

siderare ugualmente capaci i testatori, nonostante il fatto che l'enorme innalzamento dell'età abbia creato una vasta categoria di persone che, sotto il profilo delle esigenze di tutela, sembrano in parte assimilabili ai minori di età, rammaricandosi dell'assenza di un'interpretazione evolutiva delle norme codicistiche, segnatamente in tema di incapacità e captazione (così Patti, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. Dir. Civ.* 2014, 1001 e segg.).

Si sottolinea infatti che l'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale ad integrare gli estremi della captazione non è sufficiente una qualsiasi influenza esercitata sul testatore attraverso blandizie, richieste, suggerimenti, sollecitazioni o simili, trascura la circostanza che proprio alla luce dell'età, dello stato di salute e delle condizioni psichiche del testatore, simili comportamenti possono essere del tutto sufficienti a sviarne la volontà. E si evidenzia che la formulazione dell'art. 624 c.c., che non contiene, come innanzi rilevato, una definizione del vizio della volontà in considerazione, ne consentirebbe una modulazione, in via interpretativa, maggiormente aderente all'esigenza di tutela di soggetti anziani ed in condizioni di ridotta (ma non elisa) capacità di intendere e di volere, attraverso l'elaborazione di criteri di accertamento della mancanza o dello sviamento della volontà testamentaria alla luce delle moderne situazioni di debolezza psicofisica e di limitata capacità della persona anziana, che subisce in modo particolare qualsiasi influenza sulla formazione della volontà (Patti, *op. cit.*, 1010 e segg.).

Ad un esito diverso da quello cui è pervenuta la Suprema Corte nel caso in esame potrebbe altresì addivenirsi ove si recepisce quell'ulteriore impostazione dottrinarie che, facendo riferimento alla *doctrine of suspicious circumstances* propria del sistema di *common law* (con la quale si indica un contesto fattuale, antecedente la formazione del testamento, ove maturano vicende idonee ad alterare la purezza della volizione testamentaria), giunge a suggerire che in tali casi si debba effettuare un'inversione dell'onere della prova, dovendo, colui che voglia vantare pretese sulla base del testamento, dimostrare la spontanea e consapevole volizione dell'ereditando (Pagliantini, *op. cit.*, 499).

Sembra peraltro che il consolidato principio giuri-

sprudenziale, per cui l'idoneità della condotta ad incidere sulla volontà del *de cuius* deve essere valutata avuto riguardo all'età, allo stato di salute e alle condizioni di spirito del testatore, e pertanto in relazione alle particolari condizioni anche psicofisiche del medesimo, contenga già in sé la possibilità di ulteriori sviluppi, nel caso di testamento redatto da persona molto avanti negli anni e che risulti – come era stato accertato nella specie – in condizioni di fragilità nel corpo e nella psiche. Il dilemma, con il quale le corti dovranno confrontarsi sempre di più in futuro, riguarda la scelta tra l'opzione, fino ad ora percorsa e fatta propria anche dalla sentenza in commento, tra continuare a dare tutela, in assenza di prova – il cui raggiungimento è, all'evidenza, estremamente difficoltoso – di artifici e raggiri, alla fragile volontà di un testatore molto avanti negli anni e, come frequentemente accade, in condizioni di minorata capacità, ovvero ipotizzare, in simili fattispecie, che la stessa fragilità della volontà del *de cuius*, in uno con la ricorrenza di *suspicious circumstances*, conduca a far presumere la ricorrenza di una condotta del beneficiario che abbia portato allo sviamento della volontà del *de cuius*, in un senso diverso da quello in cui si sarebbe manifestata ove il testatore fosse stato in condizioni di piena capacità di agire.

Rispetto della volontà intrinsecamente fragile, quindi (come ritenuto dalla sentenza in commento), ovvero tutela di quella che presumibilmente sarebbe stata la volontà del testatore, ove quest'ultimo non fosse stato in condizioni di fragilità?

Un dilemma non facile, tenuto conto che la volontà di un soggetto nelle condizioni del nostro testatore viene necessariamente ad esistenza come volontà fragile, e che l'operazione di individuazione di una diversa volontà, che avrebbe portato il *de cuius* a non testare (ovvero ad indirizzare diversamente le proprie ultime volontà) in assenza di *suspicious circumstances*, appare anch'essa difficoltosa e caratterizzata da ampi margini di opinabilità.

Sembra, dunque, che vi siano sufficienti spunti per ulteriori riflessioni future, anche da parte della giurisprudenza, nel difficile compito del giudicare.

Paola Romana Lodolini

Notai – Concorrenza

Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, 3 maggio 2018 (ordinanza) – Pres. Chieppa – Rel. Ainis – Consiglio Notarile di Milano (avv. Barone, Cintiole e R. Danovi) – M. (avv. Roberti e Bellitti) – G. (avv. Olivieri) – Centro Istruttorie S.p.a. (avv. Tesauro e Anglani) – Associazione Sindacale dei Notai della Lombardia.

Notaio – Giudizio di costituzionalità – Autorità garante per la concorrenza ed il mercato – Legittimazione

L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato è legittimata a sollevare questioni di costituzionalità.

Notaio – Consigli notarili – Ispezioni straordinarie – Controllo dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato – sottrazione – Incostituzionalità – Non manifesta infondatezza

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli art. 93 ter, comma 1° bis, L. n. 89/1913 e 8, 2° comma, L. n. 287/1990, in riferimento agli artt. 3, 41 e 117, 1° comma, della Costitu-

zione, laddove sottraggono al controllo dell'Autorità garante le attività ispettivi dei consiglieri notarili.

Omissis. – In data 11 gennaio 2017, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio, nei confronti del Consiglio Notarile di Milano (CNM), volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, realizzata attraverso: i) richiesta a tutti i notai del distretto di dati concorrenzialmente sensibili, al fine di far emergere le posizioni di preminenza economica; ii) iniziative disciplinari nei confronti dei notai del distretto maggiormente produttivi ed economicamente performanti, accompagnate da attività segnaletica volta a dare risalto a tali iniziative.

In data 21 febbraio 2018, gli Uffici istruttori dell'Autorità hanno trasmesso la Comunicazione delle Risultante Istruttorie (CRI) alle parti del procedimento, con la quale hanno contestato al CNM di aver posto in essere condotte idonee a inibire ai notai del distretto di Milano, Lodi, Monza, Busto Arsizio e Varese (in particolare, a quelli più performanti) l'acquisizione di elevate quantità di lavoro – ricorrendo alla leva prezzo e/o a modalità innovative di offerta – con l'intento di riportare le posizioni economiche dei singoli notai in linea con la media del distretto.

La CRI (che costituisce il documento DOC257 del fascicolo istruttorio) ha chiarito che l'attività istruttorie svolta dagli Uffici non ha avuto ad oggetto le iniziative di genuina vigilanza del CNM, non essendo in discussione il potere/dovere del CNM di tutelare l'utenza e la fede pubblica nell'esercizio delle funzioni di controllo dell'operato dei notai.

Sono state, invece, contestate le seguenti condotte, sulla base di numerose ed univoche evidenze:

i) richiesta di dati economici sensibili sotto il profilo antitrust. Il CNM ha 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, ecc.);

ii) mappatura dei notai monitorati. I dati acquisiti sono stati elaborati al fine di porre in rilievo aspetti concorrenzialmente sensibili (tra gli altri, tabelle che evidenziano i livelli di "sperequazione" tra il numero di atti redatti dai notai del distretto; tabelle excel contenenti informazioni sui ricavi, sui costi e sull'organizzazione dell'attività; "Indice Fatturato/Repertorio" da cui emerge il rapporto fra i prezzi mediamente praticati dai singoli notai e la tariffa repertoriale; "Grafico dispersione fatturato" che rappresenta il fatturato di ogni singolo notaio, evidenziando quelli con fatturati più elevati);

iii) diffuso risalto (relazioni annuali, giornate di studio, audizioni, ecc.) del messaggio che occorre "evitare sperequazioni" nella distribuzione del lavoro, evidenziando le ripercussioni negative per la categoria derivanti dalla concorrenza tra colleghi (condannando i c.d. "attifici", le "concentrazioni anomale del lavoro", il ricorso a società di servizi, le "politiche tariffarie molto, molto, molto, aggressive", giungendo a chiedere "... ti fai pagare troppo poco?").

(Omissis).

A circa un anno dall'avvio dell'istruttoria e a ridosso dell'invio alle Parti della CRI, è entrato in vigore il nuovo articolo l'art. 93-ter, comma 1-bis della legge 16 febbraio 1913 n. 89, introdotto con la legge 27 dicembre 2017, n. 205, ai sensi del quale "Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287".

L'articolo 8, comma 2, prevede a sua volta: "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".

Rispetto a tale novità normativa, nella CRI è stato rilevato che la norma, in quanto sopravvenuta, non sarebbe applicabile *ratione temporis* alla quasi totalità delle condotte oggetto di accertamento.

La CRI ha evidenziato che, in ogni caso, l'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, nella parte in cui richiama l'art. 8, comma 2, L. n. 287/90, deve essere necessariamente interpretato in senso costituzionalmente e comunitariamente orientato, ovvero in maniera conforme alle norme e ai principi comunitari in materia di concorrenza, per effetto sia dell'art. 1, comma 4, della l. n. 287 del 1990, sia dell'art. 117, comma 1, Cost.

Nella CRI è stato quindi richiamato l'art. 106, par. 2, TFUE, il quale, secondo la costante interpretazione della Corte di giustizia europea, limita l'applicazione delle norme antitrust alle condotte di imprese incaricate dalla legge della gestione di servizi di interesse economico generale solo in via eccezionale e una volta superato il test di proporzionalità (Corte di giustizia, causa C-127/73, BRT/SABAM, Racc. 1974, pag. 25, e Tribunale, causa T-128/98, Aéroports de Paris, Racc. II-2000, pag. 290). Ne viene tratta la conseguenza che, per il tramite della deroga di cui all'art. 8, comma 2 – letto conformemente all'art. 106, par. 2 –, non è possibile sottrarre in via generale e astratta un intero segmento di attività dall'ambito di applicazione delle norme antitrust.

Sul punto, nella CRI si conclude che, ove mai fosse seguita una interpretazione e/o applicazione dell'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, che richiama l'art. 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, difforme da quella costituzionalmente e comunitariamente orientata appena illustrata, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sarebbe tenuta alla sua disapplicazione per contrarietà ai principi di cui agli articoli 101 e 106 TFUE letti congiuntamente all'articolo 4 par. 3 TUE e al protocollo n. 27 TUE sul mercato interno e la concorrenza (ex art. 3 lett. f) TCE).

A seguito del ricevimento della CRI, il CNM (nella propria memoria finale e nel corso dell'audizione dinanzi al Collegio) non ha condiviso l'interpretazione della norma prospettata dagli Uffici istruttori ed ha, anzi, fatto leva sulla disposizione in esame (come interpretata dalla Corte di Appello di Milano, su cui v. infra) per porre la questione preliminare dell'asserita incompetenza dell'Autorità a giudicare le condotte oggetto di istruttoria.

In particolare, il Consiglio ha sottolineato che l'esercizio del potere-dovere di vigilanza disciplinare è funzione pubblicistica sottratta all'applicazione della normativa antitrust e al sindacato dell'Autorità, ritenendo che l'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, sia applicabile al caso di specie in virtù del principio *tempus regit actum*, in quanto norma entrata in vigore ad istruttoria in corso. In ogni caso, ad avviso del CNM, la norma in questione non farebbe che codificare un principio immanente nell'ordinamento, affermato in una sentenza della Cassazione (Cass. civ. sez. II, 5 maggio 2016, n. 9041), secondo cui il Consiglio notarile che assume l'iniziativa del procedimento disciplinare, affidatagli dalla legge notarile, esercita la gestione di servizi di interesse economico generale ed è perciò esente dall'applicabilità delle norme antitrust, ai sensi dell'art. 8, comma 2, l. n. 287 del 1990.

(Omissis).

Diritto. Il Collegio, in via preliminare, si è lungamente interrogato sulla propria legittimazione a sollevare questione di legittimità in via incidentale. E, all'esito della disamina della pertinente giurisprudenza costituzionale, ha concluso in senso positivo; ciò sulla scorta di diverse considerazioni.

Come noto, ai sensi dell'articolo 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, i presupposti perché possa essere sollevata questione di legittimità costituzionale sono che la stessa venga formulata da un "giudice" nell'ambito di un "giudizio".

Le suddette condizioni previste dalle citate leggi sono state, sin dalle prime pronunce della Corte (sent. n. 4 del 1956; sent. n. 129/1957 e molte altre dello stesso segno), interpretate in senso estensivo, non limitando, dunque, la figura del "giudice" ai soli titolari degli organi di giurisdizione ordinaria e speciale (Corte cost., sent. n. 114/1970 sul Consiglio Nazionale Forense; sent. n. 244 del 1995 – sulla Corte dei conti in sede di controllo; sent. n. 52 del 1998 – sul Consiglio della magistratura militare; sent. n. 345 del 1995 – sul Consiglio Nazionale dei Chimici; sent. n. 26 del 1990 – sul Consiglio Nazionale dei Periti Industriali; sent. n. 51 del 2001 – sul Console), né richiedendo che il "giudizio" fosse solo quello svolto davanti ai suddetti organi (Corte cost., sent. n. 12 del 1971 – relativa alla Sezione disciplinare del CSM; sent. n. 78 del 1961 – relativa al Commissario liquidatore degli usi civici; sent. 376 del 2001 – relativa Collegio arbitrale).

I presupposti per poter sollevare la questione di legittimità costituzionale sono stati, dunque, individuati nella necessità che 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'obiettivo applicazione della legge" e "siano all'uopo posti in posizione super partes" (Corte cost., sent. n. 226 del 1976 e sent. n. 83 del 1966).

La ratio di fondo che informa l'indirizzo giurisprudenziale appena ricordato, nella medesima decisione appena citata, è stata individuata 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" (Corte cost., sent. n. 226 del 1976 cit., cui adde, tra le altre, sent. n. 406 del 1989 e sent. n. 384 del 1991).

Se queste sono le coordinate rispetto alle quali verificare la legittimazione del Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a sollevare questione di legittimità costituzionale, ne deriva che lo stesso può essere ricondotto nell'alveo degli organi legittimati a sottoporre alla Corte i dubbi di costituzionalità sulle norme che è tenuto ad applicare; e ciò anche a voler ritenere preferibile l'indirizzo secondo il quale l'elemento soggettivo ("il giudice") e l'elemento oggettivo ("il giudizio") devono ricorrere cumulativamente.

Sotto il profilo soggettivo, la composizione dell'Autorità è tale da porla in una posizione di indipendenza e di neutralità, sottraendola a qualsiasi condizionamento "esterno" sia da parte degli organi di indirizzo politico, sia da parte di terzi.

(Omissis).

Si deve poi rilevare che, a differenza di altre Autorità indipendenti, l'Autorità antitrust non regola e controlla uno specifico settore economico né persegue fini ulteriori rispetto a quello generale di tutela della concorrenza. Tant'è che, per evitare possibili commistioni tra interessi diversi, l'articolo 20 della legge n. 287 del 1990 è stato modifi-

cato e la funzione di enforcement antitrust, che nel settore delle comunicazioni e in quello del credito era stata originariamente attribuita alle Autorità di regolazione (allora, erano il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, cui è poi subentrata l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, e la Banca d'Italia), sentito il parere dell'Autorità, è stata affidata a quest'ultima.

Proprio perché svolge una funzione di garanzia, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha, dunque, un grado di indipendenza, pari alla terzietà che deve avere un giudice; mentre lo stesso livello di indipendenza non è rinvenibile con riferimento alle autorità di regolazione. A dimostrazione di quanto appena affermato depone la circostanza che le funzioni in materia antitrust potrebbero, in linea teorica, essere esercitate anche dal giudice; là dove, invece, i poteri di regolazione non potrebbero mai essere attribuiti ad organismi giurisdizionali.

Un ulteriore elemento a favore del carattere giurisdizionale delle funzioni svolte in materia di concorrenza è costituito dall'ampio spazio che nel corso dei procedimenti davanti all'Autorità viene dato ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, di chiara derivazione processuale.

In tali procedimenti, oltre al diritto al contraddittorio documentale, è riconosciuto anche un diritto al contraddittorio orale, che può essere esercitato sia all'inizio dell'istruttoria che immediatamente prima della conclusione della stessa. L'art. 14, l. n. 287 del 1990, in funzione di garanzia del pieno esercizio del diritto di difesa, attribuisce, infatti, alle imprese e agli enti interessati la facoltà di chiedere l'audizione finale dinanzi al Collegio.

(Omissis).

Sussiste altresì un'adeguata separazione tra gli uffici che svolgono l'attività istruttoria e di formulazione delle contestazioni e l'organo competente ad assumere le decisioni (il Collegio).

Secondo il Regolamento di organizzazione, infatti, gli uffici, cui spetta l'istruttoria dei casi e la formulazione delle ipotesi accusatorie o assolutorie, non dipendono dal Collegio, ma dal Segretario generale che sovrintende al loro funzionamento.

(Omissis).

L'unico vincolo che l'Autorità incontra, a garanzia del diritto di difesa delle parti, riguarda l'impossibilità di introdurre modifiche rispetto alla comunicazione delle risultanze istruttorie comportanti un "mutamento della natura intrinseca della violazione accertata rispetto a quella contestata, con modifica dell'imputazione", e di contestare nuove ed ulteriori infrazioni. Nulla impedisce, invece, che l'Autorità, "restando all'interno della cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese (...), pervenga ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale, ovvero ad una diversa ricostruzione giuridico-formale della fattispecie", non rivenendosi in tal caso alcuna violazione del principio dell'immodificabilità dei fatti (cfr. Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102, Prezzi del latte per l'infanzia; 29 settembre 2009, n. 5864, Mercato del calcestruzzo).

(Omissis).

In conclusione, la funzione esercitata dall'Autorità antitrust in sede di applicazione della legge n. 287 del 1990 presenta i connotati necessari per essere assimilata ad una funzione giurisdizionale, traducendosi in un'attività volta esclusivamente a garantire, in una 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.

Né può valere in senso contrario la circostanza che l'atto di avvio del procedimento istruttorio è deliberato dal Collegio, poiché la legittimazione a sollevare eccezioni di legittimità costituzionale è stata riconosciuta, nell'ordinamento ante riforma del 1989, al pretore, che esercita i poteri del pubblico ministero in fase istruttorie e quelli del giudice di cognizione nell'emissione del provvedimento (decreto penale di condanna). Secondo la Corte, infatti, ciò che rileva a tal fine è che la questione di legittimità costituzionale venga pronunciata nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ossia in vista della definizione del giudizio (sent. n. 1 del 1970 e sent. n. 85 del 1969). Situazione quest'ultima che ricorre senz'altro nel caso del Collegio dell'Autorità, che ha pronunciato l'ordinanza di rinvio in sede decisoria, essendo pervenuto alla determinazione che la questione di legittimità costituzionale è rilevante ai fini della definizione del giudizio davanti ad esso pendente.

Vi è, peraltro, un'ulteriore e decisiva considerazione che milita in favore della soluzione sin qui argomentata, vale a dire la circostanza che, ove questo Collegio non dovesse essere ritenuto legittimato a sollevare la questione di costituzionalità, talune leggi, come nella presente ipotesi, verrebbero a essere escluse dal possibile sindacato della Corte.

In effetti, nel caso di specie rilevano 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 (cfr. la già citata sent. n. 384 del 1991–sulla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità).

(Omissis).

Così sciolta la questione della legittimazione del Collegio dell'Autorità a porre questioni di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale, occorre trattare i profili della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione in esame ai fini della definizione del caso di specie.

In via preliminare, si rileva che secondo consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria sono soggette al diritto antitrust anche le professioni regolamentate. Neppure le prestazioni notarili si sottraggono all'applicazione del diritto della concorrenza; come recentemente sottolineato dalla Corte di Giustizia (Corte giust., Grande Sezione, 24 maggio 2011, causa C-47/08, Commissione v. Belgio e altri, Racc. I-2011, pag. 334), il fatto di perseguire obiettivi di interesse generale nell'esercizio della propria attività non è prerogativa della sola professione notarile, ma è propria di numerose attività svolte nell'ambito di diverse professioni regolamentate. Anche la Corte di Cassazione ha chiaramente affermato che “[...] i notai, ‘nei limiti delle loro rispettive competenze territoriali’, esercitano la loro professione ‘in condizioni di concorrenza’; e la circostanza che le attività notarili perseguano obiettivi di interesse generale, miranti in particolare a garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati, non è sufficiente a far considerare quelle attività come una forma di ‘partecipazione diretta e specifica all’esercizio dei pubblici poteri’” (Cass. civ., sez. II, 14 febbraio 2013, sent. n. 3715 nonché in senso conforme Cass. civ., Sez. II, 17 aprile 2013, sent. n. 9358; e Cass. civ., sez. II, 24 aprile 2013, sent. n. 10042).

Altrettanto pacifico risulta che i Consigli notarili, in quanto enti rappresentativi di imprese che offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i propri servizi professionali, costituiscono associazioni di imprese ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287 del 1990. Più precisamente, i Consigli notarili sono organi di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce un'attività economica e in tale veste sono nelle condizioni di “regolare e orientare l'attività degli iscritti nell'offerta delle

proprie prestazioni professionali incidendo sugli aspetti economici della medesima” (Corte di giustizia, 18 luglio 2013, causa C-136/12, Consiglio nazionale dei geologi/Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché TAR Lazio, sent. n. 1757 del 2011).

I fatti sopra descritti evidenziano come a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 9-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, che richiama l'articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, si sia creato un contesto di incertezza in ordine alla competenza dell'Autorità ad esercitare i poteri di cui alla l. n. 287 del 1990 avverso condotte dei Consigli notarili che, benché adottate nel formale contesto dell'attività di vigilanza, non ne condividono le finalità di tutela di interessi pubblici e che, in quanto incidono sulle attività economiche dei notai, sono suscettibili di rilevare ai sensi di tale legge.

Tale incertezza investe, in particolare, la competenza dell'Autorità a decidere del caso di specie.

(Omissis).

La questione della legittimità costituzionale della norma di cui trattasi e dell'articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990 in essa richiamata è rilevante ai fini della decisione relativa al procedimento I803, in quanto dalla soluzione della stessa dipende la possibilità che il Collegio dell'Autorità eserciti i propri poteri decisionali sul merito della fattispecie.

In effetti, l'interpretazione del citato articolo 93-ter e dell'articolo 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990 della Corte di appello di Milano [sez. I, del 6 aprile 2018 (avente ad oggetto uno dei procedimenti disciplinari condotti avverso il notaio segnalante P. D. M.)] e fatta propria dal CNM mette in discussione la stessa competenza dell'Autorità in relazione ad un intero segmento di attività. Pertanto, rispetto al caso di specie, il Collegio ritiene che la questione della sussistenza o meno della propria competenza, alla luce dell'articolato quadro normativo e giurisprudenziale coinvolto, debba essere sciolta in via definitiva dal giudice preposto a verificare la costituzionalità delle leggi.

Il dubbio di costituzionalità dell'art. 93-ter, comma 1-bis, della l. n. 89 del 1913 e dell'articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, – nell'interpretazione estensiva della Corte d'appello di Milano e fatta propria dal CNM – sollevato nel corso dell'audizione finale non appare manifestamente infondato in relazione ai parametri costituzionali di cui agli articoli 3, 41, 117, comma 1, Cost. In particolare, tali norme – così come interpretate – là dove sottraggono un intero segmento di attività all'applicazione delle disposizioni della legge n. 287 del 1990, in assenza di qualsiasi valutazione circa il carattere necessario e proporzionato di tale deroga, appaiono in contrasto con l'art. 3 Cost., per violazione del principio di ragionevolezza, e con l'art. 41 Cost. Per effetto dell'articolo 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 viene, infatti, sacrificato il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza e, per tale via, della libertà di iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 Cost., senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e di 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 assume ancor più rilievo là dove si consideri che l'Autorità e la Commissione non hanno mai contestato in sé l'esercizio della funzione disciplinare dei Consigli notarili e degli ordini professionali in genere, ma hanno al contrario sempre applicato le regole in materia di concorrenza verificando, caso per caso, se l'esercizio di tali funzioni non avesse esorbitato le proprie finalità pubblicistiche, risultan-

do non necessario e non proporzionato rispetto al conseguimento delle stesse (cfr. Commissione europea, “Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali”, febbraio 2004, (COM(2004) 83 def), in cui viene affermato che la verifica della necessità e della proporzionalità delle limitazioni della concorrenza tra professionisti impone che le restrizioni siano “oggettivamente necessarie per raggiungere un obiettivo di interesse generale chiaramente articolato e legittimo e devono costituire il meccanismo meno restrittivo della concorrenza atto a raggiungere tale obiettivo”; si v. ex multis, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 24275 del 13 marzo 2013, caso I747 – Consiglio notarile di Lucca/Controlli sull’applicazione della tariffa; Provvedimento n. 26625 del 30 maggio 2017– caso I797 – Consiglio notarile di Roma, Velletri e Civitavecchia/Delibera in tema di distribuzione del lavoro nella dismissione pubblica).

Gli articoli 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 e 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, così come letti dal CNM e dalla Corte d’Appello di Milano, sono altresì contrari all’art. 41 Cost., che tutela la libertà di iniziativa economica privata, della quale la tutela della concorrenza costituisce una delle articolazioni fondamentali.

Tali norme, così come interpretate dal CNM e dalla Corte d’Appello di Milano, precludono, infatti, l’esplicitarsi della libertà di iniziativa economica privata, senza che il sacrificio di tale libertà trovi il proprio fondamento in esigenze di utilità sociale, come, invece, prescritto dal comma 2 dell’art. 41 Cost.

Le clausole “utilità sociale” e “fini sociali” sono state interpretate dalla giurisprudenza di codesta Corte nel senso che esse, pur non dovendo “necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore” (Corte cost., sent. n. 46 del 1963), devono tuttavia essere bilanciate con la concorrenza, non dovendo essere “arbitrarie” e perseguite mediante misure “palesamente incongrue” (Corte cost., sent. 270 del 2010 in cui sono richiamate sent. n. 241 del 1990; sent. n. 548 del 1990; sent. 386 del 1996). Nell’ambito di tale bilanciamento assume rilievo anche “il carattere temporalmente limitato della disciplina” (Corte cost., sent. n. 94 del 2009).

A ciò si aggiunga che per garantire la necessaria coerenza con l’ordinamento comunitario e, in particolare, con il principio che “il mercato interno ai sensi dell’art. 3 del Trattato sull’Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata” (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), qualsiasi misura legislativa che introduca una limitazione a tale principio assume carattere derogatorio ed eccezionale, con la conseguenza che, per essere legittima, deve costituire “la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi” (Corte cost., sent. n. 270 del 2010).

Come si è già rilevato con riferimento alla violazione dell’articolo 3 Cost., la misura introdotta con l’articolo 93-ter, comma 1-bis, della l. n. 89 del 1913, non presenta nessuno di questi requisiti, non essendo necessaria né proporzionata rispetto alla finalità pubblica da essa perseguita, la quale può ben essere soddisfatta mediante una valutazione da svolgersi caso per caso circa la rilevanza dell’attività svolta dai consigli notarili ai fini della vigilanza sull’attività dei notai e in merito all’applicabilità delle disposizioni della legge n. 287 del 1990. Diversamente, l’esenzione generale disposta dall’articolo 93-ter, comma 1-bis della l. n. 89 del 1913, nella misura in cui impedisce una tale valutazione, sacrifica ingiustamente ed arbitrariamente la libertà

di iniziativa economica privata, risultando in palese violazione dell’articolo 41 Cost.

Infine, i più volte citati articoli 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 e 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, contrastano con l’art. 117, comma 1, Cost., secondo cui la competenza legislativa deve essere esercitata “nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

Secondo consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, l’articolo 117, comma 1, Cost. viene applicato come norma costituzionale disciplinante i rapporti fra diritto comunitario e diritto interno; più precisamente, come norma costituzionale contenente un preciso limite alla potestà legislativa statale e regionale, costituito dal rispetto della normativa comunitaria (cfr. ex multis Corte cost., sent. n. 406 del 2005). In tale prospettiva, il legislatore interno è vincolato al rispetto delle norme dell’ordinamento comunitario con il solo limite dell’intangibilità dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell’uomo garantiti dalla Costituzione.

Ciò impone che la legittimità costituzionale delle norme interne debba essere vagliata alla luce della loro compatibilità con l’ordinamento comunitario. Ebbene tale requisito non è sicuramente rispettato nel caso di specie.

Come è noto, l’art. 106, par. 2, TFUE, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia europea (cfr. Corte di giustizia, causa C-127/73, BRT/SABAM, Racc. 1974, pag. 25, e Tribunale, causa T-128/98, Aéroports de Paris, Racc. II-2000, pag. 290) ammette deroghe alle disposizioni in materia di concorrenza solo qualora esse risultino necessarie per garantire l’adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, richiedendo che sia effettuato un test di proporzionalità.

Per cui, a livello comunitario viene esclusa la possibilità di sottrarre in via generale e astratta un intero settore di attività dall’ambito di applicazione delle norme antitrust, dovendosi, piuttosto, procedere ad una valutazione caso per caso.

Questo tipo di approccio è stato di recente ribadito, in materia di ordini professionali, anche dal Tribunale dell’Unione europea, secondo cui “In ogni caso, anche se, in tali circostanze, non è necessario prendere definitivamente posizione sulla questione della misura in cui l’esercizio, da parte dell’Ordine, del suo potere disciplinare, si ricolleggi all’esercizio di una prerogativa dei pubblici poteri, cosicché esso fuoriesce dall’ambito di applicazione dell’articolo 101 TFUE, occorre ancora precisare che l’esistenza di una siffatta prerogativa non può offrire una protezione assoluta nei confronti di qualsiasi affermazione di un comportamento restrittivo della concorrenza, in quanto l’esercizio manifestamente improprio di un siffatto potere configurerebbe, in ogni caso, uno sviamento di tale potere” (Tribunale UE, causa T-90/11, sentenza del 10 dicembre 2014, ONP, punto 207).

Poiché, dunque, come si è dimostrato, l’ordinamento comunitario non ammette soluzioni come quella introdotta dall’art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 che impedisce di ritenere applicabili le regole in materia di concorrenza ad un intero segmento di attività sulla base di una valutazione effettuata ex ante, la norma interna risulta contraria all’articolo 117, comma 1, Cost. (*omissis*) visto l’articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, il Collegio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, ritenuto che la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 93-ter, comma 1-bis della legge 16 febbraio 1913 n. 89, come introdotto dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205 e del-

l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, è rilevante e non manifestamente infondata:

rimette la questione di legittimità costituzionale dei citati articoli 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 e 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, alla Corte costituzionale, in riferimento agli articoli 3, 41 e 117, comma 1, della Costituzione. – *Omissis*.

Sulla possibile incostituzionalità dell'art. 93 ter, comma 1° bis, della legge notarile

È la prima volta che l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato solleva una questione di legittimità costituzionale, ma sulla sua legittimazione non sembrano sussistere dubbi.

La Corte costituzionale ebbe infatti a chiarire già nel 1966 come “gli artt. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948, 23 della L. n. 87/1953 e 1 delle norme integrative consentano una determinazione dei requisiti necessari alla valida proposizione delle questioni stesse, tale da condurre, per una parte, a far considerare ‘autorità giurisdizionale’ anche organi che, pur estranei all’organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l’obiettivo applicazione della legge, ed all’uopo posti in posizione *super partes*, e per un’altra a conferire carattere di ‘giudizio’ a procedimenti che, quale che sia la loro natura e le modalità di svolgimento, si compiano però alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale” (sent. 2 luglio 1966, n. 66; in quel caso si trattava delle funzioni amministrative svolte dal pretore quale giudice dell’esecuzione esattoriale).

Ora se si tiene conto che le sanzioni che l'Autorità può infliggere possono essere proporzionali al fatturato delle imprese (artt. 14 *ter*, 15, 19, L. n. 287/1990) e che concretamente ha inflitto sanzioni milionarie, che la Corte europea dei diritti umani qualifica allora come penali in quanto gravemente afflittive (oltre alla sent. Grande Stevens citata dall'autorità v. ad es. e tra le tante le sentt. 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia, 27 settembre 2011, Menarini c. Italia, 20 maggio 2014, Nykanen c. Finlandia tutte in applicazione del c.d. caso guida Engel – Paesi Bassi dell'8 giugno 1976), il criterio mancante è quello della terzietà del giudicante, che l'Autorità ravvisa però nella separazione dei propri uffici e nella propria funzione non discrezionale di applicazione del diritto.

Quello della terzietà un argomento che il S.C., esaminandolo a proposito dell’organizzazione interna di Consob, non sembra però condividere, almeno stando alla recente Cass., 15 febbraio, 2018, n. 3734 che, pur rigettando il ricorso, ha rilevato che la garanzia del giusto processo e del contraddittorio si svolgono nella fase giurisdizionale ove neglette in quella (per noi solo formalmente) amministrativa avanti alla Commissione, dove appunto la separazione degli uffici di istruzione e decisione non è affatto assicurata e con essa la terzietà di chi decide (è tutto nel par. 2.3 della sentenza).

In applicazione dei criteri sopra indicati, la sent. 18 novembre 1976, n. 226 ha ricordato in effetti che “la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale è stata riconosciuta, ad esempio, al giudice dell’esecuzione immobiliare esattoriale, al giudice dell’esecuzione penale; al giudice di sorveglianza; al tribunale, nel corso del procedimento per il ricovero dell’alienato; alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura; ai Commissari regionali per la liquidazione degli usi civici; agli Intendenti di finanza; alla Commissione dei ricorsi in materia di brevetti; ai Consigli comunali in sede di contenzioso elettorale; ai Comandanti di porto; ai Consigli di prefettura e alle Giunte provinciali amministrative nell’esercizio di funzioni giurisdizionali, nonché – in una prima fase – alle Commissioni per i tributi erariali e locali, e via dicendo”; tra i precedenti appena indicati per la legittimazione del commissario agli usi civici v. *ex multis*, la sent. 20 febbraio 1995, n. 117; per il comandante della capitaneria di porto la 15 giugno 1960, n. 41; quella dei consigli comunali, quando giudicavano sul contenzioso elettorale, la 11 luglio 1961, n. 44; quella della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura la 2 febbraio 1971, n. 12.

Su queste premesse sono stati ritenuti legittimati a sollevare la questione (oltre alle sentenze citate nell’ordinanza) anche:

- gli arbitri rituali (sent. 28 novembre 2001, n. 376);
- il consiglio nazionale dei ragionieri e periti commerciali (ord. 18 aprile 2000, n. 103);
- la Corte dei conti in sede di controllo (sent. 18 novembre 1976, n. 226);
- il presidente del tribunale adito con ricorso per ingunzione (sent. 26 ottobre 1981, n. 177);
- l’ufficio italiano brevetti e marchi (sentt. 10 maggio 1995, n. 158, 27 giugno 1958, n. 42; 20 marzo 1978, n. 20);
- il consiglio nazionale forense (ord. 6 luglio 1970, n. 114).

Non sono invece stati ritenuti legittimati:

- l’arbitro bancario finanziario, istituito dall’art. 128 *bis*, D.L. 1° settembre 1993, n. 385 (ord. 21 luglio 2011, n. 218);
- la corte d’appello in sede di verifica dei voti referendari (ord. 20 maggio 2008, n. 164);
- la sezione consultiva del consiglio di stato, nel procedimento per la decisione di un ricorso straordinario (ord. 21 luglio 2004, n. 254);
- il notaio (ord. 13 febbraio 2003, n. 52, *Giur. It.*, 2003, 1545);
- il consiglio comunale (ord. 27 marzo 2003, n. 78);
- il giudice istruttore (ord. 6 dicembre 2000, n. 552, ma v. la sent. 19 luglio 1996, n. 258 e la 6 luglio 1994, n. 278);
- giudice delegato ai fallimenti nell’esercizio dei poteri direttivi previsti dall’art. 25 L. fall. (ord. 30 aprile 1986, n. 115);
- il sostituto procuratore generale presso la sezione giurisdizionale della corte dei conti per la regione siciliana (ord. 27 luglio 1995, n. 415);
- magistrato di sorveglianza in sede di reclami di

detenuti in materia di lavoro (ord. 11 aprile 1984, n. 103);

– i consigli dell’ordine (ord. 2 marzo 1990, n. 113 ma già la 12 luglio 1967, n. 110) e di collegi (ord. 25 luglio 1995, n. 387).

Quanto al diverso profilo della legittimità della norma di cui l’Autorità dubita, al di là ovviamente della fondatezza delle questioni che andranno ad essere decise nel merito, ci pare evidente che sottrarre l’attività di controllo dei consigli notarili alla verifica del rispetto della disciplina comunitaria della concorrenza sia quantomeno manifestamente irragionevole.

Anzitutto la legge annuale per la concorrenza 4 agosto 2017, n. 124, al fine di adeguare alla disciplina della concorrenza alcune norme vetuste della legge notarile (n. 89 del 1913), ha aumentato il numero dei notai per abitante, eliminato la disposizione che ne prevedeva la distribuzione territoriale a garanzia di un reddito minimo di 50.000 euro annui per notaio nonché la barriera territoriale all’interno della regione per l’apertura dei recapiti (sia consentito, per brevità, il rinvio a Sicchiero-Stivanello Gussoni, *Legge concorrenza e mercato: novità per i notai*, Altalex, 2017).

Appare allora bizzarro che il legislatore, pochi mesi dopo, inserendo nella legge notarile il comma 1° *bis* nell’art. 93 *bis*, il quale che consente ispezioni ulteriori dei consigli, *a latere* di quelle biennali obbligatorie del conservatore dell’archivio (art. 128 l. n.) e di quelle comunque spettanti al consiglio *ex art.* 93 *bis* l. n., abbia deciso di eliminare il controllo dell’antitrust sul comportamento dei singoli consigli notarili!

D’altro canto non ci risulta abrogato il D.Lgs. n. 30/2006, il cui art. 3, 2° comma, prevede che “l’attività professionale esercitata in forma di lavoro autonomo è equiparata all’attività d’impresa ai fini della concorrenza di cui agli articoli 81, 82 e 86 (*ex* articoli 85, 86 e 90) del Trattato CE, salvo quanto previsto dalla normativa in materia di professioni intellettuali”, normativa che però non contempla mai la possibilità di non rispettare la concorrenza (anzi, per i notai si veda l’art. 147 l. n.).

È invece un fatto che Corte di cassazione la pensi diversamente, solo a ricordare che per Cass., 5 maggio 2016, n. 9041 (in *Vita Notar.*, 2016, 887) “le norme in tema di tutela della concorrenza e del mercato non si applicano, ai sensi dell’art. 8, 2° comma, L. n. 287/1990, ai consigli notarili distrettuali che assumano l’iniziativa del procedimento disciplinare, atteso che, limitatamente all’esercizio della vigilanza, essi non regolano i servizi offerti dai notai sul mercato, ma adempiono una funzione sociale fondata su un principio di solidarietà, affidatagli dalla legge, ed esercitano prerogative tipiche dei pubblici poteri”, anche se poi in motivazione precisa che “può quindi in astratto convenirsi che i consigli notarili distrettuali, in quanto enti rappresentativi di imprese che offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i propri servizi professionali, sono associazioni di imprese, che posso-

no perciò rendersi promotrici di intese restrittive della libertà di concorrenza, ai sensi della L. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 2, comma 1”.

Resta tuttavia una considerazione che ben è stata evidenziata nell’ordinanza di rimessione: un conto è verificare se il comportamento dei notai sia rispettoso degli obblighi che la legge gli assegna – il c.d. “attificio” non lo è, perché nessuna forma di organizzazione interna dello studio consente al notaio di dedicare pochi minuti alla lettura dell’atto, quando l’art. 47 l. n. gli impone di accertare l’effettiva volontà delle parti (e qui si veda, tra le molte, l’inedita Cass., 27 aprile 2015, n. 8493, in cui chi scrive aveva sottoposto al giudizio della C.S. l’affermazione inaccettabile di una corte di merito, secondo la quale “la lettura veloce delle clausole di stile consentirebbe di soffermarsi sulle clausole di maggior interesse e la firma richiederebbe pochi secondi”).

Tutt’altro conto è invece che il controllo del consiglio abbia la funzione – del pari inaccettabile – di dar forza al “messaggio che occorre “evitare sperequazioni” nella distribuzione del lavoro, evidenziando le ripercussioni negative per la categoria derivanti dalla concorrenza tra colleghi”.

La Corte costituzionale dovrà quindi confrontarsi anche con le fonti comunitarie, tra cui:

– la raccomandazione 2003/361 UE, il cui terzo “considerando” indica che “occorre precisare che, conformemente agli articoli 48, 81 e 82 del trattato, come interpretati dalla Corte di giustizia delle Comunità europee si deve considerare impresa qualsiasi entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che svolga un’attività economica, incluse in particolare le entità che svolgono un’attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che svolgono regolarmente un’attività economica”;

– Trib. di primo grado Ce, 4 marzo 2003, causa T-319/99 “la nozione di impresa, nell’ambito del diritto comunitario della concorrenza, abbraccia qualsiasi entità che eserciti un’attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle modalità di finanziamento; per attività economica si intende l’offerta di beni o servizi sul mercato, anche se non viene perseguito uno scopo di lucro”; e v. anche Corte giust. Ce, 22 gennaio 2002, causa C-218/00;

– l’ulteriore giurisprudenza comunitaria per cui le regole provenienti dagli ordini professionali costituiscono accordi tra imprese: Corte giustizia Unione europea, 18 luglio 2013, n. 136/12; id., 28 febbraio 2013, n. 1/12; id., 19 febbraio 2002, n. 309/99, tra cui la decisione indicata dalla stessa autorità (Corte giust., Grande Sezione, 24 maggio 2011, causa C-47/08, *Commissione v. Belgio e altri*).

Gianluca Sicchiero