

La Corte costituzionale nega all'Agcm la qualifica di giudice a quo a "limitati fini": una decisione solo apparentemente scontata

Sommario: 1. *Premessa: l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito ai requisiti per proporre ricorso incidentale.* – 2. *Le ragioni alla base dell'ordinanza di rimessione n. 1 del 3 maggio 2018 dell'Agcm.* – 3. *La rilevanza costituzionale degli interessi tutelati dall'Agcm e la sua possibile configurazione quale "giudice a quo".*

1. *Premessa: l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito ai requisiti per proporre ricorso incidentale*

Con la sentenza n. 13/2019 la Corte costituzionale ha respinto il ricorso incidentale promosso dall'Agcm, volto a contestare la legittimità costituzionale dell'art. 93-bis della l. n. 89/2013 e dell'art. 8 l. n. 287/1990, ritenendo il soggetto remittente privo di legittimazione ad agire (1).

(1) In data 11 gennaio 2017 l'Agcm avviava un procedimento istruttorio, nei confronti del Consiglio notarile di Milano (nel prosieguo Cnm), volto all'accertamento della sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza tra i notai con il numero più elevato di clienti, in violazione dell'art. 2 l. n. 287/1990, ai sensi del quale è espressamente sancito il divieto di intese tra imprese che abbiano l'effetto di impedire, restringere o falsare, in maniera consistente, le dinamiche della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. In fase istruttoria, l'Autorità accertava che l'intesa restrittiva era stata realizzata attraverso la richiesta di dati sensibili sotto il profilo del diritto della concorrenza a tutti i notai del distretto, al fine di far emergere eventuali posizioni di preminenza economica. Inoltre, il Cnm aveva avviato delle iniziative disciplinari nei confronti dei notai del distretto maggiormente produttivi ed economicamente performanti. In pendenza dell'istruttoria, entrava in vigore la l. n. 205/2017, recante modifiche alla l. n. 89/1913 (legge notarile), nella parte in cui ampliava tale testo normativo, introducendo l'art. 93-ter, c. 1-bis, in forza del quale "agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'art. 8, c. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287". La disposizione cui la nuova legge fa espresso rinvio, a sua volta, prevede che le norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione (vale a dire il titolo I della 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". L'Autorità, affermando la propria competenza ad occuparsi della materia, nonostante l'intervento legislativo ora richiamato, specificava che il combinato disposto delle citate disposizioni doveva essere interpretato in senso costituzionalmente e comunitariamente orientato, ovvero, conformemente agli artt. 1, c. 4, l. n. 287/1990 e 117, c. 1, Cost. L'Agcm, dunque, prospettava che la deroga al regime ordinario contenuta nell'art. 8 l. n. 287/1990, interpretata alla luce della giurisprudenza comunitaria (cfr., *ex multis*, Corte giust. 27 marzo 1973, causa C-127/73; 12 dicembre 2000, causa T-128/98), non permetterebbe di sottrarre, in via generale e astratta, un intero segmento di attività economica dall'ambito di applicazione delle norme antitrust. Il Cnm, nella propria memoria finale e nell'audizione

In particolare, le argomentazioni che hanno motivato tale decisione si fondano principalmente sulla carenza del requisito soggettivo di terzietà dell'Agcm, e sulla assenza di una possibile "zona d'ombra", che, anche alla luce di un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, possa giustificare l'ammissibilità di un simile ricorso incidentale dinanzi alla Corte costituzionale.

Tuttavia, rispetto ai rilievi formulati dalla Consulta, appare opportuno interrogarsi, in particolare, se la decisione in esame sia coerente con la funzione di garanzia dell'Agcm, considerato che concorre alla *ratio* dei poteri decisori, nei procedimenti sui conflitti tra imprese, anche l'esigenza di assicurare una tutela tempestiva ad interessi, che, come sappiamo, rivestono una particolare rilevanza, e che sono oggetto di specifiche garanzie costituzionali, oltre che sovranazionali.

Al riguardo occorre preliminarmente inquadrare il contesto normativo, che ha indotto l'Agcm a sollevare la questione di legittimità costituzionale, atteso che, soprattutto dopo l'introduzione dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, l'Autorità in questione è stata legittimata ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti adottati da una pubblica amministrazione, lesivi delle norme a tutela della concorrenza. Sì che potrebbe sembrare contraddittorio da parte dell'Agcm rivendicare il ruolo di giudice *a quo* dopo aver acquisito, in virtù della norma appena evocata, quello di potenziale parte processuale, andando incontro, quindi, ad un giudizio della Corte costituzionale apparentemente scontato.

E, non a caso, tale circostanza ha rappresentato una delle argomentazioni con cui la Consulta ha respinto l'ordinanza di rimessione, escludendo, nella fattispe-

dinanzi al collegio, si opponeva a tale tesi argomentativa, ribadendo l'incompetenza dell'Agcm a giudicare le condotte indagate. Nello specifico il Cnm asseriva che la vigilanza disciplinare consisterebbe in una funzione pubblicistica sottratta all'applicazione della normativa antitrust, e che il richiamato art. 93-*ter* non farebbe che codificare un principio sistemico già immanente all'ordinamento. Con la propria ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, l'Agcm rimetteva la questione di compatibilità con gli artt. 3, 41 e 117 Cost. alla Corte costituzionale, evocando "un contesto di incertezza in ordine alla competenza dell'Autorità ad esercitare i poteri di cui alla l. n. 287/1990 avverso condotte dei consigli notarili che, benché adottate nel formale contesto dell'attività di vigilanza, non ne condividono le finalità di tutela di interessi pubblici e che, in quanto incidono sulle attività economiche dei notai, sono suscettibili di rilevare ai sensi di tale legge". Nello specifico, l'art. 93-*ter*, c. 1-*bis* sacrificerebbe "il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza e, per tale via, della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza. Il legislatore [...] ha, in particolare, predisposto uno strumento assolutamente non proporzionato rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare, con il risultato di creare un contesto in cui non sussiste alcun equilibrio tra interessi diversi, ma solo l'inaccettabile sacrificio della libertà di iniziativa economica privata".

cie, la sussistenza dei requisiti richiesti ai fini della legittimazione a proporre ricorso incidentale.

Nondimeno, l'assenza di criteri di identificazione univoci, sia dell'organo *a quo* che del procedimento qualificabile come "giudizio", nonché l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia, hanno sollecitato l'Agcm ad adire la Corte costituzionale. Nello specifico, proprio gli orientamenti espressi dalla Consulta in merito alla interpretazione di tali requisiti, volti ad estendere l'ambito soggettivo delle autorità legittimate a proporre ricorso, ha contribuito a rendere più incerta la posizione dell'Agcm, e meno scontato, quindi, il difetto di legittimazione della medesima.

Invero, com'è noto, a partire dalla sentenza n. 226/1976, la Corte costituzionale ha riconosciuto alla Corte dei conti, in sede di controllo sugli atti legislativi del governo, la legittimazione a proporre ricorso costituzionale sulla base della funzione di garanzia svolta da tale organo "preordinato alla tutela del diritto oggettivo". Tale argomentazione è stata supportata anche dalla esigenza di "ammettere a sindacato costituzionale leggi che, nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte" (2).

Altrettanto significativa è la pronuncia n. 376/2001, con cui è stata riconosciuta la funzione di giudice *a quo* ai collegi arbitrali, sottolineando che "per aversi giudice *a quo*, è sufficiente che sussista 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*" (3).

Infine, in due recenti sentenze, la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimazione a proporre ricorso incidentale a favore della Corte dei conti, sezione regionale di controllo, e a favore della Commissione giurisdizionale per il personale della Camera, ritenendo a tal fine sufficiente l'esistenza di uno dei requisiti

(2) Cfr. Corte cost. n. 226/1976, con la quale la Consulta, attraverso un'interpretazione estensiva dei requisiti di accesso alla questione di legittimità costituzionale – con riferimento alle funzioni della Corte dei conti, sezione regionale di controllo – ha precisato che "per aversi giudice *a quo* è sufficiente che sussista 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*".

(3) Cfr. Corte cost. n. 376/2001, in questa *Rivista*, 2001, fasc. 6, 216, nella quale, decidendo il giudizio promosso con ordinanza emessa dal collegio arbitrale nell'arbitrato in corso tra il Consorzio Ricostruzione (Co.Ri.) ed il Comune di Napoli, nel vagliare il profilo di legittimazione del collegio quale giudice *a quo*, ha affermato che l'arbitrato costituisce un procedimento delineato dal codice di procedura civile per l'applicazione del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto tale profilo, secondo la Consulta, il giudizio arbitrale non si differenzerebbe da quello riservato agli organi giurisdizionali in senso stretto.

per configurare il giudice *a quo* (4). In particolare, nel primo caso, la Consulta ha rilevato l'esistenza di una analogia tra la posizione di tale autorità e quella di giudice *a quo*, evidenziando che la Corte dei conti "valuta la conformità degli atti che formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico [...]. Il controllo della Corte dei conti è un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo".

Nel secondo caso, invece, la decisione di ammissibilità è stata fondata sulla funzione svolta dall'autorità remittente, che, a giudizio della Consulta, è volta a decidere in posizione di *super partes* controversie ad essa attribuite, per "l'obiettiva applicazione della legge".

Dunque, a ben vedere, l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale, sull'interpretazione dell'art. 1 l. cost. n. 1/1948 e dell'art. 23 l. n. 87/1953, sembrerebbe lasciare significativi margini interpretativi per configurare il ruolo di giudice *a quo*, seppure "a limitati fini", soprattutto in relazione allo specifico rilievo che la Consulta attribuisce al profilo sostanziale della funzione giurisdizionale, connessa cioè alla obiettiva applicazione della legge (5).

(4) Cfr. Corte cost. nn. 89 e 213/2017, rispettivamente *ivi*, 2017, fasc. 1-2, 521, con nota di richiami, e in *Foro it.*, 2017, I, 3205, con nota di richiami; in particolare nella seconda pronuncia, il giudice delle leggi ha riconosciuto la legittimazione della commissione rimettente a sollevare l'incidente di costituzionalità, come giudice *a quo* ai sensi dell'art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, e dell'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87, in quanto organo di autodichia, chiamato a svolgere, in posizione *super partes*, funzioni giurisdizionali per la decisione di controversie.

(5) Non mancano, tuttavia, statuizioni con cui la Consulta ha interpretato detti criteri in modo più restrittivo, negando, talvolta, la funzione di giudice *a quo* delle autorità remittenti. Invero, con sentenze n. 78/1966 e n. 31/1975, il giudice delle leggi ha ribadito la natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, giudicando manifestamente infondata la questione di costituzionalità della normativa di cui al d.p.r. n. 1199/1971, concernente il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, prospettata per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., sul presupposto che, nonostante le peculiarità del rimedio in questione, esso rientrava tra quelli amministrativi cui la legge di delega si riferiva. Tale conclusione è stata, più di recente, ribadita dalla Corte nella sent. n. 254/2014, in *Giur. cost.*, 2014, 4476, con la quale è stato precisato che la natura amministrativa del ricorso straordinario è ineludibile ove si consideri che "l'art. 14, primo comma, d.p.r. n. 1199/1971 stabilisce che, ove il ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri, provvedimento quest'ultimo, per la natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale".

Dello stesso tenore restrittivo è la sent. n. 387/1996, *ivi*, 1996, 3600, con nota di F. Rigano, *Rimane chiusa la porta della Corte costituzionale agli organi che non esercitano la giurisdizione*, con la quale la Consulta, nel decidere sul giudizio di

2. Le ragioni alla base dell'ordinanza di rimessione n. 1 del 3 maggio 2018 dell'Agcm

Alla luce delle indicazioni espresse dalla Corte costituzionale è possibile, perciò, comprendere l'iniziativa dell'Agcm, sollecitata, invero, dalla incertezza, che tutt'ora permane circa i requisiti di accesso al giudizio dinanzi alla Corte costituzionale. In particolare, gli argomenti principali posti a fondamento della posizione rivendicata dall'Agcm riguardano sia i caratteri di autonomia, indipendenza e imparzialità dei poteri con cui l'Autorità è legittimata a decidere nei procedimenti orizzontali, che riguardano il conflitto tra più operatori del mercato, sia il rischio di escludere dal controllo di costituzionalità la legge oggetto di contestazione nella ordinanza di rimessione.

Quanto ai requisiti soggettivi, questi sarebbero rinvenibili: nelle modalità di nomina dei suoi componenti, sottratti al coinvolgimento e al controllo politico; nelle condizioni di inamovibilità dei suoi membri; nella esclusività dell'incarico; nel mandato non rinnovabile. Inoltre, l'Agcm rivendica la sua posizione *super partes* nel perseguimento della funzione di garanzia. Sì che, nell'esercizio dei suoi poteri, l'Autorità non agirebbe sulla base di una ponderazione di interessi, ma si limiterebbe all'applicazione della legge al singolo caso concreto sottoposto alla sua valutazione. Ed invero, l'Agcm sottolinea che essa, a differenza di altre autorità, "non regola e controlla uno specifico settore economico, né persegue fini ulteriori rispetto a quello generale di tutela della concorrenza. Tale funzione di garanzia spiegherebbe il suo ruolo di terzietà, al pari del giudice" (6).

L'altra argomentazione posta a fondamento dell'ordinanza di rimessione, verte sulla rivendicazione della natura di giudice *a quo*, seppure ai "limitati fini" (7).

legittimità costituzionale degli artt. 13, c. 3, 14, cc. 1, 3, 4 e 5, e 15, c. 8, l. 10 dicembre 1993, n. 515 (Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica), promosso, con ordinanza del 13 maggio 1996, dal Collegio centrale di garanzia elettorale presso la Corte di cassazione, ha escluso che detto organismo rimettente fosse qualificabile come *giudice* in senso soggettivo, poiché il riconoscimento della sua legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità presupporrebbe necessariamente che l'attività applicativa della legge, da parte dello stesso, fosse di tipo giurisdizionale, ed avesse, quindi, non solo l'attributo dell'obiettività, ma anche quello della definitività. Tale requisito, secondo la Corte, era da ritenersi assente nella fattispecie in esame perché avverso l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie del collegio di garanzia elettorale era prevista l'opposizione davanti al pretore, dinanzi al quale era possibile sollevare questione di legittimità costituzionale.

(6) Cfr. Agcm, ord. di rimessione 3 maggio 2018, n. 1.

(7) In particolare, secondo la prospettiva dell'Agcm, in base all'art. 15 della legge antitrust, l'Autorità, analogamente al giudice ordinario, potrebbe disporre l'inibitoria di alcuni comportamenti, intimando alle imprese di cessare l'infrazione e condannandole al pagamento di sanzioni pecuniarie, "il tutto con decisione che, ove non impugnata, è suscettibile di produrre effetti analoghi a quelli del giudicato". Sotto tale profilo,

Nello specifico, l’Autorità rileva che le condizioni previste dall’art. 1 l. cost. n. 1/1948, ovvero che la questione sia posta da un “giudice” nell’ambito di un “giudizio”, sono state interpretate dalla Consulta, sin dalle prime pronunce, in senso estensivo, “non ravvisandosi la figura del giudice nei soli titolari degli organi di giurisdizione ordinaria e speciale, né richiedendosi che il giudizio sia solo quello che si svolge davanti ai suddetti organi”.

Ed, invero, la giurisprudenza della Corte costituzionale nel tempo ha ampliato la nozione di giudice *a quo*, al fine di estendere l’applicazione del principio di costituzionalità, ritenendo a tal fine necessario che il sindacato “non abbia ad esplicarsi in astratto ma in relazione a concrete situazioni di fatto, alle quali siano applicate norme di dubbia costituzionalità” e che sussista “l’esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie, più difficilmente, verrebbero per altra via ad essa sottoposte” (8).

In base a tale orientamento, quindi, la Consulta ha introdotto il concetto di “zona franca”, per indicare quel novero di leggi, che potrebbero essere escluse dal sindacato della Corte, in virtù di una interpretazione eccessivamente restrittiva dei requisiti richiesti dall’art. 1 l. cost. n. 1/1948 (9).

Infine, l’opportunità di considerare l’Agcm come giudice *a quo* troverebbe, poi, conforto in quegli orientamenti della Corte di giustizia (10), che hanno riconosciuto alle autorità antitrust nazionali il potere-

quindi, vi sarebbe un’adeguata separazione tra l’attività istruttoria e l’attività decisoria. Sì che spetterebbe unicamente al collegio il potere di decidere sull’esistenza dell’illecito e sull’irrogazione delle eventuali sanzioni, senza essere in alcun modo vincolato dalla proposta degli uffici.

(8) Corte cost. n. 226/1976, cit.

(9) In argomento, v. P. Carnevale, *L’autorità garante della concorrenza e mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della “zona franca”*. *Primissime considerazioni alla luce dell’ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell’Agcm*, in <www.federalismi.it>, 12 settembre 2018; S. Staiano, *Essere giudice a limitato fine. Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, *ibidem*, 4 luglio 2018.

(10) Corte giust. 9 settembre 2003, C-191/01, Consorzio industrie fiammiferi; 16 luglio 1992, C-67/91, Asociación española de Banca privada. In particolare, in quest’ultima sentenza, la Corte non ha affrontato la questione pregiudiziale della legittimazione di tale Autorità, riconoscendola implicitamente. Nella relazione d’udienza, infatti, il giudice relatore ha descritto gli elementi che consentivano di ritenere tale autorità organo giurisdizionale, nonostante le funzioni tipicamente amministrative dalla stessa esercitate: a) l’autorità è un’istituzione permanente istituita da una legge; b) i membri esercitano le loro funzioni in piena indipendenza e godono dell’inamovibilità; c) la stessa applica norme giuridiche; d) il procedimento ha carattere di contraddittorio; e) la stessa ha la funzione di istruire le pratiche; f) le decisioni della stessa hanno effetti giuridici vincolanti *erga omnes*; g) l’attribuzione di una competenza propria nell’ambito amministrativo all’autorità; h) la giustificabilità delle decisioni secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola.

dovere di disapplicare la normativa interna, qualora obblighi o incentivi le imprese a tenere comportamenti contrari alla disciplina antitrust comunitaria. In questa prospettiva, quindi, ha prevalso la particolare rilevanza degli interessi, che possono essere incisi da norme la cui applicazione violerebbe le garanzie sovranazionali a tutela della concorrenza. Pertanto, il potere di disapplicazione delle norme interne in contrasto con quelle dell’ordinamento europeo ha rappresentato per la Corte di giustizia la soluzione più opportuna per assicurare il rispetto delle anzidette garanzie.

Inoltre, la Corte di giustizia, al fine di ampliare la legittimazione a ricorrere, ha esteso la nozione di organo giurisdizionale, ritenendo in più occasioni le autorità antitrust organi legittimati a promuovere un rinvio pregiudiziale (11). In questa prospettiva, si evidenzia come la Corte abbia applicato in modo elastico i requisiti di indipendenza, della garanzia del contraddittorio e della definitività della decisione (12), al preciso scopo di assicurare l’applicazione del diritto dell’Ue.

(11) G. Mazzantini, M.C. Marzocca, *Legittimazione dell’Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia*, in <www.osservatorioaic.it>, 26 luglio 2018, in part. 27-30.

(12) Cfr., *ex multis*, Corte giust. 17 settembre 1997, C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH, in *Foro it.*, 1997, IV, 361, con nota di A. Barone, *Appalti comunitari e competenza dei giudici nazionali*, in cui la Corte giunge a riconoscere la natura di organo giurisdizionale alla Commissione federale tedesca di sorveglianza sull’aggiudicazione degli appalti pubblici, sulla base dell’applicazione analogica delle disposizioni essenziali dello statuto del giudice anche a membri della commissione; ed ancora Corte giust. 4 febbraio 1999, C-103/97, Kollensperger e Atzwanger, *ivi*, 1999, IV, 121, con nota di richiami, in cui la Corte ha ritenuto sufficiente a garantire l’indipendenza dell’Ufficio aggiudicazione appalti del Land Tirolo la sussistenza di una normativa che indicasse, dettagliatamente, le circostanze di astensione e che vietasse qualsiasi istruzione nei confronti dei membri dell’Ufficio. Anche in questo caso, la Corte non ha considerato la terzietà dell’organo come aspetto dell’indipendenza e, inoltre, non ha tenuto presente che nel caso di specie mancava una normativa dettagliata sull’astensione, revoca e ricusazione; Corte giust. 21 marzo 2000, C-147/98, Gabalfrisa, in *Giur. imp.*, 2000, 611, in cui, per il riconoscimento dell’indipendenza dei *tribunales económico administrativos* spagnoli, è stata ritenuta fondamentale la separazione funzionale tra l’amministrazione incaricata della gestione, liquidazione e riscossione dei tributi e i detti tribunali, che si occupano dei reclami; Corte giust. 14 dicembre 1971, C-43/71, Politi s.a.s., e 21 febbraio 1974, C-162/73, Birra Dreher s.p.a., in cui la Corte riconosce implicitamente che ai sensi dell’art. 117 Tce (oggi art. 267 Tfu) non è necessario che la questione sia sollevata nell’ambito di un procedimento in contraddittorio; ancora, Corte giust. 28 giugno 1978, C-70/77, Simmenthal; e 15 dicembre 1993, cause riunite C-227/91, C-318/91 e C-319/91, Ligur Carni, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Unione europea e Consiglio d’Europa*, n. 710, in cui la Corte, pur ritenendo che il rinvio pregiudiziale sia maggiormente conforme al principio di buona amministrazione della giustizia solo se proposto nell’ambito di un procedimento in contraddittorio, tuttavia, pone la questione in termini di opportunità, rimettendo la valutazione sulla necessità del contraddittorio al giudice *a quo*.

3. *La rilevanza costituzionale degli interessi tutelati dall'Agcm e la sua possibile configurazione quale "giudice a quo"*

Com'è noto, quello della legittimazione dell'Agcm a proporre ricorso incidentale di legittimità costituzionale è un tema aperto, rispetto al quale la dottrina ha espresso posizioni molto diverse (13).

In particolare, nell'ambito delle posizioni contrarie alla legittimazione dell'Agcm, vi è chi fa riferimento al divieto di costituzione di giudici speciali, sancito dall'art. 102 Cost. (14); altri, invece, ritengono che, a differenza della Corte dei conti, l'Autorità non sarebbe prevista dalla Costituzione (15). Infine, vi è chi ritiene di escludere tale legittimazione in ragione della discrezionalità amministrativa con cui l'Agcm agisce nei procedimenti contenziosi, che la indurrebbe a valutare in modo comparativo gli interessi in gioco (16).

Diversamente, altra parte della dottrina ritiene che l'Agcm possa essere considerato alla stregua di un giudice "a limitati fini" (17), ritenendo, tra l'altro, rilevante, anche alla luce degli orientamenti espressi dalla Corte costituzionale, l'aspetto finalistico dell'attività svolta (18). Altri, invece, pur condividen-

(13) Al riguardo è utile il riferimento alla relazione dell'allora presidente dell'Agcm Antonio Catricalà, sulla possibilità di riconoscere all'Autorità la legittimazione a proporre ricorso alla Corte costituzionale. La relazione *Mercato, regolazione e concorrenza per le Pmi*, è pubblicata sul sito <www.aspeninsitute.it>, 21 ottobre 2008. Tale ipotesi è stata confermata nella relazione di A. Catricalà, *Introduzione al convegno "Il ventennale dell'istituzione dell'Autorità antitrust"*, in <www.agcm.it>, 21 gennaio 2010.

(14) 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* (Atti del Convegno, Cagliari, 24-25 maggio 1996), Torino, Giappichelli, 1997, 378 ss.

(15) L. Principato, *La responsabilità politica per fatto delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2004, 1409; F. Salmoni, *Brevi note in materia di accesso alla giustizia costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale* (Atti del Seminario, Firenze, 28-29 maggio 1999), Torino, Giappichelli, 2000, 678-681. Sul divieto di istituzione di giudici speciali, v. A. Pizzorusso, *Art. 102*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, Roma, Soc. ed. del Foro italiano, 1994, 195 ss., secondo cui il divieto sarebbe funzionale alla tutela della unità della giurisdizione, piuttosto che del principio della separazione dei poteri.

(16) In tal senso F. Manganaro, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. economia*, 2010, 23. V. anche L. Principato, *La responsabilità per fatto delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2004, 1393.

(17) In tale prospettiva, v. A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, Napoli, Jovene, 2012, 378 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 105.

(18) C. Pinelli, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale e nozione di giudice a quo*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *op. cit.*, 624.

do questa prospettiva, tendono a valorizzare il profilo della neutralità dell'Agcm nello svolgimento dei procedimenti contenziosi, su cui ha il potere di decidere, identificandola come autorità "monobiettivo", finalizzata esclusivamente a garantire la tutela della concorrenza (19).

In passato, alcuni autori avevano anche provato a sostenere che l'attuazione della legge non affidata al giudice non dovesse essere considerata, automaticamente, attività amministrativa, giacché, come precedentemente sostenuto, l'autorità non procederebbe a ponderazioni di interessi pubblici, quanto piuttosto ad un sillogismo tipico del ragionamento giudiziario (20). Tale tesi, però, laddove si è spinta a sostenere la natura "para giurisdizionale" dell'Autorità, è stata espressamente sottoposta a revisione critica dalla Cassazione, secondo cui l'ordinamento "non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione" (21).

Tuttavia, rispetto alla questione della natura giuridica dell'Agcm, pur potendosi ritenere prevalente la tesi sulla natura amministrativa della stessa (22), ha

(19) M. Clarich, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in <www.federalismi.it>, 18 luglio 2018.

(20) G. Tesauro, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in F. Kostoris Padoa Schioppa (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, Il Sole 24 ore, 2002, 165; G. Amato, *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali* (Atti del convegno, Roma, 20-21 novembre 1995), in <www.agcm.it>. In argomento, v., altresì, S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, il Mulino, 1996, 222, il quale ritiene che le autorità sono indipendenti ma non *strictu sensu* amministrative, escludendosi in tal modo i profili di contrasto con l'art. 113 Cost.

(21) Cfr. Cass. civ., Sez. I, n. 7341/2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2680, con nota di M. Granieri, *Il Garante dei dati personali ed il baricentro (sbilanciato) della tutela forte dei diritti della personalità*.

(22) Cfr. Cons. Stato, Sez. I, parere n. 4471 del 13 marzo 2011, che ha ritenuto applicabile al rapporto di lavoro del personale dipendente dell'Agcm gli artt. 5 e 40 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dal d.lgs. n. 150/2009. In tal senso v. anche Trib. Roma, Sez. lav., n. 2516/2011. Il Consiglio di Stato conferma, quindi, quanto già espresso da Cass., S.U., n. 7985/2006 (in *Foro it.*, 2007, I, 3145, con nota di richiami) sulla impossibilità di configurare un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione cui attribuire i caratteri della paragiurisdizionalità. V. anche Cons. Stato, Sez. IV, n. 1467/1994, in *Foro amm.*, 1994, 2150, secondo cui "l'istituzione di autorità così dette indipendenti, chiamate ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione, risponde all'esigenza di dar corpo a una funzione amministrativa di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo [...] Nell'attuale assetto costituzionale, la funzione di garanzia esercitata dalle autorità indipendenti è incardinata nella funzione amministrativa, non solo per il fatto che gli organi che la esprimono sono collocati al di fuori dell'ambito dell'art. 102 Cost., ma anche perché le norme ne conformano l'attività secondo criteri oggettivi di concretezza, spontaneità e discrezionalità che sono propri dell'attività amministrativa"; Cons. Stato, Comm. spec., 29 maggio 1998, n.

assunto un rilievo primario il problema della individuazione della c.d. “zona franca” al fine di riconoscere a tali autorità il ruolo di giudice “a limitati fini”.

Al riguardo, come si è detto, l’Agcm nel rivendicare la propria legittimazione aveva sottolineato, tra l’altro, la incertezza e la occasionalità del ricorso al giudice avverso i provvedimenti attuativi della legge contestata. E, invero, l’esclusione dell’ipotesi controversa dal possibile sindacato della Corte costituzionale deriverebbe dalla “eventualità” “dell’iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria al processo” (23). Si che, la legittimazione dell’Agcm avrebbe dovuto fondarsi, per l’appunto, sulla “esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che [...] più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte” (24). Del resto, come si è visto, la norma contestata esclude *ex ante* l’applicabilità delle disposizioni in materia di tutela della concorrenza, con la conseguenza che l’Autorità dovrebbe dichiararsi incompetente ed archiviare il procedimento.

Sotto tale profilo ricorrono, quindi, le medesime condizioni che avevano indotto la Corte costituzionale ad ampliare la legittimazione al ricorso incidentale, ovvero l’esigenza di evitare la configurabilità di ambiti normativi sottratti al controllo di costituzionalità, volti a determinare un *vulnus* per l’ordinamento costituzionale complessivamente considerato (25).

La Consulta, invece, nel respingere il ricorso, si è soffermata ampiamente, quasi a ritenerla una motivazione assorbente, sulla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti dell’Agcm, che, per le ragioni prima evidenziate, escluderebbe la preclusione di un eventuale giudizio di costituzionalità della norma sospetta, e quindi, il rischio di una “zona d’ombra”.

988, *ivi*, 1999, 414; Tar Lazio, n. 873/1999, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 1622, che, nel punto 4.1.3, sulla base del divieto costituzionale di istituire giudici straordinari e speciali, ha espressamente escluso la possibilità di riconoscere natura giurisdizionale all’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato; Cons. Stato, Sez. IV, n. 1348/2000, in questa *Rivista*, 2000, fasc. 2, 195. Sulla natura amministrativa delle autorità indipendenti, v. anche G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle amministrazioni indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, Passigli, 1997, 167; L. Mazarroli, *Ricorso straordinario e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 398, almeno fino a quando le autorità non siano espressamente previste in sede costituzionale. Sulla natura giuridica della autorità amministrative indipendenti si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, agli studi di F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2011; N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009.

(23) Cfr. Agcm, ord. n. 1/2018, cit.

(24) Cfr. Corte cost. n. 181/2015, in questa *Rivista*, 2015, fasc. 3-4, 445, con nota di richiami.

(25) V. Corte cost. n. 1/2014, in *Foro it.*, 2014, I, 666, con nota di R. Romboli, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*.

In particolare, la Corte ha insistito sulla impugnabilità dei provvedimenti dell’Agcm dinanzi al giudice amministrativo, e sulla veste di parte processuale dell’autorità nel giudizio avverso i suoi atti, quale che sia il procedimento che lo abbia preceduto. Tale considerazione, quindi, nella prospettiva accolta dalla Consulta, oltre ad escludere il requisito della terzietà del soggetto remittente, precluderebbe, altresì, la possibilità di configurare l’Agcm come “giudice ai limiti fini”, dal momento che esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui può essere promossa la questione di legittimità costituzionale (26).

La decisione suscita, però, qualche perplessità, innanzitutto sotto il profilo dell’incertezza che si delinea in ordine alla possibile configurazione di una ipotetica zona d’ombra, laddove in passato essa era stata riferita alla “difficoltà” di ammettere “per altra via” alcune leggi al sindacato della Corte costituzionale, escludendo, quindi, ai fini del riconoscimento della legittimazione, la necessità di dimostrare l’impossibilità di impugnazione della legge in altra sede (27). Necessità che, invece, sembra costituire il presupposto (mancante) evocato nell’ordinanza n. 3/2019 per il riconoscimento dell’Agcm come giudice *a quo* “a limitati fini”.

Inoltre, non appare pienamente convincente l’esclusione del carattere di terzietà dell’Agcm, che deriverebbe dalla possibilità per quest’ultima di impugnare i provvedimenti amministrativi in contrasto le norme antitrust.

Infatti, in tale ipotesi l’Autorità agirebbe non quale portatrice di un interesse individuale, ma quale garante di un interesse generale, costituzionalmente rilevante (28). Si che la *ratio* della legittimazione dell’Agcm ad impugnare i provvedimenti della pubblica amministrazione lesivi della concorrenza, va individuata nella esigenza di rafforzare ulteriormente i poteri di garanzia dell’Autorità per salvaguardare interessi fondamentali dell’ordinamento. E infatti, l’art. 21-*bis* l. n.

(26) Sostiene, al riguardo, la Corte costituzionale che “l’eventuale atto di archiviazione dell’Autorità garante, che dovesse ritenere preclusa la prosecuzione del procedimento sanzionatorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano in forza dell’art. 93-*ter*, c. 1-*bis*, della l. 16 febbraio 1913, n. 98 [...] potrebbe essere impugnato dal notaio segnalante e da quello interveniente, interessati alla prosecuzione del procedimento finalizzato all’accertamento della natura in tesi anticoncorrenziale e abusiva delle funzioni di vigilanza esercitate dal Cnm e al conseguente ordine di eliminazione delle condotte integranti illecito antitrust”.

(27) V., in senso critico, le riflessioni di P. Carnevale, *op. cit.*, il quale ritiene che la rilevanza della zona franca nell’ambito della valutazione di ammissibilità del ricorso incidentale debba essere ancorata ad un “problema di dimensione ordinamentale, che, cioè, investa tipi, classi, generi normativi configurabili in astratto”.

(28) Cfr. Cons. Stato n. 3751/2011, in *Giurisprud. amm.*, 2011, I, 938. Sulla posizione giuridica delle autorità indipendenti nell’ordinamento, sia consentito rinviare a M. Interlandi, *Le autorità amministrative indipendenti*, in F. Astone *et al.*, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 81.

287/90 prevede al secondo comma una fase precontenziosa che l’Autorità può avviare “se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto di violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato”, emettendo un parere motivato nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Sì che se l’amministrazione non si adegua al parere nei sessanta giorni successivi, l’Autorità può promuovere ricorso al giudice amministrativo. La norma, a ben vedere, dunque, riconosce all’Autorità un potere di impulso processuale chiaramente finalizzato a rafforzare la tutela della concorrenza (29).

Ciò troverebbe, oltretutto, conferma nell’orientamento giurisprudenziale che la stessa Corte costituzionale ha espresso in occasione del giudizio proposto dalla Regione Veneto, volto a contestare la legittimità costituzionale dell’art. 21-bis l. n. 287/90, in cui si è rilevato che la norma contestata non avrebbe introdotto alcun controllo generalizzato di legittimità sugli atti amministrativi, e che, inoltre, il potere di iniziativa riconosciuto all’Agcm sarebbe, invece, “finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, c. 1, l. cit.) [...] operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato” (30).

Nella stessa prospettiva, può essere, altresì, utile richiamare l’attenzione sul profilo di indipendenza che le Istituzioni europee rivendicano per le autorità nazionali istituite sulla base delle direttive Ue (31). Indipendenza che implica, altresì, neutralità e terzietà rispetto agli interessi coinvolti nell’esercizio delle funzioni assegnate alle autorità, soprattutto se queste attingono all’attività contenziosa (32). In questo caso, infatti, il ruolo svolto dall’Agcm è assimilabile a quel-

(29) Al riguardo, v. M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’Agcm nell’art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in <www.federalismi.it>, 13 giugno 2012.

(30) Cfr. Corte cost. n. 20/2013, in *Foro it.*, 2013, I, 1398, con nota di richiami.

(31) Cfr., in tal senso, Corte giust. 9 marzo 2010, C-518/07, *Commiss. Ue c. Germania federale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2010, 1380, che ha condannato la Repubblica federale tedesca, che aveva sottoposto alla vigilanza dello Stato le autorità di controllo sul trattamento dei dati personali da parte di organismi diversi da quelli pubblici. In argomento, più approfonditamente, v. M. D’Alberti, *Il valore dell’indipendenza*, in <www.astrid-online.it>.

(32) Interessante, al riguardo, è la pronuncia del Tar Lazio, Roma, n. 14517/2006, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 3894, che nel giudizio avverso il provvedimento con cui l’Autorità garante delle comunicazioni aveva deciso su una controversia tra due compagnie telefoniche, ha rilevato che l’Autorità “è intervenuta come giudice di una controversia, con la conseguenza che l’intero procedimento che davanti ad essa si è svolto segue le regole del procedimento paragiurisdizionale e non amministrativo”.

lo di un arbitro, che agisce nel rispetto del canone della neutralità, piuttosto che della imparzialità (33).

E, in questo senso, inoltre, non può revocarsi in dubbio che la rilevanza degli interessi coinvolti nei conflitti in materia di tutela della concorrenza, riconducibili ad interessi oggettivi del mercato, esige una tutela, che sia, oltretutto, tempestiva (34).

Una prospettiva, questa, coerente con la ratio dei poteri decisori dell’Autorità garante, in quanto volti ad intervenire efficacemente e rapidamente nei confronti degli operatori economici, che, violando tale principio, minano il corretto svolgimento delle regole del mercato.

Sotto tale profilo, e distinguendo, quindi, le funzioni istruttorie da quelle decisorie, l’applicazione delle norme antitrust pone, come giustamente rilevato in dottrina, l’Autorità in una “misura sovrapponibile e fungibile con quella dell’autorità giudiziaria ordinaria” (35). Ed in questo senso, gli eventuali margini di apprezzamento che potrebbe avere l’Agcm nell’applicazione di concetti giuridici indeterminati, come la nozione di mercato rilevante, non sarebbero, dunque, diversi da quelli utilizzati da un giudice civile nel giudizio avente ad oggetto la contestazione di condotte anticoncorrenziali (36).

Tutto ciò porta ad evidenziare, quindi, la debolezza dell’impianto argomentativo su cui si fonda l’ordinanza della Consulta, nella misura in cui essa trascura la particolare posizione giuridica che l’Agcm,

(33) N. Longobardi, *Le autorità amministrative indipendenti, laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in *Jus*, 1998, 717, il quale ritiene che l’indipendenza, in quanto strumento di garanzia del buon andamento e dell’imparzialità, intesa come distacco rispetto agli interessi in conflitto, è un carattere che riguarda il giudice ma che è riferibile anche all’amministrazione.

(34) In questo senso potrebbe infatti essere intesa la regola introdotta dalla direttiva 2014/104/Ue, recepita dal d.lgs. n. 3/2017 che vincola il giudice adito in sede di azione di risarcimento del danno derivante dalle decisioni dell’Agcm, di assumere l’istruttoria e la decisione adottata dall’Autorità, precludendogli di svolgere, quindi, un’autonoma istruttoria. Al riguardo, si ritiene che il legislatore italiano nel recepire la direttiva europea avrebbe “fatto ‘pieno affidamento’ sull’agire neutrale, nel rispetto del contraddittorio e per l’esclusiva applicazione del diritto obiettivo da parte dell’Autorità antitrust”. In tal senso, v. ritiene L. Casseti, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato e le vie dell’accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in <www.federalismi.it>, 4 luglio 2018; S. Cornella, S. Pellizzari, *La concorrenza: itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, Firenze University press, 2016, 373.

(35) M. Clarich, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, cit.; v. anche Id., *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 103 e 130

(36) M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.

al pari di altre autorità (37), riveste nel nostro ordinamento. Una posizione che, come si è visto, si connota in termini di garanzia della effettività di interessi costituzionalmente rilevanti, la cui *ratio* trae diretto fondamento nei principi di imparzialità e buon andamento, e che esige, in settori particolarmente sensibili – quale quello della concorrenza – l’indipendenza dall’indirizzo politico del governo e la neutralità dei soggetti preposti alla cura e alla tutela di tali interessi (38). Del resto, la stessa Corte costituzionale ha già chiarito che l’istituzione delle Autorità indipendenti, come l’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici, si giustifica “secondo linee che si affermano anche in altri settori nei quali si è manifestata l’esigenza di avere un’autorità indipendente, un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati”. Ed in questa prospettiva, quindi, la Consulta ha, inoltre, precisato che i compiti attribuiti a tale autorità “non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l’indipendenza dell’organo” (39). In questo senso rileva altresì quell’indirizzo espresso dal Consiglio di Stato, che ha esteso ai consumatori la legittimazione ad agire avverso comportamenti anticoncorrenziali, in cui si afferma che “la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato” e che, perciò, “l’affidamento all’Agcm di una tutela oggettiva della concorrenza non esclude certo che la salvaguardia dell’interesse generale ad un assetto concorrenziale del mercato si traduca, sul piano concreto, in misure adottate a salvaguardia anche dei consumatori dal comportamento anticoncorrenziale posto all’esame dell’Autorità” (40).

Pertanto, fermo restando che l’ipotesi di una legittimazione dell’Agcm andrebbe comunque circoscritta a quelle attività decisorie di tipo giustiziale, in cui l’Autorità è chiamata a decidere in veste di soggetto *super partes* e terzo rispetto alle questioni ad essa sottoposte, la sent. n. 13/2019 rischia di indebolire la funzione di garanzia svolta dall’Autorità, determinando un *vulnus* nell’ordinamento. Infatti, come è stato evidenziato nell’ordinanza di rimessione, nell’ipotesi in cui non venisse adito alcun giudice, l’Agcm si vedrebbe costretta ad applicare una legge lesiva del regime concorrenziale, e, dunque, in contrasto con gli artt. 41 e 117 Cost. Laddove, invece, venisse adito il giudice, il soggetto interessato a contestare la legittimità costituzionale di una norma sfavorevole andrebbe incontro ad un *iter* processuale molto lungo, che potrebbe rivelarsi anche inutile, rispetto all’eventuale irrimediabilità del pregiudizio lamentato. Motivo,

(37) Come ad esempio l’Autorità garante per la protezione dei dati personali e l’Autorità garante delle comunicazioni.

(38) Al riguardo, v. Tar Lazio, n. 14517/2006, cit.

(39) Cfr. Corte cost. n. 482/1995, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1927.

(40) Cfr. Cons. Stato n. 3751/2011, cit.

questo, per cui tale soggetto potrebbe essere persino indotto a rinunciare al giudizio ed accettare la decisione, ancorché sfavorevole, dell’Agcm.

Senza contare che, nel caso di specie, la norma contestata esclude la competenza dell’Agcm sui provvedimenti disciplinari adottati dal Consiglio notarile, sottraendo alla medesima la possibilità di esplicare quella funzione di garanzia che costituisce, come si è visto, la ragione stessa della indipendenza e neutralità di tali soggetti.

Alla luce di tali considerazioni, quindi, anche se le argomentazioni assunte dall’Agcm nell’ordinanza di rimessione potrebbero apparire non pienamente persuasive, sotto il profilo della presunta “zona franca”, nel senso specifico indicato dalla Corte, l’opportunità di valorizzare il principio di legittimità costituzionale avrebbe potuto condurre la Consulta ad assumere, forse, una decisione diversa.

Una decisione che avrebbe avuto il merito di preservare le garanzie costituzionali, di cui sono certamente espressione gli artt. 41 e 117 Cost., e il cui valore sostanziale è definito anche attraverso i principi fondamentali dell’ordinamento europeo, e dei diritti garantiti dalla Cedu (41).

E ciò senza contraddire, inoltre, gli stessi principi affermati già in passato dalla Consulta per avvalorare l’interpretazione estensiva dei requisiti di legittimazione a proporre ricorso incidentale. Principi, che, come si è detto, confermano come l’esigenza di evitare zone sottratte al controllo di costituzionalità assuma un particolare rilievo in sede di valutazione di ammissibilità della questione se ed in quanto il diritto oggetto di accertamento riveste rilievo costituzionale e se l’applicazione di tale diritto dipende da una legge che “per il sospetto di illegittimità costituzionale, ne rende incerta la portata” (42).

(41) L’art. 3.3 del TUE contempla, infatti, un principio fondamentale dell’ordinamento europeo, secondo cui: “L’Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”. Al riguardo, vi è chi ritiene che tale norma costituisca il fondamento costituzionale della tutela della concorrenza. In questo senso, v. B. Caravita, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in <www.federalismi.it>, 19 aprile 2017, secondo cui “se l’art. 3.3 parla di un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, è in tale disposizione che va rintracciato il fondamento costituzionale (in senso sostanziale) della tutela di siffatto mercato competitivo assegnata all’Antitrust nazionale nel suo collegamento con la Commissione quale autorità garante della concorrenza a livello europeo”. Inoltre, dal raccordo dell’art. 3.3 del TUE (norma sostanziale) con l’art. 3 del TFUE, che riporta nella competenza esclusiva dell’Unione la definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno e considerando, nel contempo, anche gli artt. 101 e 102 TFUE, il regolamento 1/2003 e le direttive di riferimento, si rinviene “l’insieme delle disposizioni che costituiscono il fondamento ‘costituzionale’ delle Autorità di concorrenza”.

(42) Corte cost. n. 1/2014, cit.

Del resto, le indicazioni ricavabili dalle storiche sentenze scritte da Mortati e Crisafulli (43) dovrebbero indurre, ancora oggi, a valutare l'esistenza dei presupposti per impugnare una legge sospetta di incostituzionalità secondo una interpretazione che favorisca l'effettività dei diritti fondamentali (44), dando rilievo, quindi, all'accesso incidentale quale strumento indispensabile per garantire il rispetto dei valori costituzionali, a cui possono, perciò, ricorrere organi "pure estranei all'organizzazione della giurisdizione" ma posti in posizione *super partes* in relazione a "funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge".

Ciò nella prospettiva, sicuramente auspicabile nelle ipotesi in cui è in gioco la salvaguardia di valori fondamentali dell'ordinamento, secondo cui il rapporto tra regole processuali e valori costituzionali in senso sostanziale non si esaurisca solo in un mero bilanciamento fra regole e principi, quanto piuttosto nel favorire, attraverso una interpretazione elastica delle prime, la più ampia applicazione, nei casi concreti, delle garanzie riconosciute ai secondi.

MARGHERITA INTERLANDI

(43) Corte cost. n. 83/1966 e n. 226/1976, cit.

(44) Al riguardo, rileva F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181, che la legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti andrebbe individuata nella prima parte della Costituzione, in quanto tali soggetti sono chiamati a disciplinare l'esercizio di diritti fondamentali previsti dalla stessa Costituzione: si tratterebbe, quindi, di una legittimazione fondata sull'esigenza di garantire valori costituzionali.