

XIII

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E
DEL MERCATO QUALE GIUDICE «A QUO»
DELLA CORTE COSTITUZIONALE
(UN'IPOTESI FANTASTICA O
UNA CONCRETA POSSIBILITÀ?)

MICAELA FANELLI *

INTRODUZIONE

Se l'Autorità garante della concorrenza e del mercato possa essere considerato giudice «a quo» nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale è un problema che va affrontato senza nessun tipo di pregiudiziale – o forse sarebbe meglio dire pregiudizio – e attraverso un'analisi sul campo delle funzioni e dei poteri esercitati dalla stessa.

A tal fine è prioritario stabilire che cosa la legge, nell'interpretazione della Corte costituzionale, preveda perché un soggetto possa essere ammesso a sollevare questione incidentale. Dall'analisi si sono estrapolate due chiavi di lettura applicabili anche all'Antitrust: l'una che parte dagli «elementi sintomatici» ricercati per evidenziare l'esercizio di un'attività giurisdizionale, l'altra – più significativa – che guarda alla «ratio» del giudizio incidentale per verificare se ricorra nei casi dubbi.

In questi termini si sono analizzate le attività svolte dall'Antitrust per riuscire a configurarle in termini di esercizio oggettivo di funzione giurisdizionale, amministrativa o legislativa. Ma una collocazione che propendesse per l'una anziché per l'altra impostazione non si è ritenuta possibile.

* Dottore in Giurisprudenza all'Università degli Studi LUISS-Roma.

L'Antitrust svolge ad un tempo, anche se in misura diversa, attività riconducibili all'esercizio della funzione giurisdizionale, amministrativa e legislativa (meglio sarebbe dire normativa).

L'esercizio di quest'ultima attività, non tanto l'esercizio di funzioni tipicamente amministrative, pone gli ostacoli maggiori ai fini di una risposta positiva al nostro interrogativo di partenza. Se infatti l'Antitrust si pone nel circuito ascendente della produzione normativa, anche con la sola attività consultiva e di segnalazione, c'è da chiedersi se si possa porre validamente anche nel circuito discendente, di attuazione, come giudice terzo, come soggetto in posizione intermedia fra lo Stato-autorità e lo Stato-comunità. L'interrogativo è rilevante perché una risposta negativa osterebbe definitivamente alla configurazione dell'Antitrust quale giudice «a quo», non soddisfacendo la «ratio» fondamentale del giudizio incidentale che è appunto quella che vuole il soggetto che propone la questione in posizione estranea e mediana fra le due posizioni del «diritto dal punto di vista politico» e del «diritto dal punto di vista della società».

Ma si potrebbe anche ritenere che i poteri normativi, di consulenza e segnalazione, riconosciuti dalla L. n. 287/1990 all'Antitrust siano simili ai poteri degli organi ausiliari del Governo e del Parlamento, ai quali la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimazione a sollevare la questione e quindi non siano tali da pregiudicare la posizione complessiva del soggetto nell'assetto ordinamentale.

Prendere posizione non è facile, anzi ci pare ancora più difficile a seguito dell'analisi svolta, perché la risposta all'interrogativo iniziale dipende dal peso che si attribuisce a questa attività «ascendente» dell'Antitrust, la quale priva la stessa della posizione di intermediarietà.

Quanti sostengono la tesi dell'ammissibilità dell'Antitrust a proporre incidente di costituzionalità svuotano questo elemento del suo significato.

Ci pare, invece, dovervi attribuire il giusto peso perché la sua presenza, al fianco delle ulteriori attribuzioni giurisdizionali e amministrative, rappresenta la vera novità di cui sono portatrici le autorità indipendenti: ricondurre le tre funzioni portanti dello Stato moderno all'interno di uno stesso soggetto. Che poi l'esercizio dell'una funzione anziché dell'altra sia privilegiato dalla legge nonché esaltato dall'operare concreto dall'Antitrust, non è elemento decisivo ai fini della ricerca della natura dell'Antitrust e delle Autorità indipendenti in generale.

Se la Corte costituzionale utilizzerà questo argomento, o l'argomento del divieto di istituire nuovi giudici speciali (cosa che nella ricostruzione data non dovrebbe trovare spazio perché si considera l'Antitrust soggettivamente amministrativa, anche se svolgente funzioni giurisdizionali), o gli «elementi sintomatici», per negare all'Antitrust di proporre questione incidentale non è facile dire. Quello che si può ipotizzare è che la Corte sia «solleticata» dalla prospettiva di am-

mettere l'Antitrust a sollevare questione incidentale di costituzionalità, perché in questo modo potrebbe espandersi in un settore, quale quello economico, dove le è stato sempre difficile muoversi – data la reticenza con cui le leggi di favore vengono impugnate o «portate» davanti ai giudici – e rendere in tal modo più effettivo il principio della libertà di concorrenza e, attraverso esso, il principio di costituzionalità.

1. LE CONDIZIONI PER L'INSTAURAZIONE DEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI IN VIA INCIDENTALE COME QUESTIONE CONDIZIONATA DAL CONCRETO EVOLVERSI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

Per dare una risposta all'interrogativo del se l'Antitrust possa essere ammessa a sollevare questione di costituzionalità in via incidentale, bisogna preliminarmente verificare le condizioni in base alle quali a un soggetto viene riconosciuta tale legittimazione, in base all'ordinamento ma, soprattutto, in base alla lettura che dà di questo la Corte costituzionale.

Il modo di instaurazione del processo costituzionale in via incidentale, e quindi le suddette condizioni, è disciplinato dall'art. 1 legge costituzionale n. 1/1948, il quale parla di questione sollevata «nel corso di un giudizio» e non ritenuta manifestamente infondata dal «giudice»; dall'art. 23 della L. n. 87/1953, che recita «nel corso di un giudizio davanti ad una autorità giurisdizionale»; e dall'art. 1 n. 1 della stessa (il cui capo I è intitolato «questioni di legittimità costituzionale nel corso di un giudizio») il quale usa l'espressione «giudice davanti al quale pende la causa»¹. Da questi testi legislativi la giurisprudenza costituzionale e la dottrina hanno dedotto che l'instaurazione del giudizio incidentale di costituzionalità è soggetto a due condizioni distinte, la prima consistente nella qualificazione del

¹ A proposito della integrazione disposta dalla L. n. 87 del termine «giudizio» con l'espressione «davanti all'autorità giurisdizionale», è stato sostenuto trattarsi di una precisazione non superflua (così F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1966, 277) se non di una modifica, senza dubbio illegittima, di quanto espresso con la L. cost. n. 1 (V.A. VALENTINI, *Prime osservazioni sul giudizio «a quo» nel processo di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Annuali Università di Macerata*, 1960, 388; M. ANGELICI, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1974, 289-291). Nel senso di ritenere le due espressioni sostanzialmente equivalenti v. P. GIOCOLI NACCI, *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Napoli, 1963; A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, *sub* art. 137, 221; R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Torino, 1990, 39.

soggetto che la propone come «giudice», l'altra nella rilevanza della questione rispetto ad un concreto «giudizio» in corso dinanzi allo stesso².

In relazione al significato da attribuire al termine «giudice» e soprattutto al termine «giudizio», non soccorre né la Carta costituzionale né l'intenzione del legislatore costituente; infatti le idee dei nostri costituenti al riguardo furono tutt'altro che chiare e decise, come dimostra il fatto che, mentre in un primo momento l'attività della Corte come giudice delle leggi pareva essere caratterizzata e qualificata essenzialmente dalla previsione di un ricorso diretto, esercitato nell'interesse generale dell'eliminazione di leggi incostituzionali, da una serie di soggetti tassativamente identificati, in altri momenti sembrò che l'accesso alla Corte dovesse limitarsi alla via incidentale, la quale, a sua volta, rischiò di scomparire del tutto fino a che il noto «Emendamento Arata» pose fine ad ogni discussione rinviando la decisione sui modi di instaurazione del processo costituzionale ad una successiva legge costituzionale³. Si approvò così l'art. 137 Cost., il quale riserva appunto ad una legge costituzionale lo stabilire «le condizioni, le forme e i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale», mentre a norma del successivo comma 2° si prevede che «con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte»⁴. L'intervento delle leggi, ed in particolare l'intervento della L. cost. n. 1/1948 e della L. ord. n. 87/1953, non ha sciolto però il nodo principale dell'identificazione in concreto dei soggetti che possono sollevare questione incidentale di costituzionalità: chi siano i «giudici» e quali siano i «giudizi» nel corso dei quali si può proporre l'eccezione di incostituzionalità.

Il problema di una precisa identificazione del concetto di «giudice» e «giudizio» ritorna con forza grazie ad un certo modo di prospettare la questione riguardante le autorità indipendenti. Le autorità indipendenti, ed in particolare l'Antitrust, infatti, ripropongono la questione della differenza fra funzione giuri-

² In generale sulla legittimazione del giudice «a quo» a sollevare questione di costituzionalità cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 84 ss; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, parte II, Padova, 1984, 243-250; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Padova, 1976, 1384-1387; A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, 12 ss; GIOCOLI NACCI, *op. cit.*

³ Per una ricostruzione dei dibattiti e delle discussioni relativamente all'individuazione dei soggetti legittimati a promuovere il controllo di costituzionalità di una legge, si rinvia a R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio senza parti*, Milano, 1985.

⁴ Per la ricostruzione del «complesso e intricato corpus delle norme che regolano la struttura e l'esercizio della funzione della Corte» in generale, si veda V. CRISAFULLI, *op. loc. cit.*, 229, il quale esamina compiutamente la problematica delle fonti disciplinanti l'esercizio delle funzioni della Corte e il loro rapporto reciproco.

sdizionale e funzione amministrativa e per questa via il problema della proponibilità della questione incidentale di costituzionalità di soggetti la cui natura giuridica è dubbia. Se, infatti, risulta agevole distinguere – e nemmeno poi tanto – l'attività di predisposizione normativa, «nella quale si esprime il processo di integrazione delle forze politiche e sociali secondo un movimento ascendente»⁵, dall'attività di «attuazione» della legge, che riguarda un movimento discendente verso i soggetti sociali, ad opera di apparati pubblici vincolati dalla legge, nella categoria dell'«attuazione» della legge non è facile distinguere con tagli netti fra amministrazione e giurisdizione. «Fra gli estremi, in cui i caratteri che la scienza giuridica ritiene tipici dell'amministrazione e della giurisdizione si trovano realizzati nella loro pienezza, esiste un'ampia zona grigia che si può definire «quasi-giurisdizionale» i cui caratteri sono ambigui»⁶.

Il fenomeno delle autorità indipendenti ben giunge a comprovare che la distinzione fra le due forme di «applicazione» del diritto ha radici pragmatiche e non concettuali, determinando le difficoltà definitorie che rendono improduttivi i tentativi di isolare «il» carattere della giurisdizione. Non bisogna cercare il concetto di giurisdizione in astratto per poi calarlo nelle ipotesi di specie, ma compiere il processo inverso, molto meno sterile capace di fornire letture adeguate dei fenomeni in evoluzione⁷. Così facendo ci si renderà conto che il ruolo del-

⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 176.

⁶ Testualmente le parole di ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 177.

⁷ Qualora si cercasse una nozione di giurisdizione ci si accorgerebbe della difficoltà di trovarne una esaustiva. Quelle che potrebbero essere maggiormente complete perché onnicomprensive, d'altronde, peccano di genericità: si veda A. MELANCELLI, *Disciplina costituzionale della giurisdizione*, in *Enc. giur.*, che definisce la giurisdizione come «l'attività statale consistente nella determinazione neutrale del diritto vigente, operata con efficacia vincolante alla stregua di norme giuridiche». La giurisdizione è «volta ad assicurare la tutela giuridica o eliminando le situazioni di incertezza che sorgono nel dare applicazione pratica alle norme o reprimendo le violazioni dell'ordinamento. La giurisdizione è, dunque, garanzia del diritto obiettivo». L'Autore inoltre evidenzia i caratteri differenziali dei due tipi di «applicazione» della legge. «La giurisdizione deve sempre trovare nelle norme il proprio fondamento: non si può sentenziare, se non dando applicazione al diritto oggettivo, cioè a norme giuridiche precostituite. L'amministrazione ha con la legge un rapporto più articolato: da un lato essa può esaurirsi nella mera esecuzione della legge, ma dall'altro è dotata di un'autonomia che le consente di determinare almeno in parte i suoi compiti ed i modi per realizzarli. Di conseguenza la legge, oltre che da fondamento dell'azione amministrativa, opera come limite nei suoi confronti.». Giurisdizione ed amministrazione si differenziano inoltre per il fatto che la norma svolge nei confronti del giudice una funzione diversa da quella esercitata nei confronti dell'amministrazione: per il giudice la legge – fatta eccezione per il diritto processuale – è norma di giudizio, ossia norma che contiene il criterio per la valutazione del comportamento delle parti processuali; nei riguardi dell'amministrazione, invece, è norma di comportamento, cioè

l'amministrazione si è venuto modificando nel corso degli anni, avvicinandosi per certi aspetti al ruolo svolto dalla giurisdizione, attraverso l'attribuzione di

norma che indica come l'amministrazione pubblica può o deve comportarsi». La giurisdizione si differenzia dall'amministrazione, sempre secondo la ricostruzione di Melancelle, anche per il fatto che il giudice è un terzo imparziale rispetto alle parti nei confronti delle quali egli si pronuncia mentre l'amministrazione pubblica è sempre parte nel rapporto giuridico. Con la posizione di neutralità del giudice è strettamente connesso il carattere di passività della giurisdizione: lo Stato può esercitare la funzione giurisdizionale solo su domanda di parte. L'amministrazione pubblica è, invece, caratterizzata dall'autoiniziativa. La giurisdizione si differenzia infine dall'amministrazione perché gli atti in cui si manifesta hanno natura diversa da quelli in cui si manifesta l'amministrazione. Anche limitando il confronto agli atti tipici dell'una e dell'altra funzione – la sentenza e l'atto amministrativo – la differenza emerge chiaramente qualora si consideri la diversa efficacia vincolante degli stessi. Solo la sentenza è fornita dell'autorità di cosa giudicata sostanziale, mentre ad entrambi spetta l'autorità di cosa giudicata in senso formale. Tanto la sentenza quanto l'atto amministrativo possono diventare inoppugnabili, cioè inattaccabili con i mezzi di impugnazione che contro l'uno e contro l'altro sono previsti dalla legge a favore del cittadino, ma solo la sentenza «fa stato ad ogni effetto» (art. 2909 c.c.). È questa la tesi argomentata da A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 211 ss, il quale fornisce una ricostruzione lungimirante del fenomeno delle amministrazioni neutrali, di assoluta attualità e perfettamente calzante alla fenomenologia delle autorità indipendenti. V. *infra*. Si veda inoltre: V. SCIALOJA, *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.*; 1901, IV, 61, che si ricollega alla prevalenza del giudizio logico sull'atto della volontà; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile* (1928), rist. Napoli, 1965, 301, il quale parla di attuazione della legge attraverso la sostituzione di organi pubblici all'attività privata, sulla base di una volontà legislativa; S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1964, 306, che riconduce la giurisdizionalità al vincolo del contenuto del potere, privo di fini autonomi (a differenza del potere legislativo) e legato esclusivamente alla legge (a differenza del potere esecutivo, per il quale la legge è solo limite); E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*; 1948, 510, T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità delle sentenze*, Milano, 1935, 25-26 e 106, V. ONIDA, *Note critiche in tema di legittimazione del giudice «a quo» nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi (con particolare riferimento alla Corte dei Conti in sede di controllo)*, in *Giur. It.*; 1968, IV, 254 ss. i quali sostengono essere l'autorità del giudicato a qualificare le decisioni giurisdizionali; M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale della libertà*, Milano, 1955, 119 nota 365, che si sofferma sulla «sovranità vincolata» del giudice; M. GALLO, *Questioni in tema di misure di sicurezza*, in *Giur. It.*; 1949, II, 345 ss., il quale pone l'accento sul rapporto di coordinazione in cui si trova il giudice, a differenza del rapporto di subordinazione che lega gli altri soggetti pubblici cui spetta l'esecuzione della legge; F. CARNELUTTI, *La Corte costituzionale sopra lo stato?*, in *Riv. dir. proc.*; 1960, 668, il quale ritiene che siano le modalità procedurali (contraddittori, impulso di parte, ecc.) che qualificano il procedimento in senso «obiettivo». Una parte dell'indagine compiuta al fine di identificare la natura giurisdizionale delle principali funzioni svolte dall'Antitrust muove proprio da quest'ultimo tipo di impostazione. Si ricercano cioè una serie di «elementi sintomatici» in presenza dei quali il «giudizio» instaurato davanti all'Antitrust potrebbe definirsi giurisdizionale. Si vedrà come però questo criterio, così come gli altri enunciati, non sia sufficiente per una corretta soluzione del problema della qualificazione giurisdizionale di un'attività al fine dell'instaurazione del giudizio incidentale di costituzionalità.

funzioni amministrative «obiettive» a organi dell'amministrazione resi in qualche misura indipendenti e operanti secondo procedure imparziali (si pensi alle funzioni di controllo, a quelle consultive, a quelle della cosiddetta «amministrazione giustiziale» e, da ultimo, a molte delle attività svolte dalle autorità indipendenti, quali le attività svolte in forma contenziosa dell'Antitrust). La «zona grigia» in cui sorgono i maggiori problemi è appunto questa dove si è verificata la «giurisdizionalizzazione» soggettiva e procedimentale dell'amministrazione, che è qualcosa di più della cosiddetta «giurisdizionalizzazione» che si realizza con l'applicazione della L. n. 241/1990, che pure si inserisce nel processo di estensione delle garanzie proprie del processo all'azione amministrativa, al fine di una maggiore tutela delle posizioni dei cittadini e quindi di una maggiore democraticità dell'esercizio della funzione amministrativa.

In tutti i suindicati casi possono mancare o essere attenuati i caratteri normali della giurisdizione, come la stabilità della decisione, che non sempre coincide con l'efficacia tipica del «giudicato», o l'impulso di parte; «ma tali carenze potrebbero essere sintomo insuperabile del carattere non giurisdizionale dell'organo o del procedimento solo assumendo della giurisdizionalità un carattere astratto (...). Se così non avviene, riconoscendosi la natura non concettuale del problema, si comprende che si debba procedere più pragmaticamente (...), a partire da esigenze concrete, tenendo conto della «ratio» su cui il riferimento alla giurisdizionalità si basa. Nel caso di specie, occorre cioè chiedersi qual è la «ratio» dell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi e da ciò argomentare, ricostruire la nozione della giurisdizionalità adeguata al caso specifico.

Occorre cioè rovesciare l'impostazione e invece di chiedersi che cosa siano in sé il giudizio e la giurisdizione, cercare di stabilire, nella «zona grigia», le condizioni in presenza delle quali può dirsi esistente la «ratio» dell'incidentalità⁸.

Questo è l'interrogativo che è necessario porsi in riferimento all'Antitrust, inquadrabile all'interno della Pubblica Amministrazione da un punto di vista soggettivo, ma esercitante funzioni che potrebbero ritenersi oggettivamente giurisdizionali. Si potrebbe quindi ammettere la possibilità che il carattere di giurisdizionalità sia riconosciuto per questa via e «ai limitati fini» della proposizione della questione incidentale, senza pregiudizio di diversa qualificazione ad altri fini.

L'estensione della proponibilità delle questioni incidentali non è però senza limiti. Incontra il limite fondamentale dell'identità di «ratio» che, secondo l'impostazione che ci pare preferibile, è rinvenibile nel «carattere di intermediarietà» della giurisdizione: il giudice, cioè, si caratterizzerebbe per essere il punto di con-

⁸ Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 179.

tatto fra la sfera politica e quella dei diritti fondamentali – entrambi garantiti in Costituzione – fra la «lex» (il diritto dal punto di vista del «politico») e gli «iura» (il diritto dal punto di vista della società), fra lo Stato-autorità e lo Stato-comunità. Il Giudice è «imparzialmente collocato fra l'uno e l'altro, non essendo agente esclusivo né dell'interesse della legge né dell'interesse degli «iura». La questione di costituzionalità nascente dal processo è lo strumento per illuminare le antinomie che in quel momento possono determinarsi e chiedere (alla Corte costituzionale) che vengano risolte»⁹.

Bisogna pertanto chiedersi se le autorità indipendenti e se l'Antitrust, in particolare, si trovino nella posizione di «intermediarietà» tale da consentire di sollevare questione di costituzionalità in via incidentale.

2. LA RELATIVITÀ DEL CONCETTO DI «GIUDICE» E «GIUDIZIO» NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Che i concetti di «giudice» e di «giudizio» siano concetti non astratti ed assoluti, e, anzi, siano concetti fortemente relativi, sia nel senso di essere storicamente e pragmaticamente determinati, sia nel senso di essere concetti elaborati «ai limitati fini» del giudizio incidentale, è principio pienamente accolto dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, infatti, concentrata nella risoluzione del singolo caso, in relazione al quale elabora di volta in volta definizioni apposite, raramente ha compiuto uno sforzo di astrazione e anche quando l'ha compiuto questo è rimasto sterile, perché non supportato da conseguenze in termini di orientamenti costanti. Tanto si è verificato con la ben nota sent. n. 83/1966¹⁰, che fissa i requisiti necessari per la valida proposizione della questione incidentale, in termini oggettivi e soggettivi, stabilendo la sufficienza dell'uno o dell'altro ai fini della legittimazione a proporre la questione incidentale. Alla stregua del primo criterio sarebbero da considerare autorità giurisdizionali anche organi che, pur estranei all'organizzazione della giustizia e istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, risultino tuttavia investiti, anche se in via eccezionale, di funzioni giudicanti, «per l'obiettivo applicazione della legge» e risultino all'uopo situati in posizione di «super partes». Alla stregua del secondo criterio sarebbero giudizi tut-

⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 176.

¹⁰ Cfr. Corte cost. 2 luglio 1966, n. 83 in *Foro It.*, 1966, I, 1432 ss.

ti i procedimenti che, quali ne siano la natura e le modalità, si compiano alla presenza e sotto la direzione del «titolare di un ufficio giurisdizionale». Qui ci sarebbe giudizio perché c'è un giudice vero e proprio; mentre, nella prima ipotesi, non c'è un giudice ma un organo che diventa giudice, perché ed in quanto svolge una certa attività e limitatamente allo svolgimento della stessa¹¹.

Tale impostazione è stata però puntualmente smentita dalla successiva giurisprudenza, che ben raramente ha ritenuto sufficiente l'esistenza dell'uno o dell'altro requisito per permettere la legittimazione, negando, anzi, che in presenza di uno solo dei due elementi si potesse ricorrere alla Corte, e ciò soprattutto in epoca più recente¹².

Un caso che merita una approfondita trattazione per un duplice ordine di motivi, perché in esso il requisito oggettivo è più che in altri casi determinante ai fini della qualificazione giuridica del soggetto quale «giurisdizione» e perché mostra in tutta evidenza la relatività dei concetti di «giudice» e di «giudizio» «ai limitati fini» della proposizione della questione incidentale, è quello della Corte dei Conti in sede di «giudizio» di parificazione dei conti e – soprattutto – in sede di esercizio di attività di controllo sugli atti del Governo.

Per quanto riguarda il giudizio di parificazione¹³, in un primo momento la Corte, pronunciandosi nel merito, decide implicitamente per l'ammissibilità della questione e quindi per la giurisdizionalità dell'organo, successivamente¹⁴ fornisce anche la motivazione di una tale legittimazione. Il giudizio di parificazione,

¹¹ Si tratta di un indirizzo chiaramente tendente ad allargare le possibilità di adire la Corte. Così V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 245.

¹² Per una ricostruzione in termini temporali della giurisprudenza della Corte costituzionale circa la legittimazione a proporre questione incidentale, si veda R. ROMBOLI, *op. cit.*, 42, che distingue due fasi: l'una caratterizzata da un'interpretazione estensiva dei requisiti necessari perché un soggetto sia ammesso a sollevare questione (1956-1971), l'altra caratterizzata da una serie di limitazioni (1971-1986). Quest'ultima pare durare fino ai giorni nostri: cfr. R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, 28.

¹³ In proposito cfr. C. CHIMENTI, *Parificazione dei rendiconti ed eccezione di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1963, 889 ss; G. AMATO, *Invalità della legge di bilancio e giudizi di parificazione*, in *Giur. cost.*, 1967, 782; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1960, 672; ANELLI, *Legittimazione della Corte dei Conti a promuovere questione di legittimità costituzionale in sede di registrazione di atti e in sede di parificazione di bilanci*, in *Foro amm.*, 1964, II, 638.

¹⁴ In una pronuncia, Corte cost. 19 dicembre 1966, n. 121, in *Foro It.*, 1967, I, 8, relativa ad una questione di costituzionalità sollevata dalle Sezioni riunite siciliane della Corte dei Conti in sede di parificazione del rendiconto generale della Regione Sicilia e concernente la norma che consentiva la registrazione con riserva dei decreti della Regione, norma dichiarata incostituzionale.

si dice, avviene secondo le stesse modalità procedurali previste per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali (udienza pubblica, partecipazione del p.m., contraddittorio dell'amministrazione)¹⁵, a norma dell'art. 40 del t.u. n. 241/1933¹⁶, convertito in L. n. 73/1933, e si risolve in una decisione definitiva ed insindacabile; pertanto è possibile qualificarlo come un giudizio ai fini del sindacato di costituzionalità, muovendo dalla necessità di non precludere l'accesso al controllo di costituzionalità nei casi di incertezza sulla natura del soggetto che l'ha promosso¹⁷.

Questo indirizzo viene confermato in due decisioni adottate contemporaneamente due anni più tardi, nella prima delle quali vengono dichiarate non rilevanti rispetto al giudizio di parificazione del rendiconto consuntivo dello Stato le questioni di costituzionalità aventi ad oggetto singole leggi di spesa o la singola legge di approvazione del bilancio preventivo. In questa pronuncia – importante ai fini dei successivi sviluppi – la Corte costituzionale osserva che in sede di parificazione la Corte dei Conti non applica le leggi di spesa né la legge di bilancio, la cui applicazione è già avvenuta in modo definitivo in sede del riscontro esercitato sui singoli decreti. Si ha così il riconoscimento della legittimazione del giudice «a quo», dunque, ma l'esclusione della rilevanza della questione¹⁸. Nella seconda decisione viene esaminata nel merito, con sommaria conferma dell'indirizzo giurisprudenziale relativo alla legittimazione del giudice «a quo,» una questione di costituzionalità sollevata dalla Corte dei Conti in sede di parificazione del rendiconto consuntivo della Regione Friuli-Venezia Giulia e riguardante una legge di questa Regione la quale sottrae al controllo di legittimità della Corte dei Conti gli atti di spesa del Presidente del Consiglio regionale relativi al funzionamento di quest'organo¹⁹.

¹⁵ AMATO, *op. cit.*, sottolinea, infatti, come l'identificazione del giudizio in base ad elementi procedurali è possibile soltanto nella situazione «storica di perdurante autoritarismo del nostro procedimento amministrativo cosicché quando il principio del giusto procedimento vi sarà penetrato, così come è accaduto in altri ordinamenti, la Corte costituzionale potrà ritrovarsi sprovvista dell'unico suo criterio per distinguere la giurisdizione dall'amministrazione». Profetico!

¹⁶ Proprio partendo da questo dato testuale CHIMENTI, *op. cit.*, 892, argomenta la sua tesi contraria alla giurisdizionalità, perché sostiene che l'art. 40 stabilisce qualcosa che altrimenti non sarebbe naturalmente derivato alla Corte dei Conti, che quindi agisce con le formalità proprie della giurisdizione non essendo però giurisdizione.

¹⁷ Per un commento alla sentenza si veda R. CHIEPPA, *Sulle questioni di costituzionalità sollevabili incidentalmente nel corso di giudizio di parificazione del rendiconto generale (a proposito della registrazione con riserva di atti regionali siciliani) e sulle nuove prospettive per i conflitti di attribuzione*, in *Giur. cost.*, 1966, 1651.

¹⁸ Corte cost. 30 dicembre 1968, n. 142, in *Foro It.*, 1969, I, 252.

¹⁹ Corte cost. 30 dicembre 1968, n. 143, in *Foro It.*, 1969, I, 251.

Altra e più discussa decisione è quella che, riprendendo l'indicazione contenuta nella motivazione della sent. n. 142/1968 sopra segnalata, ritiene ammissibile una questione di costituzionalità sollevata dalla Corte dei Conti nei confronti di una disposizione di legge recante delega legislativa al Governo in occasione del riscontro dello schema di decreto delegato approvato dal Consiglio dei ministri per esercitare la delega²⁰. L'ampia motivazione contiene una serie di spunti problematici²¹, ma quello più interessante è l'identificazione di un nuovo criterio atto a stabilire l'ammissibilità di un soggetto a sollevare questione incidentale. Si tratta del principio in base al quale legittimato può essere anche un soggetto che svolga una funzione non sostanzialmente giurisdizionale ma soltanto «analoga» a questa e goda, nel contempo, di garanzie di indipendenza non identiche bensì

²⁰ Si tratta della discussa sent. 18 novembre 1976, n. 226, in *Foro It.*, 1977, commentata di seguito in «Giurisprudenza costituzionale» del 1976, 1985, da: AMATO, LABRIOLA, CHIEPPA, PERGAMENO, PIZZETTI, SAITTA.

²¹ Uno di questi spunti riguarda il modo attraverso il quale si può ritenere esistente la giurisdizione dell'organo in questione, partendo dalla prospettiva da noi ritenuta meno diretta: attraverso cioè la ricerca di «elementi sintomatici» di giurisdizionalità (gli definisce così F. PIZZETTI, *La Corte dei Conti fra Corte costituzionale e Parlamento*, in *Giur. cost.*, 1976, 2024). In base a questi «elementi sintomatici» si può risalire ad un concetto di giurisdizione non pre-costituito, ma definibile caso per caso. Questo modo di procedere consente alla Corte di mantenere la massima discrezionalità nel determinare, a seconda dell'obiettivo che intende perseguire, gli elementi alla stregua dei quali riconoscere o negare la legittimazione a sollevare la questione. Nella fattispecie tali elementi vengono identificati nella posizione neutrale del magistrato addetto al controllo, nella garanzia di mera legalità della funzione di controllo della Corte dei Conti, nella diretta garanzia nel testo della Costituzione di tale controllo e solo di esso, nell'assurdità della posizione in cui si troverebbero dei magistrati costretti a vistare decreti illegittimi ma conformi a Costituzione ovvero legittimi ma contrari alla Costituzione stessa, nella presenza di elementi formali della giurisdizione contenziosa anche nel procedimento di controllo, nella presenza di un certo contraddittorio, nell'obbligo di motivazione della deliberazione della sezione, nel deposito della stessa, nel suo contenuto decisorio, nell'irretrattabilità e nell'insindacabilità. Ma se l'ampliamento dei soggetti legittimati a proporre questione incidentale di costituzionalità può essere positivamente valutato alla stregua del principio di costituzionalità, non può certo essere valutato positivamente questo modo di procedere, che non muove da una precisa direttiva di base, per la quale la Corte sceglie l'ammissione o meno della questione perché illuminata da una «ratio» univoca sull'istituto del giudizio incidentale, ma dalla logica, troppo spesso seguita, del «caso per caso», delle necessità contingenti e delle motivazioni contingenti, anche se pregevoli, come potrebbe essere in questo caso quella della necessità di non sottrarre al controllo di legittimità costituzionale leggi che altrimenti vi sfuggirebbero.

Anche e soprattutto per questi motivi riteniamo più corretto percorrere, nel prossimo capitolo, non tanto la strada degli «elementi sintomatici», ma quella della «ratio» degli istituti, al fine di dare risposta al quesito sull'ammissibilità dell'Antitrust a sollevare questione incidentale.

«analoghe» a quelle di cui godono (o debbono godere) nel nostro ordinamento gli organi giurisdicenti. Insomma per adire la Corte non necessita essere giudice oppure svolgere un'attività di natura giurisdizionale in posizione di indipendenza particolarmente qualificata: basta rivestire una posizione ed essere investiti di una funzione soltanto analoghe a quelle dei giudici comuni.

Del tutto nuova rispetto al passato è perciò l'interpretazione data in sentenza sia dell'art. 1, L. cost. n. 1/1948, che dell'art. 23, L. ord. n. 87/1953, se si ammette, come è comunemente ammessa, l'esistenza di una differenza, qualitativamente apprezzabile, tra interpretazione estensiva ed analogica²².

Si sa però che l'estensione analogica richiede un'identità di «ratio»: per l'ennesima volta occorrerebbe quindi chiedersi se ricorre tale identità nel caso di specie.

Anche questa sentenza quindi ricerca la soluzione del problema di come debba essere definita la giurisdizione non partendo da «elementi sintomatici», che al più possono comprovare l'esistenza della funzione giurisdizionale, ma, andando oltre, individuare la «ratio» che sottende il giudizio di costituzionalità in via incidentale per stabilire se ricorra anche nel caso controverso.

Se però per alcuni il giudizio «a quo» è la radice determinante del giudizio della Corte, che è sollecitata in primo luogo dalla tutela delle posizioni in gioco davanti al giudice «a quo» ed è finalizzata a garantire la corretta applicazione della costituzione nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Invece per altri il giudizio «a quo» è una mera occasione di giudizio della Corte, dal momento che questo serve ad eliminare la legge incostituzionale e a garantire quindi il corretto esercizio della funzione legislativa²³.

²² In senso contrario, cioè che non esista differenza fra le due, v. CAIANI, *Analogia*, in *Enc. del dir.*, II, 352, al quale si rimanda per l'ampia disamina della questione e per ulteriori indicazioni bibliografiche.

²³ Per le due tesi si veda l'ampia dottrina in materia, in particolare: AZZARITI, *Considerazioni sulla nuova disciplina del sindacato sulla legittimità delle leggi*, in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 130; ID. *Gli effetti delle pronunce sulla costituzionalità delle leggi*; *ivi*, 153; ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo di legittimità delle leggi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1950, 34; CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 1968, 621; CAPPELLETTI, *La pregiudiziale di costituzionalità nel processo civile*, Milano, 1957, 63; CRISAFULLI, *Ancora sulle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1965, 65 ss; ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruttoria sommaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 551; PACE, *Rilievi intorno alla sentenza del 28 aprile 1965 della Cassazione penale sulle garanzie della difesa nella istruttoria sommaria*, *ivi*, 1965, 451; ALLORIO, *Nuove riflessioni in tema di giurisdizione e di giudicato*, in *Scritti in onore di Calamandrei*, III, Padova, 1958, 47.

La L. n. 87 ha privilegiato la prima delle due ricostruzioni, mentre la legge costituzionale era aperta ad entrambe²⁴ e la Corte costituzionale si è mossa fra l'una e l'altra secondo ragioni di opportunità. Ha definito il giudizio di costituzionalità secondo la prospettiva più larga, quella cioè della finalizzazione di esso al corretto esercizio della funzione legislativa, ha d'altra parte considerato il giudizio «a quo» prevalentemente nell'ottica dell'altra prospettiva, conservandosi perciò la possibilità di giocare sulla rilevanza per arrivare o meno alla decisione di merito sulle questioni.

La sentenza qui esaminata farebbe però dubitare della ulteriore possibilità della Corte di muoversi in questa comoda altalena. Se la Corte dei Conti è giudice «a quo», la tesi del giudizio «a quo» come mera occasione finisce per diventare la preponderante, perché qui di posizioni soggettive non c'è neanche l'ombra e la proposizione d'ufficio diviene l'unica possibile, perché le parti non ci sono.

Ed è proprio questa la nota dolente, il punto su cui si incentrano le maggiori critiche, (non soltanto da parte dei sostenitori accaniti della seconda tesi, ma anche da parte di quanti si pongono su posizioni meno estreme²⁵), perché essendo il procedimento di controllo tutto interno all'apparato pubblico, non coinvolgendo posizioni soggettive dei terzi, non possiede il carattere dell'intermediarietà necessario ai fini della legittimazione a proporre questione incidentale.

Da apprezzare pertanto il procedimento logico della Corte che utilizzando l'interpretazione analogica si rifà alla «ratio» del sistema incidentale, percorso da noi preferito, e non, o non tanto, alla presenza di «elementi sintomatici», ma da criticare la soluzione finale cui si perviene attraverso tale procedimento. Se la «ratio» del sistema incidentale, ovviamente dal nostro punto di vista, è rinvenibile nell'intermediarietà del giudice «a quo», tale intermediarietà è completamente assente nel caso di specie e pertanto sarebbe stata corretta un'altra e negativa conclusione.

La sentenza in questione aveva, inoltre, fatto sperare in un ampliamento notevole dell'accesso al giudizio incidentale, cosa che in realtà non è avvenuta, o comunque non avvenuta nei termini in cui ci si attendeva.

Nel 1991 (sent. n. 44), infatti, si ha una ulteriore limitazione dell'accesso in riferimento alla Corte dei Conti. Si afferma la legittimità della Corte dei Conti, nell'esercizio della sua funzione di controllo, a sollevare questione incidentale di costituzionalità, ma con un'ulteriore specificazione: «limitatamente ai profili atti-

²⁴ Questa l'interpretazione di F. PIZZETTI-G. ZAGREBELSKY, *Non manifesta infondatezza e rilevanza nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, 1972.

²⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 183.

nenti alla copertura finanziaria di leggi di spesa, perché il riconoscimento della relativa legittimazione, legata alla specificità dei suoi compiti nel quadro della finanza pubblica, si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato leggi che, come nella fattispecie in esame, difficilmente verrebbero per altra via, ad essa sottoposte»²⁶.

Alla luce della sent. n. 44/1991 si può dunque affermare che la sent. n. 266/1976 sia un «unicum», motivata da ragioni particolari e specifiche del caso, oppure si inserisce in un indirizzo generale della Corte che accoglie una visione relativa del concetto di giurisdizione, indirizzo che, come un fiume carsico, a tratti scorre sotto il suolo e a tratti emerge?

La risposta a questo interrogativo non può essere univoca, risentendo, ancora una volta, delle impostazioni di base dei diversi autori.

Se c'è chi potrebbe riconoscere nell'ulteriore limitazione ai profili attinenti alle leggi di spesa una prova dell'eccezionalità della legittimazione conferita alla Corte dei conti in sede di controllo, potrebbe anche esserci chi attribuisce alla sentenza del 1991 significato di conferma dell'indirizzo del 1976 e all'inciso meno valore pleonastico e comunque valore non determinante per una ricostruzione del concetto di giurisdizione «ai limitati fini» del giudizio di costituzionalità.

Questa la tesi da noi preferita che ci consente di continuare ad affermare che anche la Corte, accogliendo un concetto relativo, «ai limitati fini», e pragmatico, non astratto, dei concetti di «giudice» e «giudizio», si dimostra disponibile ad allargare la strettoia attraverso la quale le leggi possono arrivare ad essa, allo scopo di permettere il rispetto di un principio fondamentale, quello della superiorità della Costituzione dalle leggi, che rischierebbe, per particolari tipi di legge, di essere calpestato. Ed è proprio questa l'esigenza che si pone alla base del ragionamento di quanti – pochi per la verità: pochi «missionari nella terra di miscredenti» – ipotizzano la possibilità di configurare l'Antitrust quale giudice «a quo» della Corte costituzionale: sottoporre alla Corte leggi lesive del principio della libera concorrenza, principio assunto quale costituzionale, e che difficilmente possono giungere alla Corte per altra via, o comunque, per una via la quale consenta la stessa speditezza (che in un campo come quello economico è sinonimo di effettività).

I ragionamenti pratici, ma anche i ragionamenti logico-giuridici, che si vanno compiendo in relazione all'Antitrust nell'esercizio di alcune sue attività, non sono dissimili da quelli compiuti in riferimento alla Corte dei Conti nell'esercizio

²⁶ Circa tale decisione, in senso critico: ONIDA, *Legittimazione della Corte dei Conti limitata «per parametro» o conflitto di attribuzione*, in *Giur. cost.*, 1991, 4168 ss.

del «giudizio di parificazione» ma soprattutto nell'esercizio del controllo preventivo sugli atti del Governo.

La Corte costituzionale ha legittimato la Corte dei Conti, in questi casi, a proporre questione di costituzionalità proprio muovendo dai due presupposti che potrebbero portare l'Antitrust a essere giudice «a quo»: da un lato l'esigenza pratica di sindacare leggi che difficilmente per altre vie giungerebbero alla Corte costituzionale (esigenza pratica), dall'altro una particolare interpretazione del requisito oggettivo, dell'esistenza di un «giudizio» «ai limitati fini» della proposizione della questione incidentale (presupposto logico-giuridico). Se questi due presupposti, l'uno da un punto di vista giuridico-formale irrilevante, ma da un punto di vista «politico» fortissimo, l'altro da un punto di vista giuridico-formale fondamentale almeno quanto è «politicamente» privo di alcuna importanza, peseranno a tal punto da far ammettere l'Antitrust a sollevare questione incidentale di costituzionalità è cosa davvero difficile da prevedere; a noi resta da stabilire se sia cosa corretta.

3. L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO QUALE GIUDICE «A QUO»

Il tentativo di argomentare l'ammissibilità dell'Antitrust a sollevare questione incidentale di costituzionalità può seguire due strade diverse e parallele: l'una, diremo secondaria, che parte dall'analisi di una serie di «elementi sintomatici» per tentare di affermare il carattere giurisdizionale di alcune delle attività svolte dall'Antitrust, l'altra, principale, che muove dal principio di costituzionalità e dalla «ratio» che sottende il giudizio incidentale per verificare la posizione dell'Antitrust all'interno dell'ordinamento nel suo complesso e stabilire se questa posizione consente di attribuirle il carattere di intermediarietà che le garantirebbe il riconoscimento della giurisdizionalità «ai limitati fini» del giudizio di costituzionalità.

Qualora poi le due strade portassero – ma non è affatto detto – all'affermazione della possibilità che l'Antitrust sia considerata «giudice», o meglio che l'attività da essa compiuta, e limitatamente ad alcune attività, sia un «giudizio», bisogna verificare se ciò non incorra nel divieto di costituire nuovi giudici speciali contenuto in costituzione o se, invece, attraverso la nozione «relativa» di giurisdizione e il richiamo ad una sola delle due facce della medaglia, il «giudizio» e non anche all'altra, il «giudice», si possa «dribblare» anche quest'ulteriore ostacolo.

Ricorrono troppi «se» e troppi «ma», alcuni dei quali superabili, altri, in onestà, difficilmente evitabili pur in presenza dei buoni propositi che muovono

quanti sostengono la possibilità di ammissione dell'Antitrust a sollevare questione di costituzionalità. È giusto, infatti, ritenere in un sistema a Costituzione rigida, come il nostro, assolutamente prioritario il principio di costituzionalità, il principio della superiorità della Costituzione alle leggi, e quindi è giusto che si trovi la strada di dichiarare incostituzionali delle leggi contrarie a principi costituzionali, quali quelli della concorrenza e del mercato, sempre che si ritengano principi costituzionalmente garantiti, ma è altrettanto giusto che tale strada non sia essa stessa contraria a Costituzione, non si ponga in contrasto con il sistema di giustizia costituzionale e di accesso alla Corte prescelto dal legislatore costituzionale.

La prima delle due strade indicate per risolvere la questione dell'ammissibilità dell'Antitrust a sollevare questione incidentale di costituzionalità non è la principale, perché muove dalla ricerca di «sintomi» in presenza dei quali può dirsi esistere un «giudizio» e un «giudice», e non mira al cuore della questione, che è quella della natura del soggetto, l'Antitrust, che si ipotizza legittimato.

L'analisi su questi «sintomi» può svolgersi secondo due criteri che, in senso lato, rispecchiano l'elemento soggettivo, la presenza di un «giudice», e oggettivo, la presenza di un «giudizio», necessari – anche alternativamente – secondo la legge, nell'interpretazione della Corte costituzionale, perché un soggetto possa considerarsi giudice «a quo» della Corte costituzionale²⁷.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo il discorso potrebbe essere facilmente liquidato attraverso la constatazione che i procedimenti di cui di seguito non si svolgono certo «alla presenza e sotto la direzione di un giudice» istituzionalmente tale, «titolare di un ufficio giurisdizionale», come recita la più volte citata sent. n. 83/1966.

L'Antitrust è, infatti, un organo collegiale composto da un Presidente e da quattro membri, nominati con provvedimento adottato di intesa dai Presidenti di Camera e Senato²⁸.

²⁷ Per l'intera ricostruzione della questione riguardante gli elementi soggetti e oggettivi richiesti dalla Corte costituzionale al fine dell'instaurazione del giudizio di costituzionalità delle leggi si rimanda ai paragrafi precedenti.

²⁸ Secondo una delle possibili interpretazioni, l'attribuzione della nomina ai Presidenti di Camera e Senato è rivolta a determinare una sorta di parallelismo fra l'organo nominante e il nominato rispetto alle funzioni da essi svolte: alla funzione politicamente neutra dei Presidenti di Camera e Senato (si veda in merito A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 1992) dovrebbe corrispondere la neutralità dell'Antitrust nell'esercizio delle funzioni attribuitele dalla legge. La tesi è però fortemente criticata da M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 157: «per chi non voglia accettare l'interpretazione liberistica della Costituzione e in generale un assetto di rapporti economici dai quali sia escluso il bilanciamento dei valori privati con va-

L'Antitrust non è quindi, ed è di tutta evidenza, un giudice inquadrato nella Magistratura ordinaria o speciale.

Quello che però bisogna considerare sono le prerogative che dalla legge le sono attribuite, in tutto simili a quelle di cui godono i giudici canonicamente intesi. Sono l'autonomia²⁹, l'indipendenza³⁰ e la neutralità, delineate dall'art. 10, comma 2°, della L. n. 287/1990, caratteristiche necessarie all'Antitrust per l'esercizio delle sue funzioni³¹.

lori o fini sociali pubblici, risulta impossibile considerare le autorità indipendenti come poteri neutrali, e perciò argomentare una effettiva indipendenza nei confronti degli organi politici, che di quei fini sociali sono in via di principio i custodi ... Accanto alla indipendenza assoluta (dei neutralisti) e alla tradizionale – seppur limitata – dipendenza dal Governo (dei continuisti), si prefigura – per le amministrazioni indipendenti nominate secondo tali particolari modalità – una terza via, consistente nella dipendenza o dal solo Parlamento, o dal Parlamento insieme ad altri poteri». Qualsiasi interpretazione si voglia dare resta innegabile il dato storico – politico che ha condotto ad un tale meccanismo di nomina, determinato dalla necessità di coinvolgere l'opposizione nel governo del paese senza integrarla al Governo, necessità che si riverbera appunto nel deferimento delle decisioni ad una sede istituzionale nella quale fossero legittimate a partecipare tutte le forze politiche anziché le sole forze di maggioranza. In quest'ottica, dunque, le deroghe al principio della nomina governativa dei funzionari pubblici vengono lette come il riflesso di una «parlamentarizzazione di spazi oggettivamente amministrativi... al fine di consentire l'esercizio, su talune funzioni pubbliche, di un indirizzo politico amministrativo parlamentare invece di quello governativo». Sempre MANETTI, *op. cit.*, 164.

²⁹ F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1994, 207: «Autonomia esprime ... la possibilità che un sistema organizzato ... ha di autoregolamentarsi ... naturalmente un siffatto potere normativo appare destinato ad esaurire i propri effetti nell'ambito interno dell'ordinamento sempreché quest'ultimo non formi oggetto di riconoscimento pieno da parte dell'ordinamento giuridico statale». Inoltre V. specificamente A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, il quale definisce l'autonomia: «La situazione di separatezza che un'amministrazione pubblica di nuova creazione per lo svolgimento di funzioni statali, o comunque di interesse pubblico, assumeva nei confronti dello stato unitario in forza dell'attribuzione della personalità giuridica». Ma in riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato l'autonomia è attribuito sganciato dal riconoscimento della personalità giuridica.

³⁰ Si tratta dell'indipendenza dal potere politico, burocratico ed economico, di cui si preciserà di seguito il significato.

³¹ L'autonomia è garantita innanzitutto dal particolare meccanismo di nomina dell'Antitrust, ma anche dai criteri di scelta delle persone da nominare, che siano di «notoria indipendenza» (art. 10, comma 2°); dalla durata in carica e dal divieto di riconferma (art. 10, comma 3°); dall'indennità che assicuri un trattamento economico confacente al prestigio dell'ufficio (art. 10, comma 8°); dal potere di autorganizzazione interna (art. 10, comma 4°); dalle garanzie complessive del personale, dal regime di incompatibilità dei componenti; nonché dal regime delle risorse finanziarie, che gravano sullo stato di previsione della spesa del Ministero dell'Industria e sono accorpate in un capitolo unico, con possibilità di deroghe rispetto alle disposizioni della contabilità generale dello Stato.

A proposito di questi requisiti, non si può fare a meno di constatare che, quando la Corte costituzionale argomentava circa l'ammissibilità della Corte dei Conti in sede di controllo a sollevare questione incidentale, muoveva proprio da essi: l'indipendenza, l'autonomia e il porsi in posizione di neutralità (tra l'altro discutibili stante la posizione di ausiliarità della Corte dei Conti rispetto al Parlamento) per dimostrare l'analogia con la funzione giurisdizionale e quindi la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità in via incidentale³².

Si obietta a questo ragionamento che il modo di agire delle autorità indipendenti in posizione di autonomia, indipendenza e neutralità rispetto agli interessi in gioco, che ha fatto sì che le funzioni da esse esercitate vengano assimilate a quelle svolte dall'autorità giurisdizionale, non può essere mirato a qualificare le nuove istituzioni in senso giurisdizionale, e neanche a qualificare in tal senso le relative funzioni, ma semplicemente a spiegare il modo di esercizio delle stesse³³.

Dal punto di vista oggettivo e degli «elementi sintomatici» in presenza dei quali può dirsi esistente un «giudizio», l'analisi da compiere è ancora più complessa – e lo diventerà ancora di più in riferimento alla natura dell'Antitrust – perché gli elementi stessi da prendere in considerazione sono, se non altro quantitativamente, più numerosi.

L'indipendenza dal potere politico, burocratico ed economico è d'altro canto frutto dei vari tipi di autonomia riconosciuta a questi soggetti.

La neutralità implica poi un discorso più complesso, al limite con le considerazioni circa la natura del soggetto (per buona parte delle quali rimandiamo quindi al prossimo §), perché riguarda l'essenza dell'attività svolta dall'Antitrust: se si tratti cioè di attività amministrativa in senso proprio, che implichi ponderazione di interessi, ovvero se si sia di fronte ad attività di applicazione della legge, caratterizzata nel senso della neutralità e pertanto in tutto simile a quella dei giudici.

³² Ampiamente a proposito della Corte dei Conti e della sent. n. 266/1976 che le riconosce la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità in via incidentale nel paragrafo precedente.

³³ Sul punto sono concordi tutti gli autori che si sono occupati delle amministrazioni indipendenti. In particolare per M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSI, Milano 1993. L'Antitrust, che rappresenta il modello più puro di amministrazione indipendente, sarebbe un organo formalmente amministrativo che svolge funzioni in larga parte assimilabili a quelle proprie degli organi giurisdizionali. G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1990, 415, invece, pur ammettendo che le funzioni delle amministrazioni indipendenti siano in larga parte assimilabili a quelle del giudice (soprattutto per escludere la titolarità dei poteri discrezionali), sottolinea che le attribuzioni di queste autorità potrebbero essere classificate in posizione intermedia tra l'attività di mera polizia (attuazione di misure preventive e successive per evitare che dall'azione dei privati possono derivare danni ai consociati) e l'attività direttiva (capacità di concorrere alla regolazione del settore).

Bisogna innanzitutto analizzare il modo di articolarsi del rapporto tra legislazione e Antitrust per verificare a quale delle due «species», amministrazione o giurisdizione, del «genus» «applicazione della legge», le attività prevalenti dell'Antitrust possano ricondursi. È una problematica inquadrabile più propriamente nel problema della natura dell'Antitrust, ma che viene qui anticipata costituendo un «prius» logico riguardando la tipologia essenziale delle funzioni svolte dall'Antitrust rispetto a tutte le altre considerazioni che si svolgeranno.

«Il nucleo caratterizzante dei poteri dell'Antitrust è rappresentato dal potere di accertamento e di qualificazione dei fatti, atti e comportamenti, in termini di liceità o illiceità, in relazione alla disciplina materiale della concorrenza (artt. 2 e 4 della L. n. 287) e alla disciplina in tema di pubblicità ingannevole (artt. 2-6 del D.Lgs. n. 74/1992) ed eventualmente di adozione delle misure sanzionatorie e ripristinatorie conseguenti. L'esercizio di un siffatto potere di accertamento presuppone da parte dell'Antitrust una serie anche complessa di valutazioni, nessuna delle quali però postula un apprezzamento e una ponderazione di interessi diversa ed ulteriore rispetto a quella generale all'osservanza della norma applicata»³⁴.

L'attività così posta in essere non è affatto diversa da quella che viene comunemente svolta dal giudice civile o penale allorché sia chiamato a qualificare e sussumere una fattispecie concreta in una fattispecie normativa in vista della comminazione di una sanzione o dell'emanazione di altro tipo di pronuncia volto a ripristinare lo «status quo ante» o di condanna al risarcimento del danno (esempio l'attività svolta dal giudice ordinario proprio in tema di concorrenza sleale *ex art. 2598 c.c.*).

Le critiche movibili a questo tipo di argomentazioni sono al limite delle considerazioni sulla natura dell'Antitrust e sull'interpretazione delle norme più qualificanti dell'attività dell'Antitrust: se queste lascino spazio ad una ponderazione degli interessi sia privati che pubblici, in termini discrezionali, o non lascino un tale spazio. Quanti sostengono, e sono l'assoluta maggioranza, la natura amministrativa anche delle funzioni svolte dall'Antitrust non possono che partire proprio dal rilievo che un tale spazio viene dalla legge concesso³⁵.

³⁴ «Per dimostrare più puntualmente l'esistenza di questo aspetto occorrerebbe analizzare una per una le disposizioni della L. n. 287 e del D.Lgs. n. 74. Dall'analisi risulterebbe che nessuno degli elementi che compongono le fattispecie normative lascia all'Antitrust spazi di valutazione propriamente discrezionali». Da M. CLARICH, *op. cit.*, n. 130. L'A. riprende l'argomento sviluppandolo soprattutto per quanto riguarda i poteri attribuiti all'Antitrust in tema di pubblicità ingannevole, in «L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziosi», in «I garanti delle regole - le autorità indipendenti», *op. cit.*

³⁵ Non ci dilunghiamo molto circa le obiezioni movibili alle argomentazioni a favore della

Rileva poi fra gli «elementi sintomatici» di tipo oggettivo la tipologia di alcune attività dell'Antitrust esercitate in forma contenziosa³⁶.

Se infatti, a fini classificatori, si volessero distinguere le autorità indipendenti a seconda delle attività svolte in prevalenza, l'Antitrust, insieme al Garante per la radiodiffusione e l'editoria, potrebbe essere ricompresa fra gli organismi che agiscono secondo forme prevalentemente contenziose (a fronte della Consob e della Banca d'Italia che agiscono prevalentemente attraverso attività normative e di controllo), perché la loro azione si snoda attraverso procedimenti caratterizzati non soltanto da forme di partecipazione dell'interessato al procedimento iniziato e promosso dall'Antitrust, ma dall'esistenza di un vero e proprio contraddittorio, la cui instaurazione appare come un requisito di legittimità della stessa procedura intrapresa. L'Antitrust anzi si pone come «il modello od il tipo di autorità amministrativa a prevalente attività contenziosa»³⁷, perché le norme positive dispongono che le autorità di vigilanza di settore operino secondo le procedure previste per l'Antitrust. Questo modo di procedere è qualcosa di più rispetto alla partecipazione al procedimento garantita dalla L. n. 241/1990 (amministrazione partecipata), perché prevede l'instaurazione di un vero e proprio contraddittorio, un conflitto, che l'Antitrust è chiamata a sciogliere autorevolmente³⁸. (E l'Antitrust, chiamata a risolvere la contraddizione, impone la propria decisione perché è in posizione di indipendenza³⁹).

L'attività oltre ad essere svolta in contraddittorio è esercitata con tutte le formalità e garanzie all'uopo necessarie, quali la piena conoscenza degli atti istruttori e la verbalizzazione, per quanto riguarda tutti e quattro i procedimenti che hanno natura contenziosa:

1. il procedimento di accertamento della esistenza di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante (artt. 12, 13, 14 e 15 L. n. 287);
2. il procedimento concernente l'accertamento di operazioni di concentrazione (artt. 16, 17, 18 e 19 L. n. 287);

tesi giurisdizionale perché gli scritti in senso contrario e a favore della tesi amministrativa, sono tanti e tali da soddisfare pienamente le curiosità speculative.

³⁶ Cfr. A. PAJNO, *Esercizio di attività in forme contenziose*, in *I garanti delle regole - le amministrazioni indipendenti*, *op. cit.*

³⁷ Cfr. PAJNO, *op. cit.*, p. 7 del suo intervento.

³⁸ L'attività descritta si distinguerebbe dall'attività semicontenziosa perché in quest'ultima il conflitto di interessi è ancora eventuale.

³⁹ Per la relazione intercorrente tra i concetti di attività amministrativa contenziosa e indipendenza si veda diffusamente PAJNO, *op. cit.*

3. il procedimento di autorizzazione in deroga al divieto di cui all'art. 2 (art. 4, comma 1° e 3° L. n. 287);

4. il procedimento di revoca di tali autorizzazioni⁴⁰.

L'obiezione a questo modo di ragionare è che è vero che il contraddittorio aiuta a qualificare un'attività come giurisdizionale, ma non è certo la prova decisiva essendo un elemento rinvenibile anche in attività amministrative come quella contenziosa⁴¹.

Non osterebbe alla ricostruzione in termini giurisdizionali delle attività svolte dall'Antitrust neanche la constatazione che la stessa non è estranea all'iniziativa del procedimento al termine del quale è chiamata a pronunciarsi (secondo il principio: «ne procedat iudex ex officio»)⁴². Se è vero che l'Antitrust procede d'ufficio in numerose occasioni disciplinate dalla L. n. 287/1990 (ad esempio *ex art. 6, comma 1°*), è altrettanto vero che tale posizione è stata abbandonata nelle ultime attribuzioni operate dal decreto legislativo n. 74/1992 in materia di pubblicità ingannevole, per il quale i soggetti legittimati ad adire l'Antitrust sono: i concorrenti, i consumatori, il Ministro dell'Industria, ecc. (art. 7, comma 2°).

Quella che però sembra l'argomentazione risolutiva è che anche in presenza dell'iniziativa d'ufficio non è da escludere il carattere di giurisdizionalità. Erano e sono, infatti, presenti nel nostro ordinamento giudizi iniziati dal giudice «*ex officio*»: nel campo civile, i giudizi fallimentari (art. 6 legge fallimentare); nel campo penale, il giudizio pretorile secondo il vecchio rito (artt. 231, 406 505, 506 del vecchio c.p.p.); nel campo amministrativo, i vecchi giudizi contabili di competenza dei Consigli di Prefettura e della Corte dei Conti.

La similitudine con l'attività svolta dagli organi giudiziari si estende poi al tipo di decisioni prese dall'Antitrust in conseguenza all'attività di accertamento svolta secondo le forme contenziose durante l'istruttoria. Le decisioni, infatti, sembrerebbero del tutto simili, sul piano strutturale, alle pronunce dell'autorità giudiziaria: nel caso di accertamento di una violazione delle regole in materia di intese e di abuso di posizione dominante l'Antitrust, a conclusione dell'istrutto-

⁴⁰ La natura contenziosa di questi ultimi due procedimenti è discussa, mentre è pacifica per i primi due. Per la tesi favorevole si veda sempre PAJANO, *op. cit.* 27.0

⁴¹ Si veda PAJANO, *op. cit.*, che configura i procedimenti esaminati non in termini di attività giurisdizionale, ma in termini di amministrazione contenziosa.

⁴² Considera invece la non estraneità all'iniziativa una condizione determinante per differenziare l'attività delle autorità indipendenti dall'attività giurisdizionale G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle authorities*, Relazione alla giornata di studi su «Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici», Firenze, 16 Febbraio 1996, 73-74.

ria, «fissa alle imprese agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse» (art. 15, comma 1°) e, se l'infrazione è grave, applica una sanzione pecuniaria; nel caso di operazioni di concentrazione vietate secondo i principi posti dall'art. 6 (concentrazioni atte ad eliminare o ridurre in modo durevole e sostanziale la concorrenza), l'Antitrust «ne vieta l'esecuzione» (art. 10) o, se l'operazione è stata già realizzata, «può prescrivere le misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi» (art. 18, ultimo comma)⁴³.

Quello che però lascia perplessi, prima ancora che, come vedremo, gli effetti tipici di tale decisione, nonché le modalità di impugnativa, è la possibilità di configurare tali decisioni come qualcosa di diverso da decisioni amministrative prese al termine di un procedimento amministrativo in forme contenziose⁴⁴.

Del resto a questo tipo di decisioni anche se amministrative, e così si arriva al problema ulteriore degli effetti di tale provvedimento, vengono attribuiti gli effetti della cosa giudicata in senso formale⁴⁵.

È vero, però si obietta, che tanto la sentenza – l'atto tipico in cui si esercita la funzione giurisdizionale – quanto il provvedimento amministrativo (sia la decisione amministrativa che l'atto amministrativo) possono diventare inoppugnabili, cioè inattaccabili con i mezzi di impugnazione che contro l'una e contro l'altro sono previsti dalla legge a favore del cittadino, ma solo la sentenza farebbe «stato ad ogni effetto» (art. 2909 c.c.).

«Il fare stato» è l'unico criterio ritenuto universalmente valido da un'autore-

⁴³ Quest'ultima formula riecheggia fortemente quella dell'art. 2599 c.c. in materia di concorrenza sleale.

⁴⁴ Alla base dell'enucleazione di tale categoria sta innanzitutto l'idea, propria della dottrina tedesca, di trasferire la forza e gli effetti della cosa giudicata agli effetti del provvedimento amministrativo. Tale idea si sviluppa allo scopo di dare risposta ad una questione specifica, riguardante la possibilità di configurare il giudicato in senso materiale anche con riferimento ai provvedimenti amministrativi. La questione fu risolta nel senso di identificare una categoria di atti di tipo dichiarativo, il cui scopo era quello di procedere all'applicazione delle norme di legge o di diritto ad una fattispecie delimitata e di attribuire a tali atti – denominati appunto decisioni – gli effetti della cosa giudicata.

⁴⁵ Da molti anni si fronteggiano nella dottrina, prima tedesca e poi italiana, le contrapposte teorie dette rispettivamente «processuale» o «formale» e «sostanziale» del giudicato. Cfr. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1991, 22. L'A. risolve la contrapposizione affermando che si tratta di due facce della stessa medaglia. La situazione processuale del non essere la sentenza più soggetta ad alcuna impugnazione ordinaria (art. 324 c.p.c.) determina l'effetto sostanziale di fare stato fra le parti (art. 2909 c.c.), il quale effetto, a sua volta, determina l'effetto processuale di porre un vincolo ai giudici di ogni futuro giudizio. *Ivi*, soprattutto nota 8, bibliografia in argomento.

volissima dottrina⁴⁶ per distinguere nel nostro ordinamento l'attività giurisdizionale dalle altre attività propriamente «neutrali». Il «proprium» della giurisdizione non andrebbe ricercato in nessuno degli elementi innanzi esaminati, né il carattere di terzietà del giudice, né la preordinazione alla risoluzione di una lite, né l'estraneità dell'iniziativa, né il carattere dell'inoppugnabilità dei provvedimenti, ma nel valore formale delle pronunce. «La sentenze, e cioè i provvedimenti in cui sfocia, e in funzione dei quali si esplica, l'attività di giurisdizione contenziosa, hanno, nel nostro ordinamento, questo carattere distintivo rispetto ai provvedimenti delle altre autorità e agli atti dei privati: che le loro statuizioni anche se non conformi alla legge, non possono essere revocate o modificate o comunque dichiarate illegittime, se non mediante altre pronunce giurisdizionali»⁴⁷.

Ora alle decisioni «tipiche» dell'Antitrust, cioè alle decisioni prese a seguito di istruttoria e conseguenti all'accertamento in contraddittorio della fattispecie concreta alla luce delle disposizioni normative di volta in volta rilevanti (quali l'artt. 6; 15, ultimo comma; 10, comma 1°; 18, ultimo comma), non si può certo riconoscere il valore che si riconosce agli atti tipici della funzione giurisdizionale, le sentenze, cioè la capacità di «fare stato». I provvedimenti in questione, infatti, possono ben essere revocati o modificati da sentenze dell'autorità giurisdizionale amministrativa, e in particolare dal T.A.R. del Lazio, cui l'art. 33 della L. n. 287/1990 attribuisce la giurisdizione esclusiva per i provvedimenti adottati dall'Antitrust, ma non è possibile che avvenga il contrario. Se solo la sentenza può dare una nuova disciplina al rapporto giuridico regolato da altra sentenza, questa forza non è propria delle decisioni dell'Antitrust.

Le decisioni dell'Antitrust, inoltre, sono impugnate davanti al T.A.R. come qualsiasi provvedimento amministrativo⁴⁸ e sono sottoposte ad un sindacato in tutto simile a quello al quale sono sottoposti tali atti. «Le decisioni delle autorità indipendenti sono sottoposte ad un serrato scrutinio di logicità e di coerenza, che riguarda il formarsi dell'atto, i suoi presupposti, la carenza dell'istruttoria, la parità di trattamento con casi analoghi (vizio particolarmente rilevante nei provvedimenti non discrezionali), scrutinio che va ben oltre quello proprio dei provvedimenti giurisdizionali, che non sono sottoposti a valutazioni di eccesso di pote-

⁴⁶ Cfr. A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1964, 200 ss.

⁴⁷ Cfr. A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 200 ss.

⁴⁸ Per i problemi legati all'impugnazione delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si veda: MARINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e giustizia amministrativa* in *Scritti in onore di P. Virga*. II Milano, 1994, 1001 ss; e PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, I, 69 ss.

re, ma solo di violazione di legge o al più di carenza o contraddittorietà di motivazione»⁴⁹.

In conclusione pare davvero arduo poter argomentare muovendo da «elementi sintomatici» sia di tipo soggettivo (le caratteristiche di autonomia, indipendenza e neutralità), sia di tipo oggettivo (la tipologia dell'attività, il contraddittorio, l'impulso, la decisione, l'impugnativa) l'esistenza di un «Giudice-Antitrust», conclusione ovvia, e l'esistenza di un «giudizio», conclusione meno scontata.

Inoltre applicare oggi i criteri, che noi abbiamo definito «elementi sintomatici», elaborati dalla Corte costituzionale in passato per identificare l'esercizio di una funzione giurisdizionale, potrebbe portare a soluzioni scorrette, perché l'ordinamento giuridico nel suo complesso è mutato. Gli elementi utilizzati dalla Corte per argomentare l'esistenza di un «giudizio» potrebbero non essere utilizzabili più oggi, dopo «la riforma in senso democratico» della Pubblica Amministrazione operata dalla L. n. 241/1990, che ha introdotto diversi elementi di provenienza giurisdizionale a garanzia del cittadino all'interno del procedimento amministrativo, nonché dopo il cambiamento dell'apparato pubblico nel suo complesso attuato attraverso l'introduzione di questi strani «esseri» che sono le autorità indipendenti.

La via maestra per risolvere il problema dell'ammissibilità dell'Antitrust a sollevare questioni di costituzionalità in via incidentale passa allora attraverso l'identificazione della «ratio» del sistema incidentale.

Tale «ratio» è variamente rinvenuta in dottrina, ora nella garanzia della corretta applicazione della Costituzione nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ora nella garanzia dell'eliminazione delle leggi incostituzionali e il corretto esercizio della funzione legislativa. Un modo particolare per intendere la prima ricostruzione è quello «zagrebelskyano» di rinvenire nel giudizio «a quo» un momento di incontro dello Stato-autorità e dello Stato-comunità, da cui trarre il cosiddetto principio d'intermediarietà posto alla base della «ratio» del sistema incidentale. In base a tale principio si possono risolvere numerose questioni controverse riguardanti soggetti il cui carattere giurisdizionale è dubbio, e si possono risolvere anche soltanto per riconoscere tale carattere «ai limitati fini» dell'incidente di costituzionalità.

Pertanto per risolvere il problema dell'ammissibilità dell'Antitrust a sollevare questione incidentale di costituzionalità bisogna partire proprio dalla natura della stessa e dalla posizione che questa occupa all'interno dell'assetto

⁴⁹ Cfr. G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 74.

dei pubblici poteri per verificare se tale posizione risponda alla «ratio» del giudizio incidentale di costituzionalità, cioè, al principio di intermediarietà.

Moltissime sono le posizioni espresse, circa la natura e la collocazione dell'Antitrust all'interno dell'assetto dei pubblici poteri in dottrina⁵⁰ e questo dimostra la difficoltà di racchiudere dentro un solo schema la variegata tipologia delle funzioni svolte dall'Antitrust. Ma più che una difficoltà a noi pare essere cosa impossibile, proprio perché una riduzione ad unità in questa materia significherebbe non intuire la vera essenza delle autorità indipendenti e non cogliere l'aspetto più innovativo di queste.

L'Antitrust è al tempo stesso espressione dello Stato-autorità e dello Stato-comunità⁵¹, ma è anche al tempo stesso espressione del potere giudiziario, del potere esecutivo e del potere legislativo, svolgendo funzioni tipicamente riconducibili alle tre forme di espressione dei poteri dello Stato⁵².

Alla prima specie, al potere giudiziario, sono ascrivibili le funzioni più tipiche dell'Antitrust, quelle che si caratterizzano per lo svolgersi in posizione di terzietà, di diretta applicazione della legge, di assenza di ponderazione di interessi, di garanzie procedurali e di contraddittorio.

Si tratta soprattutto delle fattispecie dell'intesa (art. 2) e dell'abuso di posizione dominante (art. 3), dove l'Antitrust agisce attraverso una sorta di discrezionalità tecnica, che non può mancare nell'applicazione della norma astratta di legge, e che è presente anche nel sillogismo del giudice. Tale esercizio corrisponde ad una attuazione obiettiva ed «ex officio» della legge, svolta in posizione di terzietà anche verso la P.A. e le imprese dalla stessa controllate (art. 8, comma 1°) e si sostanzia non in una valutazione comparata dei vari interessi compresenti, primari e secondari, ai fini della scelta del provvedimento da adottare nell'interesse pubblico (funzione amministrativa di tipo tradizionale) ma nell'applicazione della legge attraverso una valutazione dei presupposti della fattispecie astratta, in base

⁵⁰ Non si discute tanto sulla riconduzione da un punto di vista soggettivo al potere esecutivo, stante la funzione residuale di questo, si veda in proposito G. MORBIDELLI, *op. cit.*, ma si discute sulla qualificazione oggettiva delle funzioni svolte, nonché della riconduzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato allo Stato-apparato, in questo senso la maggioranza degli autori, o allo Stato-comunità.

⁵¹ Per una definizione dei concetti di «Stato-apparato» e «Stato-comunità» cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1990, 182, in cui però si critica l'utilizzazione del termine «Stato-comunità».

⁵² Sempre che non si voglia arrivare a configurare l'esistenza di un quarto potere, il potere di controllo, paventata da G. Amato in recenti incontri (V. la Relazione alla giornata di studi su «Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici», Firenze 16 febbraio 1996).

ai precetti tecnici richiamati dal legislatore e suscettibili di vario apprezzamento. Si tratta di una attività di accertamento e di qualificazione dei fatti in termini di liceità o di illiceità, in relazione alla disciplina materiale della concorrenza, ed eventualmente dell'adozione delle misure sanzionatorie e ripristinatorie conseguenti, non diversa da quella del giudice allorché sia chiamato a qualificare e assumere fattispecie concrete in fattispecie normative.

Il tutto confortato dalle particolari procedure, tendenti al rispetto del principio del contraddittorio soprattutto nella fase istruttoria, non dissimili da quelle previste dai codici di procedura civile e penale e dal tipo di decisione adottata al termine dell'istruttoria stessa, simile alle pronunce di organi giudiziari.

Queste caratteristiche appaiono ancora più evidenti alla luce delle attribuzioni operate in materia di pubblicità ingannevole dal decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74.

Definito il concetto di pubblicità ingannevole, in base ad una serie di parametri, il cui accertamento in concreto non presuppone valutazioni di tipo propriamente discrezionale (artt. 1-6), il decreto disciplina in parallelo la «tutela amministrativa e giurisdizionale» nell'art. 7. Essa si articola in una specie di «primo grado» di giudizio davanti all'Antitrust e in un «secondo grado» innanzi al giudice amministrativo. Si aggiungono poi due caratteristiche che valgono a differenziare questa procedura da quella delineata nella L. n. 287 avvicinandola ulteriormente a quella giurisdizionale: l'attivazione del procedimento su impulso di parte e non d'ufficio (art. 7, comma 2°) e una regola sull'onere della prova (art. 7, comma 4°).

Il D.Lgs. n. 74, inoltre, non attribuisce all'Antitrust, a differenza della L. n. 287, nessun altro tipo di attività riconducibile a funzioni diverse da quella giurisdizionale, così da sgomberare il campo dai dubbi che vedremo sorgere in relazione alle altre attribuzioni della stessa e che minano alla base la possibilità di configurare l'Antitrust giudice «a quo».

In nessun caso più di questo della pubblicità ingannevole, pertanto, l'Antitrust arriva più vicino al riconoscimento della legittimazione a sollevare questione incidentale di costituzionalità.

Veniamo quindi al secondo tipo di attività esercitate dall'Antitrust e riconducibili all'esercizio di funzione esecutiva.

Si tratta di un'attività che l'art. 4 definisce «autorizzazioni in deroga». L'Antitrust può cioè autorizzare, per un periodo limitato, intese di per sé vietate ai sensi dell'art. 2, se tale intesa dà luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato che comportino un «sostanziale beneficio per i consumatori» e siano in grado di «assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale»; o operazioni di concentrazione di per sé vietate ai sensi dell'art. 4, «per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale, nell'ambito dell'integrazione

europea» e sempre che le operazioni autorizzate «non comportino la limitazione della concorrenza dal mercato o restrizioni della concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti».

Quella descritta è una vera e propria attività amministrativa, discrezionale, di ponderazione di interessi, che si chiude con un provvedimento usualmente definito come «dispensa»⁵³, per la quale l'Antitrust smette l'abito di organo neutrale, investito della funzione di qualificazione dei fatti, per vestire quello di amministratore.

Infine al terzo tipo, all'esercizio della funzione legislativa, sono riconducibili le attività espressione del cosiddetto «potere normativo»⁵⁴.

Si tratta dei poteri conoscitivi e consultivi tratteggiati nel titolo secondo della L. n. 287 (cui è da aggiungersi la previsione di indagini conoscitive di natura generale, *ex art. 12, comma 2°*)⁵⁵.

Ci riferiamo soprattutto all'attività consultiva in senso proprio, che si sostanzia in pareri emanati di propria iniziativa o richiesti dal Presidente del Consiglio dei Ministri in ordine ad iniziative legislative o regolamentari che direttamente o indirettamente producono effetti sull'assetto concorrenziale del mercato (art. 22). Ma anche, e soprattutto, al potere di segnalare al Parlamento e al Governo le situazioni distorsive della concorrenza derivanti da norme di legge o regolamenti o da provvedimenti amministrativi generali, suggerendo, se del caso, i possibili rimedi (art. 21).

È un compito piuttosto importante, perché nella situazione italiana gli ostacoli e i limiti alla concorrenza derivano, molto più che dai comportamenti delle imprese private, da regole pubbliche che creano barriere all'entrata sul mercato o altri ostacoli alla concorrenza, a tutela di interessi particolari.

Traspare quindi una signoria completa dell'Antitrust per quel che riguarda la conoscenza dei problemi della concorrenza e del funzionamento del mercato e il raccordo fra tali problemi e il complessivo intervento pubblicistico di ordine sia legislativo sia amministrativo. È altresì da notare come l'ampiezza dei poteri in esame trova riscontro nell'individuazione degli interlocutori dell'Antitrust: non

⁵³ Si tratta di provvedimenti per loro natura discrezionali. Cfr. per tutti M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 312.

⁵⁴ Si veda per la giustificazione dell'utilizzo di una nozione ampia ed atecnica dell'espressione «potere normativo», N. MARZONE, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole - le autorità indipendenti*, *op. cit.*

⁵⁵ In un certo senso potrebbero essere ricondotte a questo tipo di attività anche le varie disposizioni dell'ordinamento di settore come, ad es., i formulari per le operazioni di concentrazione.

solo il Parlamento, ma anche il Governo e la stessa amministrazione, considerata nelle varie articolazioni soggettive, centrale e locali. Ne deriva una connotazione della funzione di regolazione spettante all'Antitrust che ben può qualificarsi, superando l'ostacolo delle definizioni formali, come normativa o di governo, giacché è indubbia l'incidenza che la segnalazione o i pareri dell'Antitrust svolgono nei confronti dell'attività dei titolari formali del potere decisionale⁵⁶.

Dall'analisi compiuta emergono gli elementi necessari per tentare di rispondere al nostro quesito di base, del se cioè l'Antitrust può essere giudice «a quo» della Corte costituzionale.

Guardando soltanto alle funzioni «tipiche» svolte dall'Antitrust potrebbe risponderci positivamente.

Nello svolgimento delle attività contenziose si pone, infatti, a metà strada fra la «lex» e gli «iura», ricoprendo quel ruolo di intermediarietà che la «ratio» del sistema incidentale richiede ai fini della legittimazione a proporre questione di costituzionalità. Nello svolgimento di quelle attività è in una posizione tale che le consentirebbe di essere giudice «a quo», perché ricorrono tutte le condizioni necessarie, di autonomia, indipendenza, neutralità, applicazione sillogistica della legge, modalità procedurali, da farla collocare nella stessa posizione, all'interno dell'assetto dei pubblici poteri, di un giudice. Nello svolgimento di quelle attività pertanto l'Antitrust non sarebbe soggettivamente inquadrabile all'interno della Magistratura, ma esercitando oggettivamente funzioni in tutto simili a quelle giurisdizionali, potrebbe essere legittimata a proporre questione incidentale di costituzionalità perché l'esercizio di tali funzioni è pienamente rispondente alla «ratio» del sistema incidentale.

Ma può sostenersi che l'Antitrust si pone realmente in posizione di intermediarietà se svolge anche attività riconducibili alla funzione esecutiva e soprattutto alla funzione legislativa?

Dal momento che l'Antitrust non si pone soltanto nella fase discendente dell'attuazione della legge, ma partecipa anche della fase ascendente dell'esercizio del potere normativo, può ritenersi estranea allo Stato-autorità, può ritenersi posta in posizione tale da contemperare in modo neutrale, secondo il principio di intermediarietà, come fa un giudice, le esigenze dello Stato-autorità con le esigenze dello Stato-comunità?

Sono così rilevanti quantitativamente e qualitativamente i poteri amministra-

⁵⁶ Sotto il profilo dell'ampiezza delle funzioni di regolazione (anche se ricondotta a poteri conoscitivi e consultivi, più ancora che a poteri di intervento diretto), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è accostabile alle autorità di controllo dei mercati finanziari, la CONSOB innanzitutto, l'ISVAP e la Banca d'Italia.

tivi, ma soprattutto i poteri normativi riconosciuti all'Antitrust da ostare alla qualificazione in termini giurisdizionali della stessa «ai limitati fini» della proposizione della questione incidentale?

Non preoccupa l'attribuzione all'Antitrust di attività riconducibili alla funzione amministrativa, perché ci si muove sempre nella fase discendente dell'applicazione della legge e quindi questa funzione potrebbe essere compatibile con quella più squisitamente giurisdizionale. E del resto la Corte ha riconosciuto a soggetti che svolgono anche funzioni amministrative, ed erano anche inquadrabili all'interno dell'apparato amministrativo, la possibilità di sollevare questione incidentale.

Quello che invece preoccupa maggiormente è la possibilità di intervento dell'Antitrust nella fase ascendente, nell'esercizio del cosiddetto potere normativo. L'interrogativo diventa allora fondamentale: il potere normativo di cui è portatrice l'Antitrust «macchia» l'esercizio delle attività in forma contenziosa fino al punto da ritenere che tale esercizio non si svolga in posizione neutrale, intermedia fra legge e cittadino?

Quanti sostengono la possibilità per l'Antitrust di essere giudice «a quo», se interrogati in merito, si presume risponderebbero a questo interrogativo negativamente, altrimenti l'intero castello su cui si basa l'affermazione dell'ammissibilità dell'Antitrust a sollevare questione incidentale cadrebbe, non potendo porsi l'Antitrust nel circuito dello Stato-autorità e poi porsi in posizione di neutralità, di terzietà, rispetto a questo, posizione che le consentirebbe di essere equidistante, intermedia, fra esso e la società.

Si potrebbe dire che l'Antitrust nell'esercizio dei poteri conoscitivi e consultivi, ricondotti al cosiddetto potere normativo, sia assimilabile ad un organo ausiliario del Governo e del Parlamento, sull'esempio di quelli aventi rilevanza costituzionale, e così com'è stato riconosciuta a questi, in particolare alla Corte dei Conti, la possibilità di sollevare questione incidentale di costituzionalità potrebbe essere riconosciuta anche all'Antitrust.

Ma il cittadino, l'imprenditore, la cui posizione è garantita da una legge la cui abrogazione è in precedenza stata «suggerita» dall'Antitrust attraverso i canali ufficiali dell'esercizio dei poteri consultivi perché in contrasto con qualche espressione del principio della libertà di concorrenza, può ritenere che l'Antitrust, che si trovi successivamente a giudicare della sua posizione nel mercato, sia in realtà neutrale, imparziale, in ultima analisi si ponga in posizione intermedia fra lui e lo Stato-autorità, oppure, essendosi già mossa nei circuiti dello Stato-autorità, non sia un po' più spostata verso quella sfera?

L'Antitrust, che ha già proposto l'abrogazione di una legge nel circuito dei poteri consultivi, non si soffermerebbe a considerare la posizione del cittadino e a mediare quella posizione con la posizione dello Stato-autorità, sollevando immediatamente questione incidentale.

Se la «ratio» del «giudice» e del «giudizio» è quella di porsi in posizione di intermediarietà fra la sfera politica e quella dei diritti individuali, fra la legge (il diritto dal punto di vista «politico») e gli «iura» (i diritti dal punto di vista della società), imparzialmente collocato fra l'uno e l'altro, in questo caso ciò non avviene, trovandosi l'Antitrust già sbilanciata in una posizione di sfavore nei confronti del cittadino.

Se la questione di costituzionalità nascente dal processo è lo strumento per illuminare le antinomie che nel momento della congiunzione fra l'interesse della legge e l'interesse della società possono determinarsi e chiedere alla Corte costituzionale che vengano risolte, c'è bisogno che questo strumento sia usato da chi non ha già espresso una posizione precisa in merito.

4. IL DIVIETO COSTITUZIONALE DI ISTITUIRE NUOVI GIUDICI SPECIALI RAPPRESENTA UN OSTACOLO INSORMONTABILE PER LA QUALIFICAZIONE DELL'ANTITRUST QUALE GIUDICE «A QUO»?

Qualora si fosse riusciti a fornire una risposta positiva alla domanda di ammissibilità dell'Antitrust a sollevare questione incidentale di costituzionalità, in base agli «elementi sintomatici» e alla collocazione dell'Antitrust all'interno dell'assetto dei pubblici poteri (esercizio di funzione giurisdizionale), interverrebbe un ulteriore problema riguardante la legittima costituzione di un giudice. La nostra Costituzione, infatti, prevede un esplicito e perentorio divieto di istituire nuovi giudici speciali. L'art. 102, comma 2°, Cost., infatti stabilisce che «non possono essere istituiti giudici straordinari o speciali», da intendersi questi ultimi come non appartenenti all'Ordine giudiziario, cioè a quel coordinato complesso di organi risultanti dalla definizione datane dall'art. 1, comma 1°, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario). È lecita, pertanto, soltanto la permanenza di giudici speciali istituiti prima della Costituzione (i quali peraltro vanno revisionati entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione, secondo la VI disposizione transitoria, in modo che venga assicurata loro la necessaria indipendenza).

Difficilmente quindi l'Antitrust intesa come giudice potrebbe sfuggire al divieto, potendosi considerare soltanto un giudice estraneo all'Ordine giudiziario e come tale speciale: un giudice speciale di nuova istituzione e quindi illegittimo per violazione dell'art. 102, comma 2°.

Perché non si incorra in tale divieto si potrebbe considerare l'Antitrust non un giudice ma l'attività che compie un giudizio e pertanto muovendo dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che si accontenta dell'esistenza dell'elemen-

to oggettivo, ammettere l'Antitrust a sollevare questione incidentale di costituzionalità. Questa ammissione, inoltre, avvenendo «ai limitati fini» della proposizione della questione incidentale potrebbe ritenersi una sorta di eccezione consentita dal principio di costituzionalità, che non pregiudica la configurazione complessiva del soggetto all'interno del sistema. Per «altri fini» l'Antitrust potrebbe ben considerarsi un organo non giurisdizionale, segnatamente amministrativo, e in questo modo sottrarsi alla mannaia dell'incostituzionalità *ex art.* 102, comma 2°.

Ma non si ritiene verosimile che un giorno la Corte costituzionale possa ammettere l'Antitrust a sollevare questione incidentale argomentando che il principio di relatività («ai limitati fini») e l'esistenza dell'elemento oggettivo consentano all'Antitrust di sfuggire al divieto dell'istituzione di nuovi giudici speciali. Quando la Corte ha utilizzato il principio di relatività ha sì pescato nel mare grigio della «quasi giurisdizione» dove nuotavano pesci dalla non facile classificazione, ma ha pescato fra pesci esistenti già al momento dell'entrata in vigore della Costituzione o, più frequentemente, fra pesci la cui esistenza è prevista, direttamente o indirettamente, dalla stessa Costituzione.

Considerare l'Antitrust giudice è difficile, ma pensare che la Corte costituzionale possa non considerarlo giudice speciale di nuova istituzione è veramente difficilissimo.

Si potrebbero allora immaginare scenari fantastici di riforme costituzionali, come prospetta un'autorevole dottrina⁵⁷, ma cambierebbe la prospettiva: non si ragionerebbe più sulla situazione attuale, che è quella che a noi interessa, ma «de iure condendo», campo nel quale si può ipotizzare che avvenga di tutto, con la convinzione che ben poco accadrà ...

È il caso di affermarlo: «ai posteri l'ardua sentenza»⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole - le autorità indipendente*, *op. cit.*, p. 9 della sua trattazione.

L'A. propone una riforma costituzionale per sottrarre l'Antitrust all'attuale divieto di istituire giudici speciali: «l'indipendenza dell'organo e la sua terzietà, non condizionata dalle manifestazioni dell'attività di altre amministrazioni, indurrebbero a qualificare le funzioni di dette autorità come quasi-giurisdizionali, in attesa che, in una eventuale riforma costituzionale che le sottragga all'attuale divieto di istituzione di giurisdizioni speciali, esse siano legittimate come funzioni giurisdizionali «tout court». In una tale prospettiva potrebbe immaginarsi la riconduzione delle autorità indipendenti di questo tipo nel novero degli organi giurisdizionali».

⁵⁸ A. MANZONI, *Il cinque maggio*.