

4 LUGLIO 2018

L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale

di Antonio Ferrara

Primo ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
ISSIRFA – CNR



L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*

di Antonio Ferrara

Primo ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
ISSIRFA – CNR

Qualora la questione in esame in questo seminario fosse esclusivamente quella relativa alle modalità di accesso al giudizio di legittimità costituzionale o quella relativa alla natura delle autorità amministrative indipendenti e, in particolare, di quella garante della concorrenza e del mercato (AGCM), non ci sarebbe molto da aggiungere a quanto già detto negli altri interventi. A me sembra però che nel caso che ci occupa non si possa prescindere dal chiedersi perché l'Autorità antitrust abbia deciso di superare ogni incertezza e rompere ogni indugio proprio in questa occasione.

Nella sua ordinanza n. 1/2018, che abbiamo all'attenzione, il Garante della Concorrenza dà conto di aver avviato nel gennaio del 2017 un procedimento istruttorio, nei confronti del Consiglio notarile di Milano, volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, e che circa un anno dopo, a ridosso della chiusura dell'istruttoria, sia entrato in vigore il nuovo comma 1-bis dell'art. 93-ter della legge n. 89/1913, introdotto con la legge n. 205/2017 (l'ultima legge di bilancio approvata nella scorsa legislatura con riferimento all'anno finanziario 2018). Tale disposizione, nell'interpretazione che ne è stata data dalla Corte d'appello di Milano (I sez., ord. 6 aprile 2018), imporrebbe senz'altro all'AGCM di chiudere il procedimento per sopraggiunta incompetenza, giacché – in base ad essa – le norme antitrust sarebbero da ritenersi inapplicabili sia agli atti disciplinari in quanto tali sia “agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare”. L'Autorità, però, ritenendo che questa interpretazione estensiva degli atti da ritenersi sottratti alle norme antitrust sia in contrasto con il diritto dell'Unione (art. 101 e art. 106 TFUE) – dopo aver valutato ma accantonato l'eventualità di disapplicare la norma di legge sopravvenuta, nella parte in cui l'interpretazione dedottane non sia conforme al diritto comunitario in materia di concorrenza – ha optato per il promovimento della questione di legittimità costituzionale in relazione agli articoli 3, 41 e 117, I comma, della Costituzione.

* Intervento al Seminario ad inviti organizzato da *federalismi* il 21 giugno 2018 sull'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dinanzi la Corte costituzionale.

Ora, le mani che hanno vergato questa ordinanza sono troppo esperte per non sapere che in questa scelta vi sia più di qualche incertezza (sulla possibilità che l’Autorità possa essere considerata giudice *a quo* anche ai limitati fini del promovimento del giudizio) e anche qualche forzatura (laddove si lamenta l’esistenza di una *zona franca* dal controllo di costituzionalità)¹; tuttavia, a fronte di un intervento del legislatore chiaramente volto a fermare la prosecuzione del procedimento istruttorio già avviato dall’AGCM nei confronti del Consiglio notarile di Milano (o che, comunque, al di là delle sue reali intenzioni, questo effetto concretamente produce), mi pare saggio e opportuno che il Garante della concorrenza abbia scartato – almeno in prima istanza – l’eventualità di una diretta disapplicazione di una norma di legge che ne disciplina le competenze² e abbia cercato di aprire, su questo, un *dialogo* con la Corte costituzionale. Per quanto, infatti, vada considerata piuttosto consistente la possibilità che una simile questione di legittimità costituzionale sia dichiarata inammissibile, è da ritenersi che, per la più immediata esigenza dell’AGCM, possa essere già sufficiente un passaggio motivazionale dell’eventuale decisione processuale del giudice delle leggi da cui si abbia conferma, sia pur indirettamente (e per quanto possa occorrere), che in questo caso non si applichino - o comunque non sia possibile applicare - in via prioritaria le norme nazionali di concorrenza e che spetti dunque senz’altro all’Autorità medesima, in sede decentrata rispetto alle istituzioni europee, la disapplicazione delle leggi in contrasto con le norme dell’UE in virtù del primato del diritto comunitario sul diritto interno (e dunque della stessa legge che ne disciplina le competenze).

Vi è da dire, peraltro, che nel caso di specie la previsione di legge della cui legittimità l’Autorità dubita presenta un aspetto che – per quanto rimanga in ombra e non costituisca oggetto diretto dei rilievi dell’ordinanza – evidenzia un esercizio della funzione legislativa fortemente carente se considerato secondo i crismi della c.d. *democrazia deliberativa*, in base ai quali i processi di decisione pubblica devono essere caratterizzati da una previa discussione pubblica e dalla possibilità di intervento di coloro che siano potenzialmente interessati dalla decisione³, messi in grado – in tal modo – di orientare o quantomeno di influenzare la decisione finale⁴. Il comma 1-bis, dell’art. 93-ter della legge di ordinamento del notariato, infatti, è stato introdotto dalla lett. c), comma 495, articolo unico della legge di bilancio per il 2018,

¹ Nonostante che sia sempre ammessa (e molto esercitata) l’impugnativa dei provvedimenti dell’AGCM innanzi alla giurisdizione amministrativa. Sede, questa, nella quale sarebbe sempre promovibile, anche d’ufficio, la questione incidentale di costituzionalità.

² Una sorta di interpretazione autentica dell’art. 8, co. 2, della legge n. 287/1990, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

³ Cfr. R. Bifulco, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. diritto, Annali*, IV, 2011, p. 271.

⁴ Qualora le pratiche utilizzate siano in grado di produrre solo una mera influenza (e si tratti dunque di procedure consultative e non, sostanzialmente, co-decisionali) si preferisce parlare però di *democrazia partecipativa* (v. U. Allegretti, *ad vocem*, in *Enc. diritto, Annali*, IV, Milano, Giuffrè, 2011, p. 295 ss.).

approvato nell'ambito di un maxiemendamento sul quale il governo, *pro tempore*, pose la questione di fiducia innanzi alle camere. Si tratta dunque di una norma intrusa di carattere ordinamentale collocata, fuori contesto, tra “le misure quantitative per la realizzazione degli obiettivi programmatici”; inserita su presumibile pressione della *lobby* interessata, nell'ambito di un articolo unico di ben 1182 enunciati normativi, di disparato contenuto (nel testo risultante dal lavoro di mediazione compiuto dalla commissione bilancio del Senato); e sul quale, in ragione della questione di fiducia, i membri del Parlamento hanno potuto votare, con un sì o con un no, solo sul testo complessivo e inemendabile della legge. Per quanto, sia pur limitatamente alla commissione bilancio di una delle due camere, si riscontri in questo *iter legis* una partecipazione attiva del Parlamento alla definizione delle principali scelte politiche, si tratta – a ben vedere – di un procedimento opaco e aperto (si fa per dire) solo a pochi interlocutori esterni (gruppi di pressione più forti e influenti), senz'altro funzionale a una *democrazia consociativa e neocorporativa* (vincolata dalla logica aggregativa della mera sommatoria di posizioni predeterminate)⁵, ma incompatibile con una *democrazia partecipativa-deliberativa*.

Certo, mi si obietterà, la democrazia partecipativa-deliberativa è solo un modello teorico, un anelito ideale, e non un elemento connotativo del principio democratico, così come si evince – con particolare riferimento all'essenziale funzione legislativa – dagli artt. 1, 67 e 70 della Costituzione, che conformano una democrazia rappresentativa di stampo liberale classico. Tuttavia, di fronte alla virulenta crisi della tradizionale rappresentanza politica che sta alimentando da tempo istanze sempre più forti di disintermediazione delle decisioni da parte dei partiti (la c.d. *antipolitica* in reazione di rigetto alla *partitocrazia*) e di assunzione delle stesse attraverso strumenti di *democrazia diretta*, che enfatizzano la “piazza telematica”⁶ (*governo del popolo*), o di *democrazia immediata*, che richiedono l'investitura diretta di un *leader* carismatico che incarni la volontà popolare (*governo d'investitura plebiscitaria*), v'è da chiedersi – in termini puramente retorici, sia chiaro – se la risposta migliore a queste perigliose sfide non sia una *ben temperata* apertura nei confronti della democrazia partecipativa-deliberativa⁷, piuttosto che assumere una difesa incondizionata di strumenti di democrazia rappresentativa (nella sua attuale versione consociativa e neocorporativa) di carattere meramente procedurale, quali sono l'uso congiunto dello strumento del maxiemendamento e della questione di fiducia, soprattutto in presenza di molte previsioni disparate e

⁵ R. Bifulco, *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, in questa rivista, 2017, n. spec. 1, p. 10.

⁶ Così come la chiama A. Manzella, *Quale futuro per il sistema parlamentare?*, in questa rivista, 2017, n. 23, p. 6.

⁷ A favore di questa apertura si veda tra gli altri - oltre alle opere di Bifulco e Allegretti *supra cit.* - A. D'Atena, *Tensioni e sfide della democrazia*, in Riv. AIC, 2018, n. 1, p. 12 ss., M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, relazione al convegno AIC “Democrazia, oggi”, Modena 10-11 novembre 2017, testo provvisorio in www.associazionedeicostituzionalisti.it, A. Manzella, *op. cit.*, p. 7, M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. informazione e informatica*, 2015, n. 2, p. 275 ss., § 10, M. Ainis, *Democrazia digitale*, in *Rass. paralm.*, 2013, n. 2, p. 263 ss.

disomogenee (di cui spesso i membri delle camere ignorano le implicazioni ordinamentali⁸). In tali casi, infatti, l'autonoma prerogativa dei singoli parlamentari di rappresentare gli interessi della *Nazione* subisce un'inevitabile e fortissima restrizione in ragione della massima forza esercitata dal "mandato imperativo di partito"⁹ in occasione del voto sulle questioni di fiducia: la democrazia rappresentativa è formalmente rispettata, ma essa viene svuotata di effettivo contenuto.

Con queste modalità di procedura parlamentare non solo non è possibile rafforzare gli elementi di democrazia deliberativa¹⁰ o di democrazia partecipativa¹¹, già esistenti, a beneficio di tutti i soggetti potenzialmente interessati al processo decisionale legislativo, ma lo stesso Parlamento – che certamente è il luogo della rappresentanza politica nazionale – stenta a svolgere un significativo compito deliberativo¹². Sono le camere, dunque, che nel loro funzionamento concreto vanno ricondotte alla logica deliberativa¹³, a partire, ovviamente, dal ruolo svolto dai loro stessi membri. Per salvare la democrazia dalle sue degenerazioni consociative, plebiscitarie o populiste, bisogna cercare di recuperare dunque – nei limiti in cui ciò sia reso possibile dal principio di realtà¹⁴ – lo spirito originario della democrazia rappresentativa: quel *government by discussion*, reso più ampio, completo, rapido e partecipato anche grazie alle strumentazioni informatiche.

E' questo il contesto nel quale l'AGCM ha lanciato il suo *ballon d'essai*, perché sia chiarito dalla nostra Corte costituzionale se – di fronte a un intervento del legislatore volto a bloccare o rendere più difficile l'azione dell'autorità nazionale antitrust – quest'ultima debba agire in applicazione decentrata del diritto

⁸ Salvo quelli delle previsioni che li interessano più da vicino o di maggior rilevanza generale.

⁹ Così come icasticamente definito da A. Spadaro (*Riflessioni sul mandato imperativo di partito*, in *Studi parl. E di pol. Cost.*, 1985, 21 ss.) il condizionamento esercitato dalla disciplina di partito nell'esercizio delle funzioni dei singoli parlamentari.

¹⁰ Il meccanismo più noto di democrazia deliberativa sul piano legislativo è il procedimento di revisione costituzionale, che – in mancanza di un ampio consenso – è frutto di una co-decisione tra Parlamento e Corpo elettorale (art. 138 Cost.). La democrazia deliberativa, tuttavia, non va confusa con gli istituti di democrazia diretta, giacché essa "può essere intesa come un metodo della decisione pubblica, piuttosto che necessariamente come un modello alternativo rispetto alla democrazia rappresentativa" (R. Bifulco, *Democrazia deliberativa*, cit., p. 285). L'art. 17 dello Statuto della Regione Emilia-Romagna prevede, ad es., che nei procedimenti di formazione degli atti normativi l'adozione degli stessi può essere preceduta da un'istruttoria pubblica indetta dal Consiglio regionale anche su richiesta popolare. Secondo la legge di attuazione (art. 30 della l.r. n. 8/2008) detta istruttoria si svolge in forma di pubblico contraddittorio e il provvedimento finale deve essere motivato "con riferimento alle risultanze istruttorie" (non vi è dunque obbligo di conformarsi ad esse, ma occorre tenerne conto e dare un'adeguata motivazione alla decisione finale mediante un apposito ordine del giorno). Su questo e altri strumenti di democrazia deliberativa sperimentati dalle regioni, anche a livello esclusivamente amministrativo, v. P. Vipiana, *La democrazia deliberativa a livello regionale*, in *Riv. AIC*, 2018, n. 1.

¹¹ Si pensi, in primo luogo, alle *indagini conoscitive* e alle *udienze legislative* e alle altre forme di consultazione, anche informali, che possono essere effettuate dalle camere nel corso del procedimento legislativo.

¹² R. Bifulco, *Democrazia deliberativa*, cit., p. 287.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Cfr. R. Bifulco, *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, cit., p. 16.

comunitario in materia di concorrenza (e dunque meramente disapplicando la norma di legge del nostro Stato in contrasto con esso, per il solo caso di specie)¹⁵ o vi sia un “valore costituzionalmente protetto”¹⁶ per una prioritaria, certa, unitaria e massimamente efficace applicazione del diritto pro-concorrenziale nazionale, a salvaguardia del ruolo svolto dal nostro Giudice delle leggi e dalla nostra Autorità antitrust nell’ambito dell’ordinamento costituzionale interno; e, dunque, ritenere ammissibile il promovimento della questione incidentale sollevata con l’ordinanza qui in esame al fine di ottenere l’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della richiamata disposizione di legge, con effetti *erga omnes*¹⁷. Quella che la Corte costituzionale ha ora tra le mani non è allora, a ben vedere, una questione di poco momento né certamente limitata a regolare il solo canone dell’incidentalità nel giudizio costituzionale, ma investe – in qualche modo – la questione del necessario stretto rapporto che l’esercizio della funzione legislativa deve mantenere con il principio democratico rappresentativo (correttamente inteso) e, allo stesso tempo, la questione dei possibili rimedi opponibili verso l’esercizio deviato della medesima funzione da parte della maggioranza parlamentare di turno (in ossequio al principio fondante del costituzionalismo che mira a difendere la società dall’abuso del potere). La risposta che i giudici del Palazzo della Consulta ci daranno potrà aiutarci a rispondere nel modo migliore al quanto di sfida lanciato nei confronti delle istituzioni rappresentative, contestate nella loro legittimazione popolare.

¹⁵ Tutelandoci già, a tal fine, – parafrasando il titolo di un’opera di B. Caravita – tutta l’Europa che c’è in Italia (mi riferisco a: *Quanta Europa c’è in Europa*, Torino, Giappichelli, 2015).

¹⁶ G. Mazzantini e M.C. Marzocca, *Legittimazione dell’Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Riv. AIC*, osservatorio costituzionale, 2018, n. 2, p. 33.

¹⁷ Seguendo un ragionamento non dissimile da quello già svolto in occasione della nota sent. n. 269/2017, allorché la Corte cost. ha affermato che “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes (...) anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale” (5.2 del diritto).