

LA NOZIONE DI “GIUDICE A QUO”: L’AGCM È LEGITTIMATA A SOLLEVARE  
QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DINANZI AL GIUDICE DELLE  
LEGGI?

ELEONORA CANALE\*

SOMMARIO: 1 – La determinazione della nozione di “giudice *a quo*”. 2 – I casi del “giudice *a quo*” ai “limitati fini” della questione di costituzionalità. 3 – L’ordinanza di rimessione dell’AGCM. 4 – Brevi conclusioni.

**1. *La determinazione della nozione di “giudice a quo”***

Nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, è di fondamentale importanza la figura del “giudice *a quo*”, quale soggetto legittimato ad adire la Consulta: una questione di legittimità costituzionale sollevata da un organo, che non possa essere qualificato quale giudice che agisca nell’ambito di un giudizio, incontrerà l’ostacolo di una pronuncia di inammissibilità per difetto di legittimazione dell’autorità rimettente.

Ed è proprio la determinazione della nozione di “giudice *a quo*” a rappresentare un profilo che ha dato vita a numerose perplessità, stante l’assenza di puntuali e precisi elementi di diritto positivo che consentano di tracciare una linea di demarcazione rigorosa tra chi è legittimato a sollevare questione di costituzionalità e chi, invece, non lo è. Ma anche a voler volgere l’attenzione alle pronunce della Corte costituzionale in materia, l’incertezza permane: pur a voler compiere un’analisi completa di quanto affermato dalla Consulta in merito alla nozione di “giudice *a quo*”, si prova una sorta di rassegnazione nell’accertare come vi sia una profonda difficoltà a voler tracciare un *fil rouge* che consenta di definire aprioristicamente quali organi possano considerarsi legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale. La giurisprudenza costituzionale, infatti, ha affrontato la determinazione delle nozioni di “giudice *a quo*” e di “giudizio” con un approccio eclettico che, sfuggendo a schemi concettuali rigidi, si è caratterizzato per la tendenza ad analizzare

---

\* Dottoranda di Ricerca in Diritto Costituzionale presso l’Università degli studi di Roma tre.

caso per caso, “sicché la loro identificazione non deve essere effettuata in astratto, (...) bensì (...) privilegiando il “diritto vivente” rispetto alle precostituite ed unilaterali impostazioni dogmatiche”<sup>1</sup>.

Al di là delle oggettive difficoltà di rintracciare una nozione unitaria di “giudice *a quo*”, si può certamente cogliere, all’interno della giurisprudenza della Corte, una linea di sviluppo nell’orientamento abbracciato dai giudici costituzionali<sup>2</sup>. Ed infatti, nei primi anni di attività, la Corte ha seguito una interpretazione alquanto estensiva dei concetti di “giudice” e “giudizio”: si può affermare che il tenore letterale di quanto stabilito dalla legge costituzionale n. 1/48 e dalla legge n. 87/53, laddove prevedono la sollevabilità di una questione di legittimità da parte di un’autorità giurisdizionale all’interno di un giudizio<sup>3</sup>, non abbia costituito un ostacolo allo sviluppo di quella giurisprudenza costituzionale volta a ritenere sufficiente, ai fini della legittimazione ad adire la Corte costituzionale, la sussistenza di uno solo tra il requisito soggettivo e il requisito oggettivo della giurisdizionalità. A tal proposito, è emblematica la sentenza n. 129 del 1957, in cui si legge che “se è vero che il nostro ordinamento ha condizionato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale alla esistenza di un procedimento o di un giudizio, è vero altresì che il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l’altro dell’osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi (categorie del resto dai confini sovente incerti e contestati), si traggano conseguenze così gravi”<sup>4</sup>. Fin dagli albori della sua attività, la Corte non dimentica di evidenziare come la certezza del diritto e l’espunzione di una norma contraria ai principi costituzionali costituiscano una spinta rilevante nelle interpretazioni estensive delle regole che disciplinano il procedimento di controllo di costituzionalità. Ebbene, la suddetta sentenza ha costituito, inizialmente, il punto di partenza per estendere la nozione di “giudice *a quo*” a tal punto da essere considerati “autorità giurisdizionali anche organi che, pur estranei all’organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l’obiettiva applicazione della legge, ed all’uopo posti in posizione *super partes*, e per un’altra a conferire carattere di “giudizio” a procedimenti che, quale che sia la loro natura e le modalità di svolgimento, si compiano però alla presenza e sotto la

<sup>1</sup> Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, III ed., Padova, CEDAM, 1998, 721.

<sup>2</sup> Sullo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in merito alla definizione della nozione di giudice *a quo*, si veda C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 838 – 854; G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, Il Mulino, 2018, 100 – 107; S. M. CICCONE, *Lezioni di giustizia costituzionale*, V ed, Torino, Giappichelli, 2014, 66 – 68; P. BIANCHI E E. MALFATTI, *L’accesso in via incidentale*, in A. ANZON, P. CARETTI E S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 21 – 27; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”*, Napoli, Jovene Editore, 2012, 41 – 118; A. RUGGERI E A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, 201 – 206; M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. BALDUZZI e P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudici sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, 13 – 19; E. MALFATTI, S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, V ed., Torino, Giappichelli, 2016, 86 – 91; 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](http://www.giurcost.it), 2006.

<sup>3</sup> Cfr. art. 1, l. cost. n. 1/48: “La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica rilevata d’ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione” e art. 23, l. 87/53: “Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il Pubblico Ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale ...”.

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 129/1957, considerato in diritto, 1. La sentenza fu emessa nell’ambito di un giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Tribunale di Pinerolo nel procedimento di omologazione di una società per azione. La conclusione a cui giunse la Corte, in merito alla legittimazione del giudice, nell’ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione, a sollevare questione di legittimità costituzionale, fu nel senso di ritenere che l’assenza di una controversia, in quanto procedimento di volontaria giurisdizione, non fosse elemento delegittimante per il giudice che avesse nutrito dubbi sulla conformità a Costituzione di una disposizione di legge da applicare al caso concreto.

direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale”<sup>5</sup>. Si configura, così, un primo orientamento, finalizzato per lo più ad incrementare le vie di accesso del sindacato di legittimità costituzionale. Ciò che ha caratterizzato, quindi, la determinazione della nozione di “giudice *a quo*” è l’alternatività dei requisiti, soggettivo e oggettivo, al fine di ritenere sussistente la natura giurisdizionale che legittimasse la proposizione della questione di legittimità costituzionale<sup>6</sup>. Va, tuttavia, evidenziato che la regola dell’alternatività non ha trovato un’applicazione univoca<sup>7</sup>. Innanzitutto, la giurisprudenza costituzionale, seppur con qualche oscillazione<sup>8</sup>, ha inizialmente privilegiato il requisito soggettivo. Inoltre, sotto il profilo della mera sussistenza del requisito oggettivo, la giurisprudenza costituzionale è stata decisamente più restia a qualificare “giudice *a quo*” un organo non inserito nell’ordinamento giudiziario piuttosto che a riconoscere legittimazione a sollevare incidente di costituzionalità a magistrati nell’ambito di funzioni non propriamente giurisdizionali<sup>9</sup>, ed anzi ha, talvolta, riconosciuto ad autorità non giurisdizionali tale legittimazione, al solo fine di dichiarare l’incostituzionalità delle norme che conferivano loro funzioni giurisdizionali<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 83/66, considerato in diritto, 1. Nel caso di specie, era stata ritenuta ammissibile l’ordinanza di rimessione sollevata dal Pretore, quale giudice preposto all’esecuzione esattoriale immobiliare ai sensi dell’art. 200 del T.U. 29 gennaio 1958, n. 645, in virtù dell’appartenenza di tale organo (ora soppresso con d.lgs n. 30/89, con conseguente trasferimento delle sue competenze nelle mani del giudice unico di primo grado del Tribunale civile o penale) all’autorità giudiziaria ordinaria, sebbene non destinato alla risoluzione di controversie, almeno nella fase del procedimento esecutivo concernente la vendita dei beni pignorati. Risulta evidente, dunque, come, in questa fase iniziale, la Consulta abbia ritenuto, ai fini della proponibilità della questione di legittimità costituzionale, sufficiente la presenza del requisito soggettivo della giurisdizionalità (si è conferito carattere di “giudizio” a procedimenti che, al di là delle modalità di svolgimento, si svolgono sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale) o del requisito oggettivo (al di là della circostanza che alcuni organi fossero estranei all’organizzazione della giurisdizione, questi sono stati ritenuti “giudice *a quo*” perché investiti di funzioni giudicanti per l’obiettivo applicazione della legge). Sulla prima ipotesi, si veda, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 53/68, in riferimento all’ammissibilità della proposizione di questioni incidentali dal giudice di sorveglianza sull’esecuzione delle pene. Sull’altra ipotesi, si veda, ad esempio, Corte cost., sent. n. 12/71, in cui si è ritenuto che la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura eserciti funzione giurisdizionale: ancorché non inserita tra le autorità giurisdizionali, tale sezione del CSM è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale in virtù della sussistenza del presupposto oggettivo di giurisdizionalità.

<sup>6</sup> Sull’applicazione di questo criterio, si vedano, altresì, Corte cost., sentt. nn. 37/57, 29/62, 69/64, 23/68, 74/68, 78/71 e 464/97.

<sup>7</sup> Sul punto, si veda C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 838 – 842).

<sup>8</sup> Talvolta, infatti, la circostanza che l’autorità remittente fosse un magistrato è stata ritenuta comunque insufficiente nell’ipotesi in cui il giudice non fosse investito di poteri decisori. Sul punto, si veda Corte cost., sent. n. 109/62, con cui si è ritenuto che il giudice istruttore non fosse legittimato ad adire la Corte, in quanto la decisione era riservata al collegio.

<sup>9</sup> È importante sottolineare che, in dottrina, spesso si ritiene che uno degli esempi più emblematici di qualificazione quale “giudice *a quo*” di un’autorità remittente estranea all’ordine giudiziario sia stato in riferimento alla sezione disciplinare del Consiglio superiore di magistratura, con la sentenza n. 12 del 1971, come sostenuto, *ex multis*, da C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 844. Se questo è certamente vero, è altresì corretto affermare che non è stato l’unico caso di organi non formalmente inseriti nell’organizzazione giurisdizionale abilitati ad adire la Consulta in base al solo criterio oggettivo: a tal proposito, si vedano Corte cost., sentt. nn. 78/71 sulla Commissione agli usi civili; 114/70, sul Consiglio nazionale forense in sede disciplinare; 103/2000 sul Consiglio nazionale dei ragionieri e dei periti.

<sup>10</sup> È quanto avvenuto con i comandanti di porto (Corte cost., sent. n. 121/70) e con i consigli comunali e provinciali in sede di contenzioso elettorale (Corte cost., sent. n. 93/65). Si è rilevato in dottrina, che “questa giurisprudenza si avvale, sia pure in modo non esplicito, della dissociazione tra i requisiti della giurisdizionalità al fine della questione e a fine diverso (l’assenza della garanzia d’indipendenza che è richiesta quando si tratta di pronunce definitive su diritti e interessi), essendo la sufficienza al primo fine insufficiente al secondo fine” (cfr. G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, Il Mulino, 2018, 105). Autorevole dottrina sostiene che rientrino nell’ipotesi suddetta anche il caso dei consigli di prefettura e delle giunte provinciali amministrative (Corte cost., sentt. nn. 55/66 e 30/67) e quello degli intendenti di finanza (Corte cost., sent. n. 60/69), sebbene in questi casi non vi sia identità tra l’organo che ha sollevato ordinanza di rimessione e l’organo a cui le norme dichiarate incostituzionali conferivano funzioni giurisdizionali.

Questo orientamento giurisprudenziale non è rimasto, tuttavia, costante nel tempo: per quanto quest'ultimo non sia stato mai del tutto disconosciuto, i giudici costituzionali, all'inizio degli anni '70, hanno assunto un atteggiamento decisamente più rigoroso, richiedendo la necessaria compresenza di entrambi i requisiti al fine di riconoscere al soggetto remittente la legittimazione a sollevare incidente di incostituzionalità. Si sviluppa, in tal modo, un secondo orientamento, caratterizzato dalla negazione dell'ammissibilità di ordinanze di rimessione, in quanto emesse – sì – da magistrati, ma nell'ambito di procedimenti non aventi natura giurisdizionale: ebbene, secondo questa nuova prospettiva, “l'intervento di un magistrato non può da solo essere ritenuto idoneo ad alterare la struttura di un procedimento meramente amministrativo”<sup>11</sup>. Ed infatti, se è certamente vero “che l'espressione “giudizio” di cui agli artt. 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, deve essere inteso in senso lato, tuttavia è pur sempre necessario che l'intervento del giudice non si espliciti nell'ambito di un procedimento meramente amministrativo nel quale all'organo giurisdizionale non compete alcun potere decisionale in ordine all'applicazione della norma denunciata”<sup>12</sup>.

Proprio la ritrovata esigenza che il procedimento, nel cui ambito sorga la pregiudiziale di costituzionalità, abbia carattere giurisdizionale, ha consentito alla giurisprudenza costituzionale di delineare quali siano gli elementi da cui non si possa prescindere per poter parlare di “giudizio”. Orbene, l'assenza di applicazione in modo obiettivo di regole del diritto, l'emanazione di un provvedimento privo del carattere della definitività<sup>13</sup>, il mancato rispetto del contraddittorio tra le parti e la circostanza che l'autorità, ancorché giurisdizionale, svolga una funzione meramente formale attribuita solo per ragioni garantistiche sono indici dell'impossibilità di ritenere soddisfatto il presupposto che la questione di costituzionalità venga sollevata nell'ambito di un giudizio<sup>14</sup>.

Quanto evidenziato fino ad ora consente una riflessione: un'interpretazione estensiva della nozione di “giudice *a quo*” ha come conseguenza un ampliamento delle ipotesi in cui i giudici costituzionali possono operare il sindacato di legittimità costituzionale<sup>15</sup>. Ed è proprio l'unione tra

---

<sup>11</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 96/76, con cui venne negata la legittimazione a sollevare questione di incostituzionalità al giudice del registro delle imprese. In virtù della necessaria presenza del requisito soggettivo e del presupposto oggettivo, è stata esclusa la legittimazione, solo per citare alcuni esempi, del pubblico ministero (Corte cost., sent. n. 86/02), del presidente del tribunale in sede di registrazione di un periodico (Corte cost., ord. n. 170/05), del giudice in sede di designazione di coloro che potranno essere chiamati a comporre il collegio arbitrale di disciplina di cui all'art. 2 della l. n. 421/92 (Corte cost., ord. n. 437/00) e della Corte dei conti in sede di controllo successivo sulla gestione (Corte cost., sent. n. 335/95).

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost., ord. n. 224/74.

<sup>13</sup> Il carattere della definitività di provvedimenti adottati da autorità non inserite nell'organizzazione giurisdizionale si estrinseca nell'impossibilità che il provvedimento venga sottoposto ad impugnativa in sede di giudizio. Qualora, infatti, sia consentita la possibilità che il suddetto provvedimento giunga dinanzi ad un organo giurisdizionale, verrebbe meno la ratio sottostante il riconoscimento della legittimazione ad adire la Corte costituzionale, perché il principio di costituzionalità troverà applicazione nel successivo giudizio, come sostenuto da P. BIANCHI e E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in A. ANZON, P. CARETTI e S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 21 ss.

<sup>14</sup> Su punto, si veda, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 387/96. Tali indici corrispondono, in via generale, alla nozione di giudice *a quo* avanzata da Augusto Cerri: si è in presenza di un “giudizio”, quando l'organo preposto è investito “della funzione di interpretazione/applicazione di una norma in via tendenzialmente definitiva (salve normali impugnazioni), in posizione di radicale terzietà (salva anche l'imperfetta garanzia della sua indipendenza), in un procedimento fondato, in radice, sul contraddittorio (salva l'imperfetta garanzia dei diritti di azione/difesa)”. (cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1994, 56).

<sup>15</sup> Si ritiene opportuno precisare tale ampliamento può essere dettato, in alcuni casi, dall'esigenza di evitare che una determinata controversia sia decisa con una norma incostituzionale – ed è questo il caso, ad esempio, delle questioni sollevate dagli arbitri – o, in altri casi, dalla necessità di impedire che certe questioni rimangano escluse dal sindacato della Corte costituzionale (necessità che ha costituito la spinta, ad esempio, per il riconoscimento della legittimazione alla Corte dei conti in sede di parifica).

l'esigenza di incrementare le possibilità di accesso alla Corte e la volontà di abbandonare la regola della mera alternatività verso un orientamento più rigoroso ad aver costituito la spinta per l'elaborazione della cd teoria dei "limitati fini" da parte dei giudici costituzionali, al fine di ritenere legittimati soggetti che difettassero del requisito soggettivo della giurisdizionalità. Si apre, in tal modo, un'ulteriore fase della giurisprudenza costituzionale – quella della valorizzazione del requisito oggettivo – caratterizzata dalla circostanza che sono stati considerati "giudici *a quibus*" anche soggetti non risultanti in alcun modo inseriti nell'organizzazione della giurisdizione, purché esercenti la funzione di applicazione obiettiva della legge al caso concreto, in posizione di imparzialità e terzietà rispetto alle parti. La domanda che viene spontaneo porsi è se ciò possa rappresentare una violazione del divieto, di cui all'art. 102, II co., Cost., di istituire giudici speciali o straordinari<sup>16</sup>. Ed infatti, si potrebbe ritenere che l'attribuzione della natura di "giudice *a quo*" ad organi estranei all'ordine giudiziario configuri una sorta di conferimento dello *status* di autorità giurisdizionale anche a coloro che rientrano in altri poteri dello Stato. A ben vedere, però, non viene riconosciuta *tout court* natura giurisdizionale ad autorità non inserite nell'ordine giudiziario, bensì queste vengono riconosciute quali giudici solo ed esclusivamente ai limitati fini di poter sollevare incidente di costituzionalità, senza così rischiare di incorrere in una violazione dell'art. 102, II co., della Costituzione.

Una siffatta ricostruzione, che ha il suo fulcro nella scissione della giurisdizionalità in senso assoluto e della giurisdizionalità al solo scopo di adire la Corte costituzionale, costituisce un brillante impedimento allo sviluppo di obiezioni basate sul divieto di istituire giudici speciali o straordinari. Con la teoria del "giudice ai limitati fini della questione di incostituzionalità", la Corte ha riconosciuto natura di giudice *a quo* ad autorità non giurisdizionali che, dunque, non hanno acquisito, per il solo tramite del riconoscimento della legittimazione ad adire la Consulta, alcuna "patente di giurisdizionalità": in tal modo, il rispetto dell'art. 102, II co., della Costituzione è stato fatto salvo!

## 2. *I casi del "giudice a quo" ai "limitati fini" della questione di costituzionalità*

È, allora, necessario analizzare quali siano stati i casi in cui la Corte costituzionale ha utilizzato il criterio dei "limitati fini". Il primo caso – in ordine cronologico – è quello relativo alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore di magistratura: la circostanza che questa conosca dei procedimenti disciplinari contro i magistrati ordinari promossi dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione o dal Ministro della Giustizia (soggetti, tra l'altro, rispetto ai quali il Consiglio superiore è collocato in posizione di assoluta estraneità ed indipendenza), attraverso un procedimento che si svolge nelle forme e nei modi che sono tipici del processo e che si conclude con una decisione che presenta i caratteri della sentenza, impugnabile dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ha comportato il riconoscimento della natura giurisdizionale alla funzione disciplinare esercitata<sup>17</sup>. Ed è per la stessa ragione che è stata riconosciuta legittimazione

<sup>16</sup> Art 102, II co., della Costituzione: "non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura".

<sup>17</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 12/71, considerato in diritto, 3: "In via preliminare si rende necessario accertare se le predette questioni siano state proposte, come richiede l'art. 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, da un giudice nel corso di un giudizio. La Corte ritiene che questo presupposto sussista nel caso in esame. Ai *limitati fini* che qui interessano, è sufficiente la constatazione, non controvertibile, che il legislatore, con espresse ed univoche statuizioni, ha conferito

ad adire la Corte costituzionale alla Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei Deputati<sup>18</sup>: come si legge nelle parole della Consulta, infatti, tale organo è giudice *a quo* “in quanto organo di autodichia, chiamato a svolgere, in posizione *super partes*, funzioni giurisdizionali per la decisione di controversie, (...) per l’obiettiva applicazione della legge”<sup>19</sup>.

Un ulteriore caso particolare di applicazione della teoria dei “limitati fini” ha riguardato la Corte dei conti in sede di giudizio sull’ammissione al visto e alla registrazione degli atti del Governo<sup>20</sup>. In realtà, nel caso di specie, occorre sottolineare che sarebbe stato sufficiente richiamare la precedente giurisprudenza in termini di alternatività del requisito soggettivo od oggettivo: d’altronde, la Corte dei conti, come pure evidenziato nella sentenza, è “composta di magistrati, dotati delle più ampie garanzie di indipendenza (art. 100, secondo comma, Cost.), che, analogamente ai magistrati dell’ordine giudiziario, si distinguono tra loro “solo per diversità di funzioni” (art. 10 legge 21 marzo 1953, n. 161); annoverata, accanto alla magistratura ordinaria ed al Consiglio di Stato, tra le “supreme magistrature” (art. 135 Cost.); istituzionalmente investita di funzioni giurisdizionali a norma dell’art. 103, secondo comma, Cost.”<sup>21</sup>. Eppure, forse alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale verso un accertamento più rigido della legittimazione a sollevare questione di costituzionalità, che proprio in quegli anni si stava affermando, la Consulta non si limita a riconoscere la sussistenza del requisito soggettivo. Essa, infatti, precisa che “anche se il procedimento svolgentesi davanti alla Sezione di controllo non è un giudizio in senso tecnico-processuale, è certo tuttavia che, *ai limitati fini* (corsivo aggiunto) dell’art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell’art. 23 della legge n. 87 del 1953, la funzione in quella sede svolta dalla Corte dei conti è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa, risolvendosi nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico”<sup>22</sup>.

Merita, infine, sicuramente una mozione specifica il caso degli arbitri rituali, ritenuti “giudici” ai limitati fini della sollevabilità della questione di costituzionalità con la sentenza n. 376/2001. È bene evidenziare fin da subito che, prima che la Corte costituzionale si esprimesse in tal senso, la possibilità di riconoscere agli arbitri legittimazione ad adire la Consulta non aveva incontrato grande approvazione in una parte della dottrina, che vedeva nella natura privata dell’attività da loro

---

carattere giurisdizionale alla funzione ora esercitata dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura”.

<sup>18</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 213/17. Per un maggior approfondimento, si rinvia a L. BRUNETTI, *Il “contributo di solidarietà” sulle pensioni degli ex dipendenti della Camera non viola l’autonomia dell’organo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2017; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale consolida l’autodichia degli organi costituzionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017; A. LO CALZO, *Il controllo di legittimità costituzionale sugli atti normativi interni di Camera e Senato (a margine della sent. n. 213 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 2018, fasc. I; L. CASTELLI, *Il “combinato disposto” delle sentenze n. 213 e n. 262 del 2017 e i suoi (non convincenti) riflessi sull’autodichia degli organi costituzionali*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2018. Sulla legittimazione della Corte dei conti si veda anche *infra* nota 46.

<sup>19</sup> Si veda Corte cost., sent. n. 213/17.

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 226/76. Ne sottolinea la fondamentale importanza A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”*, Napoli, Jovene, 2012, 52 – 62, il quale evidenzia che, in tal caso, il giudice costituzionale non ha voluto solo affermare l’alternatività dei requisiti soggettivo od oggettivo, ma ha predisposto una sorta di elenco, ben ragionato, di presupposti che determinano il riconoscimento della legittimazione a sollevare questione di costituzionalità. Per maggior completezza, è bene sottolineare che la Corte dei conti è stata riconosciuta legittimata anche in sede di giudizio di parificazione del bilancio dello Stato, delle autonomie speciali e delle Regioni ordinarie (cfr. Corte cost., sentt. nn. 244/95, 213/08, 181/2015 e 89/17).

<sup>21</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 226/76, considerato in diritto, 3.

<sup>22</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 226/76, considerato in diritto, 3.

svolta un palese contrasto con l'espressione "autorità giurisdizionale", utilizzata dall'art. 23 della l. 87/53 per indicare i soggetti legittimati a sollevare questione di costituzionalità. Si sosteneva, quindi, che, al di là di qualsiasi possibile interpretazione estensiva del carattere giurisdizionale, il soggetto remittente avrebbe dovuto essere ricompreso tra gli organi dello Stato, in quanto – appunto – definito "autorità". Questo spiega, ovviamente, l'attenzione con cui è stata accolta dalla dottrina la decisione della Corte che ha definito l'arbitrato rituale sede idonea a sollevare incidente di costituzionalità. Certo, non si può negare che le soluzioni alternative che si erano prospettate non fossero prive di obiezioni<sup>23</sup>, ma a leggere la pronuncia della Corte costituzionale rimangono alcune perplessità.

Innanzitutto, le motivazioni addotte paiono leggermente sbrigative, come testimonia la volontà di sorvolare sulla questione relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale, per limitarsi ad asserire che "ai limitati fini che qui interessano (...) l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva 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 l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie"<sup>24</sup>.

Ciò che emerge, dunque, è che la scelta della Consulta rispecchi quella scissione tra presupposto soggettivo e requisito oggettivo della giurisdizionalità, ritenendo sufficiente, ai soli fini della legittimazione a sollevare incidente di costituzionalità, la circostanza che il procedimento dinanzi agli arbitri rituali presenti caratteristiche analoghe a quello che si svolge dinanzi agli organi della giurisdizione. A ben vedere, però, non viene menzionato uno dei requisiti che sembrava, alla luce della precedente giurisprudenza costituzionale, imprescindibile: la definitività. Si è detto, a tal proposito, che un provvedimento definitivo è tale qualora sia impossibile che venga sottoposto ad impugnativa in sede di giudizio: eppure, il lodo arbitrale, come risaputo, è impugnabile dinanzi alla Corte d'Appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato<sup>25</sup>. Questo profilo, sicuramente problematico, non trova spazio all'interno della pronuncia della Corte costituzionale: l'importanza di tale considerazione emergerà proprio in relazione alla legittimazione dell'AGCM di sollevare l'incidente di costituzionalità.

---

<sup>23</sup> Secondo parte della dottrina, ad esempio, gli arbitri che avessero dubitato della legittimità costituzionale di una disposizione di legge, avrebbero dovuto sospendere il giudizio ed invitare le parti a rivolgersi al giudice togato competente, affinché quest'ultimo provvedesse ad adire la Corte costituzionale. Come rilevato dalla Consulta stessa, una simile soluzione comportava che il giudice togato avrebbe dovuto definire la controversia, vanificando così l'accordo compromissorio. Se, invece, si fosse ritenuto che il giudice avrebbe dovuto solamente valutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, questa sarebbe andata incontro a dichiarazione di inammissibilità, per difetto di pregiudizialità. Altri autori ritenevano che gli arbitri, in quanto soggetti privati, avrebbero dovuto disapplicare la legge ritenuta incostituzionale: qualora la parte soccombente lo avesse ritenuto necessario, avrebbe potuto far valere eventuali vizi della disapplicazione dinanzi al giudice togato attraverso l'impugnazione del lodo. Infine, non è mancato chi ha osservato che gli arbitri avrebbero dovuto comunque applicare la legge, ancorché di dubbia costituzionalità, demandando l'eventuale questione al giudice togato, se le parti avessero deciso di impugnare la decisione. Sul punto si rinvia a A. ODDI, *La nozione di giudice a quo*, in R. BALDUZZI e P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudici sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, 39 – 45.

<sup>24</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 376/2001, considerato in diritto, 2.

<sup>25</sup> Ai sensi degli artt. 827 e ss. c.p.c., il lodo arbitrale è impugnabile per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo. È bene evidenziare che l'impugnazione del lodo adottato sulla base di una disposizione incostituzionale rientrerebbe nei casi di nullità per violazione di regole del diritto: l'impugnazione è, in tali casi, sempre ammessa solo se la violazione concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato o nelle controversie individuali di lavoro; altrimenti, è subordinata all'espressa previsione legislativa o nella convenzione di arbitrato. Ciò determina che la decisione arbitrale assunta sulla base di una disposizione asseritamente incostituzionale potrebbe non essere per ciò solo impugnabile.

### 3. L'ordinanza di rimessione dell'AGCM

Con ordinanza del 3 maggio 2018, l'Autorità Garante del Commercio e del Mercato (AGCM) ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913<sup>26</sup> e 8, comma 2, l. n. 287 del 1990<sup>27</sup>, in riferimento agli articoli 3, 41 e 117, comma 1, della Costituzione<sup>28</sup>. Al di là della questione sottostante<sup>29</sup>, sicuramente caratterizzata da profili di particolare interesse, ciò che in questa sede preme evidenziare è la circostanza che l'AGCM, qualora nutra – come nel caso di specie – dubbi di legittimità costituzionale, si sia ritenuta legittimata ad adire i giudici costituzionali, alla luce della precedente giurisprudenza della Corte costituzionale. Ripercorso brevemente l'indirizzo giurisprudenziale caratterizzato dall'interpretazione estensiva della nozione di “giudice nell'ambito di un giudizio”, l'AGCM conclude di poter “essere ricondotta nell'alveo degli organi legittimati a sottoporre alla Corte i dubbi di costituzionalità sulle norme che è tenuto ad applicare; e ciò anche a voler ritenere preferibile l'indirizzo secondo il quale l'elemento soggettivo (“il giudice”) e l'elemento oggettivo (“il giudizio”) devono ricorrere cumulativamente”. Si tratta, invero, di una affermazione quanto meno “bizzarra”, posto che l'eventuale ricomprensione dell'AGCM nell'alveo dei soggetti abilitati a rivolgersi alla Corte costituzionale, non potrà che avvenire attraverso la valorizzazione del solo requisito oggettivo<sup>30</sup>. Risulta ovvio che l'Autorità non è organo giurisdizionale in senso soggettivo

<sup>26</sup> Cfr. art. 93-ter, co 1-bis, l. 89/1913: “Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8 comma 2 della legge 10.10.1990 n 287”.

<sup>27</sup> Cfr. art. 8, co 2, l. 287/1990: “Le disposizioni [sul divieto di intese anticoncorrenziali, sull'abuso di posizione dominante e sul controllo delle concentrazioni] 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”.

<sup>28</sup> Sull'ordinanza dell'AGCM si veda 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](http://www.federalismi.it), 21018; M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018; M. DE VITA, *Relazioni tra l'articolo 8 l.287/90 e l'articolo 106 TFUE nell'Ordinanza 1/18 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018; G. DI PLINIO, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018; A. FERRARA, *L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018.

<sup>29</sup> L'11 gennaio 2017, l'AGCM avvia una procedura istruttoria nei confronti del Consiglio notarile di Milano, volta ad accertare la sussistenza di una intesa restrittiva della concorrenza. Ad un anno dall'avvio dell'istruttoria, entra in vigore l'art. 93-ter, co 1-bis, l. 89/1913, il quale dispone che le disposizioni della l. 287/90 non trovano applicazione nei confronti delle imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato. Alla luce di tale disposizione, il Consiglio notarile di Milano, secondo una interpretazione adottata altresì dalla Corte di Appello di Milano, ritiene di essere esente dall'applicazione diretta delle regole *antitrust*, in quanto gestore di un servizio di interesse economico generale. A parere dell'AGCM, una siffatta interpretazione presenterebbe profili di incostituzionalità per violazione degli art. 3 e 41, in quanto verrebbe così “sacrificato il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza e, per tale via, della libertà di iniziativa economica privata senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza”; e dell'art. 117, I co, per contrasto con il diritto dell'Unione europea (in particolare art. 101 e art. 106 TFUE).

<sup>30</sup> Interessante, in merito alla possibilità di qualificare “giudice a quo” l'AGCM, è la distinzione operata da Pizzorusso, secondo cui un criterio razionale sarebbe potuto essere quello di “ritenere decisiva [al fine di verificare la legittimazione a sollevare incidente di costituzionalità] l'alternativa fra un soggetto pubblico (anche diverso da un giudice), il quale si trovi di fronte ad una questione di costituzionalità mentre opera in regime di indipendenza, ed un soggetto che sia invece inquadrato in una gerarchia amministrativa il cui organo di vertice possa esercitare l'iniziativa legislativa (...). Nel primo caso, il soggetto in questione sarebbe chiaramente abilitato a rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale (ferma restando la necessità della “rilevanza” della questione), mentre nel secondo dovrebbe rimettersi alle decisioni del superiore gerarchico, che potrebbe impostare la soluzione della questione di costituzionalità mediante l'esercizio del potere di iniziativa legislativa. Sulla base di una tale ratio, sarebbero automaticamente risolti, nel senso della legittimità dell'iniziativa del processo costituzionale, i dubbi relativi alle autorità amministrative indipendenti e ad altri organi



e, quindi, solo per il tramite della valutazione dell'attività che essa esercita in sede di applicazione della legge n. 287 del 1990 quale analoga all'attività giurisdizionale, si potrà – semmai – evitare una declaratoria di inammissibilità dell'ordinanza che qui si commenta. Chiarito questo profilo, occorre analizzare le caratteristiche che l'AGCM ha riconosciuto a sé e alla propria attività per giustificare la scelta di ritenersi legittimato a sollevare questione di legittimità.

L'ordinanza si concentra, innanzitutto, su tre aspetti fondamentali: la posizione di imparzialità e indipendenza, che la giurisprudenza costituzionale<sup>31</sup> ha, in via generale e in altre occasioni, evidenziato e che, nel caso di specie, la composizione stessa dell'Autorità<sup>32</sup> garantisce; l'attività consistente nella riconduzione di atti e fatti nell'ambito di fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsivoglia apprezzamento discrezionale; il riconoscimento delle garanzie del principio del contraddittorio<sup>33</sup>. A ben vedere, per quanto attiene al primo e al terzo profilo, è però necessario riflettere sulla circostanza che si tratta di elementi che, alla stregua del principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 Cost., nonché alla luce del principio di partecipazione dell'amministrato ai procedimenti che producano effetti nei suoi confronti<sup>34</sup>, attengono in generale anche all'attività della pubblica amministrazione<sup>35</sup>. Ed è proprio in questa ottica, che si colloca la problematica distinzione tra giurisdizione e amministrazione: il fallimento a cui si va inesorabilmente incontro qualora si voglia tracciare un confine certo e sicuro trova una sua spiegazione nella circostanza che tale separazione ha avuto un'origine storica e pragmatica, quando dalla potestà punitiva (il potere di irrogare pene e punizioni) si è passati alla pretesa punitiva (la possibilità di adire un giudice terzo e imparziale che eventualmente comminasse pene). L'intervento di dottrina e giurisprudenza, al fine di definire caratteristiche e requisiti per compiere un'opera di concettualizzazione, è stato solo successivo. E, inoltre, la necessaria separazione tra politica e amministrazione, da un lato, e l'incremento delle garanzie a tutela dei soggetti amministrati, dall'altro, hanno, per così dire, contribuito alla

---

analogamente operanti in condizioni simili” (cfr. A. PIZZORUSSO, “Zone d'ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 2006).

<sup>31</sup> Sul punto, cfr. *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 482/95 e 41/2013: la Consulta ha, in via generale, affermato che le attribuzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo. Sull'indipendenza dell'AGCM, un'interessante ricostruzione è contenuta in M. RIDOLFI, *L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018

<sup>32</sup> L'art. 10 della l. 287/1990, così come modificato dall'art. 23 del d.l. 201/2011, convertito dalla l. 214/2011, prevede che l'Autorità sia costituita da un Presidente e da due membri, nominati con determinazione adottata di intesa dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica. Il presidente è scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo. I quattro membri sono scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità. Essi non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura. Il mandato ha una durata pari a sette anni e non è rinnovabile.

<sup>33</sup> Ai sensi dell'art. 14 della l. 287/90, l'Autorità deve notificare l'apertura della fase istruttoria alle imprese o agli enti interessati. I titolari o legali rappresentanti delle imprese ed enti hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nel termine fissato contestualmente alla notifica ed hanno facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell'istruttoria, nonché di essere nuovamente sentiti prima della chiusura di questa.

<sup>34</sup> Si veda l. 241/90, in particolare l'art. 7 che sancisce l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, e l'art. 10 che prevede la possibilità, per i soggetti che abbiano ricevuto la suddetta comunicazione e per coloro che siano intervenuti nel procedimento, di prendere visione degli atti del procedimento e di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

<sup>35</sup> Sul punto, si veda 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](http://www.giurcost.it), 2006: “Per un verso, infatti, tanto l'imparzialità quanto il contraddittorio sono elementi che, nel nostro ordinamento, caratterizzano pure l'attività amministrativa, la quale - anche per effetto delle riforme introdotte con le leggi n. 241 del 1990 e n. 15 del 2005 - tende ormai sempre di più a svolgersi secondo moduli spiccatamente «processuali», piuttosto che procedurali in senso stretto”.

sussistenza di una nube di incertezza circa l'identificazione di alcuni organi come giurisdizionali o amministrativi. Tra questi si collocano, certamente, le Autorità indipendenti, sulla cui natura la dottrina ha a lungo dibattuto<sup>36</sup>. Coloro che propendono per la natura amministrativa<sup>37</sup> hanno evidenziato come, anche a voler vedere nelle attività sanzionatorie delle Autorità una forte assimilazione con la funzione giurisdizionale, riconoscere in capo a queste la titolarità del potere giurisdizionale significherebbe creare nuovi giudici speciali e, di conseguenza, violare il disposto dell'art. 102 Cost.

Questa obiezione, assolutamente condivisibile, può non essere particolarmente significativa se riferita al problema del riconoscimento della legittimazione a sollevare l'incidente di costituzionalità: se è vero che considerare un soggetto abilitato ad adire la Consulta significa attribuirgli la qualifica di "giudice *a quo*", è altresì vero che la giurisprudenza costituzionale dei "limitati fini" eviterebbe l'ostacolo del divieto di istituire giudici speciali. "La relatività della nozione consentirebbe di ritenere che per altri fini [diversi dall'instaurazione del giudizio in via incidentale] l'Autorità antitrust possa considerarsi senza indugio un organo amministrativo, sottraendola quindi al rischio di incostituzionalità"<sup>38</sup>.

Senza interrogarsi sulla sua natura<sup>39</sup>, è possibile qualificare l'Autorità indipendente quale giudice ai soli fini della sollevabilità della questione di legittimità costituzionale, qualora ricorrano gli elementi caratterizzanti il requisito oggettivo della giurisdizionalità, ossia – appunto – la legittimazione a decidere in via definitiva su interpretazione e applicazione della legge, il godimento di una posizione di terzietà ed indipendenza e il rispetto del contraddittorio con gli interessati<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Per comprendere la portata del dibattito circa la natura delle Autorità indipendenti, sembra utile ricordare le parole di G. Amato, in veste di Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: "Io tutelo degli interessi privati contro altri privati, in situazioni nelle quali l'interesse in gioco investe la generalità dei privati e non un singolo privato, e quando il danno che può essere commesso è tale da investire non soltanto il diretto danneggiato, ma l'intero mercato. (...) Io non sto facendo né quello che fa una pubblica amministrazione che pondera discrezionalmente interessi, né quello che fa il giudice civile in una normale vicenda di soluzione di un conflitto inter-privato" (il discorso è riportato in A. PREDIERI, *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, Passigli Editori, 1996, 306 – 307).

<sup>37</sup> A tal proposito, si veda S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, ETS, 1993, 213 ss. L'autrice afferma che "se è vero che le autorità tendono ad un momento di sussunzione a fattispecie che può essere analogo a procedimento giurisdizionale, manca però il tratto della soggezione – differenziazione dalla norma da applicare, e dal suo autore", che rappresenta un elemento imprescindibile della nozione di funzione giurisdizionale. Si sono espressi per la natura amministrativa delle Autorità indipendenti anche N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 261 ss, il quale evidenzia che le autorità sono chiamate a regolare settori o materie al fine di proteggere interessi collettivi, esercitando, dunque, un'attività che, in via generale, accomuna tutte le pubbliche amministrazioni; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, 510; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 107 ss; G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle Autorità garanti*, Milano, Giuffrè, 2000; V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e Amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993, 1 ss. Hanno sostenuto, invece, la natura giurisdizionale o, meglio, quasi-giurisdizionale, tra gli altri, M. CLARICH, *L'attività delle Autorità Indipendenti in forme semi-contenziose*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 151 ss. e R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1996, 126 ss.

<sup>38</sup> Cfr. F. CECAMORE, *L'autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio incidentale*, in R. BALDUZZI e P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudici sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, 141.

<sup>39</sup> A tal proposito, appare pienamente condivisibile l'affermazione di S. VUOTO, *Le Autorità amministrative indipendenti e il Consiglio superiore della magistratura*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Ed. Scientifiche, 2006, 165: "stanti le incertezze dottrinali sulla natura delle Autorità e considerato il prevalente indirizzo giurisprudenziale che privilegia il criterio oggettivo, l'indagine sul requisito soggettivo appare oggi, invero, recessiva".

<sup>40</sup> È di tale opinione G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, Il Mulino, 2018, 105.

Alla luce di ciò, rimane il requisito dell'obiettiva applicazione del diritto. A parere di chi scrive, seppur quanto sottolineato dall'AGCM in materia di assenza di discrezionalità<sup>41</sup> sia condivisibile, c'è, tuttavia, un profilo che non può essere sottaciuto e che desta perplessità. Ed infatti, la circostanza che l'art. 4 della l. 287/90 consenta all'Autorità di autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato, a beneficio dei consumatori, potrebbe essere letta quale indice della possibilità che l'AGCM compia una valutazione discrezionale tale da non poter riconoscere nell'esercizio della sua funzione una applicazione obiettiva del diritto, con conseguente allontanamento dalla natura sostanzialmente giurisdizionale.

In più, si era detto che un ulteriore elemento necessario era rappresentato dalla definitività della decisione che conclude il procedimento ritenuto analogo al giudizio. Nel caso di specie, tale elemento è del tutto assente, in quanto il provvedimento potrebbe essere impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio<sup>42</sup>. Questa considerazione appare, però, superabile alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia di arbitrato rituale: se in quel caso l'assenza del requisito di definitività non è stata ritenuta ostativa al riconoscimento della legittimazione a sollevare questione di costituzionalità, si potrebbe dedurre che, anche nel caso dell'AGCM, l'impugnazione del provvedimento dinanzi ad un organo giurisdizionale non determini a priori la sua esclusione tra i soggetti abilitati ad adire la Corte<sup>43</sup>.

Non solo: nella stessa ordinanza, l'Autorità ha avuto la premura di sottolineare come la possibilità che la vicenda giunga dinanzi al TAR sia rimessa esclusivamente all'eventuale iniziativa del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento. L'*Antitrust*, dunque, ha evidenziato una evidente difficoltà che la disposizione legislativa in questione possa giungere, per il tramite di un organo giurisdizionale, dinanzi alla Consulta: una pronuncia in senso favorevole alla legittimazione dell'AGCM a sollevare questione di legittimità costituzionale costituirebbe un'opportunità per estendere il sindacato della Corte ad un ambito che altrimenti potrebbe non giungere al suo vaglio<sup>44</sup>.

Ebbene, è proprio tale profilo che rappresenta il nodo cruciale della questione: si è visto che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha, negli anni, adottato un'interpretazione estensiva della nozione di "giudice *a quo*", anche e soprattutto al fine di allargare le maglie del giudizio di

---

<sup>41</sup> Per una differente ricostruzione, incentrata sull'affermazione di una ampia discrezionalità in capo all'Autorità nell'esercizio delle sue funzioni, si veda M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018.

<sup>42</sup> Ai sensi dell'art. 133 del c.p.a., le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dall'AGCM rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Inoltre, l'art. 135 c.p.a. stabilisce che tali controversie siano devolute alla competenza inderogabile del TAR del Lazio.

<sup>43</sup> A fini di maggior chiarezza, è utile una precisazione: come già specificato, l'impugnazione del lodo è limitata a ipotesi tassative, per cui una decisione arbitrale adottata sulla base di una legge incostituzionale potrebbe non essere, per ciò solo, soggetta ad impugnazione e, dunque, rimessa alla Corte d'Appello. La decisione dell'AGCM, invece, non soggiace agli stessi limiti: qui, la possibilità che la vicenda non giunga dinanzi al Tar del Lazio dipende – semmai – solo da mere difficoltà pratiche.

<sup>44</sup> Risulta evidente, infatti, che qualora la Corte costituzionale optasse per il ritenere l'Autorità non legittimata a sollevare incidente di costituzionalità, con conseguente declaratoria di inammissibilità dell'ordinanza di rimessione, la vicenda si dovrebbe concludere con la preclusione dell'intervento da parte dell'AGCM, proprio in virtù dell'interpretazione – sostenuta dal Consiglio notarile di Milano e caldeggiata altresì dalla Corte di Appello di Milano, sez. I, nell'ordinanza del 6 aprile 2018 – della norma della cui conformità a Costituzione si dubita. Ciò determinerebbe che l'unico legittimato ad impugnare il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo dovrebbe essere il soggetto segnalante. Da ciò l'affermazione che le possibilità che la questione giunga dinanzi al giudice amministrativo e, per il tramite di questo, alla Corte costituzionale possano, in concreto, risultare scarse.

legittimità costituzionale. Si è assistito ad un ampliamento progressivo dei soggetti legittimati a rivolgersi alla Consulta, finalizzato ad abbattere le zone d'ombra che le regole del nostro sistema di giustizia costituzionale, inevitabilmente, finiscono per determinare.

A parere di chi scrive, infatti, in coerenza con la propria precedente giurisprudenza, seppur compiendo un rilevante passo in avanti, la Corte costituzionale potrebbe pronunciarsi in senso favorevole alla legittimazione dell'AGCM<sup>45</sup>. Ma questo potrà avvenire, così come è successo in passato nei casi sopra analizzati, solo accogliendo una nozione relativa ed estensiva di giudice e di giudizio. A questo la Corte potrebbe essere spinta dalla volontà di superare una zona d'ombra<sup>46</sup>. A ben vedere, però, non sono poche le perplessità in merito: ed infatti, il provvedimento, sebbene sicuramente con qualche difficoltà concreta, potrebbe essere impugnato dinanzi al TAR e, per il suo tramite, la questione di legittimità costituzionale potrebbe essere portata dinanzi alla Consulta. Così ragionando, asserire che il riconoscimento all'AGCM della legittimazione a sollevare l'incidente di costituzionalità sia l'unico strumento per la Corte per sindacare la norma oggetto della questione,

---

<sup>45</sup> Sulla possibilità che la Corte costituzionale riconosca la natura di giudice ai limitati fini della proponibilità della questione di legittimità costituzionale alle Autorità indipendenti, si sono espressi in modo favorevole, qualora ricorrano i presupposti caratterizzanti il requisito oggettivo della giurisdizionalità, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, Il Mulino, 2018, 105; F. CECAMORE, *L'autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio incidentale*, in R. BALDUZZI e P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudici sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, 138 – 142; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, Napoli, Jovene Editore, 2012, 119 – 180. Sul versante della dottrina contraria a tale legittimazione, si veda, tra i molti, F. SALMONI, *Accesso alla giustizia costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in A. ANZON, P. CARRETTI e S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 676 ss. Si veda anche A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, Napoli, Jovene Editore, 2012, 148: "Nel caso delle autorità amministrative indipendenti (...) il dato più problematico deriva dal fatto che, sia sotto il profilo soggettivo sia soprattutto sotto il profilo oggettivo, qualsiasi autorità non sembra consentire mai la coesistenza di tutti gli elementi necessari a configurare un sicuro giudice e giudizio (...). La Corte dovrebbe ripercorrere, con la stessa determinazione, la strada aperta con la sentenza Crisafulli, in presenza dell'essenza minima dell'incidentalità rapportata a funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, da parte di organi comunque posti in posizione *super partes*, da ravvisare rispetto ad alcune autorità indipendenti e nell'ambito di certe loro attività decisorie di contenzioso, che pur non essendo formalmente giurisdizionali, siano caratterizzate sul piano funzionale quale sorta di equivalente sostanziale alla giurisdizione stessa". Sul punto, potrebbe anche essere interessante fare riferimento a Corte giust., sent. 31.05.2005, *Syfait*, C-53/03, con cui la CGUE ha negato la natura di organo giurisdizionale legittimato a sollevare rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* all' *Epitropi Antagonismou*, autorità indipendente garante della concorrenza, sulla base del presupposto che essa non solo sia sottoposta al controllo di un organo politico quale il Ministro dello Sviluppo, ma sia anche inserita nella rete di Autorità indipendenti coordinate dalla Commissione dell'Unione europea, che può avocare a sé la decisione finale.

<sup>46</sup> L'esigenza di attrarre nel proprio sindacato un cd "zona franca" ha spinto la Consulta al riconoscimento della natura giurisdizionale ai soli limitati fini della sollevabilità della questione di legittimità costituzionale solo in una occasione, e cioè con riferimento alla Corte dei conti in sede di giudizio sull'ammissione al visto e alla registrazione degli atti del Governo (cfr. Corte cost., sent. n. 226/76, considerato in diritto, 3: "D'altronde, sul piano sostanziale, il riconoscimento di tale legittimazione si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte"). A ben vedere, però, la zona d'ombra non riguardava l'oggetto del giudizio in sé, quanto piuttosto l'art. 81 Cost., ossia il parametro alla stregua del quale valutare la conformità a Costituzione delle disposizioni legislative. Con il riconoscimento alla Corte dei conti della legittimazione a proporre incidente di incostituzionalità, i giudici costituzionali hanno, così, aperto la possibilità di vagliare il rispetto dei vincoli posti dall'art. 81 Cost.: vincoli che, altrimenti, in virtù delle regole dell'incidentalità, sarebbero per lo più sfuggiti al sindacato della Consulta. Anche in ragione della circostanza che fino ad ora la Corte dei conti ha sollevato questioni il cui parametro era l'art. 81 Cost., è tutt'ora discussa la legittimazione della Corte dei conti per questioni vertenti su parametri differenti: qualora la essa non dovesse essere riconosciuta legittimata alla sollevabilità di questioni su parametri diversi, si dovrebbe allora parlare di "legittimazione limitata per parametro". Sul punto si veda V. ONIDA, *Giur. Cost.*, 4167, 1991.

chiamando in causa il tema delle “zone franche”, potrebbe risultare in questo caso un’argomentazione debole<sup>47</sup>.

#### 4. Brevi conclusioni

Quali possano essere i possibili esiti della vicenda non è facile a dirsi. Indubbiamente una pronuncia che considerasse ammissibile l’ordinanza dell’AGCM comporterebbe per la Corte costituzionale un ulteriore passo in avanti, ma pur sempre nel solco di un orientamento giurisprudenziale già in parte segnato.

Quello che si vuole cercare di asserire è che i giudici costituzionali *potrebbero* considerare quest’ultima quale nuovo giudice “ai limitati fini” della proponibilità della questione, ma, a ben vedere, si tratterebbe di un’ulteriore ipotesi<sup>48</sup> in cui la Corte “piegherebbe” le regole che disciplinano il processo costituzionale per aumentare il proprio “raggio d’azione”, spinta dall’interesse all’eliminazione di una norma legislativa incostituzionale. A questo punto, la domanda che sorge spontanea è: fino a che punto la Corte costituzionale può spingersi ad interpretare in modo alquanto creativo le regole del processo costituzionale in nome dell’esigenza di “rendere giustizia costituzionale”?<sup>49</sup>

La risposta insita nella fondamentale distinzione tra un corretto uso del diritto processuale costituzionale da parte della Corte, che ricorre nelle ipotesi di interpretazione estensiva, talvolta addirittura creativa, ma pur sempre ancorata al rispetto dei limiti che il processo costituzionale pone, e un “uso eccessivo” dello stesso, quando tali limiti vengono deliberatamente valicati<sup>50</sup>. Nel

---

<sup>47</sup> Sulla distinzione tra sussistenza di una “zona franca” e mera difficoltà nell’accesso alla Corte costituzionale si veda S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine»: Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018, 9 – 11.

<sup>48</sup> Si può far riferimento, a titolo esemplificativo, a: Corte cost., sent. n. 1/2014, 35/2017, in tema di sindacato sulle leggi elettorali in relazione al requisito della pregiudizialità della questione di costituzionalità rispetto al giudizio *a quo* (cfr. G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 25 – 58; P. CARNEVALE, *La Cassazione all’attacco della legge elettorale: riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1-2013; P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della “storica” sentenza n.1 del 2014 della Corte Costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1-2013; G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2014; A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento “creativo” della Corte Costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2014); sent. n. 10/2015, con cui la Consulta ha deciso di derogare alla regola della retroattività della declaratoria di incostituzionalità (cfr. R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015; P. VERONESI, *La Corte “sceglie i tempi”: sulla modulazione delle pronunce d’accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015); sent. n. 5/2014, in materia di norme penali favorevoli (cfr. M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014; F. PACINI, *“Abrogatio” non petita, accusatio manifesta: la Corte costituzionale interviene sulle vicende del d.lgs. n. 43 del 1948*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 7/2014).

<sup>49</sup> A tal proposito, si potrebbe sostenere che, rispetto alla Corte tedesca, a quella austriaca e, forse, anche a quella spagnola, dalla comparazione delle norme che disciplinano il processo costituzionale emergerebbe che la nostra Corte costituzionale abbia maggior possibilità, per il tramite delle sue pronunce, di riuscire a disciplinare essa stessa i vari aspetti dei suoi giudizi (cfr. P. CARROZZA, R. ROMBOLI e E. ROSSI, *Limiti all’accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Ed. Scientifiche, 2006, 722).

<sup>50</sup> Le regole del processo costituzionale si caratterizzano, infatti, per una ineliminabile elasticità, che consente alla Corte di elaborare interpretazioni piuttosto estensive dei limiti della propria giurisdizione. Questa peculiarità risiede

caso di specie, l'eventuale riconoscimento all'Autorità *antitrust* della legittimazione a sollevare incidente di costituzionalità sembrerebbe essere, alla luce delle perplessità sopra evidenziate, più proteso verso il polo dell' "eccesso"<sup>51</sup>.

Ed allora, l'unico auspicio che ci si sente di dover esprimere è che i giudici costituzionali possano adottare una decisione sorretta da un impianto motivazionale ben saldo, così da tracciare una possibile rotta in questo mare di incertezze.

---

nell'esigenza che il processo costituzionale sia e resti strumentale alla funzione della Corte di garantire il rispetto della Costituzione, inteso sia con riguardo alla tutela dei diritti dei singoli, sia con riguardo al rispetto degli equilibri politico-istituzionali elaborati dalla Carta costituzionale. Le regole del processo costituzionale, dunque, si prestano a letture più o meno estensive, proprio perché la funzione della Consulta deve essere quella di assicurare "giustizia costituzionale" senza essere eccessivamente legata dai vincoli posti dalle proprie regole. Tutto ciò porta ad immaginare le regole processuali come un perimetro all'interno del quale sono collocabili tutte le soluzioni in generale ammissibili e che, dunque, segna in negativo esclusivamente i limiti che la Corte non può valicare. All'interno delle soluzioni ammissibili, la Corte deve pur sempre essere orientata da un imperativo di coerenza e ragionevolezza, che si estrinseca nel motivare adeguatamente le proprie pronunce, nel far riferimento ai propri precedenti, nell'evitare di adottare soluzioni in contrasto tra loro. Sotto tale profilo, un uso eccessivo del diritto processuale costituzionale si concretizzerebbe non solo quando la Corte superi i limiti invalicabili, ma anche quando non dia adeguato conto delle soluzioni che ha adottato. In merito, si veda G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 257 – 306.

<sup>51</sup> Sul tema dell'"eccesso" di interpretazione estensiva delle regole del processo costituzionale, per un maggior approfondimento, si rimanda a V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1991, 305: "non spetta alla Corte stabilire se decidere o meno, come può fare un organo politico; non spetta alla Corte stabilire su che cosa decidere, perché il materiale delle sue decisioni proviene dall'esterno; non spetta alla Corte, se non entro limiti determinati, stabilire quando occuparsi di un determinato tema"; R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 2015, R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"* in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2015.