *in primis* il dato normativo (artt. 12 e ss. l. n. 287/1990 e artt. 6 e ss. d.P.R. 217/1998), che identificherebbe due organi distinti prevedendo, peraltro, che gli uffici non rispondono direttamente al Collegio, bensì dal Segretario generale, integrando così un modello dialettico e bifasico (E. FRENI, *I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, Cedam, 2011, 787 ss., spec. 843 ss.; F.F. GUZZI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 177).

⁴⁹ Il Segretario generale, che sovrintende l'attività degli uffici, lungi dall'essere organo estraneo al Collegio, risponde del suo operato proprio di fronte a quest'ultimo (art. 11, co. 5, della l. 287/1990) ed è nominato su proposta del presidente dell'AGCM; sotto altro versante, tutte le principali decisioni concernenti lo svolgimento dell'istruttoria passano per il Collegio, che, ai sensi del regolamento: delibera in merito all'avvio dell'istruttoria "*sulla base delle proposte degli uffici?*" (art. 6, co. 1); decide sullo svolgimento dei principali atti dell'istruttoria, autorizzando, sempre su proposta degli uffici, ispezioni, perizie, analisi statistiche ed economiche, nonché consultazioni di esperti (artt. 10 e 11); è tenuto informato di tutti gli accertamenti svolti (art. 8, co. 3, disposizione rispetto alla quale assume l'invio di note, proposte e altri documenti preparatori che possono avere una certa importanza ai fini della formazione del convincimento del Collegio e che, al contempo, sono espressamente sottratti all'accesso, *ex art. 13, co. 5, del regolamento*) e, infine, verifica "*la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti?*" (art. 14, co. 1) prima che la CRI sia inviata alle parti. (in dottrina, per la valorizzazione di tali argomenti v termini F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni "antitrust"*, cit., 514. Lo stesso A. precisa nondimeno che la figura del Segretario generale garantirebbe, altresì, una forma di controllo endoprocedimentale sull'attività degli uffici non direttamente riconducibile al Collegio; F.F. GUZZI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 177).

⁵⁰ Le argomentazioni a sostegno della separatezza tra gli uffici che svolgono attività istruttoria il Collegio (e quelle opposte per la relativa confutazione), sono state in prevalenza concepite e verificate nell'ottica di vagliare la conformità del procedimento dell'AGCM al canone giusto processo, per come interpretato dalla Corte EDU. In tale ambito, come è evidente, entrano però in gioco logiche estranee allo specifico tema della legittimazione

5. La soluzione della Consulta come dimostrazione della rilevanza dell'organizzazione nei rapporti tra le Istituzioni.

La prospettiva che si è scelta di abbracciare nell'esame dell'ordinanza n. 1/2018 ha consentito di osservare con attenzione tanto il profilo interno che quello esterno dell'organizzazione dell'Autorità. Mentre sotto il primo profilo, non pare seriamente dubitabile che le regole di nomina e la modulazione delle cariche dei componenti dell'Autorità ne garantiscano una certa "neutralità" (sia pure in senso improprio, stante la contestabilità delle relative decisioni innanzi all'apparato giurisdizionale, e senza raggiungere i caratteri della terzietà), l'esigenza di dare conto anche delle interazioni che si instaurano nel momento in cui l'Autorità espleta le proprie funzioni ha aperto la strada a scenari che ne hanno escluso nettamente l'"assimilabilità" a un giudice.

Proprio in tale direzione si è mossa la Consulta, facendo ruotare la propria decisione di inammissibilità attorno al perno del difetto "*dell'essenziale requisito della terzietà*" in capo all'AGCM.

La decisione prende le mosse da un'efficace sintesi preliminare della giurisprudenza costituzionale sulle nozioni di "giudice" e di "giudizio" rilevanti ai fini del giudizio di l.c.. È noto che in un sistema costituzionale come il nostro, in cui non è previsto un ricorso diretto individuale al Giudice delle leggi⁵¹, la

dell'AGCM a sollevare questioni di l.c. sicché se, da un lato, la pregnanza delle riferite considerazioni è relativa, dall'altro nemmeno risultano dirimenti le pronunce che hanno escluso il contrasto tra il procedimento sanzionatorio antitrust e l'art. 6 della CEDU, negando la necessità della distinzione fra organi del procedimento. In ossequio all'ottica "compensativa" abbracciata dai Giudici di Strasburgo, infatti, la questione si sposta dalla verifica del rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU nella fase procedimentale alla questione della sussistenza o meno di un successivo ricorso di *full jurisdiction* ove la decisione amministrativa sia suscettibile di essere rivista "*point by point*" e sostituita (*ex multis* F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 669 ss., qui 675 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., 175 ss. nonché le riflessioni contenute nella sezione monografica di questa *Rivista*, 2018, 2).

⁵¹ Il procedimento di promovimento della questione di costituzionalità in via incidentale (o di eccezione), si caratterizza, come noto, per essere "concreto", perché la legge viene in considerazione nel momento e a causa della sua applicazione; "generale", potendo riguardare tutte le leggi al momento della loro applicazione, e "indisponibile" perché il giudice *a quo*, quando ne ricorrano le condizioni, è tenuto a promuoverlo (G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia Costituzionale*, cit., 268). La dottrina suole individuare il giudice *a quo* quale figura posta posizione di "*intermediarietà*" tra la sfera politica e quella dei diritti individuali. Il momento della giurisdizione è infatti quello in cui vengono in contatto la "*lex*", il diritto dal punto di vista "politico", e gli "*iura*", ossia i diritti dal punto di vista dei singoli. Il giudizio diviene così il luogo di incontro tra lo Stato-autorità e lo Stato-comunità, presso un soggetto, il giudice, che è impar-

giurisprudenza costituzionale ha da sempre dimostrato di accogliere un concetto “relativo” di giudice e giurisdizione, optando per un orientamento definito “eclettico”, fatto di “spunti” o “sintomi” che si prestano a combinazioni libere e a conclusioni non rigidamente obbligate⁵². In tale contesto, da un lato, la prevalenza di certi elementi su altri può storicamente variare, dando luogo a nuove combinazioni e nuove nozioni di giudice “ai limitati fini”⁵³, dall’altro, si registra la progressiva affermazione dell’argomento della “zona franca”, la cui operatività è però stata correttamente esclusa, come si vedrà subito *infra*, dalla Corte.

Né può sorprendere che un approccio simile sia stato abbracciato dalla Corte di giustizia nell’esercizio della propria funzione di interprete dei Trattati (e degli atti compiuti dalle Istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione) attraverso il vaglio di ammissibilità dei rinvii pregiudiziali ex art 267 TFUE⁵⁴. Anche i Giudici di Lussemburgo, con un’operazione ermeneutica per certi versi sovrapponibile a quella adoperata dalla Corte costituzionale, hanno delineato un concetto autonomo di “*giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale*”⁵⁵, ben più elastico di quello comunemente accolto in abito nazionale⁵⁶.

zialmente collocato tra l’uno e l’altro, “*non essendo agente esclusivo né dell’interesse della lex né dell’interesse degli iura*” (G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, op. cit., 269).

⁵² In termini, sostanzialmente G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, cit. 273, con riferimento anche a V. ONIDA, *Giurisdizione e giudici nella esperienza della Corte costituzionale*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, 193 ss.. Non sorprendere, pertanto, che le pronunce costituzionali sull’argomento sfuggano a schemi concettuali rigidi, apparendo spesso ingiustificate se osservate ricercando una nozione “a priori” di giurisdizione. La circostanza che chi muove da tale approccio “aprioristico” sia destinato a rimanere insoddisfatto è evidenziata in V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, vol. IV, 2790 ss. Altra dottrina ha evidenziato che in un sistema “artificiale” come il nostro, creato *ad hoc* e non germinato all’interno di una spontanea evoluzione di istituti esistenti (com’è invece il caso del controllo diffuso), sia conseguenziale che nessun mezzo di accesso alla Corte abbia una qualche ragione “naturale” (in termini, sostanzialmente G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, op. cit., 267-268).

⁵³ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, op. loc. cit..

⁵⁴ Come noto, l’istituto del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (già art. 234 TCE e art. 177 TCEE) consente (o impone, a seconda che si tratti dell’organo di ultima istanza) di rimettere alla Corte di giustizia le questioni interpretative sorte nei giudizi pendenti innanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri che riguardano i Trattati o la validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell’Unione. a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., 283 ss.

⁵⁵ In argomento, senza pretese di completezza K. LENAERTS *EU procedural law*, Oxford, 2014; M.P. BROBERG, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford, 2014; N. FENGER: *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l’Union européenne*, Bruxelles, 2013; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁵⁶ La Corte di giustizia ha in più occasioni affermato che “*tale nozione può riferirsi a organi che non sono organi giurisdizionali ai sensi del diritto nazionale e non fanno parte del sistema giudiziario di uno Stato membro*”, attribuendo un’importanza determinante “*non alla qualificazione giuridica dell’organo, ma piuttosto alle sue effettive caratteristiche*”. Illuminanti sul punto le conclusioni dell’Avvocato

L'elasticità delle nozioni si spiega agevolmente, in entrambi gli ambiti, ponendo mente alla funzione e agli obiettivi perseguiti dalle Corti: a livello dell'Unione, incoraggiare l'uso della procedura di rinvio vuol dire tutelare l'uniformità dell'interpretazione del diritto sovranazionale; per la giurisprudenza costituzionale, specialmente nei primi anni della sua attività, aprire le vie dell'accesso al proprio sindacato significava legittimarsi, aumentando le possibilità di cancellare norme incostituzionali, diffondendo la cultura della rigidità della Costituzione repubblicana.

Anche nelle pronunce più recenti, la Consulta, pur dimostrando un certo "irrigidimento" guidato da esigenze di filtro, dimostra di preservare un canale di accesso incidentale ove ricorra una impossibilità o difficoltà nel far giungere altrimenti al proprio vaglio determinate leggi⁵⁷. Come accennato, però, la Corte sgombra opportunamente il campo dall'argomento della "zona franca" o della "zona d'ombra", valorizzato dall'ordinanza come "decisivo" e già confutato dai primi commentatori⁵⁸. L'argomento, sempre più utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale, nasce dall'esigenza di scongiurare il rischio che un certo settore dell'ordinamento resti sottratto al vaglio di costituzionalità e si sostanzia nell'estensione del novero dei soggetti legittimati al promovimento oltre il confine della rigida verifica della presenza dei requisiti soggettivi e oggettivi di giudice e di giudizio⁵⁹. Nella specie, il pericolo che la "zona" dell'ordinamento in

Generale Niilo Jääskinen del 7 luglio 2015 in C-203/2014, *Consorzi Sanitari del Mareme*, in cui si legge proprio che "Occorre sottolineare, a tale riguardo, che il fatto che un organo nazionale non sia considerato come un organo giurisdizionale in senso proprio in virtù del diritto nazionale non è di per sé determinante, in quanto il concetto di «organo giurisdizionale» ai sensi dell'articolo 267 TFUE costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione. La Corte ha infatti dichiarato che tale nozione può altresì riferirsi a organi che non sono organi giurisdizionali ai sensi del diritto nazionale e non fanno parte del sistema giudiziario di uno Stato membro. La Corte attribuisce dunque un'importanza determinante non alla qualificazione giuridica dell'organo, ma piuttosto alle sue effettive caratteristiche, il che porta a una valutazione delle caratteristiche strutturali e funzionali dell'organo del rinvio". Per approfondimenti, sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., 283 ss.

⁵⁷ Merita puntualizzare che, a livello nazionale, a fronte dell'iniziale egemonia di un approccio "generoso", guidato all'esigenza della Corte di legittimarsi, si è affermato un filone giurisprudenziale più rigoroso, temperato dall'emersione della figura di giudice "ai limitati fini", spesso utilizzata in combinazione con l'argomento della c.d. "zona franca". Si tratta di una serie di decisioni che attestano la volontà dei giudici costituzionali di ampliare le vie dell'accesso in nome di un criterio elastico nel riconoscimento della legittimazione "ai limitati fini della sollevabilità della questione di legittimità costituzionale" (L. CASSETTI, op. cit., 6).

⁵⁸ S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, cit., spec. 11; F. APERIO BELLA, "Ceci n'est pas une note de jurisprudence", cit., spec. 317.

⁵⁹ Per un approfondimento sulla nozione di "zona franca", utilizzata tradizionalmente dalla giurisprudenza costituzionale intervenuta sulle leggi elettorali, cfr. P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "franca"*, cit., *passim*.

questione sfugga al vaglio di costituzionalità è però escluso, precisa la Corte, dall'esistenza di una sede giurisdizionale agevolmente accessibile che possa veicolare il promovimento della q.l.c.: il giudizio amministrativo contro l'eventuale atto di archiviazione dell'Autorità proposto dalle parti interessate all'accertamento della natura in tesi anticoncorrenziale dell'operato del CNM (i.e. il notaio segnalante o quello interveniente).

Esaminando in dettaglio i passaggi della sentenza volti ad escludere la terzietà dell'AGCM, il dato è ricavato da tre concomitanti circostanze: (i) i provvedimenti dell'Antitrust sono sottoposti al vaglio del g.a. al pari di qualsiasi altro provvedimento (ii) la stessa Autorità ha il potere di agire quale parte ricorrente ai sensi dell'art. 21-*bis* l. n. 287/1990 (iii) è assente una netta separazione tra gli uffici e il Collegio⁶⁰. Se ne fa discendere la mancanza, in capo all'Autorità, di quella “*estraneità*” alla situazione sostanziale e “*terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso*” richiesta dalla giurisprudenza costituzionale per la configurabilità di un “giudice”.

La ricostruzione è confortata da richiami sia a precedenti dello stesso Giudice delle Leggi (che, ad esempio, proprio per il riferito difetto di “*estraneità*”, aveva negato la legittimazione del p.m. quale giudice a *quo*⁶¹) sia a decisioni di altre Corti che hanno abbracciato la medesima prospettiva, affermando l’“*ontologica incompatibilità tra la posizione di giudice e di parte processuale nel giudizio avverso i propri provvedimenti*” in riferimento al CNF⁶², nonché con la sull'Autorità per la protezione dei dati personali⁶³.

Il riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia desta particolare interesse in quanto benché, di tutta prima, sembrerebbe accorciare le distanze tra le soluzioni offerte dai giudici di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE e quelle abbracciate dalla Corte, ad una più attenta analisi, si pone in continuità con l'atteggiamento di indipendenza preservato dalla Consulta⁶⁴, come dimostra il richiamo alla pronuncia della Corte di giustizia

⁶⁰ La Corte si sofferma proprio sull'art. 11, co. 5, l. n. 287 del 1990, evidenziando che esso pone un nesso funzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo «risponde» anche del funzionamento dei servizi e degli uffici medesimi invocando a proprio supporto C. giust. UE, Grande sez., 31 maggio 2005, in C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri*.

⁶¹ C. cost., n. 40 del 1963 e ordinanza n. 249 del 1990.

⁶² C. cass., sez. I civ., 21 maggio 2018, n. 12461; Id., sez. un., 24 gennaio 2013, n. 1716 e C. giust. UE, Grande sez., 17 luglio 2014, in C-58/13, *Torresi*.

⁶³ C. cass., sez. I civ., 20 maggio 2002, n. 7341.

⁶⁴ Tra gli esempi del riferito atteggiamento di indipendenza, basti menzionare la vicenda giurisprudenziale che ha interessato il ricorso straordinario al capo dello Stato. Benché la Corte di Giustizia avesse affermato la legittimazione del Consiglio di Stato in sede consultiva a sollevare rinvio pregiudiziale sin dagli anni '90 (CGUE, 16 ottobre 1997, in C-69/96 - C-79/96,

sull'*Epitropi Antagonismou* ellenico (altra *Authority* inserita nella rete antitrust europea), operato senza alcun riferimento al potere di “avocazione” della Commissione, pure valorizzato in sede europea per negarne la legittimazione a sollevare questioni pregiudiziali⁶⁵.

Invece di arrestare a tali considerazioni la propria motivazione, la Consulta aggiunge che l'assenza di terzietà dell'AGCM è il riflesso della natura del potere attribuitole: “una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco”. L'Antitrust è infatti portatrice di “un interesse pubblico specifico”, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato, e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale. Ciò emerge con particolare evidenza, prosegue la Corte, in riferimento agli importanti poteri pararegolatori e consultivi spettanti all'Autorità, nonché nell’“ampio margine di discrezionalità amministrativa” che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli “impegni” e i cosiddetti programmi di clemenza.

Da ultimo, la Corte aggiunge che il contraddittorio applicato dall'Autorità non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico, restando di natura “verticale”, perché il privato si confronta con un soggetto che, “nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità”.

Garofalo, pt. 21 e ss.), il Giudice delle leggi ha per anni mantenuto un atteggiamento di chiusura, ritenendo espressamente non dirimente il pronunciamento della Corte UE ai fini del proprio vaglio di ammissibilità, in sede di rinvio pregiudiziale in quanto “il riconoscimento della natura giurisdizionale non è avvenuto 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” (C. cost. 21 luglio 2004, n. 254).

⁶⁵ CGUE, 31 maggio 2005, in C-53/03, *Syfait*, resa con riferimento all'*Epitropi Antagonismou*, Autorità indipendente greca operante in materia di concorrenza rispetto alla quale la Corte ha dovuto verificare la legittimazione a sollevare questioni pregiudiziali. La Corte di giustizia ha rilevato preliminarmente che tale Autorità risultava soggetta alla tutela del Ministero dello Sviluppo sicché quest'ultimo poteva, entro certi limiti, controllare la legittimità delle decisioni dell'organo. Pur non dubitando che i componenti dell'Autorità godessero, ai sensi di legge, di indipendenza da un punto di vista personale e funzionale, i Giudici di Lussemburgo soffermano la propria attenzione sulla circostanza che la revoca o l'annullamento delle relative nomine non fosse soggetta a particolari garanzie, precisando che “un sistema del genere non sembra tale da costituire un reale ostacolo agli indebiti interventi o pressioni da parte del potere esecutivo nei confronti dei membri dell'*Epitropi Antagonismou*”. Ulteriore elemento ritenuto determinante per escludere la natura di “organo giurisdizionale” dell'Autorità in esame è stato il relativo rapporto con la Commissione europea: la circostanza che la Commissione potesse, con propria decisione, privare l'organo *de quo* della propria competenza, implicava che ogni volta che tale potere di “avocazione” degli atti dell'autorità nazionale fosse effettivamente esercitato “il procedimento avviato dinanzi a quest'ultima autorità non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale” (pt. 36).

Il dato organizzativo, nelle sue molteplici sfaccettature (l'aspetto funzionale, quello dell'analisi dell'attività nel momento del suo formarsi e delle situazioni relazionali che si instaurano), sembra dunque aver rappresentato un momento fondamentale dell'argomentazione della Consulta.

6. Considerazioni conclusive.

La Corte ha scelto di prendere specifica posizione sulla terzietà dell'Autorità e sul carattere discrezionale dei poteri da essa esercitati pur non giungendo, come prevedibile, a pronunciarsi sulla relativa collocazione costituzionale. Tale impostazione è in linea con la nozione di giudice "ai limitati fini" e con la refrattarietà sovente dimostrata dalla Consulta nel trarre conclusioni sistematico-ordinamentali dall'affermata legittimazione di un certo organo a sottoporle questioni in via incidentale⁶⁶.

⁶⁶ Emblematico, in punto, il caso della legittimazione del Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario al Capo dello Stato. Per anni la Corte ha escluso che quello innanzi alle sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario potesse qualificarsi come "*procedimento formalmente e/o sostanzialmente giurisdizionale*" per carenza di alcune caratteristiche fondamentali dell'attività giurisdizionale (*ex multis*, C. cost. n. 298/1986). Il mutamento di prospettiva inaugurato dalla sentenza n. 73/2014 (e già dalla n. 256/2013, che aveva affermato l'ammissibilità della questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana) si appunta principalmente sulle modifiche operate dalla novella del 2009 all'art. 13 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 (i.e. sull'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato), che avrebbero determinato una "mutazione" dell'antico ricorso amministrativo "*in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un "giudizio", quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953*". In un successivo passaggio la Corte, confermando il proprio atteggiamento refrattario al prendere posizioni decise sulla natura dell'organo legittimando, definisce il ricorso straordinario come "*rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo*" (sul punto non può che condividersi l'osservazione di A. MANGIA, *Accesso alla Corte, pareri 'vincolanti' e pareri 'decisori'. La decostituzionalizzazione dell'art. 137 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1481 ss., in cui si afferma che il passaggio della decisione per cui l'art. 69 della l. n. 69/2009 avrebbe realizzato "*la traslazione del suddetto ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali*" si scontra con la circostanza che "*I ricorsi amministrativi sono sempre stati rimedi giustiziali e come tali sono sempre stati definiti proprio per distinguerli dai rimedi giurisdizionali, vista la loro collocazione tutta interna all'amministrazione*"). La legittimazione del Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario è stata ribadita anche in altre occasioni (Cfr. C. cost. 10 giugno 2016, n. 133), ma senza ulteriore specificazione degli elementi che consentono l'assimilabilità del rimedio a un "giudizio" in costanza del quale è ammissibile sollevare q.l.c. in via incidentale. D'altro canto, il Consiglio di Stato ha dimostrato di avvalorare il riconoscimento in via legislativa della propria legittimazione a sollevare in via incidentale q.l.c. e, per affermare l'atipicità delle azioni proponibili in sede di ricorso straordinario, ha utilizzato l'argomento che, dal momento che l'art. 23 della l. n. 87/1953, che regola il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, richiede che la questione di legittimità sia sollevata, a pena di inammissibilità, da un'"autorità giurisdizionale" nell'ambito di un giudizio, il riconoscimento normativo di tale legittimazione avrebbe "*implicitamente presupposto il riconoscimento*

Anche coinvolgendo il piano della teoria generale, del resto, pareva poco convincente l'argomento che ricavava l'assimilazione sul piano funzionale dell'attività dell'AGCM a quella del giudice dalla circostanza che l'attività della prima sarebbe “*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*”. Sebbene sia noto che esistono molti elementi comuni tra la funzione esecutiva e quella giurisdizionale, tra i quali figura senz'altro il rapporto con la legge (ché la giurisdizione non è altro che applicazione della legge e tende dunque naturalmente ad accostarsi all'amministrazione, la quale, a sua volta, non ha funzione diversa da quella dell'applicazione della legge, allontanandosi specularmente dalla legislazione⁶⁷); permane però una differenza rilevante: mentre la funzione esecutiva, nell'attuazione delle leggi, si svolge secondo il criterio dell'interesse da perseguire (quindi il potere che viene esercitato nell'organizzazione esecutiva è sempre alimentato da interessi che devono essere in qualche modo soddisfatti e sono individuati dal legislatore al momento del conferimento del potere), l'attuazione legislativa ad opera del giudice si caratterizza invece per il fatto che il conferimento dei poteri alla organizzazione giudiziaria non avviene mai secondo il criterio della definizione di un interesse specifico da perseguire, ma soltanto in funzione del raggiungimento “*dell'interesse generale e obiettivo della giustizia*”⁶⁸. Ora, sebbene l'esercizio di poteri sanzionatori da parte dell'Autorità sia stato tradizionalmente ascritto a quella “zona grigia” tra giurisdizione e amministrazione tradizionalmente occupata dai rimedi giustiziali, nella quale l'attuazione delle disposizioni legislative “*tende ad assumere gli stessi caratteri sostan-*

*di tale condizione nel caso di specie, ovvero una situazione dal punto di vista sostanziale tendenzialmente equivalente alla 'giurisdizionalità'” (Cons. Stato, sez. II, parere 11 giugno 2018, n. 1517). Per l'affermazione che il Consiglio di Stato, in sede di emanazione del parere “*esercita una funzione giurisdizionale ed è quindi un organo di giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato istitutivo dell'Unione Europea*” cfr. Cons. Stato, sez. II, 16 settembre 2015, n. 2609, di remissione alla CGUE della questione di compatibilità eurounitaria dell'art. dell'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e dell'art. 48 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, per la parte in cui permettono ad una sola delle parti del giudizio straordinario in unico grado dinanzi al Consiglio di Stato di ottenerne la trasposizione in primo grado dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, senza il consenso od il concorso del ricorrente o di qualunque altra parte dello stesso giudizio.*

⁶⁷ E' stato acutamente osservato che la *iuris-dictio*, già sotto il profilo terminologico, non si confonde con la *legis-latio*: tra *dicere* e *ferre* corre infatti una differenza radicale (M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, Relazione al Seminario “*Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*”, Ferrara, 24-25 gennaio 2013, pubblicato in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013).

⁶⁸ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 259.

zial⁶⁹, appare però dirimente la differenza che intercorre tra attività contenziosa e attività giustiziale⁷⁰. L'attività dell'AGCM può, al più, considerarsi perfettamente contenziosa sul piano strutturale, ma non può avvicinarsi a un processo sul piano funzionale (come accade per l'attività giustiziale), non essendo volta a dirimere un conflitto sorto su un potere amministrativo già esercitato, bensì ad esercitare poteri tipici dell'amministrazione attiva. Si tratta di un'attività di mera *adjudication*, che, pur svolgendosi in forme contenziose, non dirime un conflitto, ma è rivolta a verificare la riconducibilità dei singoli casi concreti alle ipotesi contemplate dal legislatore. Sebbene la distinzione appaia più labile se osservata dalla prospettiva del giudizio penale, le cui forme sono sostanzialmente riprodotte dal procedimento sanzionatorio, merita nondimeno di essere tenuta ferma, alla stregua della più convincente ricostruzione della nozione di sanzione amministrativa⁷¹ e della fondamentale distinzione tra garanzia

⁶⁹ *Ibidem*, 261. In particolare, l'A. pone in evidenza circostanza che “la percentuale di imparzialità che accompagna l'attività amministrativa o esecutiva verrebbe ad avvicinarla all'attività giurisdizionale, nel senso che se questa si compie con la formazione di sentenze che ad un certo punto acquistano stabilità attraverso quella specifica qualificazione che è il giudicato, anche i provvedimenti amministrativi, in quanto frutto di decisioni imparziali (ad es., tutti gli atti sanzionatori emessi da autorità amministrative, oppure gli atti giustiziali emanati a seguito di ricorsi amministrativi e relativo contraddittorio), acquisterebbero in modo naturale una stabilità, nel senso che non potrebbero essere revocati in ragione di un diverso spontaneo apprezzamento dell'interesse pubblico inerente alla materia. Vi sono poi fattispecie nelle quali l'organo amministrativo non può tornare sulla sua decisione, in quanto ne sono venuti meno i presupposti; per esempio, quando l'esercizio di una specifica funzione (ad es., funzione di controllo su atti o comportamenti di altri organi) è legato ad un determinato termine temporale”.

⁷⁰ Quando l'attività dell'amministrazione è esclusivamente preordinata a risolvere conflitti con altri soggetti, non si risolve mai nell'amministrazione attiva ed esprime una funzione tipicamente giustiziale. Il descritto carattere è ravvisabile nelle sole decisioni sui ricorsi amministrativi, ove si riscontra una controversia in senso proprio (scaturente da un conflitto attuale e qualificato) e la garanzia del contraddittorio. Più in particolare, sotto il profilo strutturale, l'attività propriamente giustiziale si differenzia da quella meramente contenziosa per la vigenza del principio dispositivo: mentre in entrambe è garantito il contraddittorio e il potere delle parti di introdurre fatti in assenza di un corrispondente potere dell'autorità decidente rispetto a fatti sui quali non ci sia stata la possibilità di contraddittorio, solo nell'attività giustiziale vige un sistema dispositivo che riserva al ricorrente ogni potere circa l'introduzione di fatti. Il rilievo implica, secondo la ricostruzione più accreditata, che l'autorità decidente opera, in tali casi, con i moduli dell'amministrazione giustiziale, senza dover dar conto, come avviene nell'esercizio dell'amministrazione attiva, di scelte effettuate in relazione a interessi concorrenti e in vista della realizzazione del cosiddetto interesse primario, ma con il solo onere di “dar conto delle soluzioni accolte in relazione alle questioni sollevate e in vista dell'interesse alla giusta realizzazione delle norme giuridiche e alla fissazione dei fatti secondo verità” (A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pub.*, IV, Torino, 1989, 524 ss., qui 528-529).

⁷¹ I limiti del presente scritto impongono di svolgere il ragionamento mediante applicazioni semplificative, obbligando di rinviare, per un maggiore sviluppo di assunti e dimostrazioni, a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., *passim*. In questa sede preme solo rilevare che aderendo alla lettura secondo cui con la sanzione amministrativa si persegue, sia pure indirettamente, un pubblico interesse, il potere sanzionatorio può essere più correttamente collocato tra gli strumenti assegnati alla p.A. per tutelare l'interesse pubblico a

primaria e garanzia secondaria. Mentre nell'*agere* dell'Antitrust si ritrova lo schema tipico della garanzia primaria, in cui la pretesa del titolare si contrappone all'altrui obbligo di non violare quell'interesse o di cooperare alla sua realizzazione, non si riscontra invece il paradigma della garanzia secondaria, tipica della giurisdizione e della funzione giustiziale, in cui l'onere del titolare di agire a difesa del proprio interesse giuridico si contrappone al dovere di adottare il rimedio di protezione⁷².

Tracciata in modo netto la linea che separa l'attività sanzionatoria dell'AGCM e la funzione giurisdizionale, c'è piuttosto da chiedersi se i punti fermi indicati dalla Consulta possano riverberarsi sui rapporti tra queste due distinte realtà, aprendo nuovi scenari per il sindacato giurisdizionale amministrativo sull'attività in parola⁷³.

Tra gli argomenti utilizzati per calmierare l'intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust, soprattutto da parte chi accede alla tesi della *full jurisdiction* come strumento di recupero (*ex post*) delle mancate garanzie procedurali⁷⁴, sono infatti spesso figurati, da un lato, la posizione di terzietà dell'Autorità, dall'altro, il contraddittorio rinforzato da essa assicurato anche e soprattutto grazie alla separazione tra organi istruttori e decisorii. Su entrambi i profili la posizione della Consulta è parsa abbastanza chiara, escludendo la ter-

essa affidato, specularmente allontanandosi dai caratteri tipici del giudizio. Paiono pertanto condivisibili le posizioni di chi, muovendo da tale prospettiva, marginalizza la rilevanza della circostanza che l'attività sanzionatoria sia (spesso) vincolata, negando che da ciò possa derivare l'assenza di una comparazione di interessi, che, come visto, connota l'azione amministrativa anche sul piano epistemologico (L. FERRAJOLI, *Principia iuris Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 862 ss.). Basti il richiamo, da ultimo, a S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., *passim* e alla dottrina ivi ampiamente citata per sostenere che lo scopo della p.A. con le sanzioni amministrative non è meramente quello di punire, ma è anche quello di tutelare uno specifico interesse pubblico (il che avviene attraverso l'irrogazione di una misura amministrativa – la sanzione – al soggetto colpevole dell'inosservanza della norma). Si noti peraltro che tale aspetto connoterebbe in modo particolarmente evidente l'attività sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti, in cui il potere sanzionatorio è marcatamente orientato a finalità "altre" rispetto a quella repressiva (essendo anche strumentale all'attività regolatoria e di vigilanza).

⁷² Sui concetti di garanzia primaria e secondaria L. FERRAJOLI, *Garantismo e poteri selvaggi*, "Teoria politica", XIV, 3, 1998; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, 2007, spec. 668 ss. sia vedano, *amplius*, le conclusioni raggiunte in termini di insostituibilità tra procedimento e processo raggiunte in F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., 306 ss..

⁷³ In argomento, da ultimo, si vedano le interessanti riflessioni di M. CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Dir. e soc.*, 2018, 4, 705 ss.

⁷⁴ Non è questa la sede per ripercorrere la vastissima letteratura sul tema, basti nuovamente il rinvio alle riflessioni contenute nella sezione monografica di questa *Rivista*, 2018, 2, dedicata alla *full jurisdiction*.

zietà dell'*Authority* e scartando l'assimilabilità del contraddittorio (rinforzato sì, ma comunque) verticale da essa assicurato a quello processuale, anche in ragione dell'assenza di una netta separazione tra uffici e Collegio. Del pari, l'affermazione dell'esistenza di un interesse specifico di cui l'AGCM è portatrice nonché del carattere discrezionale della funzione esercitata costituirebbe una ragione in più per non dubitare sull'opportunità (e necessità) di riconoscere un intenso sindacato sui provvedimenti *antitrust*, soprattutto quando espressivi di discrezionalità amministrativa (priva di un fondamento democratico).

Le molteplici implicazioni che potrebbero farsene discendere sotto il profilo dell'equilibrio tra poteri meriterebbero una trattazione autonoma, valendo nondimeno a confermare il ruolo privilegiato che la prospettiva organizzativa riveste nello svelare il rapporto tra le Istituzioni.