

12 SETTEMBRE 2018

L'Autorità garante della concorrenza e
del mercato fra legittimazione a
sollevare questioni di legittimità
costituzionale in via incidentale ed
evocazione della “zona franca”
Prmissime considerazioni alla luce
della ordinanza di remissione del 3
maggio 2018 dell'AGCM.

di Paolo Carnevale

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Siena

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della “zona franca”

Prmissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM. *

di Paolo Carnevale

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Siena

Sommario: **1.** La legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale: un itinerario giurisprudenziale intricato – **2.** Le regole del processo costituzionale e la sinergia con i valori costituzionali sostantivi – **3.** La valutazione di ammissibilità della quaestio legitimitatis e il problema delle c.d. zone franche: il caso esemplare della sentenza n. 226 del 1976 – **4.** Segue: la recente giurisprudenza costituzionale in materia elettorale – **5.** L'ordinanza di remissione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'evocazione del problema della “zona franca” – **6.** Cos'è una zona franca?

1. La legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale: un itinerario giurisprudenziale intricato

Chiunque si occupi (o si sia occupato) di giustizia costituzionale sa quanto sia difficile rintracciare una sufficientemente definita linea di tendenza nella giurisprudenza costituzionale in tema di legittimazione a sollevare le questioni di legittimità costituzionale in via incidentale (su questa giurisprudenza v., fra i tanti: A. ODDI, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i giudizi sulle leggi - il procedimento in via incidentale. La nozione di giudice a quo*, in *Consultaonline*, 2006; C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo*, in A. PACE [a cura di], *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 838 e, più di recente, A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”*, Napoli, 2012).

Non che manchino in materia decisioni magisteriali tese a delineare gli indici alla cui stregua misurare il tasso di giurisdizionalità necessario ad integrare le nozioni di giudice e di giudizio, ai sensi degli artt. 1 legge cost. n. 1 del 1948 e 23 l. n. 87 del 1953, o a determinare linee di condotta cui attenersi in futuro. Solo che, mentre da un verso tali linee hanno mostrato una certa variabilità in presenza di mutamenti del contesto sistematico, dall'altro non di rado l'utilizzo di quei medesimi indici è risultato essere incostante,

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

in ragione dell'intermittenza del ricorso ora all'uno, ora all'altro, al fine di affermare o, per converso, negare l'ammissibilità della prospettata questione di costituzionalità sotto il profilo della legittimazione a sollevarla.

Ad offrire un significativo apporto non è risultata particolarmente utile neppure la riflessione dottrina in punto di distinzione *in astratto* fra ciò che nell'ordinamento ha da esser qualificato come amministrazione e ciò che invece va ascritto all'area della giurisdizione, stanti una certa qual opacità concettuale nel processo originario di separazione e la permanenza di uno stato di incertezza nella definizione dei fattori discriminanti, tale da determinare una serie di situazioni "grigie" della cui ambivalenza lo stesso uso linguistico si fa palmare rappresentazione con il conio di formule quali: "paragiurisdizionalità" o "amministrazione giustiziale" (cfr., in proposito, la recisa presa di posizione della Corte di Cassazione che ha escluso esserci nell'ordinamento un «*tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione» [C. Cass., Sez. Un. Civ., 20 maggio 2012, n. 7341]).

Del resto, la Corte, assai pragmaticamente, ha mostrato di prescindere, là ove ha inteso seguire – come noto – la via della identificazione di una giurisdizionalità "dedicata" al solo giudizio di legittimità costituzionale, forgiando la celebre formula del giudice "ai limitati fini della sollevabilità della questione". Anzi, a stare ad un'autorevole (e abbastanza condivisa) opinione dottrina G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, 2018, 105), la teorica dei "limitati fini" e l'idea dello sdoppiamento della figura giudiziale, a seconda che ci si muova sul piano dell'ordinamento generale o nell'ambito specifico della interlocuzione col solo giudice costituzionale, sarebbero, in realtà, espressive di una logica presente nella giurisprudenza costituzionale anche al di là dei casi di dichiarazione esplicita, come dimostrato, ad esempio, da quel complesso di decisioni che già a partire dagli anni sessanta ha portato a diverse declaratorie di incostituzionalità di norme riguardanti alcuni (pretesi) giudici per carenza di indipendenza e terzietà.

Affermazione, tuttavia, che a giudizio del sottoscritto andrebbe parzialmente rivista, dovendosi semmai circoscrivere ad un paio di casi – quelli riguardanti i Consigli comunali e provinciali in sede di contenzioso elettorale (es. sent. n. 93 del 1965) e i Comandanti di porto nell'esercizio della competenza giurisdizionale in campo penale per le contravvenzioni in materia di navigazione marittima (es. sent. n. 121 del 1970) – nei quali il giudice riconosciuto privo dei necessari requisiti di indipendenza e terzietà è risultato essere anche quello che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale. Non così nelle altre ipotesi pure invocate (così, da ultimo, E. CANALE, *La nozione di "giudice a quo": l'AGCM è legittimata a sollevare ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Rivista del gruppo di Pisa*, 3/2018). Ad ogni modo, quel che è certo è che con la formula della giurisdizionalità "ai limitati fini" la Corte ha abbracciato l'idea di una giurisdizione "in senso debole" che, pur non potendo vantare una piena

conformità al modello costituzionale di giurisdizione, fosse tuttavia sufficiente a radicare la legittimazione a promuovere l'incidente di costituzionalità soprattutto ad opera di soggetti non incardinati nell'ordine giudiziario. Non solo, essa è stata utile per ovviare al problema di dover prender partito sulla questione della conformità al divieto costituzionale di istituire giudici speciali o straordinari di cui all'art. 102 cpv. Cost. che, altrimenti, si sarebbe potuto porre dinanzi a giurisdizioni, per dir così, "eccentriche".

In forza di questo orientamento hanno nel tempo beneficiato del riconoscimento della veste di giudice *a quo*, come è noto, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, la Corte dei conti in sede di controllo preventivo sugli atti del Governo (oltre che in occasione del giudizio di parificazione del bilancio), gli arbitri in sede di arbitrato rituale.

Invero, quello della legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale è, si può dire, un profilo rispetto al quale la giurisprudenza costituzionale ha mostrato di inclinare ad un uso duttile del vaglio di ammissibilità che, se ha interessato in generale i diversi fattori di accesso al giudizio di costituzionalità – penso, che so, al requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale e all'eterna *querelle* (di recente tornata di moda) circa la sua interpretazione in termini di mera applicabilità in giudizio della norma indubbiata o di influenza della risoluzione della questione sul successivo svolgimento del giudizio principale; oppure alla lettura offerta al principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato; ovvero ancora al problema della delimitazione dell'efficacia temporale delle pronunzie di accoglimento e del nesso con l'incidentalità che esso intrattiene – ha fatto tuttavia di quello qui in esame una sorta di terreno elettivo (per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema v., da ultimo, L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi.it*, 14/2018).

Non è un caso che – al netto qui dei problemi di rispetto della riserva di legge costituzionale *ex* art. 137 Cost. – proprio su questo fronte si registrino interventi legislativi volti a definire autoritativamente la condizione per adire in concreto la Corte costituzionale, riconoscendo per l'appunto direttamente la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale agli arbitri nell'arbitrato rituale (art. 819 *bis* c.p.c., come modificato dal d. lgs. 40 del 2006) e al Consiglio di Stato in sede di procedimento per ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (art. 69 l. n. 69 del 2009) – nella prima circostanza *in continuità* e nella seconda *in discontinuità* con la giurisprudenza costituzionale – in modo da sottrarre il problema alla valutazione dei giudici di Palazzo della Consulta e disporre, sotto questo profilo, una sorta di ammissibilità *ope legis* delle eventuali questioni sollevate (per qualche considerazione sul punto v. R. ROMBOLI [a cura di], *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale [2011-2013]*, Torino, 2014, 51 ss.; nonché pure A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale*, cit., 107 ss.).

2. Le regole del processo costituzionale e la sinergia con i valori costituzionali sostantivi

Dinanzi a questo appare, a mio parere, poco utile, ancorché ben comprensibile e non privo di aggancio alla realtà, condurre la riflessione nella prospettiva dell'utilizzo di quegli istituti, da parte della Corte costituzionale, semplicemente in chiave strategica, magari a fini di selezione dei casi da trattare, o incanalarla nel dibattito sulla duplice anima – politica e giurisdizionale – del giudice costituzionale che proprio nel dominio sulle regole del suo processo, tuttavia, smentirebbe quella duplicità, a favore di un monofisismo tutto politico inteso, come al tempo del Concilio di Calcedonia, come eversione eretica.

Il che indirizzerebbe la discussione nelle secche della lamentela degli arbitrii e delle forzature operate dai giudici di Palazzo della Consulta e alla sconcertante conclusione di esser dinanzi ad una giurisprudenza, non tanto casistica, quanto soprattutto senza bussola o, per dirla con una efficace espressione, dagli «insicuri ormeggi dommatici» (S. Staiano, *Essere giudice «a limitato fine»: Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 14/2018).

Più produttivo è forse orientare il discorso, come recentemente suggerito in un bel lavoro di Giorgio Repetto (G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, spec. 257 ss.), nell'ottica della interlocuzione necessaria che deve animare, nel giudizio di legittimità costituzionale, il rapporto fra regole processuali e valori costituzionali sostantivi la cui salvaguardia impone una lettura delle prime rispondente al presidio da assicurare ai secondi. Non si tratta tanto di accettare la (deprecata e innaturale) idea di un bilanciamento fra regole e principi, quanto semmai di accogliere la prospettiva di una interpretazione (costituzionalmente) orientata delle prime, tale da spingere ad una lettura più elastica, ove necessaria alla garanzia da offrire ai principi nei singoli casi.

Quello dell'incidentalità tenderebbe così a presentarsi – sempre per riprendere la concettualità di Repetto – piuttosto che come modello, come “canone”, inteso quale figurino in cui i singoli elementi costitutivi, previamente identificati, reagiscono con l'esperienza in modo da restituire nel tempo un quadro in vario modo ricomposto, secondo una visione che fa del diritto processuale costituzionale un complesso regolatorio, nel quale l'esigenza di stabilizzazione si associa all'opportunità di emanciparsi ogniquale volta il caso trattato e i valori costituzionali coinvolti lo richiedano. Quasi una logica complessiva in cui regola processuale e precedente giudiziario vedono sensibilmente attenuarsi il vallo di separazione e assume rilievo cruciale – più di quanto la Corte mostri di percepire – il ruolo della motivazione come luogo di esplicitazione della tipicità del caso trattato e del paradigma utilizzato e, quindi, della loro esemplarità.

Orbene, quel che si vuole qui sondare è quanto in questa dinamica possa incidere l'evocazione di una “zona franca” dal sindacato di costituzionalità sulle leggi, cioè a dire dell'esistenza di uno spazio normativo sottratto al controllo assegnato alla Corte costituzionale dall'art. 134 della Costituzione.

3. La valutazione di ammissibilità della quaestio legitimitatis e il problema delle c.d. zone franche: il caso esemplare della sentenza n. 226 del 1976

Che il rapporto sinergico fra regole processuali e valori costituzionali sostantivi possa trovare nella esigenza di superare eventuali “zone franche” dal controllo di legittimità costituzionale è evidenziato in quello che può considerarsi, per molteplici ragioni, il *leading case* in tema di legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità e di giurisdizionalità a quei limitati fini: vale a dire la sentenza n. 226 del 1976. In questa pronunzia, infatti, la Corte costituzionale – come è a tutti noto – riconosce alla Corte dei conti in sede di controllo preventivo sulla legittimità degli atti del Governo la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale relative a leggi (di spesa) di cui debba fare applicazione (in funzione evidentemente parametrica).

Si tratta di una decisione che chiude la fase dichiaratamente aperturista della giurisprudenza costituzionale – che aveva avuto nelle sentenze nn. 129 del 1957 e soprattutto 83 del 1966 le sue pietre miliari – in favore di un'altra più vigilata, contrassegnata dalla enucleazione di criteri di scrutinio – la valutazione della conformità degli atti esaminati alle norme del diritto oggettivo, «ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico»; il «carattere esterno del sindacato, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti»; l'esistenza di «elementi, formali e sostanziali, riconducibili alla figura del contraddittorio [in modo da garantire] la possibilità che gli interessi ed il punto di vista dell'amministrazione, nelle sue varie articolazioni, siano fatti valere nel corso del procedimento» – destinati a profilare l'“analogia” con le forme di esercizio della giurisdizione in senso proprio necessaria a radicare la possibilità di innesco del giudizio di legittimità costituzionale.

Senonché, quella sorta di decalogo risulta accompagnato (oltre che da qualche considerazione di carattere subiettivo circa la qualità di magistrati dei componenti dell'organo) da un assunto in sé del tutto estraneo allo scrutinio di ammissibilità sotto il profilo della sussistenza della legittimazione ad adire la Corte, che allude chiaramente ad un'esigenza di presidio sostanziale del principio di legittimità costituzionale: il riferimento è a quel passaggio della motivazione in cui si afferma l'esigenza «di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte».

Che non si sia in presenza di un mero *obiter dictum*, ma di un argomento giustificativo rilevante è comprovato dal fatto che esso venga più volte richiamato in tutta la giurisprudenza successiva in tema.

Vero è che il problema della massima ampiezza da assicurare al principio di legittimità costituzionale si affaccia, in proposito, già alle origini della giurisprudenza della Corte che lo utilizza come argomento

principio della inaugurata fase iniziale della relativizzazione delle nozioni di giudice e giudizio (cfr. M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO [a cura di], *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 13). È il caso della già rammentata sentenza n. 129 del 1957, là ove si afferma che, «se è vero che il nostro ordinamento ha condizionato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale alla esistenza di un procedimento o di un giudizio, è vero altresì che il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi (categorie del resto dai confini sovente incerti e contestati), si traggano conseguenze così gravi».

Il fatto è, però, che la decisione del 1976 mostra, nella nuova stagione della apertura vigilata, di non considerare sufficiente quell'ampliamento generico, richiedendo invece un'esigenza specifica e concretamente individuata. Esigenza indicata, per l'appunto, nella necessità di impedire che tipologie legislative o categorie di norme risultino in sé sottratte allo scrutinio del giudice delle leggi: è, per l'appunto, l'argomento della c.d. zona franca.

Certo, ai fini del discorso che qui si conduce, si tratta di un argomento – come dire – anfibio, nel senso che dietro al tema della *cattura dell'oggetto*, cioè a dire della conquista di spazi di sindacato rispetto ad atti che altrimenti sarebbero difficilmente scrutinabili dal giudice costituzionale, si cela quello della *cattura del parametro*, in quanto quella conquista recherebbe con sé la conseguenza di poter far valere il principio di copertura finanziaria delle spese *ex art. 81 Cost.* Di talché, la questione della tipologia legislativa *sfuggente* da aggredire risulta strettamente intrecciata alla occorrenza di sottrarre ad un destino di inoperatività, quantomeno nella sede del giudizio dinanzi alla Consulta, il principio costituzionale della copertura finanziaria delle spese, al fine di evitare che ad essere *sfuggente* sia il parametro dell'art. 81 Cost.

Lo testimonia, del resto, la successiva precisazione contenuta nella sentenza n. 384 del 1991, ove si dice che la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di controllo *ex art. 100 Cost.* risulta parametricamente circoscritta in quanto limitata «a profili attinenti alla copertura finanziaria di leggi di spesa [... essendo] legata alla specificità dei suoi compiti nel quadro della finanza pubblica».

Il che prefigura una sorta di zona franca “rincarata”, operando la eventuale scoperta al livello legislativo non meno che costituzionale o, meglio, sul primo piano come proiezione di quella avvertita sul secondo (o viceversa).

Ma quel che qui più interessa è che sul profilo specificamente processuale della legittimazione a prospettare l'incidente di costituzionalità intervenga in modo diretto e specifico la considerazione di diritto costituzionale sostantivo del *vulnus* settoriale arrecato al sindacato di costituzionalità affidato alla

Corte con la sottrazione di tipologie normative e che quell'intervento non assuma semplicemente il ruolo di argomento *ad adiuvandum*, ma svolga la funzione di fattore concorrente di giustificazione in grado di sorreggere l'apertura offerta sul fronte della legittimazione a sollevare.

Assai chiara, in questo senso, l'asserzione contenuta in una (peraltro assai discussa) decisione del 2004 (n. 254) non riguardante la Corte dei conti in veste di giudice *a quo*, bensì il Consiglio di Stato in sede consultiva nel procedimento per ricorso straordinario al Capo dello Stato, secondo la quale l'asserita (dal Consiglio di Stato) analogia fra l'attività consultiva svolta da quest'ultimo e quella esercitata dalla Corte dei conti in sede di controllo sugli atti governativi va respinta in ragione del fatto che essa mostra di non tener conto che le aperture compiute in favore del giudice contabile «sono state motivate *anzitutto* dall'esigenza di sottoporre a scrutinio di costituzionalità leggi che altrimenti ad esso sfuggirebbero (v. [sentenza n. 226 del 1976](#), par. 3 del *Considerato in diritto*, parte finale) [... portando poi a ritenere] la Corte dei conti in sede di controllo organo idoneo a sollevare questioni di legittimità costituzionale in ipotesi concernenti l'asserita violazione delle prescrizioni dell'art. 81 della Costituzione, ragione in precedenza soltanto genericamente indicata (v. sentenze n. 384 del 1991 e [n. 25 del 1993](#))» (*corsivo mio*).

4. Segue: la recente giurisprudenza costituzionale in materia elettorale

Nella prospettiva della relazione sinergica, a fini di flessibilizzazione dei meccanismi processuali, fra profili di ammissibilità e profili di diritto costituzionale sostantivo in merito all'esistenza di possibili zone franche, la Corte si è mossa in più occasioni. Basti qui ricordare la giurisprudenza in tema di ammissibilità del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato su atti legislativi, inaugurata a metà degli anni novanta dello scorso secolo, o quella in tema di norme penali di favore, per risalire fino al tempo degli esordi della problematica della sindacabilità delle leggi-provvedimento (intesa, quest'ultima, come scaturigine della questione, pur senza l'uso della specifica formula linguistica, da S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivistaaic*, 2/2014, 3).

Ma c'è un precedente assai più prossimo e – direi – celeberrimo, che deve essere qui tenuto presente: la sentenza n. 1 del 2014 in tema di sindacato sulle leggi elettorali di Camera e Senato. Pronunzia, questa, che peraltro si dichiara esplicitamente nel solco della decisione appena ricordata sulla Corte dei conti, battezzandola come suo ascendente specifico.

In quella occasione, come si ricorderà, l'argomentazione in punto di ammissibilità delle sollevate questioni di legittimità costituzionale è stata chiaramente condotta su di un duplice piano: da un verso, si è affrontato il problema del rispetto del nesso di pregiudizialità sotto il profilo della necessaria distinzione fra giudizio *a quo* e *ad quem*; dall'altro, si sono evocate ragioni (apparentemente stravaganti) circa la rilevanza nel sistema del fondamentale diritto di voto, l'importanza della legislazione elettorale come

strumento essenziale della alimentazione democratica dell'ordinamento e *last, but not least* l'estrema difficoltà di sindacare quella legislazione, esempio paradigmatico dell'esistenza di ambiti normativi sostanzialmente sottratti al giudizio di legittimità costituzionale. Sottrazione tanto più grave, se raffrontata alla valenza dei rammentati valori costituzionali in gioco.

Orbene, sarebbe, a mio parere, un errore considerare questo secondo piano motivazionale come una sorta di “fuor d'opera”, un di più rispetto alla valutazione sul nesso di incidentalità, già di per sé sufficiente a radicare l'ammissibilità delle questioni rimesse alla Corte. Non si tratta infatti di un lusso argomentativo, di un inutile pleonasma, ma di un aspetto essenziale di quello che è e resta uno scrutinio unitario nel quale proprio la presa in esame dei predetti valori sostantivi giunge a giustificare e sorreggere la massima tensione cui è sottoposto il canone dell'incidentalità. In sostanza, ad ammettere la trattazione nel merito non è tanto il tentativo – a dire il vero non particolarmente persuasivo – di dimostrare la diversità (o la non piena sovrapposizione) fra giudizio principale e giudizio costituzionale, quanto il ricorrere di esigenze costituzionali ulteriori, la cui salvaguardia spinge a ritenere accettabile l'attenuazione del profilo distintivo fra i due giudizi che si registra nella circostanza.

A testimoniare che questa sia la lettura preferibile della vicenda sta soprattutto la giurisprudenza costituzionale successiva.

Non penso alla altrettanto celebre sentenza n. 35 del 2017 – che pure si muove nello stesso solco della decisione del 2014, se possibile persino incrementandolo – quanto alla pronuncia n. 110 del 2015 in tema di legge elettorale per il Parlamento europeo, ove è proprio l'assenza di quelle medesime esigenze sostantive (secondo quanto avrò modo di specificare nel prosieguo) a far sì che il giudizio si volga nel senso dell'inammissibilità delle prospettate questioni, pur se sollevate utilizzando la medesima forma di accesso che aveva innescato il giudizio della Corte nel 2014 (e che lo innescherà ancora nel 2017).

Venuto meno il fattore di flessibilità, lo scrutinio di ammissibilità torna naturalmente ad essere più rigoroso e meno concessivo.

Altro che espressione di ripensamento e di maggiore *self-restraint*: la sentenza in parola si presenta, a mio avviso, come decisione in piena continuità con la logica che ha animato *in parte qua* le pronunzie del 2014, prima, e del 2017, dopo.

5. L'ordinanza di remissione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'evocazione del problema della “zona franca”

Vengo a questo punto all'ordinanza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del maggio scorso.

Ho ragioni per ritenere che la logica sinergica che si è qui tentato di evidenziare ed, in particolare, l'impostazione del problema dell'ammissibilità delle questioni sollevate in via incidentale che ne deriva, abbia esercitato un certo fascino sul "giudice" remittente.

Allo stesso modo della Corte di cassazione nella ordinanza che ha promosso, a suo tempo, l'incidente di costituzionalità poi deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 2014, l'Autorità garante – conscia della delicatezza e crucialità del problema – si sofferma lungamente sul fronte dell'ammissibilità della questione, enucleando i diversi fattori e condizioni che autorizzerebbero l'iscrizione della stessa al novero dei giudici abilitati a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

L'attenzione è prevalentemente concentrata sui profili della imparzialità ed indipendenza dell'organo, testimoniate dalla particolare composizione dello stesso e dalla modalità di scelta dei componenti; dall'essere la sua funzione di garanzia contrassegnata dall'attività di riconduzione di atti e fatti alle fattispecie astratte previste dalla normativa in tema di concorrenza e mercato, non implicante l'esercizio di discrezionalità valutativa; dal ricorrere di garanzie offerte dal principio del contraddittorio. Il tutto accompagnato da un ampio ricorso ai precedenti giurisprudenziali della Corte costituzionale a conforto delle tesi sostenute.

Non vengono, tuttavia, posti in luce altri elementi che – sempre ricavati da quella medesima giurisprudenza – potrebbero invece far pendere la bilancia verso il polo della carenza di natura giurisdizionale, come, ad esempio, l'incertezza circa la "definitività" della decisione dell'Autorità, stante la possibilità di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo e la permanenza di poteri di natura discrezionale in capo alla stessa che farebbero dubitare che il suo operare si limiti al ricondurre fatti o atti a fattispecie astratte (cfr., a riguardo, i rilievi di M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM*, in *Federalismi.it*, 14/2018 e la diversa impostazione di M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, *ivi* 15/2018).

Del resto, che quello della legittimazione delle autorità amministrative indipendenti sia tema "aperto" è comprovato da una riflessione dottrina che, avendolo da tempo in agenda, ha visto contrapporsi, con dovizia argomentativa, posizioni favorevoli e contrarie, secondo una dinamica oscillante che peraltro non ha risparmiato neppure il dibattito interno alla stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato (per una ricapitolazione sul punto v. di recente A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale*, cit., 119 ss.).

Ora, al di là del controverso valore degli argomenti favorevoli o contrari al riconoscimento della legittimazione ad adire la Corte costituzionale in via incidentale e del non meno controverso quadro valutativo emergente dalla giurisprudenza, ciò su cui intendo attirare l'attenzione è sul fatto che l'ordinanza di rimessione – forse consapevole proprio di quella opinabilità – si concluda sul punto, operando uno scarto argomentativo, decidendo di far entrare in campo un tema ulteriore, di natura

sostanziale: l'esistenza di una possibile "zona franca" dal giudizio di costituzionalità che si creerebbe in caso di diniego all'accesso al sindacato della Corte opposto all'Autorità.

Sostiene infatti quest'ultima che la previsione oggetto della questione – vale a dire l'art. 93 *ter*, comma 1 *bis*, l. n. 89 del 1913 in combinazione con l'articolo 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, cui essa fa richiamo – nel sottrarre alla cognizione dell'Autorità – quantomeno secondo l'interpretazione sin qui invalsa – le condotte dei Consigli notarili nell'esercizio della funzione di vigilanza, anche laddove questa incida sulle attività economiche dei notai e sia perciò rilevante ai fini dell'applicazione della normativa in tema di tutela della concorrenza e del mercato, sarebbe difficilmente sottoponibile al giudizio di legittimità costituzionale, ove si escludesse la legittimazione dell'Autorità a sollevare il relativo incidente di costituzionalità. Ciò in quanto la «possibilità di sottoporre la suddetta previsione al sindacato di costituzionalità sarebbe rimessa solo alla eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento».

L'eco dell'indirizzo giurisprudenziale del giudice costituzionale sopra richiamato mi pare abbastanza evidente; così come evidente è l'importanza annessa all'argomento dall'Autorità remittente, che introduce questa parte della motivazione affermando trattarsi di «un'ulteriore e *decisiva* considerazione che milita in favore della soluzione sin qui argomentata» (corsivo mio).

Il fatto è che quella prefigurata, piuttosto che una condizione di inespugnabilità della norma per il giudice delle leggi, sembra una situazione di mera difficoltà di accesso al giudizio di costituzionalità, legata al carattere solamente eventuale dell'impugnazione della decisione dell'Autorità garante ad opera del privato segnalante. Può dirsi ciò sufficiente per incidere positivamente sulla valutazione di ammissibilità della Corte? Il che equivale a chiedersi: quando è che il giudice remittente (e la stessa Corte) può utilmente evocare l'esistenza di una zona franca e conseguentemente lucrare sulla capacità di flessibilizzare i meccanismi dell'incidentalità che essa reca con sé?

Per rispondere a simili quesiti è necessario interrogarsi sul concetto di zona franca emergente dalla giurisprudenza costituzionale e tentare di ricostruirne i tratti definitivi essenziali. Provo a svolgere alcune rapide osservazioni sul punto.

6. Cos'è una zona franca?

Un paio di precisazioni di premessa.

La prima è d'ordine terminologico.

La locuzione "zona franca", nel senso che qui interessa, ricorre in diverse decisioni della Consulta – poco meno di dieci, a quanto mi consta – con una evidente prevalenza di pronunzie recenti, collocate cioè fra il 2014 e il 2018, ancorché la problematica ad essa sottesa faccia capolino qua e là in diverse altre

circostanze nella giurisprudenza costituzionale, vantando radici anche assai risalenti. Sostanzialmente bitematico è l'ambito di intervento delle pronunzie interessate che si muovono o nell'area della legislazione elettorale – sentt. nn. 1 del 2014, 110 del 2015, 35 del 2017 – o in quella economico-finanziaria e di bilancio – sentt. nn. 260 del 1990, 188 del 2015, 10 e 275 del 2016, 84 del 2018.

Ora, proprio questo suo uso giurisprudenziale, oltre che una certa consuetudine linguistica esistente fra i giuristi, mi spinge a mantenerla ferma, pur a fronte di recenti proposte dottrinarie che preferirebbero l'utilizzo in sua vece del sintagma “zona d'ombra”, riservando quello di “zona franca” alla indicazione di quel «complesso di situazioni normative e fattuali in ordine alle quali non è possibile esercitare alcun controllo di legittimità, poiché la Costituzione o le leggi costituzionali fissano dei limiti di carattere sostanziale che non consentono di pronunciarsi sul merito della controversia» (P. ZICCHITTO, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Torino, 2017, 5. Al tema sono stati dedicati due seminari del Gruppo di Pisa, i cui atti sono stati pubblicati in due volumi dal titolo *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi, P. Costanzo e *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. Pinardi, entrambi Torino, 2007).

Il che, peraltro, impone una puntualizzazione concettuale: la formula linguistica zona franca implica l'idea del disvalore costituzionale di una situazione di esenzione dal controllo di costituzionalità della Corte costituzionale, che non discende da una scelta imputabile al sistema costituzionale ed ai suoi principi informatori – sia essa o meno filtrata o distillata dalla Corte medesima – quanto semmai da un difetto di quest'ultimo, in buona misura ascrivibile allo stesso meccanismo del controllo, che in quanto tale richiede di essere superato (per una disamina delle diverse ipotesi v, per tutti, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, 2012, 302 ss.) . È ciò che distingue – per dirla in breve – “immunità” da “impunità” costituzionale.

In sintesi: con la zona franca siamo in presenza di un “baco” del sistema che, una volta individuato, impegna ad un'opera di riparazione.

La seconda notazione, per quanto ovvia, riguarda il fatto che, se è vero che ogni operazione di ampliamento dei canali di accesso al controllo della Corte si risolve in un'estensione della sua sfera di azione e se è vero pure che l'eliminazione di zone franche dal controllo di costituzionalità importa quel medesimo effetto, ciò non vuol dire che ogni scelta di “relativizzazione” o “flessibilizzazione” dei limiti all'ingresso delle questioni di legittimità costituzionale debba essere letta alla luce del canone della zona franca da rimuovere.

Si pensi, per stare al nostro tema, al già rammentato indirizzo giurisprudenziale delle origini, volto a considerare alternativi e non concorrenti il profilo soggettivo e quello oggettivo delle nozioni di giudice e di giudizio ai fini della legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità, motivato come si sa dalla

generica esigenza di consentire alla stessa Corte di radicarsi in un sistema che non stava presentandosi particolarmente accogliente, piuttosto che dal superamento di una “zona franca” in senso proprio. Ma si rammenti altresì – sempre nella medesima prospettiva relativizzante – l’orientamento favorevole al riconoscimento della legittimazione di sollevare questioni di costituzionalità dinanzi a se stessa, abbracciato per tempo dalla Corte costituzionale, il quale ha trovato la sua principale giustificazione nell’esigenza di evitare che il supremo garante della Costituzione si trovi, sulla scorta di una rigorosa applicazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, a dare applicazione a leggi incostituzionali senza alcun rimedio. Per non parlare delle diverse ipotesi di flessibilizzazione a fini strategici, in cui la pronuncia processuale risponde a fini di *case selection*.

Ora, va a questo proposito precisato che l’esistenza-rimozione di una zona franca si atteggia a questione oggettiva e logicamente presupposta dell’orientamento giurisprudenziale relativizzante che da essa può prendere le mosse e non a suo implicito ed automatico risultato. Ne può essere causa, non certamente mera (anonima) conseguenza (per una disamina delle diverse ipotesi).

Una specifica considerazione la merita, quindi, il tema dell’ostacolo che determina la situazione di affrancamento.

A fronte dell’affermazione, ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, secondo la quale «non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale», bisogna che la franchigia, pur senza attingere all’impossibilità assoluta, si fondi sull’esistenza di un obiettivo impedimento all’accesso al sindacato sulle leggi, dovuto a ragioni di sistema o di specifico regime giuridico. Si pensi al caso paradigmatico delle leggi elettorali per le Camere o a quello delle norme penali di favore in applicazione del principio di irretroattività delle leggi penali.

Talvolta, poi, l’impedimento può materializzarsi con riguardo non già all’atto in sé, ma ai suoi possibili effetti, come nell’ipotesi del decreto-legge in grado di produrre conseguenze lesive irreversibili durante la sua precaria vigenza e per questo ammesso al sindacato in sede di conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato, in deroga alla generale esclusione del conflitto sugli atti legislativi; oppure può presentarsi in una forma – come ho detto sopra – rincarata in quanto in grado di precludere, al medesimo tempo, la cattura dell’oggetto e del parametro. In ambo i casi si può dire che si ponga un peculiare problema di effettività del sindacato di legittimità costituzionale: in termini di capacità di retribuire giustizia costituzionale e di assicurare coerenza alla Costituzione in ogni sua parte.

Peraltro, la zona franca, una volta evocata, non costituisce una sorta di parola d’ordine, data una volta per tutte, ma richiede piuttosto che l’impedimento su cui si fonda vada costantemente rivalutato, alla luce delle mutevoli condizioni di fatto e di diritto. A questo riguardo, mi chiedo, ad esempio, se la franchigia

più nota – vale a dire quella riguardante la legge elettorale per le Camere – possa continuare ad essere affermata con la stessa forza e lo stesso convincimento di un tempo, ora che la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 1 del 2014.

Mi spiego.

È noto che la decisione in parola fornisce una soluzione (a dir poco) assai prudente al problema dei possibili effetti c.d. riflessi della declaratoria di illegittimità costituzionale della legge elettorale, facendo restare indenni dalle conseguenze dell'incostituzionalità non soltanto l'attività pregressa dei Parlamenti eletti sulla scorta della legge impugnata, ivi compreso quello in carica al momento della decisione della Corte, ma anche quella futura sino al compimento – naturale o anticipato che sia – della legislatura. Il che, tra l'altro, reca con sé persino la perdurante applicazione diretta della normativa dichiarata incostituzionale, utilizzabile in ambito parlamentare, sia in sede di giudizio di convalida delle elezioni che in occasione dell'eventuale sostituzione di parlamentari cessati, in palese violazione del disposto dell'art. 136 della Costituzione.

Ad ogni modo (riprendo, ora, quanto già osservato in P. CARNEVALE, *Leggendo in filigrana il comunicato-stampa della Corte costituzionale del 25 gennaio scorso... sperando di non incorrere in allucinazioni*, in *Nomos* 1/2017), quel che qui rileva è che una simile sterilizzazione possa portare a rimeditare sulla antica *querelle* concernente la possibilità che, nell'esercizio della c.d. verifica dei poteri, le giunte per le elezioni di Camera o Senato possano promuovere incidenti di costituzionalità aventi riguardo alla disciplina elettorale di cui esse sono chiamate a fare applicazione, la cui esclusione, più ancora che su questioni relative (ancora una volta) al riconoscimento della giurisdizionalità dell'organo remittente, è tradizionalmente stata affermata sulla scorta dell'argomento (nella sua fattualità assai convincente) della carica “suicida” dell'iniziativa: quale parlamentare – ci si chiede – sarebbe disposto a mettere in discussione la legge nella quale si radica la legittimazione del suo mandato? Vorrebbe questi – per usare un linguaggio icastico assai diffuso – tagliare il ramo dell'albero su cui è seduto?

In pratica, una eventualità abbastanza irrealistica.

Sennonché, proprio quanto sopra ricordato in tema di regime degli effetti della pronuncia di incostituzionalità della legge elettorale definito dalla sentenza n. 1 del 2014 potrebbe indurre a rivedere questa conclusione. La sostanziale neutralizzazione delle conseguenze discendenti dalla dichiarazione di illegittimità che lì si registra parrebbe, infatti, lasciar esenti le posizioni dei parlamentari in carica da qualsivoglia pregiudizio o riflesso negativo, come del resto proprio la legislatura in corso si incarica di mostrare.

In questo caso – lasciando qui in disparte il (non insormontabile) problema della rilevanza delle eventuali questioni di legittimità costituzionale – l'argomento della zona franca, dalla veste di decisivo supporto ad

un'azione di allentamento del requisito della pregiudizialità, passerebbe al ruolo di elemento giustificativo del riconoscimento di una giurisdizionalità “ai limitati fini” che, dato anche il significato appoggio di parte della dottrina, parrebbe a chi scrive delineare decisamente un'operazione di minor costo (*rectius* di minor sofferenza) per il canone dell'incidentalità costituzionale.

Tornando alla nozione di zona franca, ai fini che qui interessa indagare, un ulteriore elemento di cui tener conto è – a mio parere – quello del “tono costituzionale” del problema ad essa sotteso.

Si potrebbe ritenere, sulla scorta ancora una volta della sentenza n. 1 del 2014, che esso vada commisurato al peso e alla significatività dei valori costituzionali sostantivi coinvolti – nel caso di specie, come detto, il fondamentale diritto di voto e la salvaguardia del tasso di democraticità del sistema. A farlo pensare anche la successiva sentenza n. 35 del 2017, laddove, nel confermare la scelta operata nella sentenza capostipite di tre anni prima, rileva che ad avvalorarla concorrono quattro diverse ragioni – in sé apparentemente equivalenti e concorrenti – fra le quali si annoverano in sequenza, al terzo e quarto posto, «la peculiarità e il rilievo costituzionale del diritto oggetto di accertamento nel giudizio *a quo*, cioè il diritto fondamentale di voto, che svolge una funzione decisiva nell'ordinamento costituzionale, con riferimento alle conseguenze che dal suo non corretto esercizio potrebbero derivare nella costituzione degli organi supremi ai quali è affidato uno dei poteri essenziali dello Stato, quello legislativo», e l'esigenza di «evitare la creazione di una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale, in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico dell'ordinamento».

Il fatto è però che proprio dalla (coeva) giurisprudenza della Corte giunge una evidente smentita a quanto appena osservato.

È, a questo proposito, la già richiamata sentenza n. 110 del 2015 a rilevare, posto che, nel pervenire ad una decisione di segno opposto rispetto a quelle appena ricordate, dichiarando l'inammissibilità della – analoga quanto a provenienza e quanto a valori costituzionali in gioco – questione di costituzionalità riguardante la legge n. 18 del 1979 nella parte in cui prevede una soglia di sbarramento per le liste partecipanti alle elezioni del Parlamento europeo, la Corte fa leva “in via esclusiva” sul fatto dell'inesistenza della zona franca, comprovata dalla possibilità che le «vicende elettorali relative all'elezione dei membri italiani del Parlamento europeo [...] possono essere sottoposte agli ordinari rimedi giurisdizionali, nel cui ambito può svolgersi ogni accertamento relativo alla tutela del diritto di voto e può essere sollevata incidentalmente la questione di costituzionalità delle norme che lo disciplinano». Decisione poi confermata sul punto anche dalla successiva ordinanza n. 165 del 2016.

Insomma, a parità di valori costituzionali d'ordine sostanziale in gioco, a spostare l'asse della decisione e riportare lo scrutinio di ammissibilità su standard di maggior rigore, è per l'appunto la sola carenza di zona franca (di apoteosi delle zone franche ha parlato G. REPETTO, *Il canone*, cit., 52). Del resto, si

potrebbe osservare che la sottrazione di leggi o atti legislativi al giudizio di costituzionalità si sostanzia in un *vulnus* apportato al principio di legittimità costituzionale, che in quella sede trova il suo principale (e non surrogabile) presidio; principio, la cui lesione reca con sé la conseguenza di una potenziale lesione di ogni altro parametro costituzionale. Onde quel *vulnus* si presenta già di per sé come pregiudizio arrecato *in astratto* a qualunque possibile interesse costituzionale sostanziale, assumendo il volto *concreto* di quello che sarà, di volta in volta, il valore costituzionale di cui si accerta la violazione.

Per questo si può dire che l'eliminazione di una zona franca può essere assunta dalla Corte come *esigenza autonoma* da poter far valere al fine di «prudentemente calibrare [...] le proprie valutazioni sui presupposti di ammissibilità delle questioni di costituzionalità ad essa sottoposte» (sent. 110 del 2015).

Il che però non significa che il discorso del “tono costituzionale” debba uscire definitivamente di scena, quanto semmai che esso debba essere declinato in termini di “tono ordinamentale”.

Ritengo, infatti, che per far utilmente contare la situazione di sottrazione di una determinata normativa al controllo del giudice costituzionale nell'ambito della valutazione di ammissibilità della questione che la riguarda, sia necessario che si tratti di sottrazione significativa dal punto di vista dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Vi si deve riscontrare, che so, una valenza ed entità di sistema – come ad esempio per la legge elettorale – o una radice nello stesso regime giuridico della fonte – come nel caso del decreto-legge ammesso al conflitto – oppure un nesso con una tipologia o una categoria normativa individuata *ratione materiae* – penso qui alla legislazione di spesa o alle norme penali di favore – o per struttura nomologica – è l'ipotesi delle leggi-provvedimento qui a venire in considerazione.

Insomma, l'affrancamento deve avere l'orizzonte ampio di un problema di dimensione ordinamentale, che, cioè, investa tipi, classi, generi normativi configurabili in astratto, giacché solo così l'esistenza di una zona franca potrà vedersi riconosciuta quella rilevanza necessaria a far sì che il suo apprezzamento – parafrasando la stessa Corte costituzionale – possa essere “prudentemente calibrato” con la valutazione sui presupposti di ammissibilità delle questioni di costituzionalità sollevate e che la sinergia fra profili processuali e valori sostanziali possa mantenersi nell'alveo di una lettura ponderata.

Non si tratta soltanto di un problema di *portata* e di *perimetro*, legato semplicemente alla latitudine della “zona”, ma di spessore e prospettiva, in quanto innestato nella dinamica della riproduzione normativa e per questo suscettibile di sempre nuove rappresentazioni: in questo senso la zona franca o è *illimitata* o *non è*.

Per questa ragione sono personalmente assai dubbioso che, al di là di ogni altra considerazione, invocare l'argomento con riguardo ad una specifica previsione legislativa, in ragione del proprio contenuto normativo – come avviene nell'ordinanza di rimessione qui in considerazione – possa realmente giovare



alla causa dell'ammissibilità della questione. Sarebbe, in questo caso, una zona *franca affrancata* dal necessario tono costituzionale.

Peraltro, se ed in qual misura si verifichi un'effettiva condizione di sottrazione al giudizio della Corte di questo tipo, altri dovranno essere i rimedi da mettere in campo per far fronte a quella che, in ogni caso, si presenta e si atteggia pur sempre come una situazione di oggettivo disvalore per il sistema (per la tesi della soluzione al problema delle zone franche al di fuori della giurisprudenza costituzionale v. R. BIN, *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali: rassegna*. - 2017, n. 6, 4-5).