

4 LUGLIO 2018

L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica

di Giampiero Di Plinio

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Chieti-Pescara



L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica *

di Giampiero Di Plinio

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Chieti-Pescara

1. In apertura di una fine analisi del trend nei rapporti tra Corte costituzionale e Antitrust, l'autrice sottolinea il pensiero di un illustre studioso¹, secondo il quale nei periodi di crisi il rischio per i paesi che ne sono investiti è quello di assistere ad un arretramento del libero mercato e al riemergere di istanze di protezione, che spesso si traducono in scelte legislative introduttive di vincoli e limiti alle imprese e alla concorrenza, e si chiede se, a fronte di legislatori che ascoltano le sirene, la Corte costituzionale abbia assecondato o meno quelle tendenze e quelle scelte, giungendo alla conclusione che, nel periodo di indagine (2011-2014) ricco di conflitti contro le legislazioni di liberalizzazione degli anni precedenti, la giurisprudenza della Consulta si è sviluppata «non solo in sostanziale continuità con gli indirizzi emersi nel periodo precedente ..., ma anche in singolare sintonia con le posizioni e i principi affermati dall'Autorità antitrust»².

E ciò potrebbe apparire come timido auspicio di un possibile 'buon fine' della prima eccezione incidentale di legittimità costituzionale sollevata da una Autorità Indipendente in questo Paese³. Si tratta però, e non è necessario un trattato di giustizia costituzionale per dimostrarlo, di una strada in ripidissima salita, che conviene percorrere con i migliori equipaggiamenti 'alpinistici' del caso.

2. Tra le varie 'attrezzature' disponibili per la scalata, scelgo quella della valutazione critica dell'approccio, sopra considerato, del rapporto tra crisi economica e istanze protezionistiche. Ha sicuramente ragione Mario Libertini quando afferma che la concorrenza, come del resto qualsiasi altro valore o principio, non

* 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.

¹ M. Libertini, *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2009.

² A. Argentati, *Autorità antitrust e Corte costituzionale: il dialogo al tempo della crisi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2015, 41 ss., spec. 43.

³ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *I803 – Condotte restrittive del consiglio notarile di Milano, Ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, in *Bollettino*, n.17/2018. Di informazione sui contesti della vicenda e su tutti i particolari specifici, sarà pieno questo Fascicolo, ma faccio comunque rinvio anche a G. Mazzantini, M.C. Marzocca, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 2/2018.

può essere assolutizzata e dev'essere bilanciata con gli altri valori e principi, e conseguentemente «i principi di tutela della concorrenza devono ritenersi subordinati ai *vincoli di carattere macroeconomico* e quindi devono essere adattati o derogati quando interferiscano con misure necessarie ai fini della *stabilità complessiva del sistema economico*»⁴

Ma è proprio l'oggetto della questione incidentale posta dal Garante della concorrenza, che induce a una differente, e in un certo senso opposta, riflessione. Infatti, il notariato non ha dovuto aspettare la crisi per essere legislativamente iperprotetto, ma lo è stato da sempre (e qui non si intende metterne in discussione le ragioni, ma solo rilevare il cosiddetto stato dell'arte). Al contrario, è proprio nel corso degli anni dell'impatto di globalizzazione, trasformazione e crisi della costituzione economica che emergono legislazioni liberalizzatrici che erodono la geometrica potenza della storica legislazione pubblicistica sul notariato⁵.

⁴ *Op. cit.*, 11 (corsivo mio).

⁵ Alla quale nessuno nega la piena legittimazione a configurare e conformare i caratteri pubblicistici della funzione notarile. Nemmeno il diritto europeo. Lo affermano E. Masarà e O. Pollicino, *Nuovo articolo 93-ter, comma 1-bis, della Legge Notarile: esenzione totale dei notai dalle regole di concorrenza? Contrarietà ai principi comunitari? Niente affatto*, (in www.medialaws.eu) secondo i quali «...numerose sentenze della Corte [di giustizia] hanno sancito che è sempre libera e insindacabile (salvo i casi di illogicità od errore manifesti) la scelta del legislatore di affidare ad un'impresa, associazione o altro ente la missione pubblica di fornire “servizi di interesse economico generale” o di attribuire ad essa “poteri normativi” pubblici, così sottraendo tali enti o servizi dall'applicazione diretta delle norme comunitarie sulla concorrenza, la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento all'interno dell'Unione europea. Con la norma modificata, dunque, il legislatore ha inteso esplicitare questa scelta in modo inequivocabile, per mezzo del rinvio all'art. 8, c. 2 della Legge Antitrust, che appunto stabilisce la non applicabilità delle norme antitrust primarie ai “servizi di interesse economico generale”, per quanto necessario all'adempimento della specifica missione affidata». L'appena riportata argomentazione dei due autori sopra richiamati, tuttavia, appare frutto di un curioso equivoco, perché fin dall'avvio del procedimento (che ora culmina nella citata Ordinanza di rinvio) il Garante non affronta affatto né la questione relativa alla missione pubblica del Consiglio Notarile di fornire servizi di interesse economico generale, né, conseguentemente, quella della legittimità o meno dell'esonero delle azioni del Consiglio Notarile dalle norme sulla concorrenza. L'Antitrust contesta due elementi: la *proporzionalità* della deroga — introdotta dalla finanziaria 2018 con il nuovo articolo 93-ter, comma 1-bis, della Legge Notarile — rispetto agli obiettivi di vigilanza e alle funzioni disciplinari che il Consiglio è chiamato ad esercitare; e la *generalità* (e l'astrattezza) della deroga stessa rispetto a tutte le attività disciplinari del Consiglio, anziché verificare caso per caso se e quando l'esercizio delle funzioni del Consiglio notarile rientra nelle finalità pubblicistiche in grado di derogare le norme sulla concorrenza. Sotto il primo profilo l'AGCM rileva che il Consiglio Notarile di Milano richiede ai notai dati sensibili (atti stipulati, copia delle fatture, spese di gestione, informazioni sui ricavi, sui costi, sull'organizzazione dell'attività, etc.) che il più delle volte risultano irragionevoli e non coerenti con gli obiettivi che il Consiglio notarile dichiara di voler perseguire. Rileva inoltre che la quasi totalità dei dati effettivamente utilizzati ai fini di vigilanza sarebbero tranquillamente reperibili attraverso fonti pubbliche (Archivio Notarile, Agenzia delle Entrate, etc.), peraltro anche con maggiore tempestività. Ovviamente, per il Garante, queste condotte appaiono abnormi, e assolutamente non strumentali rispetto all'attività di vigilanza. In sostanza, l'AGCM — correttamente — afferma che il test di proporzionalità è *questione preliminare* rispetto alla verifica della portata più o meno concorrenziale della condotta contestata. Come infatti ha più volte chiarito la Corte di giustizia le deroghe al principio di libera concorrenza vanno interpretate restrittivamente e valgono solo alla «duplice condizione»: che si tratti di un servizio economico di interesse generale e che l'applicazione delle norme sulla concorrenza sia effettivamente di ostacolo alla specifica missione pubblica (Corte giust., *sent.* 12.12.2000, Causa T-128/98, Aéroports de Paris, in Racc. II-2000, 290, p.to 227). Ma a parte questo, per scoprire

3. Per evitare il capogiro, è indispensabile trovare, come dice l'ineffabile Battiato, un centro di gravità permanente. A me pare che un tale costrutto gravitazionale sia proprio svelato dai due sintagmi che mi sono permesso di sottolineare nel passo di Libertini appena riportato (*vincoli di carattere macroeconomico e stabilità complessiva del sistema economico*), e coincida esattamente con uno tra i concetti di confine meno digeribili in assoluto dai costituzionalisti italiani. Alludo, ovviamente, alla *costituzione economica*, in particolare nella sua forma di *costituzione finanziaria* osservata nella dinamica delle interferenze con l'altra dimensione del concetto, vale a dire la *costituzione del mercato*⁶. Come ho appena promesso, semplifico. Il cuore della costituzione finanziaria vigente (formalmente, nella Carta repubblicana, da qualche anno, ma sostanzialmente da due decenni e oltre) è l'equilibrio di bilancio, il cui presupposto strutturale è la costituzione fiscale, e più precisamente la parte attiva del bilancio, che a sua volta ha un legame di dipendenza univoca (e pertanto costituzionalizzato, e tanto più stretto e necessario quanto maggiore è l'esposizione debitoria dello Stato) con stabilità e crescita economica. Pertanto, è proprio la crisi — che diminuendo la grandezza relativa della costituzione fiscale obbliga i governi a cercare rimedi e adattamenti, imponendo “vincoli di carattere macroeconomico” di cui dice Libertini, per bloccarne o ridurre il devastante effetto — a introdurre, oltre a eventuali misure economiche anticongiunturali⁷, imperativi di liberalizzazione e deregolamentazione, per rendere più efficiente il mercato, attrarre investimenti, ridurre i costi di transazione, incrementare la produttività delle imprese e l'effetto di crescita degli scambi⁸.

Sto maneggiando, lo dico per anticipare frettolosi scetticismi, oggetti costituzionali veri e propri, valori e principi, non solo di carta, ma variamente affermati dalla Consulta, prima e dopo il 2012, considerando le implicazioni finanziarie che le politiche economiche di liberalizzazione producono sulle finanze statali

che mettere le mani in tasca a un notaio per controllare se guadagna troppo non c'entra proprio nulla con la valutazione della correttezza e della conformità alla *mission* pubblicistica dei suoi atti, non vi è, ne sono fermamente convinto, bisogno di scomodare né il diritto comunitario né il diritto costituzionale dell'economia.

⁶ In questo breve intervento è giocoforza sviluppare il ragionamento mediante applicazioni semplificative, e mi corre pertanto l'obbligo di rinviare, per il lavoro lungo e duro su presupposti e teoremi, ad altri miei contributi, in particolare tra i più recenti: *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari (cur.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 65 ss.; *La velocità delle costituzioni economiche tra passato e presente della UEM*, in A. Ciancio (cur.), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, Giappichelli, Torino, 2017, 207 ss.

⁷ È a quelle che fa principalmente riferimento il saggio di Libertini sopra citato.

⁸ In termini di stabilità e crescita, le regolazioni (intese anche come eliminazione di regole inefficienti) più attrezzate a tali fini sono quelle che riducono i costi per il bilancio pubblico e/o aumentano il prodotto interno lordo. Al netto di eventuali funzioni ‘pubblicistiche’, insomma, la razionalità delle regolazioni deve (pena la regressione dell'efficienza giuridica delle regolazioni stesse) essere misurata in ordine ai loro effetti economici. Per una più ampia discussione su questo punto rinvio al mio *The common core of the deregulation. From the State regulator to the Economic Sovereign*, Giuffrè, Milano, 2005, 11 ss., 168 ss.

e regionali, e spesso richiamando le evidenze economiche empiriche di una significativa correlazione fra libertà del mercato e crescita economica⁹.

4. In definitiva, le liberalizzazioni che dalla fine degli anni novanta hanno interessato tutte le nicchie ‘protette’ e in particolare l’attività notarile, hanno una funzione costituzionale precisa, che affonda nel tessuto connettivo che si è da tempo generato tra i generalissimi principi di proporzionalità e ragionevolezza già rinvenibili nell’art. 3 Cost., la libertà di iniziativa economica privata e i suoi corollari, la primazia del diritto comunitario cristallizzata nell’art. 117 primo comma, e la costituzione finanziaria in versione Maastricht, come formalizzata nel nuovo art. 81.

Si tratta di un pacchetto potente — di cui è altamente rischiosa, in relazione ai prevedibili effetti su crescita, sviluppo, efficienza e stabilità della costituzione economica, l’elusione — sottratto alla discrezionalità del legislatore ordinario e affidato, quanto alla garanzia tecnica, neutrale e indipendente, all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua duplice connessione, interna e multilivello. Si tratta in più di un pacchetto, per così dire, complesso, perché, se è vero che individualmente prese le singole fattispecie hanno in termini macroeconomici un peso relativamente ‘leggero’, considerate complessivamente sono un macigno, sulla cui integrità si giocano non solo la competitività e l’efficienza, ma soprattutto la stabilità economica, la sostenibilità di spesa e debito, la reputazione internazionale del sistema Paese. E questa integrità sarebbe irrimediabilmente compromessa se al legislatore fosse consentito anche una sola volta, anche in una sola piccola fattispecie, l’arbitrio di selezionarla per ripristinarne i meccanismi protettivi. L’effetto domino sarebbe inevitabile, e spazzerebbe senza rimedio la stessa legittimazione di un Garante della Concorrenza.

5. Ragionando in termini generali e nel contesto della nuova costituzione economica e finanziaria, la questione della regolazione dei mercati si sostanzia in quella dei limiti e delle forme in cui deve essere *ristretta la discrezionalità del legislatore* (specie in ordine alla sua sensibilità alle pressioni delle lobby) mediante tecniche di controllo che introducano elementi di oggettività e uniformizzazione nei regimi e nelle procedure di regolazione¹⁰, in pratica attraverso sistemi di regolazione “neutrali”, e quindi oggettivi e a

⁹ Per una evidenza in questo senso delle posizioni della Corte, M. Salerno, *Autonomia finanziaria regionale e vincoli europei di bilancio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, in part. 143 ss.

¹⁰ R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford Univ. Press, New York, 1999, 30, 180 ss. Una discussione ampia in chiave comparata nel mio *Il common core della deregulation*, cit., in part. 141 ss.

zero *political discretion*¹¹, affidati a organismi specializzati, separati e indipendenti dalla politica e dall'amministrazione, dotati di adeguati *toolkit* tecnico-scientifici¹².

Il problema cruciale pertanto è, da sempre, quello relativo alla stessa possibilità, e alla validità nel contesto dello Stato costituzionale, della presenza di strutture indipendenti di garanzia della regolazione come autorità neutrali e tecniche, dotate di poteri (quasi)legislativi e/o (quasi)giurisdizionali¹³; da qui alla configurazione in varie declinazioni e linguaggi delle authority come "potere" dello Stato, al quale spetta una *frazione precisa di esercizio di sovranità* nell'ambito della sua competenza, il salto è stato spesso considerato del tutto sostenibile¹⁴.

¹¹ R. Baldwin, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1995. Ciò significa che la delegazione di poteri ad agenzie neutrali rispetto ai governi non è fatta tanto per aumentare la credibilità delle politiche di questi ultimi (così invece G. Majone, *Independent Agencies and the Delegation Problem: Theoretical and Normative Dimensions*, in B. Steuemberg, F. van Vught (eds.), *Political Institutions and Public Policy*, Kluwer A. P., Dordrecht, 1997, 139 ss.) quanto per ragioni più oggettive e, in un certo senso, obbligate dalle trasformazioni dell'economia e dal declino delle costituzioni 'keynesiane'.

¹² La fortuna delle autorità indipendenti non deriva solo dai guai che ha combinato la politica, ma può essere anche spiegata con la spinta a sottrarre il bisogno biologico di certezza giuridica del mercato al dinamismo interpretativo delle Corti. L'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi di settore e di funzioni di risoluzione dei conflitti costituirebbe in questa visione una *scientific alternative* sia alla discrezionalità politica che all'incertezza della soluzione giurisdizionale del caso concreto. All'interno di un mercato transnazionale, le imprese hanno un vitale bisogno che gli obblighi derivanti da regolazioni di tutela della concorrenza e le relative responsabilità siano tipizzati, in modo da consentire una razionale valutazione economica dell'investimento, e rendere fruibili regole economicamente uniformi. Il problema giuridico, in sostanza non attiene tanto alla misura degli standard, quanto alla necessità che standard esistano, siano oggettivi e conoscibili, e vincolanti non solo per le imprese, i cittadini e le pubbliche amministrazioni, ma anche per i giudici e i legislatori nazionali. Come ottenere un tale risultato, è ancora materia divina.

¹³ Contro questo modello sono, come è noto risalenti, le critiche degli istituzionalisti americani, nonostante che (o forse proprio perché) giusto negli Stati Uniti la problematica delle autorità indipendenti abbia avuto il suo primo sviluppo (M. Shapiro, *Who guards the guardians? Judicial control of administration*, Univ. of Georgia Press., Athens, GA, 1988), espandendosi successivamente a macchia d'olio (L. Ammannati [cur.], *La concorrenza in Europa. Sistemi organizzativi e autorità di garanzia*, Padova, Cedam, 1998; M. Thatcher, A. Stone Sweet, *Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions*, in *West Eu. Pol.*, 1/2002, 1 ss.). La diffusione in Europa del modello delle *authorities* — in particolare in materia di mercato, concorrenza e moneta, ma anche in settori apparentemente meno 'economicamente' coinvolti, come ambiente, sicurezza, privacy — corrisponde a un preciso interesse vitale per le istituzioni europee alla creazione di sistemi uniformi di regolazione, senza i quali il mercato unico resterebbe nel limbo. Ciò spiega anche perché le autorità indipendenti nazionali tendono a formalizzarsi come *istituzioni comunitarie di rete*, creando, anche se secondo la visione più frequente solo limitatamente alla 'dimensione comunitaria' della rilevanza dei mercati coinvolti, una ulteriore barriera per l'intervento dei legislatori nazionali.

¹⁴ Al riguardo l'esempio più forte è quello delle Banche centrali. Anche qua gli studi sono risalenti (F. Merusi, *Per uno studio sui poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1425 ss.; una discussione, e info, nel mio *Diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1998, 353 ss.). È ovvio che ai Parlamenti non può razionalmente essere affidata la decisione sul tasso di sconto, ma il vero problema, comune a tutte le dislocazioni della sovranità verso sedi tecniche, non è tanto se e come impedire la traslazione, quanto come applicare a questi poteri le dottrine del costituzionalismo. Il caso OLAF vs Banca Centrale Europea, mostra che la BCE non è "intoccabile" (cfr. Corte giust., sentenza del 10-7-2003, causa C-11/00), ma non prova la necessità di «legittimazione di carattere democratico» della Banca (A. Malatesta, *La Banca centrale europea*, Milano, Giuffrè, 2003, 84), ma solo l'esigenza di controlli che assicurino il bilanciamento procedurale delle azioni della BCE e la sua responsabilità per la violazione della costituzione, senza che venga violata la sua indipendenza quanto alla

In dottrina i problemi fondamentali sono in gran parte ancora aperti: non è ancora sufficientemente definita la stessa nozione di indipendenza, né la sua valutazione costituzionale, e neppure la configurazione, la natura e i poteri degli organismi in questione. Secondo una argomentata ricostruzione¹⁵, i tratti comuni, ciascuno dei quali ha un forte effetto sulla struttura della costituzione materiale, dovrebbero essere identificati: a) nella sottrazione dell'autorità all'indirizzo politico del governo; b) nella estraneità alla organizzazione gerarchica del potere esecutivo; c) nel collegamento reticolare con organismi equivalenti sovranazionali o di altri Stati; d) nella presenza di attribuzioni funzionali non tanto amministrative in senso stretto, quanto regolative-normative e/o arbitrali-giurisdizionali. Le autorità diverrebbero in questo caso la fonte delle regole di autodisciplina del mercato e la loro natura *neutrale e indipendente*, unita alla qualificazione *tecnica*, costituirebbe una barriera nei confronti dei poteri tradizionali dello Stato¹⁶. Ne risulta potenziato il concetto di indipendenza: non solo *separazione soggettiva*, ma anche *separazione funzionale*¹⁷; in altre parole, le competenze attribuite all'autorità non dovrebbero essere "doppiate" da decisioni dell'istituzione a derivazione rappresentativa. In questo senso i procedimenti formativi, cioè le nomine, degli organi dell'autorità diventano meno rilevanti, perché l'indipendenza implicherebbe anche l'esercizio della *frazione* di sovranità appunto corrispondente al nucleo fondamentale dell'area di competenza funzionale¹⁸.

Naturalmente, l'obiezione più ricorrente attiene al ruolo delle istituzioni rappresentative e alla mancanza dell'investitura democratica, ma ormai questo tipo di problemi sfugge a ogni catalogazione secondo le

determinazione dei contenuti delle sue decisioni e delle sue competenze materiali, che essa deve scegliere sulla base della propria qualità tecnica, e non su suggerimento o su pressione di altri poteri. In questo senso, il controllo difende l'indipendenza della Banca.

¹⁵ S. Cassese, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, V, 1 ss.

¹⁶ S. Cassese, *op. ult. cit.*; S. Labriola (cur.), *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999. La prospettiva indicata nel testo è in aperto contrasto con le posizioni del *New Institutionalism*. Il senso della problematica si coglie interamente se si valuta il fenomeno dal punto di vista del rapporto di queste strutture con i limiti dell'indirizzo politico espresso dalla istituzione rappresentativa di riferimento; in altre parole, perché una autorità sia davvero *indipendente*, le sue decisioni, nella sfera di competenza, debbono costituire un *dato* non disponibile da parte di quella istituzione (mi sia consentito ancora rinviare al mio *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 346). È importante sottolineare che le autorità indipendenti sono sempre e comunque sottoposte al sindacato giurisdizionale; questo, tuttavia, dovrebbe riguardare solo il rispetto delle regole procedurali di garanzia e non potrebbe estendersi al contenuto *tecnico* delle loro determinazioni, altrimenti il filtro delle *authorities* sarebbe completamente inutile. In altre parole, il giudice compie un sindacato sul corretto esercizio del potere, senza spingersi nel merito della decisione dell'autorità, ma solo verificando la razionalità del percorso logico seguito, anche in relazione alle acquisizioni risultanti dall'istruttoria (in tal senso Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, cit., 249).

¹⁷ F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti, Un romanzo "quasi" giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000, in part. 70; F. Merusi e M. Passaro, *Le Autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003.

¹⁸ E ancora il riferimento obbligato è in primo luogo alle problematiche della posizione costituzionale della Banca Centrale.

logiche formali del costituzionalismo classico¹⁹; quello che sfugge piuttosto alla dottrina del *New Institutionalism* è che toccare i processi di regolazione e deregulation in età di globalizzazione e di finanza pubblica condizionata è altrettanto delicato e pericoloso che toccare la moneta, perché si tratta in entrambi i casi di attivare *abilità specifiche* che la democrazia rappresentativa non ha mai posseduto; quando si spiana la strada al controllo politico sulle agenzie indipendenti oppure alla sovrascrittura discrezionale della loro funzione di regolazione²⁰, si dovrebbe essere davvero molto preoccupati, perché si sta scherzando con il fuoco.

6. Le ragioni e i problemi finora evidenziati, a fronte di una manovra legislativa diretta o indiretta, palese o oscura, ma tecnicamente ‘protezionistica’ come quella che abbiamo fra le mani, portano ad avviso di chi scrive a ritenere indispensabile l’intervento del Giudice delle leggi, o per rilevarne l’eventuale incostituzionalità, oppure per chiarirne l’innocuità, o la legittimazione, nei confronti dei valori costituzionali della concorrenza e della stabilità economica. Infatti, anche in questa seconda evenienza, nella misura in cui sarebbe affermato comunque il principio che quel tipo di scelte legislative non è libero, ma va testato, ogni volta, alla luce di quei valori, la legittimazione di quelle scelte sarebbe percepita come una deroga, una eccezione, rispetto al principio generale di garanzia dei richiamati valori costituzionali, e ciò confermerebbe comunque la continuità della piena legittimazione dell’Antitrust come autorità indipendente di garanzia.

Posso sbagliare — e lascio volentieri agli altri relatori l’indagine su problematiche come quelle di rischi di zone franche e questioni connesse²¹ — ma ho una istintiva, prima ancora che scientifica, convinzione che uno spazio di intervento sulla delicata funzione di tutela del mercato e della concorrenza, e non solo nel caso in esame, sarebbe precluso alla Corte costituzionale per altre vie²², a meno di allargare all’Antitrust la legittimazione attiva ai conflitti di attribuzione, questione risalente e di cui si è in parte discusso sopra, ma che alla fine non serve approfondire in questa sede²³.

¹⁹ Sviluppi sul punto in G. D’Ignazio, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d’America*, Giappichelli, Torino, 2004, 143 ss., 165 ss., 193 ss.

²⁰ V. le discutibili conclusioni di A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, 141.

²¹ E anche qui siamo davanti a cose ‘risalenti’ e stupefacenti oggi come allora. Mi imbattei per la prima volta, appunto con sbalordito stupore, in questioni del tipo alla fine degli anni settanta, avendo fra le mani, in un contesto analitico specifico, la sentenza 226/1976, sulla legittimazione della Sezione di controllo della Corte dei conti a sollevare questioni incidentali di costituzionalità (*Controlli amministrativi sulle regioni e sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.* 1977, fasc.1/2, 331 ss.).

²² Ragionevoli e convincenti gli argomenti esposti da Mazzantini e Marzocca, *Legittimazione dell’Autorità*, cit., 2 s. e *passim*, ai quali aderisco e faccio rinvio.

²³ Ma v. G. Lombardo, *Le autorità amministrative indipendenti come poteri dello Stato nei conflitti di attribuzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1998, 271 ss.; G. Grasso, *Autorità amministrative indipendenti e conflitti intersoggettivi: una zona d’ombra della*

Ove invece sembra più ragionevole chiedersi se il rischio per la nostra giustizia costituzionale sia non soltanto quello che una questione del tipo in esame sfugga in qualche modo al vaglio di costituzionalità della Corte, ma soprattutto quello che a formattare le determinanti della vicenda siano altri (meno accurati rispetto alle esigenze di coerenza complessiva dell'ordinamento costituzionale italiano) soggetti, come il giudice amministrativo²⁴, lo stesso legislatore 'del cambiamento', o le istituzioni europee, raggiunte con percorsi svariati, alcuni dei quali, sbarrati in passato²⁵, potrebbero inaspettatamente aprirsi, visto anche che da Bruxelles, in sede di formulazione del parere sul programma italiano di stabilità 2018 (Raccomandazione del Consiglio, COM(2018) 411 final del 23 maggio 2018), arrivano espliciti rimproveri sui ritardi sia nelle scansioni delle legislazioni annuali in materia di concorrenza, sia nell'attuazione di quelle che già ci sono, in particolare in quanto «permangono ostacoli rilevanti alla concorrenza in alcuni settori, tra cui i servizi professionali...», al punto che si richiede espressamente alle istituzioni italiane di «affrontare le restrizioni alla concorrenza, in particolare nel settore dei servizi, anche *mediante una nuova legge annuale sulla concorrenza*».

A fronte dunque di una non proprio piacevolissima soluzione 'esterna', o di un — non certo augurabile ma non impossibile — avvicinamento all'imbocco del *sunset boulevard* delle Autorità indipendenti a fronte di legislatori dell'ultimo minuto sempre più invasivi, la Corte costituzionale, accogliendo l'eccezione di incostituzionalità sollevata dall'Antitrust, potrebbe mettere una volta per tutte ordine alla disciplina dei rapporti tra azione del Garante e legge del Parlamento (in uno dei settori più critici dell'*ancien régime* dei protezionismi corporativi), chiarendone la natura e avviando una più serena stagione di razionalità nella disciplina della concorrenza e del mercato, tenuto conto che, alla constatazione che nell'ultimo decennio lo stato della costituzione economica italiana è andato progressivamente deteriorandosi²⁶, sembra potersi accompagnare la convinzione che la Corte abbia risentito del mutato clima, non assecondando la domanda di protezionismi settoriali ma al contrario ponendo argini a quelle tendenze. E la sensazione

giustizia costituzionale? in *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2007.

²⁴ A pochi giorni di distanza dall'emanazione dell'Ordinanza con cui l'Antitrust solleva la sua prima eccezione incidentale di costituzionalità, il Tar Lazio mette un pietra tombale sul modello spartitorio, imposto dal Consiglio Notarile di Roma, Velletri e Civitavecchia e dall'appositamente costituita ASNODIM (Associazione notariato romano per le dismissioni immobiliari) non solo ai notai romani ma ovviamente anche ai destinatari del grosso mercato delle dismissioni degli immobili degli enti previdenziali pubblici (Sezione Prima, sent. 6105/2018 del 1 giugno 2018). Se la coincidenza temporale può apparire, ma fino a un certo punto, casuale, la stringente argomentazione del giudice amministrativo fonda la sua forza sul presupposto del primato del principio di concorrenza su qualsiasi interesse corporativo, non giustificato da un ragionevole e proporzionato rapporto con la tutela di interessi pubblici primari. E questa sentenza costituisce un tassello aggiuntivo di una trama in cui si intravede un inevitabile, futuro, ulteriore dinamismo del giudice amministrativo, che difficilmente norme intrusive, passate e future, generate dalle manine di lobby sui maxi emendamenti di leggi di stabilità, potranno rallentare.

²⁵ Mazzantini e Marzocca, *Legittimazione dell'Autorità*, cit., 3 ss., 25 ss.

²⁶ Anche con l'effetto moltiplicatore dell'esplosione della crisi del debito pubblico.



che la Corte costituzionale sia oggi parecchio più sensibile che non in passato agli universi paralleli che gravitano intorno agli effetti costituzionali della crisi è particolarmente suffragata dal *mainstream* della sua giurisprudenza degli ultimi dieci anni, ove, nonostante la persistenza di alcune sentenze secche ‘di spesa’²⁷, comunicate — va detto — sempre più come eccezioni da giustificare con bilanciamenti asimmetrici o con l’irrilevanza del costo per la finanza pubblica nel suo complesso, le sentenze in materia di tutela della concorrenza o di libertà di iniziativa economica complessivamente testimoniano sia la sostanziale persistenza dei principi multilivello del libero mercato trasferiti nelle legislazioni di liberalizzazione del nuovo millennio, sia il merito della stessa Autorità antitrust di aver fortemente contribuito, fino a oggi, a lasciare un segno negli orientamenti della Corte²⁸.

²⁷ Una discussione ‘ruvida’ sul punto e sui suoi presupposti nel mio *Giustizia costituzionale e costituzione finanziaria*, in L. Mezzetti e E. Ferioli, *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bonomo, Bologna, 2018, 367 ss.

²⁸ Argentati, *Autorità antitrust e Corte costituzionale*, cit., 43.