

La legittimazione dell'Autorità *antitrust* come giudice a quo: quale identità giuridica per l'A.g.c.m.?

di Enrico Verdolini **
(22 novembre 2018)

Sommario: 1) Una prima ricostruzione dei fatti 2) Il primo livello argomentativo dell'ordinanza: i presupposti del «giudice» e del «giudizio» in capo all'Autorità *antitrust*; 3) Il secondo livello argomentativo: la giurisprudenza costituzionale sul giudice a quo «ai limitati fini»; 4) Brevi conclusioni: l'apertura del vaso di Pandora e l'inquadramento costituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

1. Una prima ricostruzione dei fatti

L'ordinanza del 3 maggio 2018, emessa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha avuto origine dalla segnalazione di una presunta intesa restrittiva della concorrenza posta in essere dal Consiglio Notarile di Milano, organo di vigilanza dei professionisti operanti nel distretto di Milano, Lodi, Monza, Busto Arsizio e Varese. Come è stato possibile leggere nel provvedimento, «il CNM ha adottato nel 2014 e nel 2016 un sistema di monitoraggio a tappeto sull'attività dei singoli notai, volto ad acquisire informazioni sempre più dettagliate sul loro comportamento economico (numero di atti stipulati, copia delle fatture, spese di gestione, dettaglio di svariate voci di costo, fatturato complessivo, ecc.)»¹.

L'obiettivo di questa complessiva «mappatura»² dei notai del distretto non sarebbe stato quello di esercitare un'autentica vigilanza sulla qualità e sulle tempistiche dei servizi prestati, bensì quello di avere una visione d'insieme della quantità di lavoro facente capo ai singoli professionisti. Successivamente, il Consiglio Notarile di Milano sarebbe intervenuto per mezzo di misure disciplinari sui notai maggiormente produttivi, cercando di frenare l'acquisizione progressiva di ulteriore clientela, «con l'intento di riportare le posizioni economiche dei singoli notai in linea con la media del distretto»³. In definitiva, il Consiglio Notarile di Milano avrebbe agito col preciso scopo di ridimensionare le quote di mercato facenti capo ai professionisti più performanti, così da raggiungere una distribuzione del lavoro maggiormente uniforme, concretizzando tuttavia un possibile illecito anticoncorrenziale.

I notai milanesi hanno bussato alle porte dell'Autorità indipendente, da loro individuata come istituzione in grado di fare chiarezza, in punta di diritto *antitrust*, su di una questione sicuramente articolata e complessa. I successivi sviluppi della controversia hanno, però, posto ulteriori dubbi di carattere giuridico, in grado di mettere in discussione questa stessa scelta. Era davvero a quella porta che si avrebbe dovuto bussare? Era di competenza dell'A.g.c.m. decidere su questa segnalazione, applicando la normativa *antitrust*?

A distanza di circa un anno dall'avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità Garante, infatti, la vicenda si è complicata ulteriormente, essendo intervenuta una modifica legislativa della

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Cfr. ordinanza del 3 maggio 2018 dell'A.g.c.m.

2 Cfr. ordinanza del 3 maggio 2018 dell'A.g.c.m.

3 Cfr. ordinanza del 3 maggio 2018 dell'A.g.c.m.

legge 89 del 1913⁴, la storica legge «sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili», realizzata per mezzo della legge 205 del 2017. La riforma in questione, di fatto, ha ristretto l'ambito di efficacia della normativa sulla libera concorrenza di mercato, sottraendo gli «atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare» notarile all'applicazione della legge *antitrust*. La novità avrebbe riguardato, pertanto, non solo gli atti disciplinari in senso stretto, bensì anche quelli posti in essere in preparazione delle successive misure disciplinari: di fatto, l'intera attività del Consiglio Notarile Milanese, al centro della controversia in esame, avrebbe dovuto essere considerata come esente dall'applicazione della normativa *antitrust*, in quanto «servizio di interesse economico generale», e, pertanto, non avrebbe potuto essere sottoposta al vaglio dell'Autorità Garante.

Un intervento così incisivo del legislatore, chiaramente, ha destato delle perplessità per le potenziali ripercussioni sul procedimento già avviato dai notai milanesi di fronte all'A.g.c.m., ponendo dei dubbi soprattutto in ordine alla compatibilità della nuova normativa col diritto italiano ed europeo della concorrenza. Con l'ordinanza del 3 maggio 2018, l'Autorità *antitrust* ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 93 *ter* comma 1 *bis* della legge 89 del 2013, come riformato dalla legge 205 del 2017, e dell'art. 8 comma 2 della legge 287 del 1990, richiamando come parametri gli artt. 3, 41 e 117 comma primo Cost.

L'Autorità Garante a sua volta, ha bussato alla porta del giudice costituzionale, cercando altrettante risposte: da quel momento in poi, il punto centrale non è stato più semplicemente una questione di competenza, ossia se l'Autorità Garante potesse applicare la normativa *antitrust* per stabilire l'illiceità (o meno) del comportamento del Consiglio Notarile di Milano.

Ora che la questione è pendente di fronte alla Corte Costituzionale, la domanda cui rispondere ha assunto una connotazione del tutto particolare. Attualmente il nodo giuridico è questo: se vi sia o meno un giudice presso gli uffici dell'A.g.c.m., un giudice inteso come giudice *a quo*, in grado di sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte alla stessa Corte.

2. Il primo livello argomentativo dell'ordinanza: i presupposti del «giudice» e del «giudizio» in capo all'Autorità *antitrust*

L'individuazione dei soggetti legittimati a sollevare la questione di costituzionalità è una riflessione che coinvolge la stessa visione della Costituzione che si ha come riferimento: scegliere di consentire l'accesso alla Corte a un organo giurisdizionale piuttosto che a istituzioni, a minoranze politiche o al semplice cittadino, incentrare l'accesso su un determinato soggetto, ridimensionare il ruolo di un altro, vuol dire scegliere un preciso modello di giustizia costituzionale⁵. Per questo motivo, è possibile affermare che «l'ampliamento della cerchia degli organi abilitati a rivolgersi alla Corte richieda di esser fatto con molta prudenza ed accortezza»⁶.

Riconoscere o meno un determinato organo come giudice *a quo* non vuol dire soltanto circoscrivere lo spazio d'accesso alla Corte. Considerando che il giudice *a quo*, come

⁴ In particolar modo, si fa riferimento all'art. 93 *ter* comma 1 *bis*.

⁵ PATRONI GRIFFI A., *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo» - profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene Editore, 2012, p. 16.

⁶ Cfr. RUGGERI A., *Presentazione del seminario*, in (a cura di) BALDUZZI R., COSTANZO P., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale – i giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 4.

soggetto che introduce il giudizio, fornisce una propria prospettazione della questione di legittimità costituzionale, l'impostazione adottata nell'ordinanza rimettente può influenzare l'attività processuale e il verdetto finale della stessa Consulta⁷: ogni atto, sia esso una sentenza o un provvedimento legislativo⁸, con cui si compia l'individuazione di una nuova figura di giudice *a quo* ha quindi, potenzialmente, delle conseguenze più ampie sugli istituti processuali generali del giudizio costituzionale e, in particolar modo, sulla loro prassi di funzionamento⁹.

La scelta effettuata in origine dal legislatore, nel caso del modello italiano, è stata quella di un sistema del tutto privo di un accesso individuale diretto, con il raggiungimento graduale di un peculiare punto di equilibrio, in via giurisprudenziale, dato dalla tendenza a «tenere più aperta la porta incidentale»¹⁰. È evidente, in ogni caso, come si tratti di un equilibrio di difficile stabilità, dal momento che la dimensione dello spazio di accesso incidentale contribuisce a determinare il grado di rigidità della Carta Fondamentale¹¹: «chiudendo le porte di accesso alla Corte ad alcune autorità si metterebbe a rischio la rigidità, alcune leggi riuscendo in tal modo a sottrarsi al sindacato della Corte (o, comunque, rendendosi lo svolgimento di quest'ultimo assai disagiata); aprendo però le porte stesse in modo non oculato, la rigidità verserebbe, nuovamente, in pericolo, per il sovrappollamento delle istanze pervenibili alla Consulta, con evidente pregiudizio – come s'è detto – per la funzionalità dell'organo giudicante»¹².

Nel caso di specie, il ragionamento giuridico svolto nell'ordinanza è in buona parte teso a dimostrare la legittimazione dell'Autorità Garante a rivolgersi direttamente alla Consulta nel sollevare eccezione di costituzionalità di una legge. Per perseguire questo obiettivo, la motivazione del provvedimento segue uno schema logico articolato attorno a un duplice livello argomentativo¹³.

Il primo livello di motivazione dell'ordinanza¹⁴ ha l'obiettivo di dimostrare come l'Autorità *antitrust* possa essere considerata un'istituzione in grado di sollevare questione di costituzionalità in via incidentale, soddisfacendo contemporaneamente entrambi i requisiti del «giudice» e del «giudizio». Questa linea di argomentazione tiene conto di come nella prima fase di attività della Corte si sia sviluppata una giurisprudenza che ha considerato la giurisdizionalità soggettiva e quella oggettiva come presupposti alternativi del giudizio incidentale¹⁵ (orientamento interpretativo inaugurato, in particolar modo, dalla sentenza 83 del 1966, la cosiddetta «sentenza Mortati»¹⁶); in un momento successivo, tale impostazione è stata almeno in parte superata, a favore di un approccio maggiormente rigido, incline a considerare i due requisiti come necessariamente compresenti¹⁷ (una *summa* di questo secondo orientamento¹⁸ è stata costituita dalla sentenza 164 del 2008¹⁹). Quella dell'ordinanza è, tuttavia, un'argomentazione che di fatto corre il rischio di appiattire l'Autorità Garante su di una sola dimensione, fornendo una visione limitata di un'istituzione

7 RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 203.

8 PATRONI GRIFFI A., op. cit., pp. 87-118, per quanto riguarda in particolar modo gli interventi legislativi che hanno legittimato come giudice *a quo* il collegio arbitrale e il Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (in quest'ultimo caso, in controtendenza rispetto alla stessa giurisprudenza costituzionale).

9 RUGGERI A., op. cit., 2007, p. 4.

10 PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 41.

11 PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 42.

12 Cfr. RUGGERI A., op. cit., 2007, pag. 4.

che è, al contrario, poliedrica in quanto a competenze e poteri.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato²⁰ è definita come il modello più puro in assoluto di autorità indipendente, per la sua organizzazione di fondo, le funzioni svolte, gli strumenti utilizzati e per il tipo di valori costituzionali che ha il compito di tutelare. Le sue attribuzioni sono disciplinate, principalmente, dalla legge *antitrust* e dal Codice del Consumo. La dottrina evidenzia come si tratti di un'istituzione con una forte vocazione di garanzia²¹, connotata da un'indipendenza più marcata rispetto ad altri enti simili, in virtù delle funzioni di cui è titolare: si tratta, infatti, di un'organizzazione priva dei poteri normativi che, invece, sono individuabili in capo ad altre autorità garanti.

Secondo una delle possibili interpretazioni²², la classificazione dei poteri dell'Autorità Garante potrebbe essere operata addirittura seguendo una prospettiva ancora più

13 GRASSO G., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica, tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 334-340; CANALE E., *La nozione di "giudice a quo": l'A.G.C.M. è legittimata a sollevare ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, fasc. 2; CASSETTI L., *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie d'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi*, 2018, fasc. 14; STAIANO S., *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte Costituzionale*, in *Federalismi*, 2018, fasc. 14, p. 2; CARNEVALE P., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca". Primi considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *Federalismi*, 2018, fasc. 14; COLAVITTI G., *L'AGCM solleva la questione di costituzionalità dell'art. 93 ter della legge notarile*, in *Notariato*, 2018, fasc. 4; LIBERTINI M., *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM*, in *Federalismi*, 2018, fasc. 14; RIDOLFI M., *L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, in *Federalismi*, 2018, fasc. 14; MAZZANTINI G., MARZOCCA M.C., *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, n. 2; ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia Costituzionale – II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 102-105; CECAMORE F., *L'autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio incidentale*, in (a cura di) BALDUZZI R., COSTANZO P., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale – i giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 110 ss.; PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 119 ss.

14 CASSETTI L., op. cit., pp. 3-6; COLAVITTI G., op. cit., p. 387 ss.; LIBERTINI M., op. cit., pp. 3-5; CANALE E., op. cit., p. 8; RIDOLFI M., op. cit., p. 4.; MAZZANTINI G., MARZOCCA M.C., op. cit., p. 16 ss.; PATRONI GRIFFI A., op. cit., pp. 139-145; CECAMORE F., op. cit., pp. 110-111.

15 PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 53; RUGGERI A., SPADARO A., op. cit., p. 203; ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., op. cit., p. 101.

16 «I due requisiti, soggettivo e oggettivo, non debbono necessariamente concorrere affinché si realizzi il presupposto processuale dell'incidentalità» (Sentenza 83 del 1966). La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha riconosciuto il ruolo di giudice *a quo* pur in presenza del solo requisito soggettivo nel caso del giudice in sede di attività di volontaria giurisdizione (sentenze 5 e 129 del 1957; sentenza 24 del 1958); del giudice di sorveglianza sull'esecuzione delle pene (sentenza 53 del 1968; sentenze 110 e 204 del 1974; sentenza 103 del 1984; sentenze 206 e 237 del 1996; sentenza 212 del 1997; sentenze 26, 410 e 442 del 1999; sentenza 249 del 2000; sentenza 278 del 2005; sentenza 341 del 2006; ordinanza 294 del 2004; ordinanza 291 del 2005; ordinanza 443 del 2006; ordinanza 440 del 2007); del giudice di rinvio (sentenza 257 del 1994; sentenza 293 del 2013; ordinanza 11 del 1999; ordinanza 173 del 2008); del giudice tutelare del minore nel procedimento di autorizzazione all'interruzione di gravidanza (sentenza 196 del 1987 e sentenza 445 del 1987). In altri casi, invece, la giurisprudenza ha legittimato il ruolo del giudice *a quo* sussistendo il solo presupposto oggettivo, come è accaduto per il Consiglio Nazionale Forense (sentenza 114 del 1970; 189 del 2001); il Consiglio Nazionale dei Geometri (sentenza 284 del 1986); il Consiglio Nazionale dei Ragionieri e dei Periti Commerciali (ordinanza 103 del 2000); le Commissioni Tributarie (sentenza 287 del 1994; sentenza 215 del 1976; sentenza 322 del 2002).

17 PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 51; ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., op. cit., pp. 100-101.

18 ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., op. cit., pp. 100-101, RUGGERI A., SPADARO A., op. cit., p. 204.

stringente, riconducendo le funzioni dell'Ag.c.m. in materia di *antitrust* a un compito generale di aggiudicazione, ossia di soluzione dei casi concreti per mezzo di un ragionamento sillogistico di applicazione della legge. La conclusione cui conduce l'elaborazione dottrina in questione è quella di accostare i poteri dell'Autorità *antitrust* a quelli di un giudice o di un arbitro, che compie operazioni di accertamento dei fatti e individua eventuali violazioni della disciplina della concorrenza. Si potrebbe pensare, allora, che la risposta sia a portata di mano e che il primo livello argomentativo dell'ordinanza abbia effettivamente centrato il segno: se l'Autorità Garante è da considerarsi una specie di «magistratura della concorrenza e del mercato»²³, allora a maggior ragione può sollevare dubbi di costituzionalità delle leggi di fronte alla Consulta. La soluzione, però, non è così semplice come si potrebbe pensare: i compiti svolti dall'Autorità *antitrust* sono alquanto variegati e, per questo motivo, non tutti sono riconducibili agli schemi di operatività del «giudizio». È stato detto che l'Autorità Garante ha un assetto complessivo di carattere poliedrico: le funzioni di cui è titolare sono molteplici e hanno natura giuridica differente. Se alcune di esse, da un punto di vista oggettivo, presentano delle caratteristiche somiglianti a quelle dell'attività giurisdizionale, per altre non è possibile compiere tale assimilazione. Di conseguenza, è difficile sostenere che quest'istituzione, nel complesso, sia accostabile in tutto e per tutto alla figura del «giudice».

In primo luogo, la dottrina²⁴ rileva come la legge 287 del 1990 definisca una sorta di «ruolo maieutico»²⁵ in capo all'Autorità *antitrust*, «un ruolo per così dire didattico e di diffusione della cultura della concorrenza», che ha la sua ragione di fondo nell'esigenza di suscitare consapevolezza in ordine all'importanza di un assetto competitivo del mercato, o meglio ancora, del generale equilibrio del mercato. Questo «ruolo maieutico» dell'A.g.c.m. trova espressione in un insieme di poteri facenti capo alla stessa Autorità Garante e disciplinati in particolar modo dagli artt. 21, 21 *bis* e 22 della legge 287 del 1990.

Il potere di segnalazione *ex art* 21 comma primo consente all'A.g.c.m. di interagire con specifiche istituzioni pubbliche, in particolar modo con quelle istituzioni che hanno competenza nell'approvazione di fonti normative (di rango primario e secondario) e nell'adozione di atti amministrativi: «l'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli

19 La sentenza 164 del 2008 della Corte Costituzionale ha elaborato un approccio interpretativo incentrato sulla «necessaria compresenza sostanziale di entrambi i suddetti requisiti». L'approccio in questione è stato riproposto nell'ordinanza 6 del 2008.

20 TESAURO G., TODINO M., *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Enciclopedia del Diritto – Aggiornamento VI*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 112 ss.; CLARICH M., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in *Federalismi*, n. 15, 2018, p. 3.

21 CLARICH M., *Autorità indipendenti, bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 110 ss.; CLARICH M., *op. cit.*, 2018, p. 3.

22 AMATO G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 647 ss.

23 CLARICH M., *op. cit.*, 2009, p. 112.

24 AINIS M., *The Italian competition authority's maieutic role*, in *Rivista italiana di Antitrust*, n. 2, Roma, 2016, pp. 125-159; CLARICH M., *Il ruolo dell'Autorità Garante nella promozione della concorrenza*, in AA.VV., *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1996, p. 260 ss.

25 Cfr. AINIS M., *op. cit.*, p. 125.

altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati» (art. 21, comma secondo, legge 287 del 1990). L'Autorità Garante può così mettere in luce, per mezzo di questo strumento, quei casi in cui gli atti adottati dai pubblici poteri interferiscano con la corretta dinamica concorrenziale, determinando un difetto strutturale del mercato.

Si fa riferimento altresì alla possibilità che l'Autorità Garante eserciti una funzione di carattere consultivo. Anche in questo caso, l'A.g.c.m. può instaurare una sorta di dialogo con le istituzioni pubbliche interessate, dal momento che la stessa normativa prevede che «l'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari (...)» (art. 22, comma secondo, legge 287 del 1990).

I due articoli menzionati, che costituiscono la base delle funzioni consultive e di segnalazione dell'A.g.c.m., devono essere interpretati in maniera congiunta²⁶ a un altro articolo, che invece rappresenta la disciplina fondamentale del potere d'indagine dell'Autorità garante: «L'Autorità può, inoltre, procedere, d'ufficio o su richiesta (...), ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata». (art. 12, comma secondo, legge 287 del 1990).

Il dettato degli articoli 12 comma 2, 21 comma 1 e 2, nonché dell'art. 22 della legge 287 del 1990, appena menzionati, traccia un primo profilo del tutto peculiare dell'Autorità *antitrust*. Da un lato, l'Autorità Garante è titolare di un potere conoscitivo di ampia portata, che consente di approfondire a livello strutturale quali siano le criticità e i malfunzionamenti del mercato, individuandone le ragioni intrinseche. Dall'altro lato, è proprio un uso sapiente della prerogativa d'indagine ex art. 12 comma 2 che consente all'A.g.c.m. di svolgere in maniera piena ed effettiva il suo «ruolo maieutico»: l'esercizio delle funzioni consultive e di segnalazione è da ricollegarsi a quello del potere conoscitivo, che in un certo senso ne costituisce il presupposto e ne amplifica le potenzialità.

Un profilo di questo tipo, quello del «ruolo maieutico» dell'Autorità Garante, ha una consistenza giuridica del tutto peculiare, che non è in alcun modo paragonabile all'esercizio di attività giurisdizionale in senso oggettivo e, quindi, non è inquadrabile nel parametro del «giudizio». Allo stesso modo, il «ruolo maieutico» non può conciliarsi facilmente con l'idea che l'Autorità Garante sia dotata del requisito di giurisdizionalità soggettiva: non si addice alle caratteristiche proprie della figura del «giudice» l'esercizio di poteri in grado di influenzare e stimolare i procedimenti di formazione degli atti, normativi e amministrativi. Negli art. 12, 21 e 22 della legge 287 del 1990, pertanto, può ravvisarsi un punto di fragilità del primo livello argomentativo dell'ordinanza del 3 maggio 2018, che ha mirato a dimostrare la sussistenza di entrambi i requisiti, del «giudice» e del «giudizio», in capo all'Autorità Garante.

In secondo luogo, un'altra norma che è citata dalla dottrina²⁷ con riferimento al «ruolo maieutico» dell'Autorità *antitrust* è l'art. 21 *bis* della legge 287 del 1990, introdotto dall'art. 35 del decreto legge 201 del 2011, il quale legittima l'A.g.c.m. «ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi

²⁶ MERUSI F., PASSARO M., *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del Diritto – Aggiornamento VI*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 153-154; TESAURO G., TODINO M., op. cit., p. 131 ss.

²⁷ AINIS M., op. cit., pp. 130-137.

amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (art. 21 *bis* comma primo della legge 287 del 1990²⁸). La stessa Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della norma in questione, ha evidenziato come l'art. 21 *bis* abbia costituito un'integrazione dei poteri d'indagine e consultivi attribuiti all'Autorità *antitrust* dalla legge 287 del 1990; la prerogativa introdotta non deve essere interpretata come una nuova forma di controllo di legittimità generale sugli atti amministrativi, dal momento che la legge prevede più che altro «un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato» (Corte Costituzionale, sentenza 20 del 2013²⁹).

La disciplina normativa del potere di impulso processuale in capo all'Autorità Garante conferisce un maggior valore alla sua funzione consultiva: l'opinione dell'Autorità *antitrust* è, in questo caso, una «pistola carica»³⁰. Se la pubblica amministrazione, infatti, non si conforma al parere dell'A.g.c.m. in ordine alle criticità dell'atto amministrativo esaminato, la stessa Autorità può impugnarlo di fronte al giudice. Parte della dottrina interpreta un simile potere d'iniziativa paragonandolo a quello del Procuratore della Repubblica, per cui è come se l'Autorità *antitrust* sia una sorta di Pubblico Ministero della concorrenza³¹.

Quanto sin qui esposto mette in evidenza un ulteriore elemento di fragilità del primo livello argomentativo dell'ordinanza del 3 maggio 2018: è da considerare, infatti, che un simile potere d'impugnazione processuale non pare compatibile né col concetto di «giudice»³², né con quello di «giudizio». È davvero difficile riuscire a conciliare l'idea che l'Autorità Garante possa avere un ruolo di giudice *a quo* con quella norma che le consente di assumere la veste di parte nel processo, impugnando atti amministrativi di fronte al T.a.r.

In conclusione, è possibile affermare come l'inquadramento dell'Autorità Garante come giudice *a quo*, sulla base dell'individuazione in capo alla stessa dei due requisiti, del «giudice» e del «giudizio», così come è prospettato dall'ordinanza di rimessione della stessa A.g.c.m., sia un'operazione che rischia di ridurre su di un'unica dimensione un'istituzione, al contrario, di natura articolata. In particolar modo, uno dei profili caratterizzanti l'Autorità *antitrust* italiana, quello del suo «ruolo maieutico», si scontra con le ragioni esposte nel primo livello argomentativo dell'ordinanza, che cerca di dimostrare la presenza dei presupposti, soggettivo e oggettivo, in capo all'A.g.c.m. La poliedricità dell'Autorità Garante, la sua strutturazione complessa e la molteplicità delle funzioni esercitate difficilmente possono trovare spiegazione in due parole così strette come «giudice» e «giudizio». Come evidenziato, tuttavia, l'ordinanza di rimessione dell'Autorità Garante si sviluppa su di un duplice livello di motivazione: se con la prima argomentazione il Collegio dell'Autorità *antitrust* non ha centrato l'obiettivo, occorre allora analizzare il secondo livello di dimostrazione, avente una sostanza diversa, per cogliere appieno il

28 Si tratta di un potere di impugnazione degli atti amministrativi il cui esercizio è condizionato allo svolgimento di una prima fase consultiva, in cui l'Autorità Garante deve emettere un parere motivato riguardante l'atto amministrativo interessato e i possibili profili di violazione delle norme a tutela della concorrenza: se la pubblica amministrazione che ha adottato l'atto non si conforma al parere entro 60 giorni, allora l'Autorità Garante ha 30 giorni di tempo per l'impugnazione di fronte al giudice amministrativo.

29 CASSETTI L., op. cit., p. 19.

30 Cfr. AINIS M., op. cit., p. 130.

31 CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012, fasc. 2; CLARICH M., *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in *Quaderni Costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2012, fasc. 1, pp. 115-118.

32 Cfr. LIBERTINI M., op. cit., p. 3.

significato dello stesso e capire quale sia il disegno effettivo sottostante all'ordinanza.

3. Il secondo livello argomentativo: la giurisprudenza costituzionale sul giudice a quo «ai limitati fini»

Il secondo livello argomentativo³³ dell'ordinanza del 3 maggio 2018 corrisponde al disegno che rappresenta il vero obiettivo del Collegio dell'A.g.c.m., ossia quello di ottenere un riconoscimento in capo all'Autorità *antitrust* del ruolo di giudice *a quo* «ai limitati fini» di sollevare questione di legittimità costituzionale. Le prime righe della motivazione in diritto del provvedimento forniscono un quadro generale della giurisprudenza costituzionale riguardante le condizioni per l'accesso incidentale, citando fra le altre la sentenza 226 del 1976 della Consulta. Con questa decisione, la Corte Costituzionale ha forgiato la formula del giudice «ai limitati fini», per indicare quei casi in cui vi sia una giurisdizionalità dedicata al solo giudizio di legittimità costituzionale³⁴: è questa una giurisdizionalità di carattere debole, che non presenta quel tenore necessario a renderla aderente *in toto* al modello costituzionale di giurisdizionalità; le caratteristiche presenti sono tuttavia sufficienti a legittimare l'organo nel ricorso incidentale alla Corte Costituzionale, in qualità di giudice *a quo*.

È necessario procedere per gradi nella riflessione, a partire da un breve inquadramento della sentenza 226 del 1976³⁵, la cosiddetta «sentenza Crisafulli»³⁶, la quale costituisce un'autentica bussola in tutti quei casi in cui non sia possibile ricollegare un'istituzione a dei concetti puri di «giudice» e «giudizio», attribuendole così la legittimazione a essere giudice *a quo*, anche considerando i due presupposti come alternativi. La «sentenza Crisafulli» fornisce un importante decalogo per gli interpreti³⁷, descrivendo in maniera articolata una serie di caratteristiche che devono essere presenti in capo all'organo rimettente, per poter considerare lo stesso come legittimato all'accesso incidentale al giudizio costituzionale³⁸.

Il punto di partenza della riflessione della sentenza 226 del 1976 è stato quello di considerare le funzioni svolte nello specifico dalla Corte dei Conti, in sede di controllo preventivo sugli atti del Governo, come *analoghe* alla funzione giurisdizionale, piuttosto che riconducibili a quella amministrativa³⁹. Il ragionamento in senso analogico è stato

33 CARNEVALE P., op. cit., p. 3 ss.; CASSETTI L., op. cit., pp. 6-7; STAIANO S., op. cit., p. 3 ss.; COLAVITTI G., op. cit., p. 387 ss.; CANALE E., op. cit., p. 10; RIDOLFI M., op. cit., p. 4; MAZZANTINI G., MARZOCCA M.C., op. cit., p. 39; ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., op. cit., p. 105; PATRONI GRIFFI A., op. cit., pp. 145-149 e pp. 156-161; GRASSO G., op. cit., pp. 334-340; CECAMORE F., op. cit., p. 115-120 e 139-142.

34 CARNEVALE P., op. cit., p. 3.

35 ZAGREBELSKY G., *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del Diritto – Volume XXXVI*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 577-578; ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., op. cit., p. 102 ss.; PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 52 ss.;

36 Cfr. PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 52. La sentenza ha un precedente nella cosiddetta «sentenza Mortati», la sentenza 83 del 1966 della Corte Costituzionale. Questa decisione, infatti, scritta dall'autorevole giurista, ha riconosciuto la natura di giudice *a quo* al magistrato nell'ambito del procedimento di esecuzione immobiliare, a prescindere dalla natura giurisdizionale o amministrativa dello stesso procedimento.

37 PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 54.

38 PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 56.

39 ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., op. cit., p. 103; PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 56.

possibile dal momento che la Corte dei Conti, nello svolgimento di quei compiti nello specifico, ha mostrato una serie di attributi di particolare rilevanza agli esclusivi fini della qualificazione come giudice *a quo*: natura terza e imparziale dell'organo che svolge i compiti, *analoga* alle caratteristiche del giudice; applicazione di norme di legge a un caso concreto, in maniera sempre *analoga* all'attività del giudice; osservanza del principio del contraddittorio, anche in questo caso in forme *analoghe* a quelle del processo; conclusione del procedimento con un atto decisorio, di carattere motivato, adottando un provvedimento *analogo* alla sentenza.

La «sentenza Crisafulli» ha specificato come il riconoscimento del ruolo di giudice *a quo* in capo a un dato organo possa essere giustificato «con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte Costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente [sarebbero state], per altra via, ad essa sottoposte»⁴⁰. Secondo parte della dottrina, l'inciso deve essere interpretato nel senso che, per potersi avere legittimazione dell'organo come giudice *a quo*, non è necessario il requisito di una situazione di impossibilità piena di sottoporre al giudice costituzionale una determinata norma, bensì è sufficiente che vi sia una situazione di difficoltà nell'impugnazione della legge⁴¹. O meglio ancora, «bisogna che la franchigia, pur senza attingere all'impossibilità assoluta, si fondi sull'esistenza di un *obiettivo impedimento* all'accesso al sindacato sulle leggi, dovuto a ragioni di sistema o di specifico regime giuridico»⁴².

L'argomento delle «zone franche» è stato proposto dalla Corte Costituzionale (seppure per mezzo di un *obiter dictum*) a sostegno dell'impianto generale della «sentenza Crisafulli»⁴³. Non si deve però compiere l'errore di sminuire la centralità di questo concetto nel ragionamento giuridico generale della pronuncia; si tratta di una ragione giustificativa di particolare rilevanza⁴⁴ nell'individuazione del giudice *a quo* «ai limitati fini» per mezzo dei parametri indicati dalla stessa «sentenza Crisafulli». La decisione del 1976, infatti, ha inaugurato una nuova stagione di «apertura vigilata»⁴⁵ nell'accesso incidentale al giudizio costituzionale: è stata superata la fase di un'estensione indiscriminata, «richiedendo invece un'esigenza specifica e concretamente individuata»⁴⁶ per compiere un allargamento ulteriore. L'argomento delle «zone franche» è stato, in definitiva, una pietra d'angolo nell'architettura giuridica della «sentenza Crisafulli»: è stata proprio la necessità di rafforzare lo spazio effettivo del sindacato della Corte Costituzionale che, in concreto, ha consentito di ampliare le possibilità di accesso incidentale alla Corte.

È stato evidenziato come l'A.g.c.m nell'esercizio delle sue funzioni di applicazione della legge, mediante il ricorso al sillogismo tipico del ragionamento giudiziario, non agisca in maniera tanto diversa dalla Corte dei Conti in sede di controllo preventivo degli atti del Governo: proprio a quest'ultima istituzione, la «sentenza Crisafulli» riconosce la possibilità di ricorrere alla Corte Costituzionale in via incidentale. È da prendere in considerazione, pertanto, l'ipotesi di applicare all'Autorità *antitrust* la teorizzazione giurisprudenziale del

40 Cfr. Sentenza 226 del 1976 della Corte Costituzionale.

41 PATRONI GRIFFI A., op. cit., p. 59.

42 CARNEVALE P., op. cit., p. 13. Corsivo dello scrivente.

43 CARNEVALE P., op. cit., p. 6.

44 CARNEVALE P., op. cit., p. 7.

45 Cfr. CARNEVALE P., op. cit., p. 7.

46 Cfr. CARNEVALE P., op. cit., p. 7.

giudice «ai limitati fini»⁴⁷. La tesi ha l'indubbio pregio di consentire di superare le criticità del tentativo di inquadrare l'Autorità Garante come «giudice» e le sue attribuzioni come «giudizio»⁴⁸: potrebbero essere rimossi, almeno in parte, quegli ostacoli che rendono difficoltoso il percorso tracciato dal primo livello argomentativo dell'ordinanza del 3 maggio 2018, evidenziati nei precedenti paragrafi.

Per orientarsi nella riflessione sull'Autorità *antitrust* come giudice *a quo*, è possibile fare riferimento, quindi, al decalogo fornito dalla «sentenza Crisafulli» che, come una stella polare, indica la strada percorribile⁴⁹: è la riflessione che si sviluppa, fra l'altro, proprio nel secondo livello di motivazione dell'ordinanza. In questo caso, nel rispondere al quesito di partenza, non deve essere presa in considerazione l'istituzione nella sua interezza, perchè l'analisi deve concentrarsi sulle singole funzioni svolte dall'Autorità *antitrust*. L'ipotesi di fondo, infatti, è che le autorità garanti e, in particolar modo, l'A.g.c.m. possano essere considerate come giudici *a quibus* solo nei casi specifici in cui svolgano determinate attività, nel momento in cui tali funzioni soddisfino i parametri indicati nella «sentenza Crisafulli»⁵⁰. La relatività di questa nozione di giudice rimettente permetterebbe di considerare l'Autorità Garante come legittimata a sollevare questione di costituzionalità esclusivamente nell'ambito di alcune delle funzioni di cui è titolare, mentre per altre attribuzioni, o meglio, per attribuzioni aventi diversi fini, l'A.g.c.m. potrebbe essere considerata senza alcun dubbio un organo amministrativo⁵¹.

Il secondo livello di motivazione dell'ordinanza, pertanto, sembra conciliarsi con minore difficoltà con la natura complessa e poliedrica dell'Autorità *antitrust*, rispettandone in qualche modo le diverse funzioni e, anzi, operando una distinzione al loro interno. Che l'A.g.c.m. abbia effettivamente posto lo sguardo su un obiettivo raggiungibile?

In realtà, il disegno reale dell'Autorità *antitrust*, ossia il secondo livello di motivazione dell'ordinanza, presenta almeno una debolezza di fondo che può costituire il tallone d'Achille. La fragilità è dovuta proprio alla stessa costruzione giuridica della «sentenza Crisafulli» e alla teorizzazione complessiva del giudice *a quo* «ai limitati fini», che mal si adattano alle particolarità del caso in questione, per una ragione di importanza non secondaria: la pietra d'angolo della «zona franca», in questo caso, può riuscire a reggere il peso dell'intero edificio?

L'argomento della «zona franca» del giudizio di costituzionalità è un argomento che non può essere speso in maniera del tutto convincente per giustificare, nel caso in questione, la legittimazione dell'A.g.c.m. come organo rimettente «ai limitati fini». Sia nella fase che ha preceduto l'avvio del procedimento di fronte all'Autorità Garante, sia nella fase che seguirà la sua decisione, infatti, sono individuabili dei momenti idonei alla proposizione, in sede di giudizio, di un'istanza di rimessione alla Corte Costituzionale delle norme di legge dell'art. 93 *ter* comma 1 *bis* della legge 89 del 2013 e dell'art. 8 comma 2 della legge 287 del 1990.

«È bene ricordare che è la giurisdizione ordinaria ad avere l'ultima parola, nell'ordinamento giuridico italiano, sulle norme deontologiche e sull'applicazione che ne fanno gli organi disciplinari professionali»⁵². In ogni circoscrizione territoriale, è stata

47 AMATO G., *Conclusioni*, in AA.VV., *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1996, p. 298.

48 CECAMORE F., *op. cit.*, p. 141.

49 CASSETTI L., *op. cit.*, p. 6 ss.

50 GRASSO G., *op. cit.*, p. 337 ss.

51 CECAMORE F., *op. cit.*, p. 141.

istituita dalla legge 89 del 1913 (cosiddetta «legge sul notariato») una Commissione Amministrativa Regionale di Disciplina per i professionisti esercenti l'attività di notai, competente a esaminare i casi di presunto illecito disciplinare; le decisioni della Commissione sono impugnabili di fronte alla Corte d'Appello del distretto, ai sensi dell'art. 158 della legge 89 del 1913 e dell'art. 26 del decreto legislativo 150 del 2011; a loro volta, le pronunce della Corte d'Appello possono essere impuginate dinanzi alla Corte di Cassazione.

Oltre a essere approdati all'Autorità *antitrust*, i fatti al centro della controversia concreta che ha originato l'ordinanza di rimessione del 3 maggio 2018 sono stati oggetto di giudizio di fronte alla magistratura civile ordinaria, per la precisione di fronte alla Corte d'Appello di Milano. Il Consiglio Notarile di Milano ha, infatti, prodotto in seno al procedimento amministrativo apertosi di fronte all'Autorità *antitrust*⁵³ una copia dell'ordinanza adottata in data 6 aprile 2018 dal giudice di secondo grado del capoluogo lombardo, proprio nel corso di uno dei procedimenti disciplinari condotti nei confronti di uno dei notai segnalanti; l'ordinanza in questione ha prospettato un'interpretazione precisa delle norme successivamente impuginate di fronte alla Corte Costituzionale da parte dell'A.g.c.m., interpretazione che è stata adottata come riferimento dal Consiglio Notarile di Milano nel corso dell'istruttoria dell'Autorità Garante. È possibile affermare, pertanto, che la questione di costituzionalità prospettata dall'ordinanza del 3 maggio 2018 avrebbe potuto essere sollevata *ex ante* per mezzo di ordinanza dal collegio della Corte d'Appello di Milano.

Si aggiunga, poi, un secondo elemento: qualsiasi decisione l'Autorità Garante dovesse adottare nel caso in questione, potrebbe essere impugnata di fronte al giudice amministrativo⁵⁴. Mentre la Corte dei Conti, organo di controllo che trova fondamento in Costituzione, può adottare provvedimenti relativi all'esercizio delle attribuzioni di controllo sugli atti del governo che non sono sindacabili di fronte ad alcun giudice, gli atti dell'Autorità Garante possono essere impugnati di fronte al T.A.R. Se si pensa, quindi, che la questione di costituzionalità potrebbe arrivare alla Corte Costituzionale anche per mezzo del giudice amministrativo⁵⁵, si può concludere come, nel caso in analisi, risulti alquanto difficile individuare una «zona franca» del giudizio di costituzionalità. Il secondo livello argomentativo dell'ordinanza rischia pertanto di rivelare una debolezza di fondo. L'Autorità *antitrust* riuscirà davvero a centrare il suo bersaglio?

4. Brevi conclusioni: l'apertura del vaso di Pandora e l'inquadramento costituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Le considerazioni sin qui svolte si sono attenute in particolar modo al testo dell'ordinanza del 3 maggio 2018 dell'A.g.c.m. e a quello che è stato definito come il suo duplice livello argomentativo. È come se l'ordinanza dell'Autorità *antitrust* avesse scoperchiato, di fatto, il vaso di Pandora dell'Autorità Garante, spingendo gli interpreti ad approfondire elementi che sono andati oltre la questione giuridica legata all'accesso incidentale. Improvvisamente ci si è avvicinati al vero, grande, quesito di fondo che riguarda l'Autorità

52 Cfr. COLAVITTI G., op. cit., p. 388.

53 Si veda l'ordinanza del 3 maggio 2018 dell'A.g.c.m.

54 STAIANO S., op. cit., pp. 10-11.

55 CANALE E., op. cit., p. 12.

*antitrust*⁵⁶. Quale deve essere l'inquadramento costituzionale dell'Autorità Garante? È possibile affermare, infatti, che il «problema costituzionale»⁵⁷ dell'A.g.c.m. abbia una portata alquanto ampia, implicando domande fondamentali su quale sia l'identità costituzionale di quest'istituzione, quali le ragioni e la natura della sua indipendenza, e quale la collocazione nell'assetto complessivo dell'ordinamento.

Nel corso dei decenni le autorità indipendenti hanno posto soprattutto un quesito di fondo⁵⁸ alle democrazie costituzionali. Le autorità garanti hanno rappresentato una «nuova dimensione dei pubblici poteri»⁵⁹ che ha superato uno dei principi cardine del costituzionalismo moderno: queste istituzioni hanno intaccato il dogma giuridico dell'organizzazione statale, quello della tripartizione dei poteri, dal momento che sono stati attribuiti alle autorità indipendenti sia poteri normativi, che amministrativi e giustiziali⁶⁰.

Per concludere, a proposito dell'Autorità *antitrust*, è possibile cogliere il ruolo generale di quest'istituzione sorta in tempi recenti, che si è affiancata ai poteri tradizionali dello Stato, andando a collocarsi in uno spazio in cui gli organi di formazione dell'indirizzo politico devono cedere il passo⁶¹ a delle istituzioni di carattere neutrale: un modello istituzionale di questo tipo, al di fuori del perimetro d'azione del Parlamento e del Governo, costituisce uno degli elementi imprescindibili per la piena maturazione della democrazia⁶², sottraendo ai partiti della maggioranza assembleare la potestà decisionale su materie di particolare delicatezza. Emerge così, con forza, la «vocazione di garanzia» delle autorità indipendenti (e, in particolar modo, quella dell'Autorità *antitrust*). Le autorità garanti possono essere definite come delle istituzioni di libertà⁶³, perchè il loro ruolo nell'ordinamento non è limitato al momento difensivo di un diritto o di una libertà costituzionale, ma va ben oltre, e si concretizza anche in interventi che creino le condizioni per il pieno esercizio di quel diritto o quella libertà, secondo gli strumenti attribuiti dalla relativa disciplina di riferimento.

Appare convincente la prospettazione⁶⁴ che mette in dubbio l'immagine che l'A.g.c.m. possa essere in tutto e per tutto assimilabile a un giudice pronto a calare la spada sui comportamenti anticoncorrenziali, mediante l'irrogazione di misure di carattere sanzionatorio. Le stesse fattispecie di illecito *antitrust* costituiscono delle ipotesi tipizzate

56 Il problema, chiaramente, riguarda anche le altre autorità amministrative indipendenti.

57 Cfr. RIDOLFI M., op. cit., p. 4.

58 CHELI E., *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Quaderni – Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Milano, Giuffrè, 2000, fasc. 10, p. 129 ss.

59 Cfr. CHELI E., op. cit., p. 129.

60 CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in (a cura di) CASSESE S., FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996 (b), pp. 220-223; CASSESE S., *I poteri indipendenti dello Stato nell'ordinamento*, in AA.VV., *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1996 (a), pp. 251-252; MENY Y., *Evoluzione dei modelli istituzionali e ruolo delle Autorità amministrative indipendenti*, in AA.VV., *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1996, pp. 278-279; FRANCHINI C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in (a cura di) CASSESE S., FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 79.

61 GRASSO G., op. cit., p. 353.

62 SCHUMPETER J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Londra, Routledge, 1994, p. 289 ss.

63 BARBERA A., *Commento all'art. 2*, in (a cura di) BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 70 ss.

64 LIBERTINI M., op. cit., pp. 3-4.

dal legislatore in senso molto aperto e l'Autorità Garante, per di più, gode di un certo livello di discrezionalità nel quantificare le sanzioni pecuniarie corrispondenti. Lo scopo principale dell'attività dell'A.g.c.m. va ben oltre quello di adottare provvedimenti afflittivi ed è quello di agire nel senso di *correggere i malfunzionamenti del mercato*⁶⁵: la legge 287 del 1990 sancisce del resto come il bene tutelato da questa Autorità indipendente sia l'assetto concorrenziale del mercato in senso oggettivo⁶⁶.

L'equilibrio del mercato è determinato da una complessità di poteri economici in rapporto fra loro: sono poteri di consistenza diversa, che vanno dall'impresa multinazionale, maggiormente in grado di influire sugli assetti della concorrenza, fino alla piccola ditta familiare che, al contrario, detiene una componente minima del potere economico. La legge *antitrust* di fatto riconosce l'esistenza di una pluralità di attori⁶⁷ e individua quelle ipotesi in cui il potere economico agisce in maniera tale da alterare l'equilibrio del mercato, eliminando o comprimendo la concorrenza, a discapito delle altre imprese. Di conseguenza, l'azione dell'A.g.c.m. deve essere diretta prevalentemente a individuare e rimuovere le principali cause di malfunzionamento del mercato, utilizzando strumenti di carattere variegato, così da ristabilire il corretto svolgimento delle interazioni.

Ampliando il ragionamento oltre la legge *antitrust*, pure le funzioni dell'Autorità Garante in materia di pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevole e clausole vessatorie contrattuali, disciplinate dal Codice del Consumo, possono essere considerate come funzioni riconducibili a un generale scopo di correzione. Le piccole imprese e i consumatori costituiscono infatti altrettanti poteri economici, seppure di carattere infinitesimale e frammentato, che si muovono all'interno del mercato. Se considerati adottando un punto di vista d'insieme, tuttavia, essi assumono una rilevanza indiscutibile. Il compito dell'Autorità *antitrust*, per mezzo delle funzioni specifiche di cui dispone, è quello di intervenire nelle situazioni di squilibrio particolarmente svantaggiose per questi soggetti, in modo tale da scongiurare che possano prevalere su di loro altri poteri economici presenti sul mercato, dotati di maggiore forza.

È un'operazione davvero ardua, se non impossibile, addentrarsi nella tematica sollevata dall'ordinanza del 3 maggio 2018, senza porsi alcuna domanda sulla consistenza dell'Autorità *antitrust*, sulla ragione delle sue funzioni e sulla sua essenza di istituzione indipendente⁶⁸. Il vaso di Pandora è stato ormai scoperto: le due tematiche della legittimazione dell'A.g.c.m. come giudice *a quo* e della sua identità costituzionale rimangono tutt'ora sul tappeto, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale.

** Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bologna

65 LIBERTINI M., op. cit., p. 4.

66 TESAURO G., TODINO M., op. cit., p. 113-114.

67 SCHMITT C., *Il custode della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 127. Lo stesso Carl Schmitt ha espressamente affermato che «se esce una legge statale contro l'abuso delle posizioni di forza in campo economico (come il decreto tedesco sui cartelli del 2 novembre 1923) in tal caso con questa formulazione sono riconosciuti con legge dello Stato il concetto e l'esistenza di un potere economico».

68 RIDOLFI M., op. cit. pp. 5-6.