

ANDREA LOLLO

Ricercatore di Diritto costituzionale di tipo B presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia
dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro
lollo@unicz.it

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO NEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ

THE ITALIAN COMPETITION AUTHORITY IN THE JUDGMENT OF CONSTITUTIONALITY

SINTESI

La sentenza n. 13 del 2019, con cui la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a sollevare questioni di costituzionalità, ha riaperto l'attenzione della dottrina per il tema della natura delle funzioni esercitate dalle Autorità Amministrative Indipendenti. Tema che assume un interesse particolare, nella misura in cui disvela l'immagine che ha di sé stesso il Garante, contrapposta a quella del Giudice costituzionale.

Ad avviso della Corte costituzionale, l'AGCM, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, consistente nella tutela della concorrenza e del mercato e, dunque, essa 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. Con la conseguenza che non è legittimata a sollevare questioni di costituzionalità.

L'AGCM, dal canto suo, si qualifica come un giudice, seppure «*ai limitati fini*» della questione di costituzionalità, che svolge funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti all'ambito di fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsivoglia apprezzamento che non sia di ordine prettamente giuridico. Con la conseguenza che sarebbe legittimata a sollevare questioni di costituzionalità.

A ben vedere, dietro la questione di costituzionalità sollevata, si cela la volontà dell'AGCM di accreditarsi al cospetto della Corte costituzionale come autorità terza e imparziale e, nel contempo, di intraprendere con la stessa un dialogo "virtuoso" sui temi della concorrenza.

La soluzione della Corte se, per un verso, preclude tale possibilità, per altro verso lascia aperte all'AGCM altre ipotesi per contribuire all'evoluzione ordinamentale sui temi della concorrenza. Non sembra da escludersi, in particolare, l'ipotesi che il Garante possa tentare, in futuro, di "accreditarsi" quale autorità giurisdizionale agli occhi della Corte di Giustizia.

Inoltre, nella veste di parte del processo costituzionale, l'AGCM potrà offrire il proprio prezioso apporto argomentativo, facendosi portatrice non già di un interesse personale e concreto, come accade in genere per le parti private, ma di un interesse generale alla legittimità costituzionale della normativa. Tale interesse – di natura pubblicistica – potrà essere fatto valere sia nel corso del giudizio principale, sotto forma dell'eccezione di costituzionalità rivolta all'autorità giudiziaria, sia

nel corso del processo di legittimità costituzionale, mediante la costituzione in giudizio e/o l'intervento di terzo quale *amicus curiae*. In particolare, tale figura, da ultimo introdotta nelle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, pare attagliarsi proprio a un soggetto istituzionale, come l'AGCM, portatore di un interesse super individuale a carattere pubblicistico, qual è quello alla tutela della concorrenza e del mercato. In questa veste, il Garante potrà far pervenire al Giudice delle leggi il proprio autorevole contributo sotto forma di scritti sintetici, idonei ad ampliare le conoscenze del Collegio giudicante.

Si tratta di un'ipotesi particolarmente auspicabile, dal momento che, per tale via, la Corte potrebbe avvalersi di un'opinione altamente qualificata, poiché proveniente da un organo specializzato nella tutela del principio di concorrenza, con tutto ciò che ne potrebbe conseguire nell'interesse dell'evoluzione ordinamentale.

ABSTRACT

The judgment no. 13 of 2019, by which the Constitutional Court ruled on the legitimacy of the Antitrust Authority to raise issues of constitutionality, turned the attention of the doctrine on the issue of the nature of the functions exercised by the Independent Administrative Authorities. The issue takes a particular interest, as it reveals the image that the Guarantor has of himself, as opposed to the Constitutional Judge.

In the opinion of the Constitutional Court, the Italian Competition Authority, like all the administrations, is the bearer of a specific public interest, consisting in the defense of the competition and the market and, therefore, it is not in a position of indifference and neutrality with respect to the interests and to the subjective positions that are found in the execution of its institutional activity. With the consequence that it is not entitled to raise questions of constitutionality.

The Italian Competition Authority, for its part, qualifies itself as a judge, even if «*for the limited purposes*» of the question of constitutionality, which performs functions similar to those of jurisdiction, consisting in pointing back of acts and facts to the abstract cases provided for by the antitrust law, with the exclusion of any appreciation that is not of a purely legal nature. So it would be entitled to raise questions of constitutionality.

On closer inspection, behind the raised question of constitutionality, hides the will of the Italian Competition Authority to accredit itself to the Constitutional Court as a third and impartial authority and, at the same time, to undertake with it a “virtuous” dialogue on competition issues.

The Court's solution if, on one side, precludes this possibility, on the other one it keeps open to the Italian Competition Authority other hypotheses to contribute to the legal evolution on competition issues. In particular, the hypothesis that the Guarantor may try, in the future, to “accredit itself” as a judicial authority to the Court of Justice does not seem to be excluded.

Furthermore, as a part of the process, the Italian Competition Authority will be able to offer its own valuable argumentative contribution, making itself the bearer not of a personal and concrete interest, as generally happens for private parties, but of a general interest in the constitutional legitimacy of the legislation. This interest - of a publicistic nature - can be asserted both in the course of the main proceedings, in the form of the objection of constitutionality addressed to the judicial authority, and in the course of the constitutional legitimacy process, through the incorporation in judgment and/or the intervention of a third such as *amicus curiae*. In particular, this

figure, recently introduced in the Supplementary Rules for judgments before the Constitutional Court, seems to be suitable for an institutional subject, such as the Italian Competition Authority, bearer of a super individual interest of a publicistic nature, such as the protection of the competition and the market. In this role, the Guarantor will be able to send his authoritative contribution to the Judge of the Laws in the form of synthetic writings, suitable for widening the knowledge of the Judging Panel.

This is a particularly desirable hypothesis, since, in this way, the Court could avail itself of a highly qualified opinion, since it comes from a body which is specialized in the protection of the principle of competition, with all that could ensue in the interest in the evolution of the law.

PAROLE CHIAVE: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Autorità Amministrative Indipendenti – Processo costituzionale – Concorrenza – *Amicus curiae*

KEYWORDS: Italian Competition Authority – Independent Administrative Authority – Judgment of Constitutionality – Competition – *Amicus Curiae*

INDICE: 1. La questione di costituzionalità sollevata dall'AGCM e decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 13 del 2019. – 2. I problemi giuridici sottesi alla questione di costituzionalità sollevata dall'AGCM. – 3. L'AGCM alla ricerca di un "dialogo" con la Corte costituzionale sui temi della concorrenza. – 4. Riflessioni conclusive: l'AGCM quale *amicus curiae* nel processo di costituzionalità?

1. La questione di costituzionalità sollevata dall'AGCM e decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 13 del 2019.

Con l'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, il Collegio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in poi AGCM) ha sollevato una questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale. Nella fattispecie, il Garante ha censurato l'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89¹, come introdotto dall'art. 1, comma 495, lettera c), della legge 27 dicembre 2017, n. 205², e l'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287³, in riferimento agli artt. 3, 41

¹ Si tratta della legge sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili. L'art. 93-ter, comma 1-bis, di detta legge prevede che «*Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*».

² Recante «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020».

³ Recante «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato». L'art.8, comma 2, di detta legge prevede, in particolare, che le disposizioni, di cui alla predetta legge, contenenti le norme sulle intese, sull'abuso della posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione, non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano

e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 106, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130.

La questione traeva origine da un procedimento istruttorio avviato nei confronti del Consiglio notarile di Milano, volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, lesiva dell'art. 2 della legge antitrust⁴. Tuttavia, nel corso del procedimento è entrato in vigore l'art. 1, comma 495, lettera c), della legge n. 205/2017⁵, che, nel richiamare l'art. 8, comma 2, della legge n. 287/1990, ha sottratto l'applicazione della normativa anticoncorrenziale alle imprese esercenti la gestione dei servizi di interesse economico generale. Pertanto, durante l'audizione finale tenutasi dinanzi al Collegio, il Consiglio notarile ha eccepito l'incompetenza dell'AGCM a giudicare le condotte oggetto dell'istruttoria, sposando la tesi – sostenuta da un certo indirizzo giurisprudenziale⁶ – per cui il Consiglio notarile che assume l'iniziativa del procedimento disciplinare sulla scorta della legge notarile rientra proprio tra le imprese che esercitano la gestione dei servizi di interesse economico generale.

Ad avviso del Consiglio, inoltre, benché entrata in vigore nel corso dell'istruttoria, tale norma sarebbe stata applicabile al caso di specie in forza del principio *tempus regit actum*, precludendo, di conseguenza, all'Autorità di dare corso al procedimento avviato. Di contrario avviso gli Uffici istruttori dell'AGCM, secondo i quali tale norma, in quanto sopravvenuta, non sarebbe stata applicabile *ratione temporis* al procedimento disciplinare in corso; in ogni caso, essa avrebbe meritato di essere interpretata in senso costituzionalmente e comunitariamente orientato, ovvero sia in maniera conforme ai principi comunitari sulla concorrenza, i quali, secondo la più costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, avrebbero limitato l'applicazione della normativa antitrust

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.

⁴ Ad avviso dell'AGCM, infatti, l'intesa restrittiva della concorrenza si era realizzata attraverso: a) richieste a tutti i notai del distretto di dati "concorrenzialmente" sensibili, al fine di fare emergere le posizioni di preminenza economica; b) iniziative disciplinari nei confronti dei notai maggiormente produttivi ed economicamente performanti, accompagnate da un'attività segnaletica volta a dare risalto a tali iniziative.

⁵ Ai sensi di tale norma, «Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287».

⁶ Il Consiglio notarile richiamava a sostegno, in particolare, un'ordinanza della Corte di Appello di Milano, sez. I, datata 6 aprile 2018, nonché la sentenza della Corte di Cassazione, II sez. civile, 5 maggio 2016, n. 9041.

alle condotte di imprese incaricate dalla legge della gestione dei servizi di interesse economico generale solo in via eccezionale e una volta superato il test di proporzionalità. Con la conseguenza che una diversa interpretazione avrebbe dovuto indurre l'AGCM a disapplicare l'art. 1, comma 495, lettera c), della legge n. 205/2017, per contrarietà ai principi di cui agli artt. 101 e 106 TFUE, o, comunque, a sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 41 Cost.

Per il collegio dell'AGCM, stante l'interpretazione suggerita dal Consiglio notarile e suffragata dalla giurisprudenza di merito⁷, la questione circa la sussistenza della propria competenza a dare corso al procedimento avviato meritava di essere sciolta in via definitiva dal giudice preposto a verificare la costituzionalità delle leggi. Una simile preclusione, infatti, avrebbe introdotto una deroga al nucleo essenziale delle regole sulla concorrenza per un intero segmento di attività, senza che fosse previsto alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali alla luce dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Di qui, l'ordinanza di rimessione dinanzi alla Corte costituzionale.

Stante la *querelle*, ancora irrisolta, in ordine alla legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti a sollevare questioni di costituzionalità, ben si comprende il poderoso sforzo argomentativo dell'AGCM, volto a dimostrare la sussistenza del duplice requisito – soggettivo (l'essere giudice) e oggettivo (l'esistenza di un giudizio) – richiesto dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché dalla giurisprudenza costituzionale. Segnatamente, dimostrando di conoscere a menadito la «dommatica degli interstizi»⁸ elaborata dalla Corte costituzionale, l'AGCM non esita a qualificarsi al cospetto del Giudice delle leggi come un giudice, seppure «*ai limitati fini*» della questione di costituzionalità, che, in condizioni di indipendenza e neutralità, svolge funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti all'ambito di fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsivoglia apprezzamento che non sia di ordine prettamente giuridico⁹.

⁷ Il richiamo è, di nuovo, all'ordinanza della Corte di Appello di Milano, sez. I, 6 aprile 2018.

⁸ Utilizza, da ultimo, tale espressione S. STALANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *www.federalismi.it*, 13/2019, 3 luglio 2019, 3 ss.

⁹ Ad avviso dell'AGCM, in particolare, non potrebbe dubitarsi della natura imparziale e indipendente dell'Autorità, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale con riferimento anche ad altre autorità amministrative indipendenti (si citano le sentenze n. 41 del 2013, n. 482 e n. 57 del 1995) e come evincibile dall'art. 10 della legge antitrust, secondo cui «*L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*». Sarebbe evidente,

Vi sarebbe, poi, un ulteriore argomento a sostegno della tesi prospettata, ovvero sia quello per cui laddove l'AGCM non fosse qualificabile quale giudice *a quo*, talune leggi, come quella censurata, verrebbero a essere escluse dal possibile sindacato della Corte. Di qui, l'esigenza di arricchire i meccanismi di introduzione delle questioni di legittimità costituzionale, laddove, a guisa di quanto avvenuto nella fattispecie in esame, l'accesso al sindacato di costituzionalità risulti poco agevole.

Senonché, con la sentenza n. 13 del 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione sollevata per difetto di legittimazione del remittente. Pur muovendo dal presupposto che l'operazione ermeneutica volta a dare contenuto alle nozioni di giudice e giudizio debba essere condotta in modo «*elastico*», la Corte esclude che l'AGCM possieda il requisito della terzietà, essenziale ai fini della legittimazione a sollevare questione di costituzionalità. Ciò, in quanto il Garante può assumere la veste di *parte* resistente nel processo amministrativo avente a oggetto l'impugnazione dei propri provvedimenti o di *parte* ricorrente per l'impugnazione, davanti al giudice amministrativo, degli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Con la conseguenza che, analogamente al Pubblico Ministero o al Garante per la protezione dei dati personali (organi non legittimati a sollevare questioni di costituzionalità), essa non appare estranea alla situazione sostanziale di cui si fa portatrice¹⁰.

poi, l'estraneità dell'Autorità rispetto al circuito Parlamento-Governo-Pubblica amministrazione, comprovata dalla circostanza che i suoi componenti sono scelti da soggetti istituzionali terzi e per un periodo di tempo che eccede la durata dell'organo politico che detiene il potere di nomina. Andrebbe, inoltre, considerato che, ai sensi dell'art. 10, comma 3, della legge antitrust, i membri dell'Autorità «*non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura. I dipendenti statali sono collocati fuori ruolo per l'intera durata del mandato*». Non potrebbe sostenersi, ancora, che l'AGCM sia priva di un sufficiente grado di indipendenza interna, da intendersi nel senso della separazione tra funzione istruttoria e decisoria, poiché, ai sensi dell'art. 11 della legge antitrust, il funzionamento dei servizi e degli uffici è affidato al Segretario generale, il quale è nominato, su proposta del Presidente, dal Ministro dello sviluppo economico, ovvero da un soggetto diverso rispetto a Presidente e membri del Collegio. L'esito dell'accertamento demandato all'Autorità, infine, si estrinsecerebbe in un provvedimento dal carattere decisorio relativo ad una specifica situazione giuridica soggettiva, idoneo ad acquisire definitività ove non impugnato.

¹⁰ Cfr. punti 7 ss. del *Cons. in diritto*. Ad avviso della Corte, inoltre, non può non osservarsi che la legittimazione a stare in giudizio spetta all'Autorità e non ai suoi uffici inquirenti, perché, contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, non può ravvisarsi una netta separazione tra gli uffici e il Collegio, attesa l'esistenza, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della legge n. 287 del 1990, di un nesso funzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo «risponde» anche del funzionamento dei servizi e degli uffici medesimi (nello stesso senso, nel caso dell'Autorità della concorrenza greca, la sentenza della Corte di giustizia, Grande sezione, 31 maggio 2005, C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri*).

Al contrario, l'AGCM è, per la Corte, al pari di tutte le amministrazioni, «*portatrice di un interesse pubblico specifico*», consistente nella tutela della concorrenza e del mercato e, dunque, essa 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*»¹¹. La natura del potere a essa attribuito dalla legge consiste, infatti, in una «*funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco*», che, oltretutto, si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio non dissimile – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico, il quale resta di natura verticale, proprio in quanto il privato si confronta con un soggetto che nell'irrogazione della sanzione non è in posizione di parità¹².

Neppure la ritenuta esigenza di garantire (*rectius*, favorire) il rispetto del principio di costituzionalità sembra persuadere la Corte, per la quale «*esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui promuovere la questione di legittimità costituzionale*». Segnatamente, l'eventuale atto di archiviazione dell'Autorità garante, che dovesse ritenere preclusa la prosecuzione del procedimento sanzionatorio, potrebbe essere impugnato dinanzi al giudice amministrativo dal notaio segnalante e da quello interveniente, quali soggetti entrambi interessati alla prosecuzione del procedimento. In quella sede, l'autorità giurisdizionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento che ha determinato l'arresto del procedimento istruttorio potrebbe sollevare questione di costituzionalità sulla regola preclusiva della competenza dell'AGCM¹³.

Dinanzi a una pronuncia di simile tenore, ci si sarebbe aspettati dall'AGCM una declaratoria di incompetenza, con conseguente arresto del procedimento istruttorio avviato. E, invece, sorprendentemente, con delibera del 1° agosto 2019, pur dando atto, fugacemente, della decisione del Giudice delle leggi, l'AGCM ha ritenuto inapplicabile l'art. 1, comma 495, lettera c), della legge n. 205/2017, in quanto norma sopravvenuta su una fattispecie incardinata prima della sua entrata in vigore. Aggirata, così, la preclusione sancita dalle norme impuginate, l'Autorità, nel merito, ha accertato la violazione denunciata, limitandosi, tuttavia, a invitare il Consiglio notarile di Milano ad astenersi, per il futuro, dall'assumere condotte della medesima portata, senza irrogare alcuna

¹¹ Punto 8 del *Cons. in diritto*.

¹² Punto 8.1 del *Cons. in diritto*.

¹³ Punto 7 del *Cons. in diritto*.

sanzione. In tal modo, come si dirà oltre, l'AGCM, per un verso, ha dimostrato che la questione di costituzionalità era, di fatto, irrilevante e, per altro verso, ha sminuito di molto la portata concreta della questione oggetto del procedimento principale.

2. I problemi giuridici sottesi alla questione di costituzionalità sollevata dall'AGCM.

La tortuosa vicenda giudiziaria sopra ripercorsa costituisce il *locus classicus* dell'annoso problema concernente la legittimazione dell'AGCM – e, più in generale, delle Autorità amministrative indipendenti – a sollevare questioni di costituzionalità in via incidentale¹⁴. Nel contempo, però, detto problema incrocia (e presuppone) la risoluzione di una delle principali questioni che ancora gravitano attorno al tema delle relazioni tra la tutela giurisdizionale dei diritti e quella rimessa alle Autorità amministrative indipendenti. Una relazione che, a parere di chi scrive, non può essere ricostruita in termini distonici, se non si vuole correre il rischio di piegarla ad abusi ed equivoci.

Segnatamente, in filigrana al “ping pong” tra la Corte costituzionale e l'AGCM si intravede la *vexata quaestio* della legittimazione sistemica delle Autorità amministrative indipendenti, la quale, a sua volta, si lega a quella della natura delle funzioni da esse esercitate, che, nella fattispecie richiamata, assume un'originale colorazione nella misura in cui disvela l'immagine che ha di sé stesso il Garante, contrapposta a quella che ha il Giudice costituzionale.

¹⁴ In dottrina, la soluzione favorevole o contraria alla legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti a sollevare questioni di costituzionalità fa leva, principalmente, sulla posizione, in tesi terza ed imparziale, ovvero sull'attività, che, ad ogni modo, presenta tratti peculiari, disponendosi in una zona grigia tra l'amministrazione e la giurisdizione, tradizionalmente intese: così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 231. In argomento, cfr., *amplius*, M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; G. GRASSO, *La Corte costituzionale si pronuncia solo parzialmente sulla natura giuridica e sulla collocazione costituzionale delle Autorità Amministrative Indipendenti. Considerazioni sparse sulle decisioni n. 57, n. 118 e n. 226 del 1995*, in *Quad. reg.*, 1995; ID., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997; F. SALMONI, *L'antitrust come giudice “a quo”: riflessioni critiche*, in P. Ciarlo, G. Pitruzzella, R. Tarchi (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”*. *Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 2012.

Come si è avuto modo di rilevare, la conclusione cui perviene l'AGCM in ordine alla propria legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità muove dalla visione di sé stessa quale organo indipendente e neutrale, attento ad assicurare il rispetto delle garanzie difensive nei confronti delle parti interessate. Si rievoca, in altri termini, la tesi – risalente ed oggi minoritaria – che riconosce alle Autorità amministrative indipendenti natura «paragiurisdizionale» (o «quasi giurisdizionale»), muovendo dall'assunto dell'assimilazione tra l'attività da esse svolta con quella tipica del processo giurisdizionale, sia in relazione al metodo (verifica di conformità alla legge in un articolato schema contraddittorio), sia in relazione ai suoi esiti (valutazione della condotta indagata e possibile irrogazione di una sanzione destinata a consolidarsi ove non assoggettata a controllo giudiziale)¹⁵.

Secondo tale impostazione, l'Autorità agisce nell'interesse esclusivo della legge, senza essere portatrice di un interesse particolare (a guisa di quanto accade per il pubblico ministero). In altri termini, si esclude che essa sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, potendo e dovendo, l'Autorità, attivarsi per la tutela e per la realizzazione di un interesse generale alla concorrenza, che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa i caratteri di una situazione soggettiva imputabile a un soggetto di diritto¹⁶.

Viceversa, la Corte costituzionale sembra aderire alla diversa impostazione teorica – oggi maggioritaria – per la quale l'esercizio del potere esercitato dall'AGCM merita di essere collocato

¹⁵ Cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di metodo*, Bologna, Il Mulino, 2005; E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *I poteri quasi giudiziari delle autorità indipendenti*, in M. D'Alberto, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010.

¹⁶ Cfr., da ultimo, N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2019. Ricorda l'A. che l'origine di questa impostazione va ricercata nel parere reso all'Adunanza generale del Consiglio di Stato sul futuro regolamento n. 500 del 1999, di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, nella parte in cui, in merito alla proposta dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici di essere legittimata a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo avverso gli affidamenti illegittimi, è stato rilevato come «l'attribuzione di un generale potere di legittimazione ad impugnare gli atti delle stazioni appaltanti verrebbe a configurare una sorta di azione pubblica nell'interesse della legge, in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento che richiedono – a parte i settori della giurisdizione penale e contabile – che l'azione giudiziaria trovi comunque un collegamento, sia pure amplissimo, con un interesse del soggetto agente protetto sia direttamente (diritto soggettivo) sia occasionalmente (interesse legittimo)», concludendosi che «una simile azione non può che essere disposta per legge».

nel *genus* di quello amministrativo, caratterizzandosi l'azione di tale Autorità per la discrezionalità dell'agire¹⁷, che, come tale, si estrinseca nelle forme del procedimento amministrativo¹⁸.

Secondo tale ricostruzione, il potere processuale a essa spettante è conferito per la migliore tutela del bene giuridico della concorrenza, il quale, per la sua particolare rilevanza, non può rimanere al livello di una congerie di interessi deboli perché diffusi. Di qui, la scelta del legislatore di soggettivizzarlo in capo a un'autorità indipendente: scelta che si giustifica con l'esigenza di porre un argine ad una «frequente dinamica amministrativa, che induce molte amministrazioni pubbliche a porre ostacoli al libero dispiegarsi della concorrenza, piuttosto che a una sovra ordinazione dell'interesse alla concorrenza rispetto ad altri interessi pubblici»¹⁹.

Si tratta, a ben vedere, di una declinazione della teoria della “mutazione genetica” dell'interesse adespota, la cui cura, preclusa al singolo, è affidata all'ente esponenziale²⁰.

Per completezza, si rileva l'esistenza di una terza impostazione, secondo cui le Autorità amministrative indipendenti non avrebbero natura né amministrativa né giurisdizionale, trattandosi di un *tertium genus*. Esse, infatti, si qualificherebbero come soggetti innovativi dell'ordinamento, predisposti alla tutela di determinati e rilevanti interessi pubblici, titolari di una nuova forma di potere. La teoria del *tertium genus* si spiegherebbe, poi, in relazione alla previsione costituzionale di cui all'art. 41, con esclusivo riguardo all'AGCM, essendo questa chiamata ad attuare l'interesse generale della concorrenza che trova nell'ordinamento la naturale collocazione in tale previsione costituzionale²¹.

Che la distonia di vedute tra l'AGCM e la Corte costituzionale rifletta tale disputa teorica sembra essere un dato incontestabile. Che la questione di costituzionalità sollevata rappresenti,

¹⁷ In questo senso, in dottrina, cfr. S. MICOSI, *Il conflitto fra governati e governanti*, in F. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2001, 61, per il quale la neutralità delle autorità «coincide con l'indipendenza e con il rispetto delle dinamiche del settore, ma non importa anche necessariamente l'assenza di discrezionalità e di scelte politiche»; M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM*, in www.federalismi.it, 14/2018, 4 luglio 2018, 4, il quale sottolinea la necessità di ampi poteri discrezionali dell'antitrust «nella scelta degli strumenti adatti a raggiungere questi risultati di buon funzionamento dei mercati».

¹⁸ Cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. I, sent. 20 maggio 2002, n. 7341; in dottrina, S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni statali*, in *Foro it.*, 1996, 5, 11.

¹⁹ N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., 3.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cfr. D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale. Dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Padova, Cedam, 2007, 34 ss.

quanto meno per l'Autorità, un pretesto per accreditarsi nel sistema come organo (per lo meno) “*paragiurisdizionale*”, lo si evince dalla condotta processuale complessivamente tenuta da quest'ultima.

Come anticipato sopra, infatti, al culmine del procedimento istruttorio avviato, l'AGCM ha considerato non applicabili, *ratione temporis*, le norme impugnate, così riconoscendo, seppur *ex post*, che la questione di costituzionalità prospettata era di fatto irrilevante. D'altra parte, una lettura maggiormente rigorosa dell'ordinanza di rimessione avrebbe potuto indurre il Giudice delle leggi a dichiarare inammissibile la questione proprio per carenza di motivazione sul presupposto della rilevanza, prima ancora che per difetto di legittimazione dell'autorità remittente. Ciò, in quanto il presupposto della rilevanza, per come prospettato, appariva *prima facie* potenziale ed eventuale, nella misura in cui riposava sull'adesione meramente ipotetica a un'opzione interpretativa suggerita dal Consiglio notarile e, per giunta, non condivisa dagli uffici istruttori della stessa AGCM.

D'altra parte, come rilevato dagli stessi Uffici istruttori, la lamentata lesione dei principi comunitari in materia di concorrenza, sanciti dagli artt. 101 e 106 TFUE, letti in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE e con il protocollo n. 27 TUE, avrebbe ben potuto indurre il Collegio a disapplicare la normativa *de qua*. La qual cosa avrebbe consentito all'Autorità di concludere, senza bisogno di sollevare questione di legittimità costituzionale, il procedimento avviato: un procedimento, per giunta, conclusosi nel merito senza l'applicazione di alcuna sanzione, ma con un semplice “monito” rivolto al Consiglio notarile ad astenersi per il futuro dall'assumere condotte della medesima portata. Circostanza, questa, che sminuisce di gran lunga la portata della questione di merito affrontata dall'AGCM, suffragando ulteriormente la sensazione di una certa strumentalità nella scelta del Garante di sollevare la questione di legittimità costituzionale²².

3. L'AGCM alla ricerca di un “dialogo” con la Corte costituzionale sui temi della concorrenza.

²² Evidenzia tali circostanze A. CHIAPPETTA, *Autorità Antitrust e legittimazione al giudizio di costituzionalità: una pronuncia scontata o un'occasione mancata?*, in *www.federalismi.it*, 25/2020, 9 settembre 2020, 57 s.

La decisione della Corte di escludere l'AGCM dal novero delle autorità legittimate a sollevare questioni di costituzionalità appare in linea con la più costante giurisprudenza costituzionale. La quale, muovendo da una nozione “elastica” di giudice «*ai limitati fini*», sembra avere ormai da tempo ambientato il problema sul terreno – meno scivoloso rispetto a quello della natura giurisdizionale o amministrativa dell'organo – della posizione terza e imparziale dell'autorità remittente. Nel che, secondo un'argomentata prospettazione teorica, riposerebbe proprio l'essenza della giurisdizione²³.

Com'è noto, la giurisprudenza costituzionale, muovendo dalla *ratio* che informa il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale, ha offerto un'interpretazione estensiva dei requisiti di accesso, arrivando a ritenere che per aversi giudizio *a quo* è sufficiente che sussista l'esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge da parte di soggetti, pure estranei all'organizzazione della giurisdizione, posti in posizione *super partes*²⁴.

Coerentemente con tali coordinate, la Corte ha riconosciuto la legittimazione ad alcuni soggetti «*ai limitati fini*» della proposizione della questione incidentale di legittimità costituzionale: il che, ad esempio, è accaduto per le sezioni di controllo della Corte dei conti nell'esercizio della funzione amministrativa di controllo preventivo sugli atti del governo²⁵ e per il collegio arbitrale²⁶. La legittimazione a promuovere il sindacato di costituzionalità è stata in varie occasioni riconosciuta anche a organi non incardinati in un ordine giudiziario, ma sempre in presenza dell'essenziale requisito della terzietà.

Il suddetto carattere non sembra, invero, ricorrere in capo al Garante, atteso che, secondo la ricostruzione teorica maggioritaria – che qui si condivide –, esso non si pone in una posizione di indifferenza e neutralità rispetto all'interesse (la tutela della concorrenza, per l'appunto) che viene in rilievo nello svolgimento della propria attività istituzionale, le cui esigenze di tutela finiscono per incidere sui caratteri del procedimento funzionale all'irrogazione dell'eventuale sanzione.

²³ Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 230.

²⁴ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 387/1996; 226/1996.

²⁵ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 226/1976; 384/1991.

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 376/2001.

D'altra parte, come opportunamente rilevato²⁷, la soluzione del Giudice delle leggi sembra risentire, altresì, della mancata sinergia delle regole del processo con il valore costituzionale sostantivo rappresentato dall'esigenza di "illuminare" una "zona d'ombra" della giustizia costituzionale (tale per cui il controllo di costituzionalità sarebbe estremamente difficile) o, cosa ancor più significativa, di evitare l'esistenza di una vera e propria "zona franca" (tale per cui il sindacato sarebbe escluso in radice)²⁸. Come, infatti, giustamente evidenziato dalla Corte, esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui promuovere la questione di legittimità costituzionale, ovvero sia quella conseguente all'eventuale impugnativa da parte del notaio segnalante o di quello intervenuto, finalizzata all'accertamento della natura in tesi anticoncorrenziale e abusiva delle funzioni di vigilanza esercitate dal Consiglio notarile e al conseguente ordine di eliminazione delle condotte integranti illecito antitrust²⁹.

Senza dilungarci ulteriormente sul merito della sentenza della Corte costituzionale, già oggetto di ampio approfondimento in dottrina³⁰, appare in questa sede interessante soffermarsi sui motivi che, verosimilmente, possono avere indotto l'AGCM a sollevare una questione di costituzionalità che, per le ragioni di cui sopra, sembra assumere i tratti di una *lis ficta*. Tale indagine potrà consentire di pervenire ad alcune osservazioni in ordine sia alla collocazione del Garante nell'ambito del processo costituzionale e, più in generale, all'interno del sistema, sia ai connotati del principio di concorrenza, con particolare riguardo al profilo della sua effettività.

²⁷ P. CARNEVALE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca"*. *Primissime considerazioni alla luce dell'ordinanza di rimessione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in www.federalismi.it, 17/2018, 12 settembre 2018, 5 ss.

²⁸ Sulla distinzione concettuale, ormai diffusa nella giurisprudenza costituzionale, tra le espressioni «zone d'ombra» e «zone franche» della giustizia costituzionale, cfr. R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007; R. Pinardi (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, Giappichelli, 2007; più di recente, P. ZICCHITTO, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 5.

²⁹ Corte cost., sent. n. 13/2019, punto 7 del *Cons. in dir.*

³⁰ Cfr., fra gli altri, oltre agli AA. già citati nel presente contributo, M. CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza non è giudice*, in www.federalismi.it, 14/2019, 17 luglio 2019; V. FOGLIAME, *Tra «strette» e «porte chiuse»: le Autorità amministrative indipendenti come giudici a quibus*, in www.federalismi.it, 30/2020, 4 novembre 2020; A. PATRONI GRIFFI, *Le strette della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in www.federalismi.it, 13/2019, 3 luglio 2019; R. ROMBOLI, *Nota a Corte Cost. sent. 13/2019*, in *Foro it.*, 5/2019, 1, 1529 - 1533; O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale* in www.federalismi.it, 36/2020, 30 dicembre 2020; E. VERDOLINI, *L'Autorità antitrust non può accedere al giudizio costituzionale: natura amministrativa e funzione di garanzia dell'A.g.c.m. nella sentenza 13 del 2019 della Corte Costituzionale*, in www.federalismi.it, 2/2020, 22 gennaio 2020.

La sensibilità costituzionale del Prof. Michele Ainis, relatore del procedimento condotto dall'AGCM, avrà di certo provocato un'influenza determinante in ordine alla decisione del Garante di sollevare la questione di costituzionalità. È verosimile immaginare, infatti, che l'estrazione del relatore abbia indotto l'Autorità a individuare nel Giudice costituzionale l'interlocutore privilegiato per districare un problema che riguardava la competenza a portare avanti il procedimento sanzionatorio e, nel contempo, per intavolare un più ampio discorso di "accountability".

Nel tentativo di accreditarsi al cospetto della Corte costituzionale come autorità terza e imparziale, l'AGCM sembra, in altri termini, voler dimostrare che il rispetto delle garanzie difensive è per essa stessa di cruciale importanza, costituendo un elemento consustanziale al procedimento.

È, d'altra parte, proprio Ainis, seppure in altra sede, a rimarcare l'importanza del rispetto delle garanzie difensive, da intendersi non già come mero onere procedurale, ma come valore in sé. Ciò, in quanto lo svolgimento di un processo decisionale imparziale, trasparente e prevedibile consente alle parti e, in ultima analisi, al giudice stesso di comprendere meglio l'esito della decisione, facilitandone l'accettazione e rafforzando la credibilità dell'Istituzione. La piena partecipazione, peraltro, eleva il livello di efficacia dell'azione antitrust, riducendo la necessità di successivi interventi dell'autorità giudiziaria³¹.

Il tentativo di accreditarsi quale giudice *a quo* nel procedimento incidentale sembra, tuttavia, sottendere, altresì, l'intenzione dell'AGCM di intraprendere un dialogo "virtuoso" con la Corte costituzionale sui temi della concorrenza; e di farlo nella veste di autorità competente a delimitare il *thema decidendum* delle questioni di costituzionalità. Non solo, dunque, quale semplice parte del processo, legittimata a offrire il proprio apporto argomentativo a una questione già cristallizzata dinanzi al Giudice delle leggi dall'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*.

Il che sembra legittimare l'idea che la tutela della concorrenza abbia un carattere "servente" rispetto alla più ampia esigenza di protezione dei diritti fondamentali. Ciò, a guisa di quanto, invero, accade per ogni principio costituzionale, che, come è stato autorevolmente sostenuto, reca in sé

³¹ M. AINIS, *Garanzie procedurali dinanzi all'Autorità Antitrust e sindacato giurisdizionale*, in *paper*, 2.

una matrice unitaria di libertà ed eguaglianza riconducibile al concetto di dignità umana, vera e propria architrave dell'ordinamento costituzionale³².

Appare opportuno richiamare, a questo proposito, quanto da ultimo osservato in dottrina da chi³³, richiamando l'attenzione sul dato letterale dell'art. 41 Cost., ha evidenziato che detta norma riconosce sì la libertà dell'iniziativa economica privata, ma la riconduce e la subordina al perseguimento di funzioni sociali, con la conseguenza che essa assolve una funzione servente alla (necessaria) tutela di altri principi e diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta. La regolazione del mercato, in particolare, non sarebbe ispirata a obiettivi interni al mercato stesso e alla concorrenza. Pertanto, discorrere di tutela del consumatore e della sua sicurezza può sembrare un obiettivo interno, ma certo non lo sarebbe parlare della protezione dell'ambiente, della tutela della salute, della sicurezza dei lavoratori, del divieto di discriminazione e della tutela dei diritti dei lavoratori transfrontalieri, essendo questi obiettivi, interessi, diritti che stanno al di fuori del mercato e che sono scelti per porre limiti alla concorrenza. E che sono, dunque, il frutto di scelte politiche che decidono di privilegiare valori da porre al riparo dalla competizione concorrenziale.

4. Riflessioni conclusive: l'AGCM quale *amicus curiae* nel processo di costituzionalità?

Si è cercato di sostenere come la condotta tenuta dall'AGCM nei riguardi della Corte costituzionale celasse l'intenzione del Garante di rinverdire il dibattito su alcuni temi ancora oggi controversi, che incrociano, in buona sostanza, la natura – giurisdizionale o amministrativa – delle Autorità amministrative indipendenti (con tutte le conseguenze in tema di accreditamento nell'ordinamento) e la legittimazione delle stesse al contraddittorio nel processo costituzionale.

Alla luce di quanto fin qui osservato, se si fa salva l'ipotesi di un futuro *revirement* giurisprudenziale – allo stato invero improbabile –, sembra doversi escludere l'ipotesi, ventilata dal Garante, che l'AGCM possa assumere le vesti di giudice *a quo* nel giudizio di legittimità

³² Imprescindibile il richiamo a G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

³³ R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, in M. Ainis, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019, 67.

costituzionale. Affermazione, questa, che, stando alla *ratio decidendi* della sentenza n. 13 del 2019, sembra assumere una valenza estensiva nei confronti di tutte le Autorità amministrative indipendenti.

Certamente, la decisione della Corte costituzionale non pare destinata a sopire il dibattito sulla natura delle Autorità amministrative indipendenti e, segnatamente, del Garante del mercato e della concorrenza. Al contrario, nuovi e cruciali problemi si profilano all'orizzonte sul versante dei poteri dell'istituzione e sui criteri di esercizio. In particolare, il richiamo operato dal Giudice delle leggi alla funzione amministrativa discrezionale e alla ponderazione dell'interesse specifico (di cui il Garante risulta portatrice) con i contrapposti interessi pubblici e privati rischia di scardinare proprio la configurazione del potere di controllo dell'AGCM in termini di verifica squisitamente tecnica, che sembrava giustificare la differenziazione della stessa nel panorama delle pubbliche amministrazioni.

La configurazione della propria attività come bilanciamento di interessi sembra, poi, destinata a incidere sulla forza delle decisioni dell'autorità e, di conseguenza, sulla pervasività del controllo³⁴. Il tutto in controtendenza con il discorso di “*accountability*” che sembrava animare il contenuto dell'ordinanza di rimessione.

Inutile dire, a ogni modo, che l'immagine dell'Autorità restituita dalla Corte costituzionale appare assai lontana da quella ivi auspicata e, in parte, riconosciuta anche nel dibattito teorico. Non v'è chi non veda, infatti, come una simile “amministrativizzazione” possa provocare alla lunga un indebolimento degli strumenti conferiti all'organo, anche mediante il depotenziamento della forza di resistenza in sede impugnatoria dei propri provvedimenti³⁵. La qual cosa pare realizzarsi nei confronti di un'istituzione che, indiscutibilmente, presenta caratteri distintivi rispetto alle altre Autorità indipendenti e che, per le funzioni assolute, si colloca in un ambiente di sicuro spessore costituzionale, apparendo quale organo a carattere costituzionalmente necessario, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato.

Da un punto di vista strettamente processuale, però, occorre aggiungere come la pronuncia della Corte non azzeri le occasioni di verifica della legittimità costituzionale delle leggi in un ambito

³⁴ Cfr. A. CHIAPPETTA, *Autorità Antitrust e legittimazione al giudizio di costituzionalità*, cit., 59.

³⁵ *Ivi*, 59.

di grande interesse interno e sovranazionale, qual è quello della tutela della concorrenza. L'esclusione della sussistenza di zone franche della giustizia costituzionale, per come argomentata dal Giudice delle leggi, suona piuttosto come un invito rivolto ai giudici a percorrere la via – occlusa al Garante – della questione di costituzionalità in via incidentale: ciò, verosimilmente, in conformità con la tendenza “accentratrice” che sembra connotare la più recente giurisprudenza costituzionale, la quale, in diverse occasioni, ha palesato il proprio intento di estendere le maglie del sindacato giurisdizionale di tutela dei diritti costituzionali, anche al costo di forzare le regole del processo.

La decisione del Giudice delle leggi, peraltro, sembra lasciare impregiudicata un'altra potenziale via di accesso per l'AGCM, ovvero quella del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Non sembra da escludersi, infatti, l'ipotesi che il Garante possa tentare, in futuro, di “accreditarsi” quale autorità giurisdizionale agli occhi della Corte d'Europa. Ipotesi questa che, laddove sposata dalla Corte di Giustizia, potrebbe ampliare considerevolmente le occasioni di un contributo del Garante all'evoluzione ordinamentale sui temi della concorrenza. Ferma, in ogni caso, la possibilità, per il Garante, di disapplicare nel corso del procedimento istruttorio la normativa nazionale ove in contrasto con i principi sovranazionali sul divieto di concorrenza.

Allo stato attuale, la collocazione dell'AGCM nel processo costituzionale rimane necessariamente confinata a quella di “parte” (eventuale³⁶). Con la conseguenza che molto dipenderà, in ordine alla fattiva partecipazione del Garante, dalla sensibilità costituzionale che in futuro assumerà il collegio. Sarà particolarmente interessante, dunque, monitorare l'atteggiamento dell'Autorità nei riguardi delle questioni di costituzionalità che dovessero essere sollevate.

Nella veste di parte, in particolare, l'AGCM potrà offrire il proprio prezioso apporto argomentativo nell'evoluzione ordinamentale sui temi della concorrenza, facendosi portatrice non già di un interesse personale e concreto, come accade in genere per le parti private, ma di un

³⁶ Di parti eventuali discorre G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, 227; cfr., altresì, R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985, il quale definisce il processo costituzionale come processo senza parti necessarie.

interesse generale alla legittimità costituzionale della normativa³⁷. Tale interesse – pubblicistico – potrà essere fatto valere sia nel corso del giudizio principale, sotto forma dell'eccezione di costituzionalità rivolta all'autorità giudiziaria, sia nel corso del processo di legittimità costituzionale, mediante la costituzione in giudizio e/o l'intervento di terzo quale *amicus curiae*.

All'uopo sovviene una recente modifica delle «*Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*». Com'è noto, la Corte, nel mese di gennaio 2020³⁸, ha allargato ai terzi³⁹ la possibilità di partecipare al giudizio di costituzionalità nella veste di *amici curiae*. In particolare, ai sensi dell'art. 4-ter, entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta. Opinione che, in ogni caso, non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi, ed è inviata per posta elettronica alla cancelleria della Corte, che ne comunica l'avvenuta ricezione con posta elettronica.

Si tratta di un'innovazione particolarmente interessante, che supera la posizione di «*ferma ed assoluta chiusura*» tenuta in passato dal Giudice delle leggi⁴⁰. Stando a tale indirizzo, infatti, avrebbero potuto costituirsi in giudizio solo le parti destinatarie della notifica dell'ordinanza di rimessione, con conseguente esclusione di tutti i soggetti non aventi la qualifica formale di parte nel giudizio *a quo*, sebbene potenzialmente interessati alle sorti della questione dibattuta in quanto portatori di un interesse sostanziale.

Per quanto qui di interesse, la figura dell'*amicus curiae* pare attagliarsi proprio a un soggetto istituzionale, come l'AGCM, portatore di un interesse super individuale a carattere pubblicistico, qual è quello alla tutela della concorrenza e del mercato. In questa veste, il Garante potrà far

³⁷ Per tale tesi dottrinale, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 269, i quali individuano tale interesse nello scioglimento del “dubbio” circa la effettiva armonia interna dell'ordinamento: nel qual caso, la parte intervenuta assumerebbe una veste simile a quella ricoperta in altri ordinamenti dall'*amicus curiae*.

³⁸ La Corte ha introdotto l'art. 4-ter alle norme integrative con l'art. 2 della delibera approvata in sede non giurisdizionale l'8 gennaio 2020 (G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020).

³⁹ I soggetti ammessi non assumono la qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non possono partecipare all'udienza. Il Giudice delle leggi, con questa previsione, ha delimitato i confini dell'apertura della Corte, al fine di evitare eccessivi aggravii dal punto di vista processuale (cfr. art. 4-ter, comma 5, delle norme integrative).

⁴⁰ In tali termini si esprimono E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, 121.

pervenire al Giudice delle leggi il proprio autorevole contributo sotto forma di scritti sintetici⁴¹, idonei ad ampliare le conoscenze del Collegio giudicante, che, prima d'ora, poteva (forse) essere acquisito unicamente con lo strumento – del tutto infrequente – dell'ordinanza istruttoria.

Si tratta di un'ipotesi particolarmente auspicabile, dal momento che, per tale via, la Corte potrebbe avvalersi di un'opinione altamente qualificata, poiché proveniente da un organo specializzato nella tutela del principio di concorrenza, con tutto ciò che ne potrebbe conseguire nell'interesse dell'evoluzione ordinamentale.

Sebbene, dunque, l'AGCM, non essendo giudice *a quo*, non possa offrire il proprio contributo alla determinazione del *thema decidendum*, il proprio apporto potrebbe concretizzarsi, rispetto a questioni già delimitate, nell'offrire elementi particolarmente utili alla conoscenza e alla valutazione del caso. Il tutto, in piena conformità alla *ratio* dell'istituto dell'*amicus curiae* da ultimo introdotto, che, per espressa disposizione normativa, è volto proprio a offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso dibattuto, anche in ragione della sua complessità. Lo scopo perseguito con la recente modifica è, infatti, quello di dotare la Corte di informazioni utili e ulteriori argomenti da utilizzare al momento dell'adozione della decisione quando la stessa abbia a oggetto questioni complesse o dibattute a un livello sociale⁴².

⁴¹ Come detto sopra, l'opinione non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri.

⁴² Cfr. il terzo comma dell'art. 4-*ter* delle norme integrative ove si precisa che con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sono ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità.