

sentenza **13/2019** (ECLI:IT:COST:2019:13)

Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ  
COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALITÀ**

Presidente: **LATTANZI** - Redattore: **CORAGGIO**

Udienza Pubblica del **04/12/2018**; Decisione  
del **05/12/2018**

Deposito del **31/01/2019**; Pubblicazione in G. U.

Norme impugnate: Art. 93 ter, c. 1° bis, della legge  
16/02/1913, n. 89, come introdotto dall'art. 1, c. 495°,  
lett. c), della legge 27/12/2017, n. 205; art. 8, c. 2°, della  
legge 10/10/1990, n. 287.

Massime:

Atti decisi: **ord. 86/2018**

## SENTENZA N. 13

ANNO 2019

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giorgio LATTANZI; Giudici : Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PETRIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili), come introdotto dall'art. 1, comma 495, lettera c), della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), e dell'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), promosso dal Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel procedimento avviato nei confronti del Consiglio notarile di Milano, con ordinanza del 3 maggio 2018, iscritta al n. 86 del registro ordinanze 2018 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 24, prima serie speciale, dell'anno 2018.

Visti gli atti di costituzione di R. G., del Centro Istruttorie spa - CISPA, di P. D.M., del Consiglio notarile di Milano, nonché gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri e del Consiglio nazionale del notariato;

udito nell'udienza pubblica del 4 dicembre 2018 il Giudice relatore Giancarlo Coraggio;

uditi gli avvocati Beniamino Caravita di Toritto, Gian Michele Roberti e Andrea Saccucci per P. D.M., Massimo Luciani per il Consiglio nazionale del notariato, Barbara Randazzo e Gustavo Olivieri per R. G., Claudio Tesauro per il Centro Istruttorie spa - CISPA, Fabio Cintioli e Anselmo Barone per il Consiglio notarile di Milano, e gli avvocati dello Stato Gabriella Palmieri e Sergio Fiorentino per il Presidente del Consiglio dei ministri.

### *Ritenuto in fatto*

1.– Il Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 41 e 117, primo comma, della Costituzione – quest'ultimo in relazione all'art. 106, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130 – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili), come introdotto dall'art. 1, comma 495, lettera c), della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), e dell'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato).

1.1.– Il rimettente espone in punto di fatto che:

– in data 11 gennaio 2017 l'AGCM (d'ora in avanti anche: Autorità o Autorità garante) aveva avviato un procedimento istruttorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano (d'ora in avanti anche: CNM), volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990 (d'ora in avanti anche: legge antitrust), realizzata attraverso: a) richieste a tutti i notai del distretto di dati «concorrenzialmente» sensibili, al fine di fare emergere le posizioni di preminenza economica; b) iniziative disciplinari nei confronti dei notai maggiormente produttivi ed economicamente performanti, accompagnate da un'attività segnaletica volta a dare risalto a tali iniziative;

– in data 21 febbraio 2018 gli uffici istruttori dell'Autorità avevano trasmesso alle parti del procedimento la comunicazione delle risultanze istruttorie (d'ora in avanti anche: CRI), con cui avevano contestato al CNM di avere posto in essere delle condotte idonee ad inibire ai notai del distretto (e in particolare, a quelli più performanti) l'acquisizione di elevate quantità di lavoro, ricorrendo alla leva prezzo e/o a modalità innovative di offerta, condotte consistite, in particolare: a) nella richiesta di dati sensibili sotto il profilo antitrust, avendo il CNM adottato nel 2014 e nel 2016 un sistema di monitoraggio a tappeto sull'attività dei singoli notai, volto ad acquisire informazioni sempre più dettagliate sul loro comportamento economico (numero di atti stipulati, copia delle fatture, spese di gestione, dettaglio di svariate voci di costo, fatturato complessivo, etc.); b) nella mappatura dei notai monitorati, avendo il CNM elaborato i dati acquisiti al fine di porre in rilievo aspetti concorrenzialmente sensibili (tra gli altri, tabelle evidenzianti i livelli di «sperequazione» tra il numero di atti redatti dai notai del distretto; «tabelle excell» contenenti informazioni sui ricavi, sui costi e sull'organizzazione dell'attività; «indice Fatturato/Repertorio» da cui emergeva il rapporto tra i prezzi mediamente praticati dai singoli notai e la tariffa repertoriale; «Grafico dispersione fatturato» indicante il fatturato di ogni notaio, con evidenza di quelli più elevati; c) nel diffuso risalto (relazioni annuali, giornate di studio, audizioni, eccetera) del messaggio che occorreva «evitare sperequazioni» nella distribuzione del lavoro, evidenziando le ripercussioni negative per la categoria derivanti dalla concorrenza tra colleghi (condannando i «c.d. attifici» e le «politiche tariffarie molto, molto, molto, aggressive»);

– alla difesa del CNM, incentrata sulla funzionalità delle condotte contestate all'esercizio dei suoi poteri-doveri di vigilanza e disciplinari, gli uffici istruttori avevano replicato che le condotte medesime, in realtà, oltre ad essere carenti di proporzionalità e necessità, erano finalizzate a realizzare intenti anticompetitivi;

– a circa un anno dall'avvio dell'istruttoria e a ridosso dell'invio alle parti della CRI, la legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020) aveva introdotto nella legge n. 89 del 1913 (d'ora in avanti anche legge notarile) l'art. 93-ter, comma 1-bis, secondo cui «Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287»; in forza di tale ultima norma, «Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge,

esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati»;

– nella CRI si sosteneva: 1) che la norma sopravvenuta non è applicabile *ratione temporis* alle condotte oggetto di accertamento; 2) in ogni caso, essa va interpretata in senso costituzionalmente e comunitariamente orientato: l'art. 106, paragrafo 2, TFUE, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, limiterebbe l'applicazione delle norme antitrust alle condotte di imprese incaricate dalla legge della gestione di servizi di interesse economico generale (d'ora in avanti anche: SIEG) solo in via eccezionale e una volta superato il test di proporzionalità, con la conseguenza che non sarebbe possibile sottrarre in via generale e astratta un intero segmento di attività dall'ambito di applicazione della disciplina antitrust; 3) in caso di diversa interpretazione della norma sopravvenuta, l'Autorità garante sarebbe tenuta alla sua disapplicazione per contrarietà agli artt. 101 e 106, TFUE, letti congiuntamente all'art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, e al Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lettera g), del Trattato CE;

– il CNM aveva invece fatto leva sulla disposizione in esame per porre la questione preliminare dell'incompetenza dell'Autorità a giudicare le condotte oggetto di istruttoria, dal momento che l'esercizio del potere-dovere di vigilanza sarebbe funzione pubblicistica sottratta all'applicazione della normativa antitrust; la norma sopravvenuta, poi, sarebbe applicabile al caso di specie, in virtù del principio *tempus regit actum*, essendo stata introdotta ad istruttoria in corso; essa, inoltre, non farebbe che codificare un principio immanente nell'ordinamento, già affermato dalla Corte di cassazione (si cita la sentenza della sezione seconda civile, 5 maggio 2016, n. 9041) e poi ribadito dalla Corte d'appello di Milano (si cita la sentenza della sezione prima, 6 aprile 2018), secondo cui il consiglio notarile che assume l'iniziativa del procedimento disciplinare espleta un SIEG ed è perciò esente dall'applicabilità delle norme antitrust, ai sensi dell'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990.

1.2.– Ciò premesso in punto di fatto, il rimettente riferisce di essersi «lungamente interrogato» sulla propria legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale.

Rammenta il Collegio che, ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale) e dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), i presupposti perché possa essere sollevata questione di legittimità costituzionale sono che essa venga formulata da un «giudice» nell'ambito di un «giudizio».

Tali condizioni – prosegue il rimettente – sono state interpretate sin dalle prime pronunce della Corte costituzionale (si citano le sentenze n. 129 del 1957 e n. 4 del 1956) «in senso estensivo», non ravvisandosi la figura del giudice nei soli titolari degli organi di giurisdizione ordinaria e speciale, né richiedendosi che il giudizio sia solo quello che si svolge davanti ai suddetti organi.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, cioè, avrebbe messo in luce come il sindacato «non abbia a esplicarsi in astratto, ma in relazione a concrete situazioni di fatto, alle quali siano da applicare norme di dubbia costituzionalità», da parte di organi che, «sebbene estranei alla organizzazione della giurisdizione», siano investiti di «funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge» e «siano all'uopo posti in posizione *super partes*». La ratio di fondo di tale indirizzo giurisprudenziale starebbe nella «esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte».

Alla stregua di queste coordinate, il rimettente ritiene di potere essere ricondotto al novero dei soggetti legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale, e ciò anche ove si ritenga preferibile l'indirizzo secondo cui devono ricorrere sia l'elemento soggettivo (il giudice) che quello oggettivo (il giudizio).

1.2.1.– Sotto il profilo soggettivo e in primo luogo, la composizione dell'Autorità garante sarebbe tale da porla in una posizione di indipendenza e neutralità, sottraendola a qualsiasi condizionamento esterno. L'art. 10 della legge antitrust prevede che i componenti dell'Autorità sono nominati d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e funzionalità, e tanto diversamente rispetto ad altre autorità indipendenti, i cui membri sono in tutto o in parte di nomina governativa.

La durata limitata del mandato (sette anni non rinnovabili), l'inaffidabilità e il regime di incompatibilità costituirebbero, in secondo luogo, elementi importanti ai fini dell'indipendenza e terzietà dell'Autorità garante. La prima impedirebbe comportamenti opportunistici finalizzati ad ottenere una nuova nomina; il regime d'incompatibilità, invece, garantirebbe che i componenti non siano portatori di interessi diversi rispetto a quelli chiamati a tutelare nell'esercizio del mandato.

1.2.2.– Andrebbe poi evidenziato che l'AGCM è un'autorità amministrativa indipendente rientrante nel *genus* delle autorità di garanzia, svolgenti funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, perché consistenti nella

riconduzione di atti e fatti all'ambito di fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine giuridico.

Nell'esercizio della funzione di tutela della concorrenza, che rappresenta il nucleo centrale della sua attività, l'Autorità – prosegue il rimettente – non sceglie (pondera) tra una pluralità di interessi concorrenti (a differenza della pubblica amministrazione in senso classico, che, pur in modo imparziale, è tenuta a bilanciare contrapposti interessi pubblici e privati), ma si limita, al pari di un giudice, ad applicare la legge al caso concreto. L'agire dell'Autorità, infatti, non è caratterizzato da profili di vera e propria discrezionalità amministrativa, potendosi al più ravvisare una discrezionalità tecnica nell'applicazione di regole di natura economica.

1.2.3.– La funzione in questione, inoltre, avrebbe sicura rilevanza costituzionale, posto che la libera concorrenza e il corretto funzionamento del mercato sono valori riconducibili all'art. 41 della Costituzione.

1.2.4.– Andrebbe ancora considerato che, a differenza di altre autorità indipendenti, l'AGCM non regola e controlla uno specifico settore economico, né persegue fini ulteriori rispetto a quello generale di tutela della concorrenza. Tale funzione di garanzia spiegherebbe il suo ruolo di terzietà, al pari del giudice.

1.2.5.– Altro elemento che deporrebbe per il carattere giurisdizionale delle funzioni svolte dall'Autorità sarebbe l'ampio spazio che nei procedimenti sanzionatori viene dato ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, di chiara derivazione processuale.

In tali procedimenti, oltre al contraddittorio documentale, sarebbe garantito anche quello orale, sia all'inizio dell'istruttoria che, ai sensi dell'art. 14 della legge antitrust, prima della sua conclusione. Più in particolare, nel corso del procedimento volto all'irrogazione della sanzione, non solo sarebbe previsto un esteso accesso ai documenti e al fascicolo della «accusa», ma l'autorità inquirente (gli uffici) sarebbe tenuta (attraverso l'invio della CRI) a comunicare alla «difesa» (il sottoposto a procedura sanzionatoria) tutte le prove a carico e discarico, sollecitando sulle stesse il contraddittorio in un'audizione davanti all'organo decidente (il Collegio).

La possibilità di difendersi dalle contestazioni mosse nel corso di un'audizione orale renderebbe il procedimento antitrust rispettoso dei requisiti previsti dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848: proprio la mancanza di tale possibilità avrebbe per contro indotto la Corte europea dei diritti dell'uomo a ritenere che il procedimento sanzionatorio davanti alla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) non soddisfacesse tutte le esigenze dell'art. 6 (si cita la sentenza della Corte EDU, seconda sezione, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia).

1.2.6.– Ancora, in base all'art. 15 della legge antitrust, l'Autorità, analogamente al giudice ordinario, potrebbe disporre l'inibitoria di alcuni comportamenti, intimando alle imprese di cessare l'infrazione e condannandole al pagamento di sanzioni pecuniarie, «il tutto con decisione che, ove non impugnata, è suscettibile di produrre effetti analoghi a quelli del giudicato».

1.2.7.– Vi sarebbe, poi, un'adeguata separazione tra gli uffici che svolgono l'attività istruttoria e di formulazione delle contestazioni e il Collegio competente ad assumere le decisioni: secondo il regolamento di organizzazione, infatti, i primi non dipenderebbero dal secondo ma dal Segretario generale, che sovrintende al loro funzionamento. Tale separazione non sarebbe solo organizzativa, ma inciderebbe sulle funzioni esercitate: gli uffici istruttori effettuano le indagini, i cui risultati sono illustrati nella CRI, atto notificato alle parti del procedimento, su cui esse possono difendersi in forma scritta e nel corso dell'audizione orale davanti al Collegio, in contraddittorio con gli uffici medesimi.

Spetterebbe invece unicamente al Collegio il potere di decidere sull'esistenza dell'illecito e sull'irrogazione delle eventuali sanzioni, senza essere in alcun modo vincolato dalla proposta degli uffici. Andrebbe osservato, in tal senso, che sulla CRI il Collegio, nella fase di invio alle parti, esprime unicamente una valutazione di non manifesta infondatezza, restando poi libero di rigettare, modificare o recepire le proposte ivi formulate.

La funzione esercitata dall'Autorità in sede di applicazione della legge antitrust presenterebbe, dunque, «i connotati necessari per essere assimilata ad una funzione giurisdizionale, traducendosi in un'attività volta esclusivamente a garantire, in posizione di neutralità e di imparzialità, la riconducibilità delle condotte delle imprese nell'ambito della legge, al solo fine di tutelare un diritto oggettivo (quello della concorrenza) avente rilevanza generale».

1.2.8.– Vi sarebbe, peraltro, una ulteriore e decisiva considerazione che militerebbe in favore della legittimazione del rimettente, vale a dire la circostanza che, in caso contrario, l'ipotesi controversa sarebbe esclusa dal possibile sindacato della Corte costituzionale.

Ricorrerebbero, infatti, nel caso di specie «una serie di elementi che mostrano come l'accesso al sindacato della Corte sarebbe reso poco agevole, ponendosi la necessità di arricchire i meccanismi di introduzione delle questioni di legittimità costituzionale».

La norma sopravvenuta, nell'interpretazione fatta propria dal CNM e avallata dalla Corte d'appello di Milano con l'ordinanza del 6 aprile 2018, escluderebbe ex ante e in assenza di qualsiasi valutazione circa la concreta finalità perseguita dai consigli notarili l'applicabilità delle disposizioni in materia di tutela della concorrenza, con la conseguenza che l'Autorità dovrebbe chiudere il procedimento e dichiararsi incompetente.

Ciò avrebbe l'effetto di rendere «estremamente difficile» l'accesso al sindacato della Corte: infatti, ove non fosse riconosciuta la legittimazione dell'Autorità, la possibilità di sottoporre la norma 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'AGCM, dunque, dovrebbe essere ritenuta legittimata a sollevare la questione, in considerazione della «esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che [...] più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte» (si cita la sentenza di questa Corte n. 181 del 2015) e della finalità di evitare che nell'ordinamento vi siano «zone franche» dal controllo di costituzionalità.

L'AGCM, cioè, dovrebbe ritenersi operare come giudice nel corso di un processo, «ai limitati fini» dell'art. 1 della legge n. 1 del 1948 e dell'art. 3 della legge n. 87 del 1953 (si citano le sentenze n. 181 del 2015 e n. 226 del 1976).

1.3.– In punto di rilevanza, il rimettente osserva, in via preliminare, che, secondo la consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria, sono soggette al diritto antitrust anche le professioni regolamentate, comprese quelle notarili. Altrettanto pacifico sarebbe che i consigli notarili, in quanto enti rappresentativi di imprese che offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i loro servizi professionali, costituiscono associazioni d'imprese ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge antitrust. Più precisamente, i consigli sarebbero organi di regolamentazione di una professione, il cui esercizio costituisce un'attività economica, e quindi sarebbero nella condizione di «regolare e orientare l'attività degli iscritti nell'offerta delle proprie prestazioni professionali incidendo sugli aspetti economici della medesima» (si cita la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 18 luglio 2013, in causa C-136/12, Consiglio nazionale dei geologi e Autorità garante della concorrenza e del mercato).

La norma censurata avrebbe introdotto un «contesto di incertezza» in ordine alla competenza dell'Autorità ad esercitare i suoi poteri avverso le condotte dei consigli notarili, che, benché adottate nel formale contesto dell'attività di vigilanza, non ne condividano le finalità di tutela di interessi pubblici e che, in quanto incidenti sulle attività economiche dei notai, «sono suscettibili di rilevare ai sensi di tale legge».

In particolare, la questione sarebbe rilevante ai fini della decisione da adottare nel procedimento a quo, poiché dalla sua soluzione dipenderebbe la stessa possibilità che il Collegio esamini il merito della fattispecie, possibilità esclusa alla stregua dell'interpretazione fatta propria dal CNM e dalla Corte d'appello di Milano.

1.4.– In punto di non manifesta infondatezza, il Collegio ritiene che le norme censurate, là dove sottraggono un intero segmento di attività all'applicazione della legge antitrust sarebbero in contrasto con l'art. 3 Cost., per violazione del principio di ragionevolezza, e con l'art. 41 Cost.

«Per effetto» dell'art. 93-ter, comma 1-bis, infatti, sarebbe «sacrificato il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza e, per tale via, della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Costituzione, senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Il legislatore ha, in particolare, predisposto uno strumento assolutamente non proporzionato rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare, con il risultato di creare un contesto in cui non sussiste alcun equilibrio tra interessi diversi, ma solo l'inaccettabile sacrificio della libertà di iniziativa economica privata».

Ciò assumerebbe ancora più rilievo, ove si consideri che l'Autorità e la Commissione europea non hanno mai contestato l'esercizio della funzione disciplinare dei consigli notarili e degli ordini professionali, essendosi sempre limitate a verificare, caso per caso, se tale esercizio non avesse esorbitato dalle sottese finalità pubblicistiche, risultando non necessario e non proporzionato rispetto al loro conseguimento.

La misura introdotta dall'art. 93-ter, comma 1-bis, invece, non sarebbe necessaria né proporzionata rispetto alla finalità pubblica perseguita, che potrebbe, per contro, essere soddisfatta mediante una valutazione da svolgersi caso per caso sulla riconducibilità dell'attività dei consigli notarili alla funzione di vigilanza esclusa dalla normativa antitrust.

Infine, le norme censurate contrasterebbero con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 106, paragrafo 2, TFUE, che, secondo la giurisprudenza comunitaria, ammetterebbe deroghe alle disposizioni in materia di concorrenza solo ove necessarie per garantire l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione dei SIEG, richiedendo che sia effettuato un test di proporzionalità: il diritto comunitario escluderebbe la possibilità di sottrarre in via generale ed astratta un intero settore di attività dall'ambito di applicazione delle norme antitrust.

2.– È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, eccependo l'inammissibilità delle questioni sollevate per difetto di legittimazione del rimettente.

2.1.– Rammenta il Presidente del Consiglio dei ministri che, in base alla consolidata giurisprudenza della Corte, le questioni di legittimità costituzionale sono ammissibili allorché promanino da un «giudice» nel corso di un «giudizio».

Nonostante non manchino, specie nella giurisprudenza più risalente, letture non restrittive dei due requisiti, la Corte si sarebbe progressivamente attestata su una interpretazione più rigorosa, specie in riferimento alla loro necessaria compresenza (si cita la sentenza n. 164 del 2008).

Nella fattispecie in esame difetterebbero entrambi.

2.1.1.– Il Collegio dell'Autorità, in primo luogo, nonostante sia indiscutibile che la legge assicuri al Presidente e ai suoi componenti una particolare e qualificata indipendenza, non sarebbe un giudice e neppure un organo assimilabile ad un giudice «ai limitati fini» della proposizione della questione di legittimità costituzionale.

Se è vero – prosegue la difesa dello Stato – che l'indipendenza costituisce attributo necessario dei giudici, non è men vero che nelle organizzazioni statuali evolute tale condizione non inerisce esclusivamente alla giurisdizione, ma appartiene anche alle autorità amministrative indipendenti.

Tratto essenziale della giurisdizione è invece l'imparzialità o terzietà, ossia la condizione di separatezza nei confronti delle parti del procedimento e di indifferenza rispetto agli interessi in gioco. Secondo l'interveniente, tale requisito nel caso del Collegio dell'Autorità «è visibilmente da escludere».

In primo luogo e sul piano strutturale, la condizione di terzietà non potrebbe ravvisarsi in ragione del «rapporto di dipendenza funzionale dall'organo decidente di una delle parti del procedimento» (gli uffici istruttori), non essendo evidentemente sufficiente a influire in maniera determinante su tale rapporto il diaframma costituito dalla previsione che al funzionamento dei servizi e degli uffici debba sovrintendere il Segretario generale, poiché questi ne risponde al Presidente.

In secondo luogo e sul piano funzionale, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), è il Collegio dell'Autorità che dispone l'avvio dell'istruttoria.

Ancora, sarebbe il Collegio che, ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.P.R. n. 217 del 1998, verificata la non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici, autorizza l'invio della CRI alle imprese. Tale deliberazione sommaria – «in sé forse non incompatibile» con il successivo esercizio di funzioni giudicanti – avverrebbe in via del tutto officiosa, senza le garanzie del contraddittorio proprie di un processo giurisdizionale.

Sarebbe poi dirimente la considerazione che l'Autorità è parte del giudizio di impugnazione delle proprie decisioni, mentre, ove si accedesse alla prospettiva contenuta nell'ordinanza di rimessione, la qualità di parte andrebbe riconosciuta agli uffici istruttori.

Tale ultima caratteristica – prosegue il Presidente del Consiglio dei ministri – è chiaramente incompatibile con l'esercizio di funzioni giurisdizionali ed è propria degli organi amministrativi, essendo l'acquisto della qualità di parte processuale riservata, per definizione, ai portatori di un interesse sostanziale (non coincidente con quello meramente fattuale di un organo giurisdizionale a vedere confermati i suoi provvedimenti).

Osserva l'interveniente che tale argomento è stato ritenuto decisivo dalla Corte di giustizia per riconoscere carattere giurisdizionale al Consiglio nazionale forense italiano (si cita la sentenza della Grande sezione, 17 luglio 2014, in cause riunite C-58/13 e C-59/13, Torresi).

Andrebbe poi richiamato anche l'orientamento della CGUE che ha negato la legittimazione a sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE all'autorità garante della concorrenza greca, sulla base di argomenti estensibili al caso di specie (in particolare, in ragione della dipendenza funzionale degli uffici istruttori dal Presidente dell'organo e della possibilità che l'autorità nazionale venga spogliata del procedimento da parte della Commissione europea).

2.1.2.– In disparte la carenza del requisito soggettivo, sarebbe poi da escludere anche l'assimilazione del procedimento antitrust ad un «giudizio».

In sintesi, sarebbe evidente che, sul piano delle forme, il procedimento, pur garantendo la massima partecipazione dell'interessato, si mantiene nei confini di un modello di contraddittorio di tipo bilaterale, analogo a quello, necessariamente «rinforzato», che contraddistingue i procedimenti amministrativi volti all'accertamento degli illeciti e all'applicazione delle conseguenti sanzioni.

Il procedimento, soprattutto, non si concluderebbe con un provvedimento suscettibile di costituire giudicato. La definitività conseguente alla mancata impugnazione, pur presentando alcune caratteristiche comuni al giudicato (l'incontestabilità e la preclusione di un bis in idem procedimentale), non sarebbe ad

esso equiparabile, ove si rifletta sulla possibilità di annullamento in autotutela che pacificamente caratterizza anche i provvedimenti dell'AGCM o di disapplicazione dell'atto da parte del giudice in relazione all'oggetto dedotto in un diverso giudizio (facoltà invece preclusa nel caso delle sentenze passate in giudicato dall'art. 2909 del codice civile).

Tali caratteristiche dei provvedimenti dell'Autorità, lungi dall'essere smentite, sarebbero confermate dal regime introdotto dal decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 (Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea), se è vero che, al fine di conferire efficacia vincolante, nei giudizi risarcitori, ad alcuni aspetti dell'accertamento contenuto in un provvedimento definitivo dell'AGCM che abbia rilevato l'esistenza di un cartello anticoncorrenziale o di un abuso di posizione dominante, è stata necessaria una previsione espressa ed eccezionale (che, quindi, confermerebbe, relativamente agli altri aspetti, che il provvedimento non può fare stato in giudizio).

Infine, non vi sarebbe alcuna evidenza dell'esigenza di evitare zone franche dal controllo di costituzionalità, essendo chiaro che un eventuale arresto procedimentale motivato con la sopravvenienza della norma censurata può essere impugnato da uno degli intervenienti e, in particolare, dal notaio segnalante, che nel conseguente giudizio amministrativo ben potrebbe fare valere eventuali profili di illegittimità costituzionale.

3.– Con atto depositato nella cancelleria di questa Corte il 2 luglio 2018, si è costituito il Consiglio notarile di Milano, eccependo l'inammissibilità e non fondatezza delle questioni sollevate.

3.1.– Dopo avere riassunto i fatti di causa, il CNM ha eccepito, in primo luogo, l'inammissibilità per difetto di legittimazione dell'AGCM, mancando sia il requisito soggettivo (il provenire la questione da un giudice) che quello oggettivo (l'essere stata essa sollevata nel corso di un giudizio).

3.1.1.– Dal punto di vista soggettivo, l'Autorità garante, in quanto autorità amministrativa indipendente, sarebbe un'amministrazione e le sue caratteristiche d'indipendenza, comuni ad altre autorità, non sarebbero sufficienti a qualificarla come giudice speciale, in caso contrario dovendosi ravvisare la sua illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 102 Cost.

3.1.1.1.– La diversità tra AGCM e giudici ordinari e speciali sarebbe dimostrata anche dal fatto che la prima, oltre alla funzione di accertamento degli illeciti concorrenziali, svolge anche altre funzioni, sicuramente estranee alla giurisdizione, quali quelle amministrative di regolazione (in tema di operazione di concentrazione ed accettazione di impegni), quelle amministrativo-consultive (di advocacy, previste dagli artt. 21, 21-bis e 22 della legge antitrust) ed altre sanzionatorie e pacificamente amministrative, come la repressione delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 19 e seguenti del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229).

3.1.1.2.– Il CNM rammenta, poi, che gli atti dell'AGCM sono impugnabili davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera l), dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), ed infatti nella prassi gli atti sanzionatori sono sempre impugnati davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio.

Il legislatore, inoltre, con l'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990, introdotto dall'art. 35, comma 1, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, lungi dal riconoscere all'AGCM la qualità di giudice, le avrebbe attribuito quella opposta di parte processuale per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo di atti amministrativi in contrasto con la tutela della concorrenza (in tal modo l'Autorità, solitamente operante quale parte resistente nel processo amministrativo, assumerebbe anche la qualità di ricorrente).

3.1.1.3.– Il CNM aggiunge che le procedure di nomina dei componenti le autorità indipendenti sono profondamente diverse dai sistemi di reclutamento nei ruoli della magistratura, sia ordinaria che speciale.

Il sistema di nomina congiunta da parte dei Presidenti di Senato e Camera era stato scelto nel 1990 in ragione di una convenzione costituzionale vigente durante il periodo storico che si suole definire «Prima Repubblica», che assegnava una carica alla maggioranza e l'altra all'opposizione, in modo da garantire l'indipendenza dall'indirizzo politico governativo. Questa convenzione era tuttavia venuta meno negli anni successivi, il che aveva suscitato un dibattito anche sulla idoneità del metodo di nomina del Presidente e dei componenti dell'Autorità ad assicurare il livello di indipendenza richiesto dalla legge.

Né, ancora, risulta che al Presidente e ai componenti dell'Autorità garante siano assicurate specifiche garanzie di inamovibilità, che in ogni caso non sarebbero parificabili a quelle di rango costituzionale proprie della magistratura ordinaria e di quelle speciali.

3.1.1.4.– Contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, l'AGCM non potrebbe essere considerata terza rispetto alla contestazione mossa dai suoi uffici.

In primo luogo, il Segretario generale è nominato «su proposta» del Presidente e ad esso risponde del funzionamento dei servizi e degli uffici (art. 11, comma 5, della legge n. 287 del 1990), e tale «raccordo istituzionale» legherebbe uffici e Collegio in una «unità soggettiva indiscutibile».

In secondo luogo, il Collegio dell'Autorità, lungi dal restare estraneo al procedimento, ne sarebbe continuo «protagonista, orientandone lo sviluppo»: l'avvio dell'istruttoria, atto ampiamente motivato e recante quindi una prima inclinazione decisoria, è infatti di competenza del Collegio, che è poi chiamato, ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.P.R. n. 217 del 1998, ad effettuare una valutazione di non manifesta infondatezza della bozza di CRI sottoposta dagli uffici.

In terzo luogo, l'ordinamento delle carriere, le promozioni, le assegnazioni di incarichi, inclusi quelli dirigenziali, e gli assetti organizzativi sarebbero tutti rimessi ad altrettante de