

**LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE
INDIPENDENTI
TRA GARANZIA E REGOLAZIONE**

a cura di

Alfredo Contieri Maria Immordino
Francesco Zammartino

Atti del Convegno

“Le Autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione”

Università degli Studi di Napoli “L’Orientale”

3 dicembre 2019

Editoriale Scientifica
Napoli

Questo volume è stato stampato con il contributo del Dipartimento di Scienze Umane e Sociali dell'Università degli studi di Napoli "L'Orientale".

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-027-2

VIRGILIA FOGLIAME

LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI
COME GIUDICI A *QUIBUS*
NEI GIUDIZI DI COSTITUZIONALITÀ

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

1. *Notazioni introduttive*

Come noto, il combinato disposto degli artt. 1 della legge cost. n. 1/1948 e 23 della legge n. 87/1953 prevede che la questione di legittimità costituzionale in via incidentale debba essere sollevata nel corso di un «giudizio» e «dinanzi ad una autorità giurisdizionale». Attorno a tali nozioni la giurisprudenza della Corte ha assunto posizioni ben poco univoche, caratterizzate da «fasi» che non hanno registrato una linea di continuità tra le stesse, rendendo pertanto estremamente arduo il compito di rintracciare una «sufficientemente definita linea di tendenza» in materia¹.

¹ P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca". Primissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2018, 1 ss. Sullo sviluppo nella giurisprudenza della Corte dei concetti di «giudizio» e di «giudice a quo», cfr. F. PIETRANDREI, *Corte costituzionale (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, X, 1962, § 38; nonché, *ex plurimis*, P. BIANCHI – E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 21 ss.; C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 838 ss.; A. ODDI, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i giudizi sulle leggi - il procedimento in via incidentale. La nozione di giudice a quo*, in *www.giurcost.it*, 2006; M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. Balduzzi - P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 13 ss.; M. BELLETTI, *Il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti con forza di legge*, in L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'Orlando, E. Ferioli (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 388 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo". Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, 2012, 41 ss.; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 201 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, 2018, 100 ss.; F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri*.

In un primo segmento temporale, peraltro piuttosto ridotto, i Giudici hanno preferito adottare un criterio «elastico»², fondato su una interpretazione «estensiva»³ di tali concetti, superando in tal modo le «strette»⁴ derivanti dalla «distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi», dai contorni piuttosto «incerti e contestati»⁵. In tal modo, attraverso un primo approccio disancorato da letture meramente “formali”, la Corte ha (seppur apparentemente, come si avrà modo di rilevare *infra*) spalancato le porte verso un ampliamento dei soggetti legittimati ad adire la stessa per il sindacato di legittimità costituzionale. Probabilmente, la *ratio* sottesa a tale scelta, che potrebbe definirsi “a maglie larghe”, risultava dettata dalla necessità di «estendere» il campo applicativo del Giudice costituzionale, al fine di evitare conseguenze «gravi», come l’inosservanza dei principî definiti dalla Carta, e scongiurare l’esistenza di “zone franche” dal controllo di costituzionalità⁶.

Tale rischio, ad ogni modo, risulta arginato da un sistema «forte» di

Dinamiche istituzionali e conflitti di attribuzione nella più recente giurisprudenza, Torino, 2019, 29 ss.

² In tema di accesso, invero, è stato rilevato come le pronunce della Corte si siano conformate secondo un criterio di «elevata elasticità», seguendo una linea di continuità seppur di frequente segnata da «aporie non del tutto occultabili con retoriche di coerenza». Sul punto, S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2019, 2.

³ M.C. MARZOCCA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla (non) legittimazione delle autorità indipendenti come giudice a quo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 205 ss.

⁴ 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*, n. 13/2019, 3 ss.; M. MIDIRI, *Essere “giudice” per la Corte: implicazioni istituzionali*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2019, 1 ss.

⁵ Cfr. *in terminis* Corte cost., sent. n. 129 del 1957, punto 1 Cons. dir.

⁶ Per un riepilogo dell’orientamento del Giudice costituzionale in materia, cfr. Corte cost., sent. n. 13 del 2019, 3.1 e 3.2 Cons. dir. In argomento, cfr. altresì, tra i contributi più recenti, M.C. MARZOCCA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla (non) legittimazione delle autorità indipendenti come giudice a quo*, cit., 207 ss.; M. MIDIRI, *Essere “giudice” per la Corte: implicazioni istituzionali*, cit., 2 ss.; nonché S. GRASSI, *Prospettive dell'accesso alla giustizia costituzionale*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 9 ss. Sulla distinzione dei concetti di zone “d’ombra” e zone “franche”, tendenzialmente sovrapposti in dottrina, si v., almeno, A. PIZZORUSSO, *“Zone d’ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana*, in A. D’Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1021 ss. e, di recente, S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale, Adattamenti contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018, 132 ss.

giustizia costituzionale, connotato da un «elevato dominio sull'accesso»⁷ da parte della Consulta, volto all'accertamento del requisito *oggettivo* (ossia il tipo di funzione svolta dal rimettente, il quale deve essere investito di «funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge») e del requisito *soggettivo* (rinvenibile nel caso in cui il procedimento si svolga «alla presenza o sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale»)⁸.

Le diverse stagioni della giurisprudenza costituzionale sono state, sul tema, caratterizzate da una stratificazione di orientamenti, inizialmente declinati verso la valorizzazione anche soltanto di uno dei requisiti ivi indicati. Siffatto approccio, come verrà approfondito nelle pagine che seguono, sarà destinato ad essere sostituito da un modulo interpretativo maggiormente restrittivo, orientato verso il superamento di tale lettura⁹.

La prima “fase” della giurisprudenza della Corte, che potrebbe essere definita di “apertura”, si è registrata attraverso la decisione n. 127 del 1957: partendo dall'assunto che «[n]iente c'è nella Costituzione e nelle leggi che regolano la competenza della Corte costituzionale (leggi costituzionali e legge ordinaria), che imponga di escludere i procedimenti di giurisdizione volontaria dal novero di quelli nel corso dei quali possa sorgere una questione di legittimità costituzionale», la Corte ha precisato che «i termini “giudizio” e “causa” tanto nella legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, quanto nella legge 11 marzo 1953, n. 87 (art. 23) e nelle norme integrative per i giudizi davanti a questa Corte, vengono adoperati in maniera *generica* e con *vario significato*»¹⁰. In tal senso, i Giudici hanno valorizzato il criterio relativo al «preminente interesse pubblico della certezza del diritto», includendo la categoria della giuri-

⁷ S. STAIANO, *Intervento*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 654, laddove l'A. ha rilevato che «[...] per ragioni che attengono agli equilibri istituzionali complessivi, la Corte italiana appartiene al novero dei sistemi “forti” di giustizia costituzionale. E di questi presenta, anzitutto, il connotato di un elevato dominio sull'accesso».

⁸ Corte cost., sent. n. 226 del 1976, punto 2 Cons. dir.

⁹ Per una compiuta analisi, cfr. R. NEVOLA (a cura di), *La legittimazione ad attivare il giudizio incidentale di costituzionalità: giudice a quo e processo principale nella giurisprudenza della Corte*, in *Quaderno processuale del Servizio Studi della Corte costituzionale*, settembre 2016, 16 ss., disponibile al seguente indirizzo: <https://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>

¹⁰ Corte cost., sent. n. 127 del 1957, punto 1 Cons. dir. (corsivo aggiunto).

sdizione volontaria nell'alveo dei «procedimenti» idonei a far sorgere una questione di legittimità costituzionale¹¹.

La consacrazione dell'orientamento relativo alla estensione della nozione di giudice *a quo* è avvenuta pochi anni dopo, attraverso le sentenze nn. 83 del 1966 (cd. «sentenza Mortati») e 226 del 1976 (cd. «sentenza Crisafulli») ove, ai fini della proponibilità della questione di legittimità costituzionale, è stata ritenuta sufficiente la sussistenza *alternativa* dei requisiti succitati¹². In particolare, con la decisione n. 83 del 1966, la Corte costituzionale ha sottolineato come per «autorità giurisdizionale» dovessero intendersi anche quegli organi che, «pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura», ricoprivano una posizione «*super partes*», investiti di «funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge», includendo altresì nel novero del «giudizio» qualsiasi procedimento compiuto «alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale»¹³. Siffatta premessa ha condotto la Corte, pertanto, a valorizzare la sussistenza del solo requisito soggettivo ai fini dell'accesso¹⁴, atteso che in tale occasione la stessa era stata adita da un soggetto appartenente all'autorità giudiziaria ordinaria, anche se non destinato alla risoluzione di controversie¹⁵.

¹¹ *Ibid.*

¹² Per A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale*, cit., 7, nell'ipotesi in cui la Corte dovesse rimeditare sull'ampliamento dell'accesso a nuovi remittenti incidentali, risulterebbe «imprescindibile» un confronto con le «storiche» decisioni ivi citate. In argomento, cfr. altresì E. CANALE, *La nozione di "giudice a quo": l'Agcm è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice delle leggi?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2018, 3 ss.

¹³ Corte cost., sent. n. 83 del 1966, punto 1 del Cons. dir. Interessante rilevare come il criterio relativo al «giudizio» abbia assunto connotati maggiormente definiti nella sentenza n. 335 del 1995, ove la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione siciliana, in sede di controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20. In tale occasione, rilevando come l'attività svolta dalla Corte dei conti non fosse tale da «poter assumere le connotazioni di un controllo assimilabile alla funzione giurisdizionale», in quanto assimilabile per lo più ad un «controllo di carattere empirico», avulso da «precisi parametri normativi», i Giudici hanno stabilito che la natura di tale attività fosse «estranea ai caratteri di un "giudizio" nel cui ambito è possibile sollevare [...] questioni di costituzionalità» (punto 4 Cons. dir.).

¹⁴ R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1996, spec. 67.

¹⁵ Nella sentenza in commento, invero, la questione di legittimità costituzionale era

Le complessive considerazioni esposte attraverso la suindicata decisione sono state riprese, piuttosto incisivamente, nella sentenza n. 226 del 1976, che ha suscitato un rimarchevole interesse in forza della parziale inversione di tendenza dell'orientamento del Giudice costituzionale sul tema, attribuendo una decisiva rilevanza – ai fini della proponibilità della questione – al potere *decisorio* dell'Autorità rimettente¹⁶.

Ad ogni modo, l'orientamento concernente l'alternatività dei requisiti in analisi ha connotato la giurisprudenza della Corte per un lungo periodo¹⁷, fin quando i Giudici hanno deciso in termini di una «neces-

stata sollevata da un Pretore, quale giudice preposto all'esecuzione esattoriale immobiliare ai sensi dell'art. 200 del T.U. 29 gennaio 1958, n. 645.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 226 del 1976, punto 2 del Cons. dir., laddove la Corte ha precisato che la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità è stata negata «anche ad autorità istituzionalmente giurisdizionali, quando ad esse non spettavano *poteri decisorii*» (corsivo aggiunto). Tale assunto, come è emerso dalla giurisprudenza costituzionale successiva, ha costituito un «nucleo duro» interpretativo fino alla metà degli anni Novanta: si v., ad esempio, Corte cost., sent. n. 415 del 1995, punto 2 Cons. dir., ove i Giudici hanno dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal pubblico ministero, rilevando che i presupposti processuali previsti dalla normativa di riferimento richiedessero la presenza di un giudice che, «nell'esercizio del proprio *potere di decisione*», necessitasse dell'intervento della Corte ai fini della risoluzione della controversia (corsivo aggiunto). Di tenore analogo la decisione n. 387 del 1996, richiamando il carattere della «definitività» della decisione (intesa come «idoneità» della stessa a «divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato») del Collegio rimettente (Collegio centrale di garanzia elettorale) quale elemento necessario ai fini della legittimazione dello stesso a sollevare questioni di costituzionalità.

¹⁷ È quanto emerso, invero, dalla sentenza n. 72 del 1968, ove la Corte (richiamando il precedente n. 53 dello stesso anno) ha stabilito che il termine «giudizio» di cui all'art. 1 della legge n. 1/1948 dovesse intendersi «nel senso più ampio, comprensivo della generalità dei procedimenti che si svolgono davanti a un giudice, senza che rilevi quanto, a un più penetrante esame, possa risultare sulla natura di quel procedimento», ritenendo pertanto ammissibile, in tale occasione, la questione di l.c. sollevata dal giudice di sorveglianza. In altre decisioni, invece, è prevalsa una lettura sulla validità della instaurazione del giudizio incidentale attraverso la sola presenza del requisito *oggettivo*, come ad es. nelle sentt. n. 78 del 1961 (in riferimento alla funzione esercitata dal Commissario regionale per la liquidazione degli usi civici, sicuramente «giurisdizionale» nel caso in cui «si discuta sull'esistenza e la consistenza di un demanio comunale»); n. 12 del 1971 (Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura); ordinanza n. 103 del 2000 (Consiglio nazionale dei ragionieri e periti commerciali, riconoscendo – attraverso il richiamo al precedente n. 387 del 1995 – «natura giurisdizionale» ai Collegi e Consigli nazionali degli Ordini professionali); sent. n. 376 del 2001 (aderendo alla tesi promossa dal Collegio arbitrale di Napoli sulla configurabilità degli arbitri come *giudici a quo*, rilevando che «[I]n un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo

saria compresenza» degli stessi (orientamento che, invero, persiste anche nei più recenti arresti giurisprudenziali, come si avrà modo di rilevare nei paragrafi successivi): tale interpretazione, maggiormente «rigorosa» rispetto alla precedente, è emersa in tutta la sua nitidezza dalla decisione n. 164 del 2008: in tale occasione, infatti, la Corte – attraverso un breve *excursus* della giurisprudenza più risalente¹⁸ – ha negato la legittimazione del rimettente¹⁹ a proporre incidente di legittimità costitu-

giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri – il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione – debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi». Sul punto, *amplius*, R. NEVOLA, *La legittimazione ad attivare il giudizio incidentale di costituzionalità: giudice a quo e processo principale nella giurisprudenza della Corte*, cit., 16 ss.

¹⁸ Attraverso la decisione in commento (punto 2.1 Cons. dir.), infatti, la Corte, richiamando l'ordinanza n. 6 dello stesso anno, ha rilevato che la legittimazione del rimettente è stata negata nei seguenti casi: «[s]e l'intervento del giudice si espliciti nell'ambito di un procedimento amministrativo, suscettibile di un successivo controllo giurisdizionale (sentenza n. 132 del 1973); se il rimettente stesso risulti investito di "una semplice funzione di carattere formale attribuitagli per una finalità garantistica" (sentenza n. 96 del 1976); se difetta un momento propriamente decisorio (sentenze n. 116 del 1983; n. 17 del 1980; n. 74 del 1971; n. 13 del 1966 e n. 112 del 1964; nonché le ordinanze n. 382 e n. 86 del 1991; n. 59 del 1990); se vi è carenza di contraddittorio (tra le molte, le sentenze n. 387 del 1996; n. 335 e n. 29 del 1995; n. 226 del 1976 e n. 12 del 1971; e l'ordinanza n. 183 del 1999); se l'atto posto in essere dal rimettente è privo del carattere della definitività (cfr. per tutte, la sentenza n. 387 del 1996)».

¹⁹ Trattasi della Corte d'appello di Cagliari, che nel corso del procedimento di verifica dei risultati del *referendum* del 21 ottobre 2007 sulla legge statutaria per la Regione Sardegna (approvata il 7 marzo dello stesso anno), aveva sollevato q.l.c. dell'art. 15, co. 1., della legge della Regione Sardegna 28 ottobre 2002, n. 21 in riferimento all'articolo 108 della Costituzione e all'articolo 15 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna). Nello specifico, il rimettente lamentava la violazione dell'art. 108 Cost., in quanto la legge regionale n. 21/2002 avrebbe attribuito alla Corte d'appello una funzione diversa da quelle previste dall'ordinamento giudiziario (il riferimento era, in particolare, alla funzione indicata all'art. 15 della legge regionale in parola che, rinviando all'art. 14, co. 1, della legge reg. n. 20/1957, prevedeva che «[a]ppena pervenuti i verbali [...] la Corte d'appello, in pubblica adunanza, presieduta dal Presidente e costituita da quattro consiglieri, procede, con intervento del Procuratore generale, all'accertamento del numero dei votanti, alla somma dei voti favorevoli e dei voti contrari, e alla conseguente proclamazione dei risultati del *referendum*»). Il secondo luogo, la Corte d'appello censurava la violazione del co. 4 dell'art. 15 dello Statuto speciale per la Sardegna, atteso che la normativa in parola – introducendo un *quorum* strutturale di validità del *referendum* – non escludeva espressamente l'applicabilità di tale *quorum* per il *referendum* sulle leggi statutarie. Per un commento sulla decisione n. 164 del 2008, si v., almeno, G. DEMURO, *Una impeccabile inammissibilità: nota a Corte costituzionale n. 164/2008*, in *www.forumcostituzionale.it*; O. CHESSA, *Problemi del quorum*

zionale, rilevando l'insufficienza del solo requisito soggettivo²⁰. Pur non negando che, in passato, la stessa si fosse orientata verso letture meno restrittive²¹, attraverso la decisione in parola la Corte ha sancito che, in tema di legittimazione del giudice *a quo* nel giudizio incidentale di costituzionalità, l'attività richiesta ad un organo giurisdizionale non dovesse esaurirsi in «semplici operazioni amministrative», connotate da procedure «prive di forme di contraddittorio ed attraverso determinazioni finali prive dei caratteri di decisorietà e di definitività»²².

L'affermazione dell'orientamento sul duplice riscontro dei requisiti in parola ha spinto la Corte verso un solco interpretativo volto a riconoscere la natura di giudice *a quo* anche ad organi che potessero, in qualche modo, esercitare «funzioni analoghe»²³ a quelle giurisdizionali,

partecipativo nel referendum sulla legge statutaria sarda, in *Le Regioni*, n. 3/2008, 739 ss.; M. SIAS, *Il quorum di partecipazione nel referendum sulla legge statutaria della Regione Sardegna*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2008.

²⁰ A ben vedere, la Corte era giunta alle medesime considerazioni anche nella decisione n. 244 del 1995 (richiamata dai Giudici al punto 2.3 Cons. dir. nella sentenza n. 164 del 2008), estendendo la legittimazione ad attivare l'incidente di costituzionalità anche alla Corte dei conti in sede di parificazione dei rendiconti statali e regionali, rilevando come tale procedimento si svolgesse «con le formalità della giurisdizione contenziosa, con la partecipazione del Procuratore generale, in contraddittorio con i rappresentanti dell'amministrazione e si conclude con una pronuncia adottata in esito a pubblica udienza» (punto 2 Cons. dir.). In tal senso, pertanto, i Giudici hanno ritenuto necessario che il requisito soggettivo di legittimazione previsto dalla normativa di riferimento dovesse essere integrato con il requisito oggettivo.

²¹ Il riferimento concerneva le decisioni nn. 83/1966 e 129/1957, analizzate nel presente studio.

²² Corte cost., sent. n. 164 del 2008, punto 2.2 Cons. dir. Al fine di attribuire maggiore sostanza al proprio percorso argomentativo, i Giudici hanno richiamato le decisioni nn. 386/1996 e 216/1972, ove è stata negata legittimazione *a quo* agli organi rimettenti (il riferimento era, rispettivamente, agli Uffici elettorali circoscrizionali e il Collegio centrale di garanzia elettorale), rilevando come l'assenza di «un momento suscettibile di configurarsi come propriamente decisorio» (in relazione all'attività svolta dagli Uffici elettorali circoscrizionali) e «l'eventuale emanazione di un provvedimento finale privo [...] della definitività» (Collegio centrale di garanzia elettorale) costituissero un significativo motivo ostativo per il riconoscimento della natura di giudici *a quibus* agli stessi. Diverse critiche avverso tale orientamento sono state messe in evidenza da A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, cit., spec. 70, rilevando la necessità di seguire una linea di «tendenziale ampliamento dell'accesso [...] a salvaguardia effettiva e tempestiva del principio di costituzionalità».

²³ Il tentativo di «reperire un criterio identificativo nell'*analogia*» (S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine»*. *Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2018, 6 ss.) per aprire le porte del giudizio alla Corte dei conti è emerso in numerosi passaggi della sentenza n. 226 del 1976, laddove la Consulta

svolgendo attività assimilabili (seppur «ai limitati fini» dell'attivazione del giudizio incidentale) ad un «giudizio»²⁴. Ciò al fine di evitare, come accennato in precedenza, la permanenza di “zone” avulse dal controllo di costituzionalità.

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

Tale *modus operandi* ha condotto l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato verso il tentativo, piuttosto commentato in dottri-

ha rilevato come, in sede di controllo sugli atti del Governo, la Corte dei conti rivestisse una funzione «analogica» a quella di un «qualsiasi giudice (ordinario o speciale), allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono», assimilabile (*rectius*: «analogica») a quella giurisdizionale (piuttosto che a quella amministrativa). Del medesimo tenore le osservazioni successive, volte ad evidenziare come tale organo godesse «delle più ampie garanzie di indipendenza [...] *analogamente* ai magistrati dell'ordine giudiziario» e che il procedimento di controllo non difettesse di «elementi, formali e sostanziali, *riconducibili* alla figura del contraddittorio». Sul punto, Corte cost., sent. n. 226 del 1976, punto 3 del Cons. dir.

²⁴ Tanto è avvenuto, come già accennato alla nota precedente, nella citata decisione n. 226 del 1976, ove i Giudici hanno riconosciuto alla Corte dei conti, in sede di giudizio di parificazione, funzioni «giurisdizionali», pur non essendo queste ultime regolate dal Titolo II, Capo V (rubricato “Attribuzioni giurisdizionali”) del T.U. n. 1214 del 12 luglio 1934 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti); nonché nella decisione n. 12 del 1971, riconoscendo «ai limitati fini» della proposizione della questione incidentale, «carattere giurisdizionale» alle funzioni esercitate dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura. Maggiormente articolato il costrutto argomentativo rinvenibile nella decisione n. 158 del 1995, in riferimento alla Commissione dei ricorsi contro i provvedimenti dell'Ufficio italiano brevetti e marchi: «[...] la composizione della Commissione (formata da persone scelte fra i magistrati di grado non inferiore a quello di consigliere d'appello o tra i professori di materie giuridiche delle università o degli istituti superiori), le garanzie di indipendenza o di “terzietà” della Commissione stessa, le regole in base alle quali è modellato il procedimento (ispirate al principio del contraddittorio e alla discussione pubblica del ricorso e connotate, quanto alla pronunzia e alla forma delle sentenze e delle ordinanze, dal rinvio alle norme del codice di procedura civile), l'oggetto del giudizio (tutela di diritti soggettivi), la forma della decisione (operata con un provvedimento denominato per legge “sentenza”) e la impugnabilità di quest'ultima avanti la Corte di cassazione, sono *indici sicuri*, alla stregua della costante giurisprudenza di questa Corte (v., ad esempio, sentenze nn. 226 del 1976, 12 del 1971 e 114 del 1970), conducenti alla conclusione che la Commissione de qua sia da *qualificare come giudice* ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87» (punto 2 Cons. dir., corsivo aggiunto).

na²⁵, di adire la Corte per censurare la legittimità costituzionale dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89²⁶ (introdotto con la legge 27 dicembre 2017, n. 205) e dell'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990. Secondo il rimettente, le disposizioni impugnate avrebbero sottratto all'applicazione della legge antitrust (l. n. 287 del 1990) gli atti funzionali all'esercizio del procedimento disciplinare nei confronti del Consiglio nazionale del notariato e dei Consigli distrettuali, violando di conseguenza gli artt. 3, 41 e 117, co. 1, della Costituzione²⁷.

Richiamando l'esigenza di «ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che [...] più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte»²⁸, l'Autorità rimettente ha sottolineato come il rigetto della questione per difetto di legittimazione della stessa avrebbe escluso «la possibilità di sottoporre la suddetta previsione al sindacato di costi-

²⁵ L'ordinanza di rimessione n. 1 del 3 maggio 2018, promossa dall'AGCoM, è stata oggetto di numerose riflessioni in dottrina. Cfr., *ex aliis*, P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca"*, cit.; L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2018; G. MAZZANTINI, M.C. MARZOCCA, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018; E. CANALE, *La nozione di "giudice a quo": l'AGCM è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice delle leggi?*, cit.; S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, cit.; M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in *www.federalismi.it*, n. 15/2018. Diffuse perplessità sulla legittimazione dell'AGCoM come giudice a quo erano già state espresse da M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2012.

²⁶ Recante disposizioni "Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili" (G.U. 7 marzo 1913, n. 55).

²⁷ Nella citata ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, infatti, l'AGCoM ha rilevato come il richiamo all'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990 previsto dal co. 1-bis della disposizione succitata (che prevede l'inapplicabilità delle regole antitrust verso quelle imprese che esercitano la «gestione di servizi di interesse economico generale») avesse determinato un «[c]ontesto di incertezza in ordine alla competenza dell'Autorità ad esercitare i poteri di cui alla l. n. 287 del 1990 avverso condotte dei Consigli notarili che, benché adottate nel formale contesto dell'attività di vigilanza, non ne condividono le finalità di tutela di interessi pubblici e che, in quanto incidono sulle attività economiche dei notai, sono suscettibili di rilevare ai sensi di tale legge».

²⁸ Tale assunto è stato ripreso dall'Autorità rimettente dalla decisione n. 226 del 1976 della Corte (ribadito dai Giudici, di recente, attraverso le sentenze nn. 181 del 2015 e 89 del 2017).

tuzionalità», se non attraverso una «eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento». In aderenza a tali premesse, nell'ordinanza di rimessione l'AGCoM – nell'obiettivo di far valere la propria legittimazione in termini di giudice *a quo* – ha sottolineato come la propria attività si ponesse «al di fuori di qualsiasi condizionamento e controllo dal potere politico», assicurando la propria «soggezione solo alla legge». Trattasi, a parere della rimettente, di un'attività connotata da una «particolare e qualificata indipendenza» tale da essere riconducibile a quella di «soggetti che svolgono funzioni giurisdizionali» atteso che, nell'esercizio delle proprie funzioni volte alla tutela della concorrenza, la stessa «non sceglie (pondera) tra una pluralità di interessi concorrenti», limitandosi, «al pari di un giudice», ad applicare la legge al caso concreto. In relazione a tale ultimo profilo, l'Autorità ha rivendicato una «discrezionalità di tipo tecnico, derivante dall'applicazione di regole tecniche di natura economica», presumibilmente nella speranza che la Corte giungesse alle medesime conclusioni contenute nella sentenza n. 226 del 1976, allorché è stata riconosciuta alla Corte dei conti la possibilità di sollevare incidente di costituzionalità, nonostante si trattasse di un organo «estraneo all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibito a compiti di diversa natura»²⁹.

Non da ultimo, per rafforzare il costrutto argomentativo teso ad assimilare la propria attività a quella dei soggetti che svolgono funzioni giurisdizionali, l'AGCoM si è spinta fino a dichiarare un «grado di indipendenza pari alla terzietà che deve avere un giudice», e che nel corso dei procedimenti svoltisi innanzi alla stessa fosse dato «ampio spazio ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, di chiara derivazione processuale»³⁰.

Attraverso la decisione n. 13 del 2019, i Giudici hanno radicalmente escluso la sussistenza del requisito concernente la terzietà del rimettente, sconfessando ogni singolo punto delle argomentazioni esposte a sostegno di una inversa lettura. In particolare, secondo la Consulta, il difetto di terzietà emergerebbe dal fatto che l'Autorità risulta parte *resistente* del provvedimento amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti; rilevando altresì come, in aderenza a quanto stabilito dall'art. 21-*bis* della legge n. 287/2000, la stessa acquisi-

²⁹ Corte cost., sent. n. 226 del 1976, punto 2 Cons. dir.

³⁰ Il testo dell'ordinanza in commento è disponibile al seguente indirizzo: <http://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/5774807785CDD1CBC1258287005737F3/%24File/o00001.pdf>.

sca anche la posizione di parte processuale *ricorrente*, in caso di impugnativa innanzi al g.a. di atti emessi da amministrazioni pubbliche idonei a violare le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Tale rilievo, pertanto, ha condotto i Giudici a smentire del tutto l'assunto dell'Autorità rimettente, nella parte in cui la stessa tendeva a qualificarsi, nell'esercizio della propria attività, «al pari di un giudice»³¹.

Al fine di superare la censura concernente la permanenza di zone sottratte al sindacato di legittimità (sollevata dall' AGCoM per contrastare l'eventuale dichiarazione di inammissibilità per difetto di legittimazione della stessa da parte della Corte), i Giudici hanno rilevato che «esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile» in cui può essere promossa la questione di legittimità costituzionale su iniziativa del privato segnalante (nel caso in cui quest'ultimo avesse deciso di impugnare l'archiviazione dell'istruttoria da parte dell'AGCoM, come nel caso della vicenda *de qua*) e del giudice chiamato a pronunciarsi su tale impugnativa, in tal modo arginando il problema di un controllo di costituzionalità «poco agevole» o «estremamente difficile»³².

3. Osservazioni conclusive

A ben vedere, il brusco arresto della Corte in relazione al – coraggioso – tentativo dell'Autorità non sorprende. Invero, la debolezza dell'ordinanza di rimessione emergeva, in tutta evidenza, dall'assunto che, rivestendo una «funzione di garanzia», all' AGCoM potesse essere riconosciuto un «grado di indipendenza pari alla terzietà che deve avere un giudice». Ma si tratta di un rilievo destinato ad essere smentito in forza della natura dei procedimenti che si svolgono innanzi alla stessa: invero, tali «procedimenti» non possono essere qualificati come «processi» in senso proprio (alla stregua di quelli instaurati davanti ad un'autorità giudiziaria), in quanto l'AGCoM risulta «arbitro» (e, non da ultimo, «garante»), dei rapporti sui quali è chiamata a pronunciarsi, assumendo pertanto una posizione radicalmente incompatibile con quella rivestita da un «giudice» all'interno di un «processo»³³.

Seppur il contenuto dell'ordinanza di rimessione potesse apparire,

³¹ Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 5 Cons. dir.

³² Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 7 Cons. dir.

³³ Rileva l'impropria sovrapposizione dei concetti di «procedimento» e «processo» S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, cit., 4 ss.

sotto certi versi, piuttosto “audace”, è altresì vero che la Corte, in riferimento alla natura delle Autorità amministrative indipendenti, ha registrato orientamenti non sempre coerenti. Nella decisione in commento, infatti, la Corte ha sostenuto che l’Autorità esercitasse una «funzione amministrativa discrezionale»³⁴, in netta antitesi con quanto stabilito in altre occasioni, ove è stata più volte evidenziata la «funzione di garanzia» delle Autorità indipendenti³⁵. E l’esclusione della stessa in termini di giudice *a quo* è stata ancorata ai poteri «pararegolatori e consultivi» ed all’ampio «margine di discrezionalità amministrativa» che connota il complesso delle funzioni attribuite alla stessa ai sensi della legge anti-trust: tali funzioni, secondo i Giudici, rendono l’Autorità garante «portatrice di un interesse pubblico specifico»³⁶, ove il contraddittorio risulta aderente ad una logica di tipo «verticale», atteso che il privato tende a confrontarsi con un «soggetto che, nell’irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità»³⁷. Tali considerazioni hanno condotto la Corte ad impedire il riconoscimento di una posizione di «indifferenza e neutralità» in capo all’AGCoM nello svolgimento della propria attività istituzionale.

Tuttavia, tale assunto non sembra essere sufficiente per escludere la

³⁴ Considerazioni critiche avverso tale conclusione sono state messe in evidenza da G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all’Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2019, 138 ss.

³⁵ Si fa riferimento, in particolare, alle decisioni n. 32/1992 (punto 4.1 Cons. dir., in riferimento alla Commissione di garanzia sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali); n. 482/1995 (punto 9 Cons. dir., in relazione all’attività svolta dall’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici); n. 41/2013 (punto 6 Cons. dir., laddove ha rilevato come le attribuzioni dell’Autorità di regolazione dei trasporti esprimano una «funzione di garanzia»). In argomento, cfr. M. MIDIRI, *Essere “giudice” per la Corte: implicazioni istituzionali*, cit., 11 ss.

³⁶ Ossia la tutela della concorrenza e del mercato.

³⁷ Corte cost., sent. n. 13 del 2019, punto 8.1 Cons. dir. Per un commento, cfr., *ex plurimis*, M. CHIARELLI, *L’Autorità garante della concorrenza non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019, n. 13*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2019; R. MANFRELLOTTI, *Lo Statuto costituzionale del Garante della concorrenza nella prospettiva dell’accesso alla Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019; F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *www.dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2020; E. VERDOLINI, *L’Autorità antitrust non può accedere al giudizio costituzionale: natura amministrativa e funzione di garanzia dell’A.g.c.m. nella sentenza 13 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2020. Censura come «troppo semplicistico» il ragionamento della Corte A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale*, cit., 10.

«terzietà» dell’Autorità garante, considerato che l’assenza di una effettiva «estraneità dell’interesse in ordine al quale ess[a] dà la sua pronunzia»³⁸, costituisce proprio l’elemento di «indipendenza» che connota la posizione dell’AGCoM in relazione agli interessi in conflitto ed ai rapporti sostanziali che è chiamata a dirimere. In luogo di un percorso argomentativo piuttosto contraddittorio, la definizione di una linea di demarcazione effettiva tra «procedimento» (che si svolge innanzi all’Autorità) e «processo» (che si svolge davanti ad un giudice) avrebbe radicalmente precluso, in via definitiva e «senza deroghe ad alcun fine», il potere ad un’authority amministrativa di adire, attraverso un accesso diretto, il Giudice costituzionale³⁹. Non è da escludere, alla luce delle considerazioni esposte, che la Consulta possa ritornare sull’argomento, attesa la diffusa tendenza della stessa volta a ricostruire una «frontiera» incidentale «caso per caso»⁴⁰, seguendo una linea scomposta e piuttosto disomogenea.

³⁸ Elevata dalla Corte ad elemento ostativo ai fini dell’attribuzione del «carattere giurisdizionale» all’Autorità garante (cfr. sent. n. 13 del 2019, punto 6 Cons. dir., richiamando il precedente n. 110 del 1967).

³⁹ Sul punto, *amplius*, S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull’accesso ai giudizi costituzionali*, cit., 4-5.; nonché ID., *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, cit., 4 ss., laddove l’A. rileva che nel procedimento innanzi all’AGCoM vengono «restituiti i rapporti sostanziali affidati alla funzione arbitrale della stessa». Una funzione che le consente sì di essere *indipendente*, ma non di assumere una posizione di “terzietà” come un “giudice”, in quanto «la differenza è [nella] restituzione, in quella proiezione dei rapporti sostanziali che occasionano il conflitto [...]. Il soggetto AGCoM è allo stesso tempo garante dei rapporti sostanziali in conflitto e decisore nel procedimento in cui se ne determinano composizione o prevalenza. Ma allora non può essere giudice, e quello che si svolge davanti a esso non è processo. Poiché, invero, il processo è, almeno in ultima istanza, *autoriferito*. Il procedimento amministrativo non lo è: è invece *riferito* ai rapporti sostanziali che compone, tale composizione è il suo scopo, e il suo amministratore prende campo, ponderando interessi e posizioni nel mercato [...]».

⁴⁰ Il condivisibile rilievo è di A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale*, cit., 9 ss.