



CONFINDUSTRIA

**AGCM e legittimazione
a promuovere i giudizi
di costituzionalità:
una recente sentenza
della Corte
costituzionale**

Febbraio 2019

Il 5 dicembre 2018, la Corte costituzionale ha stabilito che l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (d’ora in poi, AGCM o Autorità) non è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale (sentenza n. 13 del 31 gennaio 2019).

In particolare, la Corte ha dichiarato inammissibili - per difetto di legittimazione del rimettente - le questioni di legittimità costituzionale sollevate dall’AGCM relativamente agli articoli 93-ter, comma 1-bis, della legge n. 89/2013 e 8, comma 2, della legge n. 287/1990, in riferimento agli articoli 3, 41 e 117, primo comma, della Costituzione (in relazione all’art. 106, par. 2, del TFUE). La carenza di legittimazione dell’Autorità è dovuta al fatto che la stessa non può:

- essere assimilata a un organo giudicante a causa della mancanza del requisito della terzietà o della sua collocazione processuale che non è *super partes*;
- agire con l’intento di scongiurare situazioni di esclusione totale o parziale del controllo di legittimità costituzionale, dal momento che esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui promuovere la questione di legittimità costituzionale.

La questione scaturisce, già prima dell’entrata in vigore dell’articolo 93-ter, comma 1-bis, della legge n. 89/2013 (la prima delle due norme censurate), da un procedimento istruttorio avviato l’11 gennaio 2017 dall’Autorità nei confronti del Consiglio notarile di Milano (CNM), volto ad accertare la sussistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza.

Come rilevato nella comunicazione delle risultanze istruttorie del 21 febbraio 2018, il CNM avrebbe posto in essere, attraverso una serie di indagini sulla produttività dei notai del distretto, condotte idonee ad inibire agli stessi l’acquisizione di elevate quantità di lavoro, contravvenendo così alle disposizioni della Legge sulla tutela per la concorrenza e il mercato (legge n. 287/1990, cd. Legge Antitrust).

Mentre l’Autorità portava a compimento il procedimento istruttorio, è entrato in vigore l’articolo 93-ter, comma 1-bis, della legge n. 89/2013. Il comma 1-bis, infatti, è stato introdotto dalla Legge di Bilancio 2018 (art. 1, co. 495, lett. c) della legge n. 205/2017), che ne ha fissato la decorrenza a partire dal 1° gennaio 2018. Il citato comma 1-bis prevede l’applicazione dell’articolo 8, comma 2, della legge n. 287/1990 (ovvero la seconda disposizione censurata) agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare avverso i notai.

In base a questa seconda disposizione, la Legge Antitrust non sarebbe applicabile *“alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all’adempimento degli specifici compiti loro affidati”*.

Al di là della questione sull’applicabilità al caso di specie della norma sopravvenuta, le disposizioni censurate - secondo l’Autorità - violerebbero gli artt. 3 (principio di uguaglianza) e 41 (libertà dell’iniziativa economica) Cost., perché la deroga al nucleo essenziale delle regole sulla concorrenza andrebbe a colpire un intero segmento di attività, senza consentire alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali.

Inoltre, le stesse disposizioni violerebbero l’art. 117, primo comma, Cost. Tale articolo, infatti, prevede che la potestà legislativa venga esercitata, tra l’altro, nel rispetto dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali. Nel caso specifico, sarebbe violato l’obbligo comunitario sancito dall’art. 106, par. 2, TFUE che, invece, sottopone le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale alle norme sulla concorrenza. Pertanto, la violazione dell’art. 106, par. 2, TFUE comporterebbe, di conseguenza, la violazione del citato articolo 117, primo comma, Cost.

Si è posta, a questo punto, la questione della legittimazione dell’AGCM a sollevare la questione di legittimità costituzionale in via incidentale, al di fuori della tipica sede giurisdizionale. Nonostante la graduale formazione di un costante orientamento della Corte verso l’allargamento della legittimazione a

sollevare la questione di legittimità costituzionale, la questione appare piuttosto controversa. Cosicché la riflessione prende il via proprio dal citato orientamento giurisprudenziale.

In primo luogo, la Corte costituzionale ha ribadito che i termini “giudizio” e “causa”, adoperati nella legge cost. n. 1/1948 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale) nonché nelle norme integrative per i giudizi dinanzi al Corte, devono intendersi in maniera generica e con vario significato.

In secondo luogo, pur avendo il nostro ordinamento subordinato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale all'esistenza di un procedimento o di un giudizio, il preminente interesse pubblico della certezza del diritto, da un lato, e l'osservanza della Costituzione, dall'altro, impediscono che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi si traggano conseguenze così gravi (sent. n. 129/1957), quale l'esclusione del controllo di costituzionalità (sentenze n. 226 del 1976 e n. 121 del 1966).

Questa tendenza ha spianato la strada a quelle sentenze che riconoscono la sussistenza dei requisiti di accesso per il soggetto rimettente in presenza di mere “zone d'ombra”, ovvero di quelle situazioni in cui l'allargamento dei concetti di giudice o giudizio appare necessaria per ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte (sentenze n. 89 del 2017, n. 181 del 2015 e n. 226 del 1976).

Sulla stessa falsariga si pone quel filone giurisprudenziale che, a partire dalla sentenza n. 12 del 1971 (da ultimo, le sentenze n. 262 e 213 del 2017), ha utilizzato le categorie del giudice e del giudizio “ai limitati fini” o “ai soli fini” della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale.

Grazie a questa concettualizzazione, infatti, è stato consentito il giudizio incidentale di costituzionalità anche in quei casi che erano di difficile riconduzione agli schemi giurisdizionali tipici, purché i soggetti legittimati, seppure estranei all'organizzazione della giurisdizione, fossero *super partes* (sentenza n. 376 del 2001, n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966) e in posizione di terzietà.

Tuttavia, proprio sulla base delle considerazioni che precedono, la Corte conclude il suo *excursus* affermando che l'AGCM non è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale per due motivi: *i*) non è terza e *super partes*; *ii*) non può essere configurata quale giudice “ai limitati fini”.

Per quanto attiene al primo profilo, infatti, l'Autorità è parte resistente del processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti, che a loro volta prevedono la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle autorità indipendenti e quella di merito per le sanzioni pecuniarie irrogate.

Secondo la Corte, la veste processuale di parte denota nell'Autorità una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. L'Autorità, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico che è quello della tutela della concorrenza e del mercato.

Al riguardo, non rileverebbe neppure quanto argomentato dall'AGCM circa la sua configurazione interna, basata su un'adeguata separazione tra gli uffici che svolgono l'attività istruttoria nonché di formulazione delle contestazioni e il Collegio competente ad assumere le decisioni (e che ha sollevato la questione di legittimità). Secondo il regolamento di organizzazione dell'Autorità, gli uffici deputati all'istruttoria non dipendono dal Collegio ma dal Segretario generale.

L'AGCM ritiene che tale separazione non avrebbe un impatto meramente organizzativo ma inciderebbe anche sulle funzioni esercitate. Infatti, gli uffici dovrebbero occuparsi delle indagini e di illustrarne i risultati nella comunicazione delle risultanze istruttorie, mentre il Collegio avrebbe - in via esclusiva - il potere di decidere sulla sussistenza dell'illecito e sull'irrogazione di eventuali sanzioni, non essendo

vincolato in alcun modo alla proposta formulata dai primi nelle citate risultanze. Inoltre, gli uffici che hanno svolto l'istruttoria dovrebbero comparire dinanzi al Collegio, in contraddittorio tra le parti.

Secondo la Corte, invece, l'articolo 11, comma 5, della Legge Antitrust, il quale sancisce che "*al funzionamento dei servizi e degli uffici dell'Autorità sovrintende il segretario generale, che ne risponde al presidente...*" fugherebbe ogni dubbio circa la sussistenza di un nesso funzionale tra Segretario generale (per gli uffici) e Presidente (per il Collegio). Non sarebbe pertanto postulabile la collocazione *super partes* dell'AGCM sulla base della separazione interna degli organi coinvolti nel procedimento antitrust.

Alla luce di queste considerazioni, l'Autorità non è "estranea per definizione alla situazione sostanziale" (sentenza n. 243 del 1999). Infatti, il giudice non può essere considerato *super partes* quando appare portatore di uno degli interessi in conflitto dal momento che la censura investe proprio il provvedimento da lui emesso (sentenza n. 128 del 1974).

Per quanto attiene al secondo profilo, circa la qualificazione di giudice ai limitati fini per garantire il rispetto dei principi costituzionali, al fine di stroncare l'esistenza di una "zona franca" (con l'esclusione del controllo di costituzionalità) o di una "zona d'ombra" (con un controllo di costituzionalità estremamente difficile), la Corte ha evidenziato l'esistenza di una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui promuovere la questione di legittimità costituzionale.

Nel caso di specie, infatti, l'eventuale atto di archiviazione dell'Autorità garante, che dovesse ritenere preclusa la prosecuzione del procedimento sanzionatorio nei confronti del CNM, potrebbe essere impugnato dal notaio segnalante e da quello interveniente dinanzi al giudice amministrativo.

Pertanto, sulla base di questi due presupposti essenziali, la Corte ha dichiarato inammissibili - per difetto di legittimazione del rimettente - le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 93-*ter*, comma 1-*bis*, della legge n. 89/2013 e 8, comma 2, della legge n. 287/1990, sollevate in riferimento agli articoli 3, 41 e 117, primo comma, della Costituzione.