

Lire 52.000



L. Cassetti – La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari

Luisa Cassetti

La cultura del mercato
fra interpretazioni della Costituzione
e principi comunitari



G. Giappichelli Editore – Torino

Luisa Cassetti

La cultura del mercato
fra interpretazioni della Costituzione
e principi comunitari



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 1997 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011/81.53.111 - FAX: 81.25.100
E-Mail: GIAPPI@VENTURANET.IT

ISBN 88-348-7164-2

Ai miei genitori, a mia sorella

Idealgraf - Città di Castello

NESSUNA PARTE DI QUESTO VOLUME PUÒ ESSERE RIPRODOTTA IN QUALSIASI FORMA A STAMPA,
FOTOCOPIA, MICROFILM O ALTRI SISTEMI, SENZA IL PERMESSO SCRITTO DELL'EDITORE

Questo lavoro sviluppa il tema oggetto della tesi presentata per il conseguimento del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico, nel settembre 1994.

L'analisi del rilievo pubblicistico della tutela del mercato concorrenziale, analisi condotta alla luce della "giurisprudenza" dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, mi ha suggerito di ampliare la prospettiva della ricerca nella direzione delle problematiche relative all'uso delle nozioni di mercato e di concorrenza ed in quella della collocazione dell'Autorità antitrust nel quadro dell'organizzazione costituzionale.

Con sincera riconoscenza ringrazio il professor Beniamino Caravita per gli spunti e le osservazioni critiche che mi hanno accompagnato nel corso del ciclo di studi di dottorato e che hanno stimolato in me la curiosità di studiare l'evoluzione dei rapporti fra il metodo interpretativo dei principi costituzionali in materia economica, gli impegni comunitari di Maastricht e la progressiva diffusione degli interventi dell'Autorità antitrust a difesa della concorrenzialità del mercato.

L.C.

INDICE

<i>Introduzione</i>	<i>pag.</i> 1
---------------------	------------------

PARTE I LE NOZIONI DI MERCATO E DI CONCORRENZA

I. IL RILIEVO PUBBLICISTICO DEL MERCATO E DELLA CONCORRENZA	15
1. I problemi teorici legati alla definizione in termini giuridici della nozione di mercato.	15
2. I limiti della difesa del mercato fondata sull'equazione fra mercato e libertà.	20
2.1. Concorrenza ed eguaglianza nella teoria economica di A. Smith: il monopolio come fonte di discriminazioni.	23
2.2. L'ingiustizia del monopolio come minaccia per la libertà politica.	29
2.3. Libertà di concorrenza ed eguaglianza nell'interpretazione di F.A. von Hayek: la concorrenza come strumento ideale per la ricerca della conoscenza nell'ordine spontaneo del mercato.	30
2.4. L'indagine sulle tipologie di intervento pubblico compatibili con l'ordine di mercato fondato sulla concorrenza.	33
2.5. La dinamica concorrenziale come strumento di conoscenza in grado di assecondare l'apertura della struttura sociale.	35
2.6. La garanzia del mantenimento della concorrenzialità del mercato ricondotta alla generalità ed astrattezza dell'intervento normativo ed alla uniforme applicazione giudiziale delle regole.	37
3. L'ordine economico fondato sulla concorrenza e l'organizzazione politica: dall'ordine spontaneo alla necessità del contratto sociale.	40

X	<i>Indice</i>	
3.1. L'apertura dell'ordine di mercato e l'esigenza di un « <i>constitutional framework</i> ».		43
4. La negazione del mercato: i limiti della qualificazione del mercato come luogo della distruzione dei rapporti sociali.		47
4.1. L'opposizione dell'analisi marxista alla teoria economica di A. Smith.		49
5. L'inutilità dell'alternativa distruzione-sopravvivenza del mercato.		54
6. Il mercato come «fatto culturale».		56
II. IL MERCATO CONCORRENZIALE E L'ORGANIZZAZIONE SOCIALE		59
1. L'organizzazione di mercato come una delle forme di integrazione sociale: la critica di K. Polanyi all'assolutezza del modello di mercato autoregolato.		59
1.1. L'organizzazione di mercato accanto alla reciprocità ed alla redistribuzione.		64
1.2. L'importanza delle relazioni dinamiche fra il mercato e le altre forme di integrazione sociale.		65
2. Il mercato e le regole del diritto.		69
2.1. Il carattere biunivoco delle relazioni fra mercato e diritto.		74
3. La dinamica del mercato concorrenziale ed i suoi correttivi.		77
3.1. La logica delle alternative al mercato: il ruolo centrale dell'organizzazione interna dell'impresa.		79
3.2. La logica delle necessarie integrazioni: «i fallimenti del mercato» ed «i fallimenti dello Stato».		85
3.3. (segue) Le correzioni della «naturale imperfezione» della concorrenzialità del mercato.		87
4. Il ruolo della concorrenza nella «qualificazione» del mercato: «la nozione» o «le nozioni» di concorrenza?		91
4.1. La concorrenza «perfetta» ed il modello di mercato autoregolato.		95
4.2. La consapevolezza della «imperfezione» del meccanismo concorrenziale.		97
4.3. La concorrenza «potenziale».		101

	<i>Indice</i>	XI
PARTE II		
DALLA TEORIA DEL MERCATO ALL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA		
I. L'INTERPRETAZIONE DELLA GARANZIA COSTITUZIONALE DELLA LIBERTÀ ECONOMICA		107
1. La cultura giuridica e la difesa dell'organizzazione di mercato: gli ostacoli teorici e strutturali all'analisi del mercato e dell' <i>antitrust</i> nell'ordinamento italiano.		107
2. Impostazione del problema. Il rapporto fra la concorrenza e la garanzia della libertà economica: il ruolo dei modelli interpretativi dei principi costituzionali.		115
3. La problematica individuazione del contenuto della libertà economica: il ricorso alle categorie della libertà di fatto e del diritto affievolito.		119
3.1. Verso la precisazione del contenuto e del valore dell'iniziativa economica privata: libertà economica, libertà di concorrenza ed inviolabilità dei diritti fondamentali.		123
3.2. L'importanza della definizione dell'oggetto della libertà economica: l'area dell'iniziativa e quella dell'attività economica.		129
3.3. L'iniziativa economica privata come diritto della persona e come diritto fondamentale relativo o derivato.		132
4. Principi economici e valori sociali: l'organizzazione dell'attività economica ed il valore del lavoro.		135
4.1. Il rapporto fra il valore del lavoro ed i limiti dell'utilità sociale e del rispetto della sicurezza, libertà e dignità della persona (art. 41, comma 2 Cost.).		137
4.2. La reazione della dottrina commercialistica alla ipotesi teorica della funzionalizzazione a fini sociali dell'iniziativa economica.		140
4.3. La difficoltà teorica di identificare il valore del lavoro con l'utilità sociale. L'utilità sociale come principio valvola.		142
4.4. La critica al ruolo preminente riconosciuto alla clausola dell'utilità sociale intesa come principio valvola in grado di esprimere ed aggiornare i valori sociali.		143
5. Principi economici e valori sociali: l'evoluzione delle trasformazioni economico-sociali disegnate dall'art. 3, comma 2 della Costituzione e l'organizzazione economica dello Stato.		144

5.1. La strumentalità della programmazione rispetto al progetto di trasformazione sociale espresso dall'art. 3, comma 2 della Costituzione.	146
6. Iniziativa economica privata e garanzia dei diritti fondamentali: la relativizzazione della distinzione fra diritti fondamentali assoluti o originari e diritti fondamentali relativi o derivati nella logica del bilanciamento fra interessi operato dalla Corte costituzionale.	150
6.1. Le forme del bilanciamento fra interessi riconducibili ai diritti fondamentali assoluti ed ai diritti fondamentali relativi.	152
6.2. Il nucleo di valore dei diritti fondamentali assoluti e le tecniche di bilanciamento utilizzate dalla Corte.	155
II. LA TUTELA DEL MERCATO CONCORRENZIALE NEL QUADRO DELLA GARANZIA COSTITUZIONALE DELLA LIBERTÀ ECONOMICA	159
1. La difficoltà teorica di derivare dalla libertà di iniziativa economica privata la tutela della concorrenza sia in senso soggettivo che in termini oggettivi.	159
1.1. L'apertura verso il riconoscimento della garanzia costituzionale della libertà di concorrenza.	162
2. La garanzia costituzionale dell'oggettiva struttura di mercato nell'interpretazione dei privatisti.	1164
2.1. L'insufficienza dell'art. 41 Cost. rispetto alla minaccia delle formazioni monopolistiche: l'intervento <i>antitrust</i> a garanzia del valore sociale della libertà di concorrenza.	167
2.2. Il ruolo della concorrenza nella definizione dell'assetto di mercato: la consapevolezza del pluralismo delle forme di concorrenza.	170
3. Il significato della garanzia del mercato concorrenziale nella prospettiva del diritto costituzionale.	173
3.1. L'aspetto dinamico delle relazioni fra mercato e libertà di concorrenza: la differenza fra la garanzia soggettiva dei singoli competitori e l'applicazione delle regole <i>antitrust</i> .	175
3.2. (segue) I riflessi della libertà di concorrenza dei singoli operatori economici sulle strutture del mercato.	178
3.3. Verso il superamento dell'alternativa fra la garanzia costituzionale della libertà di concorrenza e la tutela delle oggettive strutture del mercato: concorrenza ed apertura del mercato.	179

4. L'aspetto dinamico della concorrenza e la mobilità della composizione degli interessi costituzionali nella definizione del rilievo pubblicistico dell' <i>antitrust</i> (rinvio).	180
III. IL RUOLO DEL MERCATO E DELLA CONCORRENZA NELL'INTEGRAZIONE COMUNITARIA	183
1. La Costituzione economica italiana e la Costituzione economica comunitaria a confronto: l'uso prevalentemente descrittivo del termine nella dottrina pubblicistica italiana.	183
1.1. L'evoluzione della nozione comunitaria di Costituzione economica: il ruolo dei principi economici nella costruzione dei valori fondamentali ai quali si ispira l'azione comunitaria.	190
2. Il dualismo degli strumenti comunitari: l'integrazione nel mercato ed il riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri. La garanzia della concorrenza fra strumenti ed obiettivi della Comunità.	193
2.1. Il ruolo dell'art. 3 A introdotto dal Trattato sull'Unione Europea: il mercato concorrenziale come obiettivo dell'azione comunitaria e dei singoli Stati membri.	198
2.2. Lo strumento del riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri.	200
3. Le regole del mercato ed i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario: legalità, eguaglianza e libertà economiche.	205
4. Il rapporto fra mercato e concorrenza nel sistema comunitario: il ruolo della libera concorrenza nell'individuazione dei principi fondamentali della Comunità Europea.	208
4.1. Libertà di concorrenza e unità del mercato fondata sul principio di eguaglianza-non discriminazione.	210
5. Il modello economico comunitario: l'elasticità della politica di concorrenza e del riavvicinamento fra le politiche nazionali.	213
5.1. L'ambivalenza degli strumenti dell'azione comunitaria come espressione della neutralità economica del Trattato: la logica del razionale bilanciamento fra gli obiettivi del Trattato.	218
6. I principi economici comunitari fra mercato ed equità.	222
7. Il ruolo della concorrenza e del mercato nel sistema comunitario ed il vincolo interpretativo posto dalla legge nazionale <i>antitrust</i> nei confronti dei principi della politica comunitaria di concorrenza (rinvio).	225

PARTE III
LA NATURA
DELL'INTERVENTO ANTITRUST
E LA COLLOCAZIONE COSTITUZIONALE
DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA
E DEL MERCATO

I. LA LEGISLAZIONE ANTITRUST E LA REGOLAZIONE DEL MERCATO	229
1. I principi ispiratori dell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: l'attuazione dell'art. 41 Cost e l'adesione ai principi comunitari.	229
1.1. L'attuazione dell'art. 41 Cost. fra la garanzia oggettiva dell'accesso al mercato e la garanzia soggettiva del diritto di iniziare e svolgere un'attività economica sul mercato.	234
1.2. La natura del vincolo interpretativo nei confronti dei principi comunitari in materia di concorrenza.	236
1.3. L'adesione ai parametri comunitari nel rispetto delle peculiari esigenze di apertura del mercato nazionale alla concorrenza.	239
2. La difesa del mercato concorrenziale e l'intervento pubblico nei rapporti economici. Intervento pubblico e regolazione del mercato.	242
2.1. Le tecniche della regolazione normativa del mercato: l'esistenza di interventi normativi adesivi o neutrali rispetto alle regole del mercato.	243
2.2. La regolazione nel quadro delle funzioni amministrative.	245
2.3. L'interpretazione restrittiva della nozione di intervento pubblico: la distinzione fra intervento pubblico e regolazione del mercato mediante legge <i>antitrust</i> .	249
2.4. La regolazione ed il modello della <i>regulation</i> : alle origini del rapporto fra la regolazione del mercato ed il rango legislativo della normativa regolatrice.	252
2.5. La convivenza fra il sistema della <i>public agencies regulation</i> e le regole del mercato.	254
2.6. La <i>regulation</i> fra le ragioni del mercato e la sfera degli interessi sociali.	256
3. Il rapporto fra la regolamentazione del mercato in senso lato e la legislazione <i>antitrust</i> : regolamentazione e <i>public services</i> .	260

3.1. La differenza fra gli strumenti della regolazione del mercato e l'applicazione delle regole <i>antitrust</i> .	262
3.2. I luoghi tipici della regolamentazione: il monopolio naturale e le inefficienze del mercato. Il rapporto fra la normativa <i>antitrust</i> e le alterne vicende della regolamentazione.	265
4. Il ruolo autonomo delle regole <i>antitrust</i> all'interno dei mercati regolamentati.	268
4.1. Mercati regolamentati e mantenimento della concorrenza: la garanzia della concorrenzialità potenziale del mercato.	269
4.2. Legislazione <i>antitrust</i> e regolamentazione di settore nell'esperienza italiana.	272
II. LA DIFESA DELLA CONCORRENZIALITÀ DEL MERCATO ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO	275
1. Le attribuzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: le funzioni consultive e la legittimazione dell'Autorità <i>antitrust</i> nel sistema costituzionale.	275
1.1. Il dossier sul mercato della distribuzione commerciale.	278
1.2. Le distorsioni del mercato concorrenziale derivanti dai regimi autorizzatori.	280
1.3. La rottura del monopolio nella gestione dei servizi pubblici in regime di concessione <i>ex lege</i> ad imprese con capitale prevalentemente pubblico.	283
1.4. La diffusione della logica del mercato concorrenziale nel tessuto dell'ordinamento costituzionale.	285
2. Il valore della concorrenzialità del mercato nelle decisioni dell'Autorità: il rapporto fra mercato e concorrenza nell'applicazione dei divieti in materia di intese, di abuso di posizione dominante e di concentrazioni.	287
2.1. La nozione di mercato rilevante.	291
2.2. La dimensione geografica del mercato.	292
2.3. Il potere dell'impresa sul mercato.	293
2.4. L'importanza della definizione del mercato rilevante nella valutazione del comportamento anticoncorrenziale.	295
3. La concorrenzialità del mercato fra regole nazionali e vincoli comunitari.	297
4. La posizione di terzietà dell'Autorità nella risoluzione delle controversie in materia di intese e di abuso di posizione dominante.	299

4.1. Il ruolo delle autorizzazioni in deroga ai divieti in materia di intese: espressione di un potere discrezionale ovvero limite ad una regola generale?	300
4.2. La motivazione dei provvedimenti di autorizzazione in deroga: l'importanza della struttura del mercato di riferimento.	302
4.3. Le autorizzazioni in deroga alle intese vietate come limite all'apertura del mercato concorrenziale.	305
4.4. Il rapporto fra il modello comunitario dell'art. 85, § 3 del Trattato CE ed il sistema nazionale delle autorizzazioni in deroga: il carattere puntuale ed individuale delle deroghe nazionali.	307
4.5. Difesa dei consumatori, tutela di valori sociali e finalità di una legge <i>antitrust</i> .	310
5. I caratteri del controllo sulle operazioni di concentrazione.	313
5.1. La valutazione tecnica dei dati relativi al mercato di riferimento. La distanza delle decisioni in materia di concentrazioni dai provvedimenti autorizzatori.	314
5.2. I limiti dell'interpretazione estensiva dei poteri di intervento in materia di concentrazioni.	316
III. LA POSIZIONE COSTITUZIONALE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO	319
1. L'applicazione delle regole <i>antitrust</i> e l'esercizio di funzioni amministrative: il significato della paragiurisdizionalità dell'accertamento dei comportamenti anticoncorrenziali.	319
1.1. Il rinvio alla nozione di funzione pubblica neutrale come criterio-guida nella «sistemazione» delle diverse competenze dell'Autorità <i>antitrust</i> .	323
1.2. Le applicazioni della categoria della funzione pubblica neutrale: l'attività consultiva del Consiglio di Stato e l'attività di riscontro della Corte dei Conti.	325
2. Titolarità di funzioni pubbliche neutrali e idoneità a sollevare questione di legittimità costituzionale. L'Autorità <i>antitrust</i> come organo legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale.	328
2.1. Il presupposto oggettivo per l'individuazione del giudice <i>a quo</i> : i caratteri dell'applicazione delle regole <i>antitrust</i> .	331
2.2. (segue) Il presupposto soggettivo: l'Autorità come giudice <i>a quo</i> ed il divieto costituzionale di istituire giudici speciali (art. 102 Cost.).	333

2.3. L'impugnabilità dei provvedimenti dell'Autorità: l'insussistenza del presupposto relativo al carattere definitivo e non altrimenti giustiziabile degli atti adottati dall'organo legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale.	335
3. Il dibattito sulle relazioni fra la funzione regolativo-amministrativa e l'applicazione delle norme <i>antitrust</i> .	336
3.1. Verso la valorizzazione della posizione istituzionale di neutralità e di indipendenza dell'Autorità.	341
4. Il rapporto fra la garanzia costituzionale della concorrenzialità del mercato e l'imparzialità dell'amministrazione: la non parzialità riferita alla ponderazione fra l'interesse pubblico al mantenimento della concorrenza e gli interessi di natura diversa.	342
4.1. La peculiarità delle funzioni <i>antitrust</i> : la valutazione imparziale riferita ai fatti oggetto del controllo.	344
4.2. L'imparziale valutazione dei fatti oggetto del controllo <i>antitrust</i> ed il carattere dinamico del meccanismo concorrenziale.	347
5. L'Autorità <i>antitrust</i> come potere dello Stato alla luce della giurisprudenza costituzionale sui conflitti sollevati nei confronti del Garante per la radiodiffusione e l'editoria.	349
5.1. Il rilievo costituzionale delle attribuzioni. Il ruolo della legge ordinaria nella definizione delle competenze.	351
5.2. L'Autorità <i>antitrust</i> come potere dello Stato: il pericolo della degradazione del tono costituzionale del conflitto.	354
6. Il significato costituzionale dell'indipendenza attribuita all'Autorità <i>antitrust</i> . Il ruolo del conflitto nella difesa dell'indipendenza dall'Esecutivo-governo.	355
7. La titolarità di funzioni di regolazione amministrativa e la garanzia dell'indipendenza dal Governo.	358
8. Il conflitto come possibile luogo del confronto fra l'evoluzione delle dinamiche concorrenziali e le scelte politiche a tutela di interessi esterni alla concorrenzialità del mercato.	361
Bibliografia	365

INTRODUZIONE

La ricerca muove da una riflessione sul rilievo pubblicistico delle nozioni di mercato e di libera concorrenza. Mentre in ambito privatistico attorno alla disciplina codicistica della concorrenza sleale sono maturati studi e saggi dedicati alla teoria della concorrenza, l'assenza di una legge generale contenente norme a tutela della concorrenzialità del mercato è stata una delle cause del ritardo culturale con il quale gli strumenti di indagine della giuspubblicistica sono stati utilizzati per comprendere e spiegare il ruolo di quella garanzia nel quadro costituzionale.

I temi della concorrenza e del mercato appartengono, infatti, alla storia recente del diritto pubblico: la sensibilità della dottrina è stata in larga misura stimolata dall'integrazione nel mercato unico europeo e, per effetto dell'accelerazione impressa da tale processo, dall'introduzione della legge n. 287 del 1990, contenente norme a tutela della concorrenza e del mercato¹.

È indubbio che con l'approvazione di una legge nazionale *antitrust* il tema del mercato non è più solo un problema di analisi di modelli economici più o meno compatibili con il quadro costituzionale, quanto piuttosto un problema di interpretazione del diritto positivo²; diventa quindi indispensabile tentare di individuare taluni parametri teorici dell'indagine economica e sociologica per poter

¹ F. GOBBO, T. SALONICO, C. CAZZOLA, *Contributi per un dibattito sulla tutela della concorrenza*, in *L'Industria*, n. 3/1994, 387 ss., sottolineano peraltro come l'istituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato appaia legata ad un inevitabile adeguamento alle regole comunitarie, piuttosto che ad un autentico clima culturale di conversione ai valori della concorrenza (ivi, 388).

² Così M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 557 ss..

definire l'oggetto e la portata degli interventi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'avvio del dibattito e del confronto su questi temi è stato invece caratterizzato dall'assunzione di un comune punto di partenza: l'inconoscibilità della nozione di mercato. Trattandosi di una mera sintesi verbale³, l'analisi giuridica non potrebbe avvantaggiarsi di tale nozione, nonostante che la legge nazionale *antitrust* rechi nell'intitolazione la *tutela della concorrenza e del mercato*.

Per poter superare in via interpretativa l'ambiguità del titolo della legge occorre in realtà estendere il carattere della polisemia⁴ alla nozione di concorrenza⁵. L'inconoscibilità della nozione di concorrenza è del resto ben nota alla cultura giusprivatistica che, proprio nel tentativo di ricondurre ad unità il pluralismo delle innumerevoli combinazioni possibili di forme concorrenziali, ha analizzato la posizione soggettiva ed i rapporti fra i privati competitori che si trovano ad operare all'interno di una determinata area di mercato. Secondo tale impostazione, si dovrebbero considerare in concorrenza «due o più imprendi-

³ S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378, rifiuta la contrapposizione fra Stato e mercato sottolineando come i due termini siano in realtà mere sintesi verbali che necessitano di aggettivi qualificativi per essere definiti (Stato-governo, Stato-ordinamento ovvero mercato oligopolistico, mercato concorrenziale etc.). In realtà, il problema dell'uso della nozione, come vedremo nel corso della ricerca, si pone negli stessi termini anche per la concorrenza, la quale assume un significato diverso a seconda che venga definita perfetta, imperfetta o monopolistica.

⁴ Per un'approfondita analisi della polisemia della nozione di mercato si veda M.R. FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, passim.

⁵ G. DALLERA, *Commento dell'economista al contributo di Pardolesi*, in U. MATTEI e F. PULITINI (a cura di), *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, 1994, 149 ss., evidenzia come il riferimento al «gioco della concorrenza» contenuto nell'art. 2.2. della legge nazionale *antitrust* ponga dinanzi ad una nozione di concorrenza che rimane assai sfumata ed articolata. Parlare di difesa della concorrenza può infatti far pensare all'equilibrio economico neoclassico fondato sulla concorrenza di prezzo per prodotti omogenei; ma potrebbe anche esprimere il processo dinamico fondato su continue scoperte ed aggiustamenti; o, ancora, far pensare alla costruzione di Marx riferita alla concorrenza fra imprese che si evolvono e si organizzano adottando cambiamenti nelle tecniche di produzione; o piuttosto alla concorrenza come rivalità oligopolistica (ivi, 156). Sul pluralismo delle forme di concorrenza v. Parte I, Cap. II.

tori che in un determinato periodo di tempo offrono (o domandano) beni e servizi suscettibili di soddisfare, anche in via succedanea, lo stesso bisogno o bisogni simili complementari, nel medesimo ambito di mercato attuale o immediatamente potenziale, ancorché la concorrenza risulti da un insieme di beni o servizi succedanei o le imprese si valgano di elementi intesi a trasformare in un'offerta di monopolio l'offerta concorrenziale, sempre che tali elementi siano quelli che, in considerazione della loro utilità sociale, l'ordinamento giuridico riconosce in via specifica»⁶. La prospettiva del rapporto giuridico bilaterale o plurilaterale posto dalla dottrina privatistica a fondamento della teoria della concorrenza non consente ovviamente di cogliere il rilievo pubblicistico assunto dalla nozione di mercato per effetto dell'introduzione di una legge nazionale che, in attuazione di valori costituzionali e di parametri comunitari, detta norme e regole a tutela della concorrenza e del mercato.

Questo dato consente di formulare l'ipotesi interpretativa secondo la quale la natura ed il grado di concorrenza non possono essere oggetto di indagine esclusivamente in termini di situazione e di rapporto intersoggettivo: la concorrenza si riflette piuttosto sulle strutture di mercato e dalle caratteristiche di quest'ultimo è possibile desumere l'effettivo grado di concorrenza presente all'interno di un determinato sistema, ovviamente alle condizioni note nel momento in cui si effettua la verifica. Esiste, in altre parole, una circolarità naturale fra i meccanismi concorrenziali e la configurazione di un determinato mercato che va ben oltre la prospettiva della posizione individuale dei singoli soggetti competitori.

Il livello di tutela della concorrenzialità del mercato non può quindi essere valutato assumendo, da un lato, il valore assoluto della libertà di concorrenza ed escludendo, dall'altro, qualsiasi ruolo all'assetto ed alla struttura del mercato.

La garanzia della concorrenzialità del mercato perseguita attraverso

⁶ È la definizione di mercato elaborata da R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Milano, 1960, II, 509: tale nozione è stata accolta da G. GUGLIEMMETTI e G. GUGLIEMMETTI, *Concorrenza*, in *Dig. disc. priv. (sez. commerciale)*, Torino, 1988, vol. III, 300 ss., i quali giustificano tale soluzione sulla base dell'irrelevanza giuridica delle innumerevoli combinazioni possibili di forme concorrenziali elaborate dalla dottrina economica.

l'introduzione di una legge generale ed affidata ad un'Autorità indipendente è un valore dinamico: questa caratteristica è in larga misura legata all'idea della concorrenza come strumento di conoscenza della realtà economica e sociale in grado di garantire l'apertura del mercato. La visione dinamica della concorrenzialità del mercato rappresenta in realtà un punto di arrivo della scienza economica e sociale ed è il risultato del superamento, da un lato, della presunta perfezione del meccanismo concorrenziale e, dal lato opposto, della «naturale» capacità di autodistruzione del meccanismo medesimo.

Nella prima parte dell'indagine si sottolineano i limiti reciproci di queste visioni contrapposte della concorrenza e si pone in evidenza la necessità di approfondire il profilo dinamico del processo che garantisce la concorrenzialità e l'apertura del mercato. Tale profilo emerge del resto dalle teorie economiche che, in polemica con l'impostazione classica, hanno contribuito al superamento della staticità del modello concorrenziale puro o perfetto: il ruolo dinamico della concorrenza e la sua capacità di assumere forme e dimensioni diverse si fondano sull'idea della concorrenza come strumento privilegiato nella ricerca di un ordine economico e sociale che non è predefinito nè conoscibile a priori. In tal modo, all'automatismo della concorrenza si viene a sostituire l'imperfetta conoscenza della realtà economica e quindi la capacità della concorrenza di assecondare la ricerca di un equilibrio che si forma all'interno del mercato e che non può essere conosciuto a priori o magari imposto da un intervento diretto ed esterno.

I riflessi di questa ricostruzione della nozione di concorrenza sono considerevoli non solo per la teoria economica moderna, ma anche per la traduzione in termini giuridici del mantenimento del mercato concorrenziale e quindi per l'interpretazione del valore di una legislazione *antitrust*.

Gli spunti che emergono da questa prospettiva di approfondimento delle nozioni di mercato e di concorrenza vengono utilizzati nella seconda parte della ricerca dedicata al rapporto fra il valore della concorrenzialità del mercato e l'impianto costituzionale ed all'analisi degli strumenti con i quali questo obiettivo viene perseguito dalle istituzioni comunitarie, in particolare nello svolgimento della politica di concorrenza.

Per quanto riguarda il rapporto fra l'interesse al mantenimento della concorrenzialità del mercato ed i principi costituzionali, l'analisi non

poteva che muovere dalle interpretazioni dell'art. 41 Cost. e dal valore che al suo interno è stato attribuito al contenuto di libertà proclamato nel primo comma⁷. I puntelli che delimitano la ricostruzione degli schemi interpretativi sono rappresentati dai valori fondamentali del personalismo, del principio di eguaglianza e dai valori sociali espressi dall'art. 4 Cost..

La tendenza a leggere il contenuto della libertà economica muovendo dalla prospettiva del valore sociale del lavoro e dal progetto di trasformazione economica, oltreché sociale e politica, tracciato dal secondo comma dell'art. 3 Cost. è legata alla logica del «bilanciamento ineguale» fra diritti economici e valori sociali fondata sull'assunto della non appartenenza del diritto di libertà garantito dall'art. 41 al nucleo dei diritti fondamentali della persona. L'analisi critica di questa impostazione viene svolta assumendo il dato offerto dalle soluzioni adottate dalla Corte costituzionale nelle operazioni di bilanciamento fra interessi costituzionalmente rilevanti. L'approccio interpretativo alla teoria dei valori offerto dall'analisi del metodo del bilanciamento utilizzato dai giudici costituzionali fornisce lo spunto per valutare luci ed ombre della costruzione del rapporto fra interessi economici ed interessi di natura sociale fondata sulla separazione fra diritti assolutamente fondamentali e diritti che non parteciperebbero di tale natura.

L'assunzione del rango derivato, se non addirittura strumentale, della libertà economica nel quadro dei diritti fondamentali della persona non solo ha «orientato» le interpretazioni dell'art. 41 Cost., ma ha

⁷ La centralità di questo profilo in un'indagine che si sforzi di individuare le connessioni fra garanzie individuali e sistema economico nelle sue oggettive strutture è confermato da ultimo dall'interpretazione di A. PIZZORUSSO, *La Costituzione. I valori da conservare, le regole da cambiare*, Torino, 1995, 90, che nel descrivere il rapporto fra politica ed economia sottolinea come, fermo restando il principio del primato della prima, una corretta impostazione del problema imporrebbe che «i vincoli imposti per ragioni di ordine politico all'attività economica debbano essere quanto più è possibile contenuti, non dovendosi comprimere la generale libertà d'iniziativa economica privata (che costituisce anch'essa un diritto fondamentale di libertà dell'individuo, normalmente riconosciuto nelle Costituzioni democratiche) se non sulla base di precise giustificazioni». Sulle difficoltà opposte da parte della dottrina costituzionalistica alla interpretazione della libertà economica in termini di diritto fondamentale, v. Parte II, Cap. I.

anche condizionato l'analisi teorica del passaggio dall'iniziativa economica alla libertà di concorrenza.

La dottrina costituzionalistica ha infatti avanzato forti perplessità tanto sulla possibilità di configurare il contenuto della libertà di concorrenza dal punto di vista soggettivo, che sulla possibilità di identificare la *ratio* della legge *antitrust* nella difesa delle oggettive strutture del mercato⁸.

Nel quadro della vigente legislazione *antitrust*, sia generale che speciale, è difficile aderire all'impostazione teorica che nega qualsiasi rilievo costituzionale alla libertà di concorrenza; è evidente infatti che assumendo tale posizione radicale si dovrebbe porre in discussione la stessa legittimità costituzionale della legge n. 287 del 1990 che riconduce espressamente l'approvazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato all'*attuazione dell'art. 41 della Costituzione, a garanzia del diritto di iniziativa economica privata* (art. 1, comma 1).

In una posizione diversa si collocano poi le interpretazioni che conducono la tutela della concorrenza alla garanzia costituzionale del diritto di iniziativa economica privata e quindi alla garanzia dei diritti della persona: vedremo, tuttavia, come l'interpretazione della concorrenza in chiave soggettiva, volta cioè a comprendere unicamente la situazione soggettiva del privato all'interno delle relazioni che si svolgono sul mercato, lasci in ombra il pluralismo delle forme concorrenziali e quindi il carattere dinamico della concorrenza nella definizione dell'oggettiva struttura del mercato, carattere che invece giustifica l'analisi delle nozioni svolta nella prima parte della ricerca.

L'abbandono della prospettiva statica e predefinita del rapporto fra valori nell'interpretazione del dato costituzionale sembra in realtà fornire la spiegazione e lo svolgimento più coerente del significato della difesa del processo concorrenziale esaminata nella prima parte della ricerca. Il carattere dinamico della garanzia della concorrenzialità del

⁸ Il dibattito sviluppato in ambito costituzionalistico dai contributi degli anni Settanta di A. BALDASSARRE e di quelli più recenti di A. PACE e di R. NIRO, intorno alla configurabilità della libertà di concorrenza in chiave soggettivistica, come proiezione cioè della libertà economica garantita ai singoli dall'art. 41 della Costituzione, ed alla ammissibilità di una difesa del mercato in senso oggettivo enucleabile dall'interpretazione della disposizione costituzionale suddetta, verrà esaminato nella Parte II, Cap. II.

mercato arricchisce la prospettiva della garanzia costituzionale fornita ai singoli dall'art. 41 Cost. secondo una logica in cui il valore della concorrenza è tale nella misura in cui la sua permanenza nel sistema garantisce il riprodursi della ricerca dell'equilibrio fra interessi che si sviluppa all'interno di un sistema di mercato.

In altri termini, la dinamica concorrenziale e la mobilità della composizione fra interessi costituzionali rappresentano i veri punti nodali di questa indagine sul rilievo pubblicistico dell'*antitrust*.

Alla logica ed alle tecniche del bilanciamento si ricollega l'analisi dei legami fra la nascente cultura del mercato ed i principi elaborati in ambito comunitario. La ricostruzione dei principi ai quali si ispira la Costituzione economica comunitaria si rende necessaria in virtù dell'esplicita previsione nella legge *antitrust* di un principio che vincola l'interpretazione del diritto *antitrust* italiano ai parametri elaborati dalle istituzioni comunitarie (art.1, comma 4). La verifica del ruolo della concorrenza e del mercato per l'integrazione comunitaria si rende del resto quantomai opportuna soprattutto in seguito alle polemiche suscitate dall'adesione al Trattato di Maastricht, polemiche in larga misura legate alla introduzione del principio-obiettivo dell'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza. L'art. 3 A del Trattato sull'Unione Europea eleva infatti la concorrenza ad obiettivo non solo dell'azione comunitaria, ma anche dei singoli Stati membri. Rispetto alla indiscutibile forza di questa affermazione di principio la dottrina costituzionalistica ha opposto dubbi e perplessità proprio in ordine alla compatibilità del sistema costituzionale dei rapporti fra economia e valori sociali con il disegno prefigurato dal processo di completamento dell'integrazione comunitaria⁹.

In realtà, l'interpretazione comunitaria delle nozioni di mercato e di concorrenza si inserisce in un quadro assai più complesso di quello che viene generalmente sintetizzato nel giudizio secondo cui la tutela della concorrenza in ambito comunitario sarebbe unilateralmente subordinata alle esigenze dell'integrazione nel mercato e come tale radicalmente inconciliabile con la vocazione sociale della nostra Costituzione economica.

⁹ Il problema è al centro della puntuale ricostruzione della giurisprudenza nazionale e comunitaria sulla difesa dei diritti fondamentali svolta da M. CARTABIA, *Principi fondamentali e integrazione europea*, Milano, 1995.

Non v'è alcun dubbio che i valori del mercato siano alla base dell'impianto comunitario: è la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha del resto elaborato dalle regole del mercato i principi fondamentali ai quali si ispirano gli organi comunitari.

Vale la pena di ricordare, però, che fra quei principi troviamo, oltre alla libertà economica, anche l'eguaglianza e la non discriminazione nonché il valore della socialità. Per quanto riguarda poi il principio fondamentale della libera concorrenza è evidente come l'art. 3 A abbia elevato la sua protezione ad un vero e proprio obiettivo che condizionerà le scelte comunitarie in materia di politica economica e monetaria: tale affermazione va tuttavia posta in relazione con la logica ed i principi che ispirano le diverse politiche della Comunità.

Nel momento in cui si inserisce il rapporto fra tutela della concorrenza e l'integrazione nel mercato all'interno delle scelte concrete fra le politiche comunitarie si deve precisare che la strumentalità della politica di concorrenza e le deroghe che la stessa subisce ad opera di interventi discrezionali della Commissione vanno interpretate alla luce del principio di neutralità del Trattato ed in stretta connessione con la logica del ragionevole bilanciamento fra i diversi obiettivi della Comunità.

Il versante dell'interpretazione costituzionale e quello della Costituzione economica comunitaria rappresentano a loro volta la necessaria premessa per esaminare, nella terza parte del lavoro, i profili funzionali ed organizzativi dell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. L'interpretazione del principio contenuto nell'art. 1 della legge istitutiva, secondo cui l'applicazione dei divieti si svolge in attuazione dell'art. 41 della Costituzione ed alla luce dei principi comunitari in materia di concorrenza, introduce infatti l'ultima parte dell'indagine: l'approfondimento degli aspetti teorici di una cultura del mercato, sostenuto dall'analisi degli orientamenti che emergono dalla giurisprudenza dell'Autorità, fornisce l'occasione per passare dall'analisi delle prospettive teoriche del valore della concorrenzialità del mercato all'esame dei riflessi istituzionali che l'introduzione di questa logica comporta.

Sotto il profilo istituzionale il processo dinamico attivato dalla tutela della concorrenza impone una prima riflessione sul rapporto fra la tecnica decisoria utilizzata nell'applicazione dei divieti posti dalla legge ed il ruolo che in quell'ambito l'Autorità potrebbe ricoprire: dalla analisi

delle motivazioni delle decisioni adottate nell'ambito dei diversi procedimenti in materia di *antitrust* è possibile enucleare una nozione di controllo che sfugge alle connotazioni tradizionali dei controlli amministrativi in quanto coinvolge alcuni aspetti propri della funzione giurisdizionale.

Muovendo dalla «atipicità» delle funzioni *antitrust* rispetto al fenomeno più ampio della «regolazione mediante autorità indipendenti» è possibile giungere a sintetizzare, all'interno delle applicazioni dei divieti in materia di intese e di abuso di posizione dominante nonché in materia di pubblicità ingannevole, una funzione di controllo-regolazione assai più prossima alla categoria delle funzioni pubbliche neutrali, di quelle funzioni che partecipano, cioè, di taluni caratteri propri della funzione giurisdizionale.

Tale logica «giudiziale» di applicazione della legge non viene meno neppure nelle valutazioni sul rilascio di autorizzazioni in deroga alle intese vietate (art. 4, l. n. 287 del 1990): l'inserimento di interessi di natura sociale, quali il sostanziale beneficio dei consumatori, all'interno della logica *antitrust* non si traduce nella ponderazione discrezionale fra interessi economici ed interessi sociali e tantomeno nell'automatica «funzionalizzazione» dei primi in nome di questi ultimi. L'interesse al mantenimento della concorrenzialità del mercato condiziona quindi anche le decisioni in materia di autorizzazioni in deroga: la dinamica della concorrenza si ricollega in tal modo alla logica dell'apertura e della mobilità che caratterizza il bilanciamento fra interessi costituzionali svolto dalla Corte.

Dal lato dell'organizzazione, le conseguenze di tale ipotesi ricostruttiva coinvolgono sia la possibilità interpretativa di una valorizzazione del ruolo dell'Autorità di garante imparziale delle regole del mercato concorrenziale, sia l'ipotesi di una sua collocazione nel quadro dei poteri dello Stato.

L'aver sottolineato la posizione di terzietà dell'Autorità porta inevitabilmente verso la reinterpretazione del parametro dell'imparzialità amministrativa: nell'ambito delle competenze che più si avvicinano al modello delle funzioni pubbliche neutrali l'imparzialità si allontana definitivamente dalla logica della ponderazione fra interessi di natura diversa per guidare piuttosto l'applicazione delle regole *antitrust* ai fatti accertati nel corso dell'istruttoria. Tale elemento della funzione coinvolge del resto anche i controlli sulle concentrazioni: nonostante che

per questi ultimi la funzione di regolazione di un assetto «futuro» del mercato finisca per ampliare il margine delle valutazioni discrezionali, non sembra comunque possibile interpretare quella funzione secondo la logica della determinazione autoritativa e quindi della conformazione della struttura di un determinato mercato.

Dalla non conoscibilità dell'obiettivo della concorrenzialità del mercato deriverebbe dunque la necessità di definire i reali contorni della funzione svolta dall'Autorità e, più in generale, l'opportunità teorica di ragionare sul confine fra l'imparzialità dell'amministrazione ed il carattere giudiziale dell'accertamento dei fatti.

A queste peculiarità di carattere funzionale corrispondono una serie di perplessità derivanti dalla difficoltà di ricondurre con certezza l'intervento *antitrust* al modello dell'amministrazione, sia essa giustiziale o partecipata¹⁰. Nella logica della valorizzazione della complessità delle funzioni *antitrust* ricondotte entro la formula organizzativa dell'autorità indipendente si colloca l'analisi delle possibilità interpretative di configurare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato come soggetto istituzionale legittimato ad essere parte di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato.

Un primo ostacolo teorico alla estensione dello strumento del conflitto all'Autorità *antitrust* potrebbe derivare dalla assenza della definizione delle attribuzioni da parte della Costituzione o di fonte ad essa equiparata. In assenza di un parametro costituzionale di riferimento per la definizione delle attribuzioni, la posizione istituzionale di indipendenza riservata dalla legge istitutiva al Garante per la radiodiffusione e l'editoria è apparsa alla Corte del tutto insufficiente ad identificare in tale autorità un potere dello Stato¹¹.

In realtà, il collegamento fra le competenze e l'autonomia garantita dal legislatore ad un'autorità indipendente ed il parametro costituzionale in grado di legittimare le funzioni ad essa attribuite poteva essere individuato dalla Corte attraverso il legame, peraltro evidente, fra quelle attribuzioni legislative ed il pregio costituzionale degli interessi a garanzia dei quali quell'autorità è stata istituita. Qualora la Corte si

¹⁰ Sulla distinzione v. A. PAINO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-A. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 107 ss., 123.

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. 2 giugno 1995, n. 226, in *Giur. cost.*, 1995, 1658 ss..

fosse preoccupata di approfondire tale passaggio non avrebbe avuto alcun dubbio sul rango costituzionale del conflitto sollevato nei confronti del Garante: le funzioni ad esso riservate dal legislatore sono funzioni regolatorie di interessi aventi un immediato e diretto referente nel valore del pluralismo dell'informazione riconducibile all'art. 21 della Costituzione.

Il passaggio logico proposto potrebbe essere esteso alla posizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'indagine svolta dovrebbe d'altro canto fornire argomenti sufficienti a sostenere l'idea che l'operato dell'Autorità *antitrust* trova un immediato referente nella garanzia dell'iniziativa economica privata e quindi nella tutela del nucleo di libertà che l'art. 41 contiene. Le caratteristiche strutturali e funzionali dell'indipendenza di cui l'Autorità in questione è dotata e cioè la posizione di terzietà e la neutralità che contraddistinguono le forme del suo intervento rendono quantomai evidente la necessità che questo modello di indipendenza, da intendersi in primo luogo come indipendenza dall'esecutivo-governo, trovi adeguate forme di garanzia anche attraverso lo strumento del conflitto.

Le caratteristiche dell'indipendenza di cui l'Autorità è dotata aprono un ulteriore problema rispetto alla dinamica ed all'assetto tradizionale del potere esecutivo: il punto sul quale la dottrina pubblicistica appare divisa è infatti quello della configurabilità all'interno dell'esecutivo-amministrazione di autorità dotate di funzioni di regolazione amministrativa svolte in condizioni di indipendenza e quindi al di fuori della responsabilità dell'esecutivo-governo.

La possibilità di configurare all'interno dell'amministrazione organismi dotati di una particolare indipendenza legata alla peculiarità delle funzioni di regolazione di interessi aventi rilievo costituzionale è in realtà perfettamente in linea con la logica del pluralismo che coinvolge non solo la mobilità e l'apertura della ponderazione degli interessi, ma anche l'impossibilità di predefinire in astratto gli equilibri interni ai poteri e quelli fra i poteri medesimi: in nome di questo pluralismo sarebbe incoerente non riconoscere all'interno di questi equilibri, costantemente in via di ridefinizione, l'emersione di nuove

forme di organizzazione di interessi aventi il loro referente, più o meno diretto, nei valori di libertà garantiti dalla Costituzione ¹².

PARTE I

LE NOZIONI DI MERCATO E DI CONCORRENZA

¹² Sul rapporto fra la logica aperta del bilanciamento fra gli interessi costituzionali e l'apertura degli esiti dei *checks and balances*, rapporto che si traduce nell'impossibilità di definire l'area soggettiva ed oggettiva dei conflitti fra poteri, cfr. R. BIN, *L'ultima fortezza, Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, 127, ma, *passim*. Sulla contiguità delle amministrazioni indipendenti con una serie di interessi di sicuro rango costituzionale v., da ultimo, M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, che formula un'ipotesi ricostruttiva volta ad attribuire alle medesime il ruolo di parti nei conflitti di attribuzione nella veste di poteri dello Stato-Comunità. Esclude tale interpretazione, quantomeno per il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, G.M. SALERNO, *I profili soggettivi nei conflitti di attribuzione relativi alla par condicio*, in F. MODUGNO, *Par condicio e Costituzione*, Milano 1997, 18 ss.; il collegamento del Garante allo Stato-comunità provocherebbe un'artificiosa separazione dello stesso rispetto allo Stato-apparato, al quale invece appartiene (ivi, 44).

CAPITOLO I

IL RILIEVO PUBBLICISTICO DEL MERCATO E DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. I problemi teorici legati alla definizione in termini giuridici della nozione di mercato. – 2. I limiti della difesa del mercato fondata sull'equazione fra mercato e libertà. – 2.1. Concorrenza ed eguaglianza nella teoria economica di A. Smith: il monopolio come fonte di discriminazioni. – 2.2. L'ingiustizia del monopolio come minaccia per la libertà politica. – 2.3. Libertà di concorrenza ed eguaglianza nell'interpretazione di F.A. von Hayek: la concorrenza come strumento ideale per la ricerca della conoscenza nell'ordine spontaneo del mercato. – 2.4. L'indagine sulle tipologie di intervento pubblico compatibili con l'ordine di mercato fondato sulla concorrenza. – 2.5. La dinamica concorrenziale come strumento di conoscenza in grado di assecondare l'apertura della struttura sociale. – 2.6. La garanzia del mantenimento della concorrenzialità del mercato ricondotta alla generalità ed astrattezza dell'intervento normativo ed alla uniforme applicazione giudiziale delle regole. – 3. L'ordine economico fondato sulla concorrenza e l'organizzazione politica: dall'ordine spontaneo alla necessità del contratto sociale. – 3.1. L'apertura dell'ordine di mercato e l'esigenza di un «*constitutional framework*». – 4. La negazione del mercato: i limiti della qualificazione del mercato come luogo della distruzione dei rapporti sociali. – 4.1. L'opposizione dell'analisi marxista alla teoria economica di A. Smith. – 5. L'inutilità dell'alternativa distruzione-sopravvivenza del mercato. – 6. Il mercato come «fatto culturale».

1. *I problemi teorici legati alla definizione in termini giuridici della nozione di mercato*

Il problema della definizione della nozione di mercato è stato in passato affrontato dalla dottrina commercialistica che ha identificato il mercato nella sommatoria delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo alla pluralità degli operatori economici: si è giunti così ad una qualificazione in termini giuridici del mercato, ma non all'individuazione degli elementi che ne definiscono il contenuto e la funzione.

La qualificazione giuridica del mercato è stata infatti quella di «situazione giuridica generale giuridicamente garantita e protetta»: il carattere sostanziale della definizione in esame deriverebbe dal

fatto che la stessa situazione condiziona una serie di rapporti giuridici di scambio che qualificano un certo tipo di economia¹.

I limiti di questa definizione derivano in primo luogo dal metodo adottato, ovvero dalla scelta di muovere dagli enunciati normativi per giungere ad una formula omnicomprensiva che, proprio per la pretesa di essere generale ed astratta, finisce per risultare eccessivamente indistinta e generica.

La qualificazione del mercato fondata sull'analisi del diritto positivo ed espressa in termini di situazione giuridica protetta dall'ordinamento può al massimo avere una funzione descrittiva: ogni situazione o rapporto che si traduce in norma è per definizione situazione giuridica protetta e garantita dall'ordinamento. Ai fini della nostra indagine occorre invece verificare la natura del rapporto, o meglio dei rapporti, di scambio che sono resi possibili dal fatto che l'ordinamento positivo riconosce e garantisce la situazione economica di mercato.

La genericità dell'identificazione del mercato in una «situazione giuridica generale» non vale pertanto a definire concretamente gli elementi la cui presenza è necessaria affinché la stessa sia oggetto di tutela e di garanzie da parte dell'ordinamento giuridico.

Il chiarimento di questo aspetto dell'indagine si rende quanto mai opportuno nello stato attuale della normativa dal momento che una legge dello Stato ha introdotto una serie di disposizioni poste a tutela del mercato e della concorrenza. Occorre in altri termini considerare che se in passato si poteva affermare che il diritto positivo utilizzasse la nozione di mercato omettendo di definirlo e di individuarne gli elementi che lo compongono², con l'adozione della legge nazionale *anti-trust* sono stati introdotti nel nostro ordinamento specifici strumenti normativi e procedurali attraverso i quali è possibile sindacare la presenza dei requisiti e delle condizioni che identificano il funzionamento del mercato e ne garantiscono il mantenimento.

¹ Così R. FRANCESCHELLI, *Il mercato in senso giuridico*, in *Giur. comm.*, 1979, 513. Per una rassegna delle disposizioni codicistiche relative alle nozioni di mercato e di libera concorrenza si veda L. MEZZETTI, *Costituzione economica e libertà di concorrenza in Italia* in ID., (a cura di), *Costituzione economica e libertà di concorrenza. Modelli europei a confronto*, Torino, 1994, 195 ss.

² È la premessa della ricostruzione operata da R. FRANCESCHELLI, op. cit., 501.

Le recenti indagini sulle radici costituzionali della legislazione *anti-trust* muovono però dalla affermazione della polisemia del termine mercato: la pluralità dei significati che la dottrina sociologica ha ricondotto al termine in questione³ viene assunta come dato incontestabile e non superabile della sostanziale non conoscibilità della nozione, da cui deriverebbe l'assoluta preclusione per qualsiasi indagine sul mercato in senso oggettivo⁴.

All'interno della pluralità dei significati del termine è invece necessario individuare le ragioni della complessità: attraverso l'analisi del fondamento di alcuni significati è possibile ricostruire un quadro teorico di base che rappresenta poi il nucleo essenziale ed ineliminabile di un'accezione che sia sufficientemente significativa.

La pluralità delle nozioni di mercato, da cui la dottrina pubblicistica deduce la conclusione che il mercato è solo una formula di sintesi, si articola in quattro diverse prospettive di analisi: la prima è quella che assume lo spazio come parametro di riferimento, due si riferiscono alla capacità di generare integrazione sociale, mentre una quarta attiene alle ricostruzioni ideologiche della funzione e del ruolo svolto dal sistema di mercato.

All'interno di ciascuna prospettiva vi sono letture di segno esattamente opposto, volte cioè a riconoscere o piuttosto a negare l'elemento della spazialità, ovvero la capacità dello scambio di mercato di creare integrazione sociale, nonché di garantire la libertà o, sul versante ideologico opposto, di favorire la distruzione dell'organizzazione economica che sul mercato si fonda.

È evidente come tali elementi siano stati individuati ricorrendo a parametri che solo in parte appartengono ai tradizionali strumenti dell'analisi giuridica e politologica: mentre infatti risulta più immediata la dicotomia evidenziata fra le opposte letture del sistema economico di mercato come luogo della libertà ovvero come strumento di sopraffa-

³ Cfr. l'ampia ricostruzione di M.R. FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato* 1992, 291 ss.

⁴ Così R. NIRO, *Profili costituzionali dell'antitrust*, Padova, 1994, passim; in termini analoghi, G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993, 246, nota 12, ove si afferma che il mercato non è nozione o concetto in senso proprio, ma piuttosto sintesi verbale e che la pluralità dei suoi significati è tale che esso ha bisogno di aggettivi qualificativi per essere usato con rigore.

zione e di sovvertimento delle regole e della morale sociale, non altrettanto può dirsi per le categorie dell'integrazione sociale o dell'istituzione sociale⁵.

Occorre però fin da ora sottolineare come proprio dalle indagini sul rapporto fra il mercato e le diverse forme di integrazione sociale emergano elementi di valutazione indispensabili al fine di circoscrivere un'idea del mercato che abbia un contenuto giuridicamente rilevante, che possa cioè essere percepita alla luce dei principi del diritto positivo. È altresì opportuno premettere che questo tentativo di tradurre in termini giuridici le categorie dell'indagine sociologica appare tanto più interessante quanto più ci si allontana dalla prospettiva fondata sull'approccio ideologico.

L'obiettivo della nostra indagine è infatti quello di muovere proprio dalle categorie del pensiero politico, coglierne le contraddizioni ed evidenziarne i limiti intrinseci: rispetto all'affermazione pura e semplice della complessità della nozione assai più costruttiva dovrebbe essere la comprensione della categoria dell'integrazione sociale e soprattutto la valutazione dei principi in base ai quali è stato riconosciuto o negato al mercato il ruolo di fattore di organizzazione delle relazioni sociali⁶.

Proprio sulla base dei rilievi critici mossi dalla dottrina che ha affrontato il tema sulla base delle regole che presiedono alla formazione di un'istituzione sociale sarà possibile individuare alcuni principi fondamentali e chiarire i termini con i quali è stato posto il rapporto fra le regole del mercato e le regole dell'agire sociale. Ciò che infatti rileva ai fini della presente ricerca è soprattutto comprendere qual è il punto di rottura fra i meccanismi dell'agire economico e quelli dell'agire sociale al fine di superare l'ormai sterile contrapposizione, tipica dell'approccio ideologico, fra la creazione positiva dei rapporti fra singoli da parte delle regole del mercato e la capacità distruttiva dello stesso rispetto ai rapporti ed all'etica sociale.

⁵ M.R. FERRARESE, *Immagini*, cit., passim.

⁶ Nella ricostruzione di M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, 11, la presenza delle contraddizioni rilevabili all'interno di ciascuna accezione del termine mercato rende problematica la possibilità di un approccio sostanzialistico, ma non impedisce di considerare il mercato come «la trama per organizzare l'analisi dei comportamenti economici e dei loro caratteri paradossali».

Una volta superata la logica della contrapposizione, si potrà osservare come dall'analisi economica e sociologica emergano taluni spunti di riflessione in ordine alla qualificazione in termini giuridici del mercato inteso come forma di integrazione sociale ovvero sia come fatto culturale, inserito cioè nella dinamica delle relazioni sociali.

È interessante porre in relazione le categorie che verranno sintetizzate nel corso di questo primo capitolo con le interpretazioni dei principi costituzionali in materia economica che esamineremo più avanti. La tradizionale chiave interpretativa della dimensione della libertà tende a sganciare la libertà di concorrenza, intesa come libertà del singolo all'interno di una struttura economica, dalla prospettiva del mercato: ciò è ovviamente legato ad un clima storico e culturale in cui si inseriscono le analisi degli anni sessanta e settanta, anni in cui i problemi del controllo sulla produzione economica privata e l'esigenza di adottare una legislazione antimonopolistica apparivano meno immediati rispetto all'obiettivo della programmazione e del controllo dirigitico dell'economia.

Con l'adozione della legge nazionale *antitrust* in attuazione dell'art. 41 della Costituzione il nostro sistema accetta la rilevanza pubblica delle regole del mercato: occorre chiedersi se sia opportuno continuare ad utilizzare il parametro interpretativo della libertà individuale o se non sia piuttosto più proficuo utilizzare i tentativi definitori della sociologia giuridica e magari anche alcune categorie della teoria economica al fine di ricondurre il tema della concorrenza all'interno dell'organizzazione di mercato. Ripensare al mercato come fatto culturale, come fatto cioè legato all'organizzazione sociale e non certo ad essa sovrapposto o da essa totalmente separato, rappresenta un primo essenziale passo verso la comprensione delle sue regole, fra le quali vi è la concorrenza, nelle diverse forme e dimensioni che la stessa può assumere all'interno di un sistema normativo.

I nodi teorici che si tenterà di evidenziare all'interno della prima parte costituiscono la premessa necessaria per passare all'esame dei principi e dell'organizzazione costituzionale in cui si inserisce la legislazione *antitrust* italiana. In particolare, la nozione di mercato e le forme della concorrenza verranno poste a confronto con il dibattito dottrinale sulla garanzia della libertà economica, così come ad esse si farà riferimento nell'analisi del modello comunitario che tanta parte ha avuto nella maturazione dei tempi legislativi di approvazione della

legge nazionale *antitrust*. L'idea del mercato come meccanismo «culturale» in grado di interagire con la strutturazione dei rapporti sociali acquisterà inoltre una concreta fisionomia nell'ultima parte della ricerca dedicata all'analisi dei principi elaborati dalla prassi dell'Autorità ed al ruolo che nella decisione delle fattispecie potenzialmente lesive della concorrenza viene svolto dalla previa definizione del cd. «mercato rilevante».

2. I limiti della difesa del mercato fondata sull'equazione fra mercato e libertà

L'analisi sociologica ha posto in luce l'esistenza di visioni opposte del ruolo del mercato: la spaccatura fra i detrattori della logica di mercato ed i sostenitori acritici della medesima sembrerebbe riprodurre, ovviamente in forme e con argomenti diversi, l'eterna querelle fra le teorie economiche assolutamente fiduciose nelle virtù naturali del mercato e quelle che traducono la constatazione dei «fallimenti» del mercato nel fallimento totale delle scelte di mercato.

La collocazione dei detrattori all'interno della visione del mercato come luogo della conflittualità e della distruzione dei rapporti sociali è esattamente uguale e contraria alla posizione di chi, sul versante opposto, confida nella capacità naturale del mercato di sviluppare le relazioni sociali e di porsi a presidio della libertà dei singoli.

Per poter comprendere le obiezioni di fondo che a questa impostazione sono state mosse è opportuno individuare le radici storico-filosofiche della contrapposizione: è nella relazione, ovvero nella negazione di qualsiasi rapporto, fra mercato e libertà individuale che si fondano rispettivamente le due culture del mercato e del non-mercato.

Va premesso che il limite più evidente di tale contrapposizione, ovvero sia il limite che viene solitamente contestato, è nella tendenza da parte delle teorie «*market oriented*» all'assolutizzazione del collegamento fra mercato e libertà: da un'analisi più approfondita dei passaggi culturali fondamentali emerge però la complessità dei rapporti fra la libertà di mercato e le regole del mercato ed in particolare fra la regola della concorrenza e la garanzia dell'eguaglianza nei rapporti economici.

La prima tappa di questo percorso può essere rappresentata dalla

commistione fra le relazioni sociali e l'organizzazione di mercato nella ricostruzione dei rapporti fra economia e società di Max Weber.

Nell'analisi delle forme dell'agire sociale la comunità di mercato occuperebbe una posizione particolare poiché l'associazione mediante lo scambio sul mercato viene definita come «l'archetipo di ogni agire sociale razionale»⁷.

La razionalità della comunità di mercato deriverebbe in primo luogo dall'impersonalità delle relazioni sociali: lo scambio non si orienterebbe cioè in base all'agire della controparte, quanto piuttosto in base all'agire di tutti i potenziali interessati allo scambio. L'oggettività delle relazioni di mercato sembra pertanto essere legata all'interesse per il bene oggetto dello scambio.

Questo carattere viene contrapposto a tutte le altre forme dell'agire di comunità in cui dominano invece le relazioni di tipo personale o familiare.

L'impersonalità dei rapporti di mercato viene assunta quale garanzia non eliminabile della correttezza dello scambio: l'etica del mercato si fonda infatti sull'intangibilità della promessa, dell'oggetto della contrattazione. Questa intangibilità deriva a sua volta dalla reciproca consapevolezza del fatto che ciascuna parte ha interesse a mantenere il rapporto di scambio, interesse che determina la prevedibilità e la razionalità delle scelte di mercato.

In questo contesto la libertà di mercato, definita come la libertà del mercanteggiare e del concorrere, rappresenta un elemento fondamentale per la vitalità della comunità di mercato: la libera concorrenza permane fino a che non si formano posizioni di monopolio e quindi di controllo del mercato.

Essenziale per il mantenimento della comunità di mercato è la garanzia della «pace di mercato»: tale obiettivo sarebbe perseguito attraverso un ordinamento esterno alla comunità suddetta proveniente da poteri religiosi o da autorità politiche le quali possono introdurre limitazioni alla libertà di mercato, ovvero fissare le condizioni per il mantenimento della legalità di mercato. A tale ricostruzione è stata contestata l'assoluta fiducia nella impersonalità dei rapporti

⁷ Così M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1961, vol. I, 619.

di mercato, impersonalità dalla quale discenderebbe la prevedibilità e la razionalità delle scelte di mercato⁸.

Ciò che però interessa ai nostri fini non è tanto la valutazione della libertà e della intera comunità di mercato: più interessante è verificare come viene costruita la «libertà di mercato». Posto il principio che in un'economia di mercato la copertura del fabbisogno è orientata in base alla possibilità di scambio e che la comunità di mercato si fonda su un'associazione di scambio, la libertà di mercato rappresenterebbe il presupposto essenziale per la sopravvivenza di questa forma di organizzazione economica. La libertà di mercato viene definita come quella condizione caratterizzata dall'assenza di monopoli: il monopolio viene visto una delle forme di limitazione dello scambio di mercato, vuoi in virtù di rendite di posizione derivanti dall'appartenenza ad un determinato ceto (monopoli di ceto, monopoli derivanti dall'appartenenza ad un gruppo parentale), vuoi sulla base di accordi volontari ed economicamente razionali fondati sullo sfruttamento monopolistico della situazione di potere raggiunta all'interno del mercato⁹. L'assenza di

⁸ G. REBUFFA, *Organizzazione giuridica ed organizzazione economica: la funzione distributiva dei beni e le tecniche giuridiche*, in *Sociologia del diritto*, 1982, 10 ss., sostiene che l'idea di Weber del mercato come principio ordinatore di ogni agire sociale razionale può essere ricondotta all'impianto teorico degli economisti neoclassici, il cui limite principale sarebbe stato quello di pensare l'organizzazione di mercato indipendente rispetto alle trasformazioni giuridiche: sulla base di questo presupposto teorico si giungerebbe ad un'accettabile separazione fra la sfera delle relazioni economiche e quella delle regole giuridiche. In realtà, la più recente analisi sociologica dedicata ai rapporti fra regole giuridiche ed organizzazione di mercato tiene ben presenti i limiti dell'impianto teorico weberiano ed appare piuttosto interessata a comparare le funzioni allocative e distributive del mercato insieme a quelle del diritto, riuscendo a porre in evidenza i limiti di entrambe queste forme di regolazione sociale: v. in proposito le finalità dell'indagine svolta da M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, cit., parte terza.

⁹ La libertà di mercato definita in questi termini da M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, 102, costituisce a sua volta il presupposto del calcolo del capitale, ovvero della forma massima di razionalità dell'agire economico. È evidente che il calcolo di potere è legato alla disciplina di impresa ed all'appropriazione dei mezzi materiali di produzione, situazione che l'autore definisce come posizione di potere. Dalla garanzia della libertà di mercato deriva la possibilità che si attivi la lotta di concorrenza per lo smercio dei prodotti, elemento che invece è del tutto assente in un'economia pianificata in cui «ogni copertura del fabbisogno all'interno di un gruppo

posizioni monopolistiche favorirebbe il dispiegamento della competizione fondata sulla concorrenza e quindi sulla possibilità di un libero ed eguale scambio.

In realtà, il collegamento fra l'idea di libertà di mercato e l'assenza di monopoli è alla base della teoria economica di Adam Smith, il quale contrappone alla formazione del monopolio il libero dispiegarsi della libertà di concorrenza: il significato dell'antagonismo posto dal padre della scuola classica fra la nozione di concorrenza e quella di monopolio deve essere approfondito al fine di guardare oltre la prospettiva interpretativa secondo la quale attraverso la scuola classica ed il filtro della teoria di Weber si sarebbe affermato il valore del mercato inteso come unico principio ordinatore di qualsiasi azione razionale¹⁰.

2.1. *Concorrenza ed eguaglianza nella teoria economica di A. Smith: il monopolio come fonte di discriminazioni*

L'affermazione della razionalità delle scelte di mercato viene tradizionalmente ricondotta al profilo della libertà di mercato: sul versante opposto la negazione dell'autonomia e della razionalità dell'organizzazione di mercato si fonda sulla visione del mercato come fonte della distruzione dei rapporti sociali.

A questi schemi interpretativi è bene opporre una lettura più approfondita della teoria *smithiana* del mercato concorrenziale come strumento per la garanzia dell'eguaglianza nei rapporti economici. Di questa «rilettura» occorre porre in evidenza in primo luogo le radici culturali ed in secondo luogo le conseguenze sul piano teorico dei rapporti fra l'organizzazione di mercato e le regole della concorrenza.

Fra gli aspetti meno noti dell'impostazione economica classica vi è proprio il rapporto fra la concorrenza e l'eguaglianza nei rapporti economici privati. È stato infatti rilevato come alle radici dell'avversione di Adam Smith per la formazione dei monopoli e, più in generale, alla base del suo liberismo vi sia l'esaltazione della funzione dei tribunali

orientata sistematicamente in base ad ordinamenti materiali statuiti, sia mediante patenzione che mediante imposizione» (ivi, 103).

¹⁰ Così G. REBUFFA, *Il sistema delle relazioni economiche*, cit., 147.

che nell'età del mercantilismo hanno avuto il ruolo di contrastare le pretese del sovrano, da un lato, e di garantire, dall'altro, il rispetto delle regole di commercio fra le diverse corporazioni. In realtà, fin dal medioevo i tribunali avevano affermato il principio dell'incompatibilità del *common law* con qualsiasi forma di *restraint of trade*: fra i presupposti dell'etica del *common law* vi è dunque l'idea che le restrizioni imposte nei rapporti commerciali siano dannose perché in contrasto con il principio di eguaglianza che è al tempo stesso principio fondamentale per l'ordine politico così come per l'ordine economico. Nell'indipendenza dei giudici e nella formazione giurisprudenziale del *common law* vi sarebbe dunque la garanzia del rispetto dell'eguaglianza giuridica come di quella economica¹¹.

Esiste un collegamento fra le radici del *common law* ed il pensiero economico di A. Smith: all'interno delle strutture di tale sistema giuridico egli trovò infatti una dimensione di razionalità e di eticità che fu non soltanto il presupposto per la sua filosofia morale, ma anche per l'economia politica¹².

La teoria economica di A. Smith prende le mosse dalla discussione intorno ai limiti dei sistemi economici prefigurati dal mercantilismo e dalla scuola dei fisiocratici: al centro della sua analisi critica è proprio il secondo profilo sopra anticipato, ovvero il rapporto fra la libertà

¹¹ Così A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997, 195: nel sintetizzare i presupposti etici del *common law*, l'autore ricorda come alla base della moralità del diritto vi sia il principio dell'*alterum non ledere*, della giustizia intesa cioè in termini negativi che opera secondo criteri procedurali e privilegia quindi il ruolo del giudice considerato essenziale al fine di ristabilire l'eguaglianza in tutti i settori. Il collegamento fra la giustizia nell'ordine sociale e la giustizia nell'ordine economico sarebbe inoltre testimoniato dal fatto che, ad esempio, la *Magna Carta* è stata interpretata come il baluardo di tutte le libertà, ivi compresa la libertà commerciale. Nella letteratura tedesca A. MEYER-FAJE, *Markt und Sozial: kein Widerspruch. Über das Vermächtnis von Adam Smith*, in *Orientierung zur Wirtschaft - und Gesellschaftspolitik*, 24 (2/1985), 33 ss., sottolinea le connessioni fra l'etica, la politica e l'economia nel pensiero di A. Smith. Su posizioni analoghe è il saggio di H.F. WÜNSCH, *Die immanente Sozialorientierung in Adam Smiths Ordnungsdenken - ein Paradigma für die Soziale Marktwirtschaft*, in A. MEYER-FAJE - P. ULRICH (Hrsg.), *Der andere Adam Smith. Beiträge zur Neubestimmung von Ökonomie als Politischer Ökonomie*, Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart, 1991, 249-274.

¹² A. GIULIANI, *Giustizia*, cit., 194.

di concorrenza e la struttura del mercato. L'assetto di tale rapporto, contro il quale si appuntano i rilievi critici di A. Smith, è proprio quello in cui la concorrenza viene sacrificata in nome degli interessi monopolistici all'acquisizione ed al controllo di un mercato sempre più ampio.

Quando la formazione dei monopoli viene favorita dal potere centrale essa favorisce una deplorable commistione fra interessi economici ed interessi politici, commistione che generalmente favorisce la corruzione¹³.

L'eticità del mercato sarebbe pertanto garantita dal mantenimento al suo interno della libera concorrenza intesa come luogo dell'eguaglianza in contrapposizione al monopolio, espressione di un potere privato che si impone coercitivamente sulle libertà economiche della comunità di mercato.

L'immoralità delle restrizioni della concorrenza all'interno del mercato derivanti dalla formazione di rendite di monopolio costituirebbe una minaccia tanto per la libertà che per l'eguaglianza nei rapporti economici.

Il rifiuto della logica mercantilistica deriva proprio dal fatto che ad essa si devono forme di restrizioni sia nella politica delle importazioni che in quella delle esportazioni. Ad esempio, la riduzione delle importazioni da paesi stranieri di beni che potevano essere prodotti all'interno dello Stato avrebbe generato, secondo A. Smith, una situazione di sostanziale monopolio del mercato da parte dell'impresa interna che produceva quei beni, oltre ad aver imposto ai privati il modo in cui impiegare i capitali: i beni in questione avrebbero potuto, in assenza di una regolamentazione delle importazioni, essere acquistati all'estero a

¹³ A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, 1975, 824 ss., riconduce tale modello alla politica regolatrice di Colbert al quale rimproverava di aver fatto propri i principi del mercantilismo ed in particolare il protezionismo a vantaggio di determinate categorie di operatori economici: «invece di permetterè che ogni uomo perseguisse il suo proprio interesse a modo suo su un piano liberale di equità, libertà e giustizia, egli diede ad alcuni rami dell'industria straordinari privilegi, mentre impose ad altri altrettanto straordinarie restrizioni». Il protezionismo avrebbe infatti ampiamente favorito lo sviluppo dell'industria di città attraverso una politica restrittiva sull'importazione del grano dalla campagna, politica che avrebbe finito per scoraggiare e deprimere l'agricoltura del paese.

condizioni più vantaggiose ed a costi assai meno elevati di quelli imposti dal monopolio interno¹⁴.

Anche sul fronte opposto delle esportazioni i divieti o i dazi imposti dal sovrano avrebbero contribuito all'impoverimento della produzione e della sua qualità a tutto svantaggio dei consumatori: dalla regolamentazione delle esportazioni deriverebbe infatti un'ulteriore forma di sacrificio della libertà dei consumatori a cui corrisponde, dal lato dei produttori, un ingiustificato incremento del guadagno¹⁵.

Ancora in termini di diseguaglianza si pone la radicale critica alla teoria fisiocratica ed alla preferenza da essa accordata all'organizzazione dell'agricoltura: al centro della polemica è la gestione centralizzata e burocratica dell'organizzazione economica incarnata dal ministro Colbert, artefice di una politica di restrizioni nella commerciabilità dei beni prodotti dalla campagna, politica dalla quale sarebbe derivato l'arretramento dello sviluppo di tale settore economico a tutto vantaggio dell'industria¹⁶.

Il comune denominatore delle forme di economia politica criticate

¹⁴ A. SMITH, *La ricchezza*, cit., 584, dedica l'intero libro quarto all'analisi critica delle teorie mercantili fondate sulla massiccia presenza del potere pubblico attraverso la imposizione di limiti alle importazioni di beni che potrebbero essere prodotti all'interno (cap. II), derivanti dalle restrizioni straordinarie all'importazione di merci dai paesi con i quali la bilancia è sfavorevole (cap. III), dalla previsione di premi all'esportazione (cap. V), dalle forme di privilegio riservato dai trattati al commercio con determinati paesi esteri (cap. VI).

¹⁵ La critica di fondo che A. SMITH, *La ricchezza*, cit., 821, rivolge al mercantilismo è infatti proprio quella di essere un sistema creato per favorire esclusivamente le ragioni della classe dei produttori: all'interno di questa categoria gli artefici di tale costruzione sarebbero stati proprio i commercianti ed i manufattori ed in nome del loro interesse sarebbero state sacrificate non solo le ragioni dei consumatori, ma anche di altre categorie di produttori. Per un'accurata analisi della teoria mercantilistica v. *Mercantilism as a conception of society*, in E.F. HECKSCHER, *Mercantilism* (1935), rev. ed. by E. SODERLUND, London-New York, 1955, vol. II, 267 ss.

¹⁶ La descrizione tracciata da A. SMITH, *La ricchezza*, cit., 825, della figura di Colbert è quella di un uomo che «cercava di regolare l'industria ed il commercio di un grande paese sullo stesso modello dei dipartimenti di un ufficio pubblico»; anziché lasciare «che ogni uomo perseguisse il suo proprio interesse a modo suo su un piano liberale di equità, libertà e giustizia, egli diede ad alcuni rami dell'industria straordinari privilegi, mentre impose ad altri altrettanto straordinarie restrizioni».

dal padre del liberalismo è dunque rappresentato dalle commistioni fra potere economico e potere burocratico: all'interno di questi sistemi il monopolio diventa il naturale corollario, sia nei rapporti interni che nelle relazioni economiche esterne allo Stato, di una politica di restrizioni al commercio. L'eliminazione di questi sistemi di gestione burocratica dell'economia, qualificati come «sistemi preferenziali o limitativi», lascia spazio allo spontaneo corso del sistema fondato sulla libertà naturale¹⁷.

È nell'affermazione della libertà naturale che si fonda poi la famosa immagine della «mano invisibile»: è tuttavia opportuno aggiungere anche in questo caso alcune precisazioni in ordine al significato di questa formula poiché essa è ovviamente collegata al funzionamento del mercato concorrenziale. La spontaneità di questo ordine non è sinonimo di caos dal momento che la libertà naturale può essere goduta in un sistema di eguale giustizia e di rispetto delle leggi; alla base della libertà naturale vi è piuttosto l'idea di un ordine logico fondato su leggi economiche ed in particolare sulla libera concorrenza in presenza della quale l'insieme delle azioni individuali risulta coordinato in vista del bene comune¹⁸.

L'immagine della guerra di concorrenza governata dal meccanismo

¹⁷ In tal senso A. SMITH, *La ricchezza*, cit., 851; il sistema migliore è quello della libertà naturale in cui «ogni uomo, purché non violi le leggi della giustizia, viene lasciato perfettamente libero di perseguire il proprio interesse a suo modo e di mettere la sua attività ed il suo capitale in concorrenza con quelli di ogni altro uomo o categoria di uomini». Da questa premessa ha origine la tesi dei poteri limitati del sovrano, tesi che viene sviluppata nel libro V, in base alla quale il sovrano dovrebbe proprio nel rispetto della libertà naturale, provvedere a tre ordini di compiti. Il primo sarebbe quello di proteggere la società dalla violenza e dall'invasione di altre società indipendenti; il secondo riguarda la garanzia dalla violenza e dai soprusi degli altri membri della collettività, mentre l'ultimo attiene al mantenimento di opere pubbliche e di istituzioni pubbliche «che non potranno mai essere create e mantenute nell'interesse di un individuo o di un piccolo numero di individui, perché il profitto non potrebbe mai ripagarli del costo, benché spesso questo costo possa essere ripagato abbondantemente a una grande società» (ivi, 852).

¹⁸ In tal senso M. DOBB, *Introduzione a A. SMITH, Indagine sulla natura e sulle cause della ricchezza delle nazioni*, ISEDI, Milano, 1976, XV, che richiama l'interpretazione di J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, a cura di C. NAPOLEONI, Torino, Boringhieri, 1968, 106: secondo questa analisi del pensiero di A. Smith, l'idea della libertà naturale era per questi un canone di politica, nel senso che presupponeva

automatico ed impersonale della «mano invisibile»¹⁹ deve essere posto a confronto con l'idea *smithiana* della giustizia nei rapporti economici. La giustizia deriva in primo luogo dall'equa ponderazione degli interessi in gioco nelle relazioni economiche: è infatti a questo parametro che dovrebbe ispirarsi l'intervento del legislatore nell'introdurre nuovi monopoli o nell'estendere quelli già esistenti, sempreché la sua azione sia diretta «non dalle clamorose pressioni di interessi di parte, ma da una visione generale del bene pubblico»²⁰.

la rimozione di qualsiasi vincolo, ad eccezione di quelli derivanti dalla necessità della giustizia. Al tempo stesso l'azione delle libertà individuali non era vista come fonte di caos, ma piuttosto come un ordine logicamente determinato. D'altro canto, la fiducia di A. Smith nelle capacità dell'individuo derivava dalla semplice constatazione che, seppure questi si sforzi continuamente di perseguire il proprio profitto, «la ricerca del proprio vantaggio lo porta naturalmente, o piuttosto necessariamente, a preferire l'impiego più vantaggioso alla società»: in altri termini, la spinta verso il perseguimento dell'interesse individuale è una spinta all'impiego del capitale ed allo sviluppo dell'attività economica a tutto vantaggio della collettività. A questo proposito Smith ricorda che l'industria generale della società non può mai superare ciò che il capitale della società può impiegare: nella stessa misura in cui esiste un rapporto fra il capitale di un'impresa ed il numero dei lavoratori che ivi possono essere impiegati, così il numero di coloro che possono essere annualmente impiegati da tutti i membri di una grande società deve essere in un certo rapporto con l'intero capitale di quella società e non può mai superarlo. Da ciò deduce che «nessun regolamento commerciale può aumentare la quantità di industria di una società al di là di quanto il suo capitale può mantenere». Si ammette quindi la possibilità che l'intervento pubblico sia in grado di volgere una parte in una direzione diversa ma «non è affatto certo che questa direzione artificiale sia probabilmente la più vantaggiosa alla società di quella verso cui esso sarebbe spontaneamente andato» (*La ricchezza*, cit., 581).

¹⁹ Nella sintesi del pensiero economico della scuola di A. Smith tracciata da A. FANFANI, *Storia delle dottrine economiche*, in *Dizionario di economia politica*, a cura di C. NAPOLEONI, Milano, 1956, 1631, si sottolinea come l'immagine offerta dalla teoria economica degli smithiani sia quella di un «mondo popolato da egoisti la cui azione contrastante realizza l'ordine economico razionale e benefico previsto e voluto dalla natura» grazie «all'intervento «coordinatore e conciliatore di una «mano invisibile», la quale dagli attriti e dalla concorrenza ricava situazioni di equilibrio».

²⁰ Così A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, cit., 602: la creazione di monopoli, quale quello che proteggeva i manifattori inglesi, finisce per cristallizzare i rapporti economici rendendo pressoché impossibile il ripristino della concorrenza. Ciò dipende dal fatto che al monopolio è connessa l'acquisizione di una posizione di potere da parte delle classi protette in virtù della quale le stesse esercitano una forte pres-

2.2. L'ingiustizia del monopolio come minaccia per la libertà politica

Nell'interpretazione di A. Smith il carattere discriminatorio del monopolio si riflette anche sull'organizzazione della rappresentanza politica: il consolidamento di privilegi economici sarebbe tale da generare un generale disordine nella costituzione dello Stato. È questo il passaggio che ci spiega il rapporto fra le limitazioni della naturale libertà di commercio e la libertà politica: il monopolio come fonte delle disparità di trattamento all'interno del mercato è al tempo stesso un limite per l'organizzazione della rappresentanza politica che appare completamente soggiogata agli interessi particolari dei beneficiari del monopolio²¹.

L'antidemocraticità del monopolio è in definitiva una conseguenza della non eticità delle restrizioni al mercato concorrenziale fondato sull'idea della libertà naturale degli individui: dunque le regole della giustizia e dell'eguaglianza nei rapporti economici sono collegate alla possibilità dell'instaurazione di un corretto rapporto di rappresentanza democratica all'interno delle categorie sociali produttrici della ricchezza di un paese²².

sione sui membri del Parlamento rendendo pressoché impossibile che gli stessi adottino provvedimenti in contrasto con gli interessi dei monopolisti.

²¹ Muovendo sempre dall'esempio del monopolio dei manifatturieri, A. SMITH, op. cit., 601, ricorda che in virtù della posizione di forza acquisita sul mercato interno tale categoria è divenuta particolarmente potente presso il governo, fino ad intimidire lo stesso legislatore. Si sarebbe cioè creato in virtù del monopolio un meccanismo tale per cui il parlamentare che appoggiasse le proposte favorevoli ai monopolisti sa di riuscire in tal modo a garantirsi l'appoggio di una importantissima categoria di persone; se riesce al contrario ad ostacolarle si esporrebbe agli insulti, alle maldicenze ed al pericolo «proveniente dagli insolenti oltraggi di monopolisti furiosi e delusi».

²² L'importanza della libertà politica all'interno del sistema economico descritto da A. SMITH, op. cit., 515 ss., trova conferma nella sua aperta opposizione verso qualsiasi forma di schiavitù: l'esperienza storica dimostrerebbe infatti che la presenza della schiavitù rappresenta all'interno della società un freno per lo sviluppo economico. Lo schiavo è infatti persona che non potrà mai acquistare una proprietà e quindi non avrà mai alcuno stimolo a migliorare la qualità del suo lavoro e continuerà a lavorare affinché il prodotto della terra sia il minimo possibile oltre il suo mantenimento. Ben diverso è il giudizio che A. Smith riserva all'istituto della mezzadria: trat-

Questo percorso interpretativo della posizione di A. Smith consente di ampliare la prospettiva della «difesa» del mercato: non a caso si è voluto porre in evidenza il rapporto fra il tema della giustizia nell'ordine economico e le restrizioni del mercato concorrenziale riconducibili alla formazione delle posizioni di monopolio.

In realtà, vi sono alcuni rilievi all'interno di questa interpretazione che consentono di passare dalla teoria economica classica al contributo di Friederich A. von Hayek nell'ambito della scuola di Vienna.

2.3. Libertà di concorrenza ed eguaglianza nell'interpretazione di F.A. von Hayek: la concorrenza come strumento ideale per la ricerca della conoscenza nell'ordine spontaneo del mercato

Il primo elemento che legittima questo collegamento attiene al ruolo del sistema di *common law* nella costruzione della libertà di mercato: l'avversione storica di tali regole giuridiche nei confronti di qualsiasi forma di restrizione del commercio si è tradotta nell'attività imparziale dei giudici volta a ridurre i privilegi del sovrano. Il rapporto fra i principi della *common law* e l'affermazione della libertà di mercato passa dunque attraverso il canale dell'eguaglianza garantita dalla produzione giudiziale del diritto ed in particolare dalla posizione di imparzialità degli organi giudicanti.

Tale eguaglianza è, come abbiamo spiegato, alla base dell'eticità dei rapporti di mercato, eticità che implica l'aperta avversione del liberalismo *smithiano* nei confronti della regolamentazione autoritativa del commercio e quindi della inevitabile formazione di monopoli. Accanto alla razionalità del sistema di *common law* che appartiene anche alle radici culturali dell'idea di libertà elaborata dalla scuola di Vienna, occorre quindi considerare la prospettiva dell'assetto concorrenziale del mercato come uno dei luoghi di garanzia dell'eguaglianza che viene assunta come precondizione dell'eticità dei rapporti economici di mercato.

tasi infatti di affittuari che, in quanto uomini liberi, sono in grado di acquistare la terra ed avendo essi diritto ad una certa quota del prodotto del loro lavoro, saranno quantomai interessati a che tale prodotto sia il più elevato possibile.

La costruzione *smithiana* dei rapporti economici in termini di libertà di concorrenza come veicolo per l'affermazione dell'eguaglianza è stata posta a confronto con la concezione dei rapporti fra ordine economico ed ordine politico che caratterizza il liberalismo di Hayek ed, in particolare, il suo giudizio sulla pianificazione²³.

L'avversione sopra descritta per la formazione del monopolio è legata non solo al rapporto fra eguaglianza e concorrenza, ma si fonda anche sul passaggio fondamentale della concorrenza come forma razionale di garanzia della libertà naturale che spinge la società verso scelte in grado di garantire il mantenimento di quell'ordine spontaneo così lontano da qualsiasi forma di interventi esterni regolativi o dirigisti.

Il problema dell'ordine spontaneo è alla base della definizione della libertà individuale in termini di conoscenza sulla quale si fonda l'intera costruzione di Hayek: la contrapposizione fra lo sviluppo spontaneo dei rapporti sociali e l'idea di un ordine inteso come sistema preconstituito e deliberato dall'esterno costituisce il punto centrale della sua riflessione ed è al tempo stesso l'anello di congiunzione con l'idea *smithiana* della «grande scacchiera della società umana in cui ogni singolo pezzo ha un suo proprio principio di movimento, del tutto differente da quello che il potere legislativo può scegliere di imporgli»²⁴.

²³ P.G. MONATERI, *Conoscenza, mercato, pianificazione: a proposito di un libro di Friederick von Hayek*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 777, evidenzia il recupero da parte di Hayek del pensiero della Scuola scozzese sottolineando come nonostante ciò l'autore austriaco non possa essere accusato di mania per la *Mano Invisibile*. Secondo questa interpretazione, nella visione di Hayek il contratto e la proprietà non condurrebbero ad un risultato ottimo, ma semplicemente ad una società meno cieca di quella che si fonda sul comando e sul controllo centralizzato (ivi, 780).

²⁴ Il tema dell'ordine spontaneo è in realtà al centro del più famoso e citato lavoro di F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore Economici, 1994, 48 ss.; l'ordine viene qui definito come «uno stato di cose in cui una molteplicità di elementi di vario genere sono in relazione tale, gli uni rispetto agli altri, che si può imparare dalla conoscenza di qualche partizione spaziale o temporale dell'intero insieme, a formarsi aspettative corrette sulle altre parti di quell'insieme, o almeno, aspettative che hanno una buona possibilità di dimostrarsi corrette» (ivi, 49). Nel definire in questi termini il concetto di ordine e nel contrapporre la spontaneità della sua formazione alla imposizione dall'esterno di regole per la sua costruzione von Hayek sottolinea il vincolo quasi genetico di questa sua teoria con la teoria dei sistemi

Dall'impossibilità di una perfetta e totale conoscenza dello sviluppo per sua natura spontaneo e, come tale, non predeterminabile che caratterizza le relazioni umane deriverebbe infatti l'irrazionalità di qualsiasi forma di intervento volto a predeterminare l'andamento di quel processo, soprattutto quando tale disegno si identifica nella forma estrema di regolazione economica rappresentata dal piano. Una volta individuata la traccia sottile che collega le riflessioni del liberalismo smithiano a quelle del pensiero neoclassico, è opportuno spiegare in dettaglio i passaggi essenziali di questa costruzione.

Per ciò che riguarda i rapporti fra il sistema di *common law* e la costruzione dell'idea di libertà, la garanzia dell'uniforme applicazione della legge da parte dei giudici e la garanzia della salvaguardia della libertà individuale, sia in senso giuridico che in senso economico, vengono utilizzate da Hayek come punto di partenza per ribadire l'idea che l'applicazione delle regole della *common law* non potrebbe mai essere qualificata come forma di intervento dello Stato nei rapporti economici²⁵.

Ciò che allontana l'applicazione uniforme e generale della legge dalle forme di intervento dello Stato nei rapporti economici è in realtà il margine di discrezionalità a queste ultime connesso e quindi la possibilità di introdurre disparità di trattamento fra le diverse categorie di operatori.

In realtà, non si può affermare che il tema dell'intervento pubblico, ivi compreso l'intervento sull'ordine di mercato, venga a priori eluso: esso è invece l'immagine speculare della garanzia della libertà e si impone pertanto il problema dell'individuazione delle forme mediante le quali l'intervento possa legittimamente incidere sulla dimensione della libertà.

elaborata da A. SMITH nell'opera *The Theory of moral sentiments* (Londra, 1759), ed in particolare con la contrapposizione fra l'ordine spontaneo della *Grande società* ed il deliberato assetto degli elementi imposto dall'esterno.

²⁵ Così F.A. VON HAYEK, *La società libera*, Firenze, Vallecchi, 1960, 253 ss.: ad Adam Smith ed ai suoi immediati successori - suggerisce l'autore - l'applicazione di norme ordinarie della «common law» certamente non sarebbe apparsa come un intervento dello Stato; né essi avrebbero comunemente applicato questo termine all'adozione di quelle norme o all'approvazione di una nuova disciplina da parte del legislatore purché si proponesse di applicarla allo stesso modo a tutti per un periodo di tempo indefinito.

2.4. L'indagine sulle tipologie di intervento pubblico compatibili con l'ordine di mercato fondato sulla concorrenza

Non v'è alcun dubbio che la ricerca delle forme di intervento pubblico compatibili con l'ordine spontaneo di mercato appartenga alla cultura della scuola di Vienna, così come è chiara ed esplicita l'insoddisfazione di Hayek nei confronti del principio del *laissez-faire*. Il principio del non intervento viene infatti considerato assolutamente insufficiente a risolvere il problema dei limiti entro i quali la presenza dello Stato sia utile ovvero opportuna in un sistema fondato sulla libertà dell'ordine spontaneo²⁶.

L'elemento che rende accettabile forme di intervento pubblico è dato piuttosto dalla **generalità** della previsione normativa, generalità che rappresenta l'unica garanzia del rispetto del principio di **egualianza** e di **non discriminazione**. È solo a queste condizioni che si ammettono forme di regolazione dell'offerta di manodopera da parte dei sindacati o l'introduzione di meccanismi di redistribuzione del reddito. Proprio all'interno dei meccanismi di redistribuzione si comprende la differenza fra un tipo di intervento che asseconda e non stravolge l'ordine di mercato e le forme di intervento che al contrario introducono criteri autoritativi di redistribuzione. Appartengono al primo tipo i sussidi forniti a coloro che non sono in grado di mantenersi con il proprio guadagno all'interno di un sistema di mercato che funziona regolarmente; altro è invece attuare una giusta redistribu-

²⁶ Il problema è in realtà al centro della seconda parte dell'opera di F. VON HAYEK, *La società libera*, cit., 264 ss., in cui vengono esaminate le forme di intervento sul mercato del lavoro, le esigenze dello stato assistenziale nonché dell'istruzione e della ricerca. In linea di principio, l'autore esclude il parametro del *laissez faire* ed al tempo stesso nega anche il parametro della giustizia redistributiva la quale impone la presenza di un'autorità centrale che fissi i criteri della redistribuzione. È piuttosto il governo della legge a fornire le risposte generali alle esigenze di assestamento del processo di produzione della ricchezza e delle conoscenze tecniche rese possibili da un sistema di mercato libero. È evidente che il governo della legge gli appare come una condizione necessaria, ma non certo sufficiente per raggiungere quell'obiettivo: per questa ragione «il punto rilevante è che qualsiasi azione coercitiva dello Stato deve essere determinata senza ambiguità da una struttura giuridica permanente che permetta all'individuo di preparare i suoi progetti con una certa fiducia, e che riduca il più possibile l'incertezza umana» (ivi, 255).

zione in tutte le più importanti occupazioni. La prima forma rispetta la libertà di scelta e di svolgimento dell'occupazione, mentre la seconda tradisce un meccanismo autoritativo di scelta della quantità di reddito di cui ciascuno può concretamente disporre²⁷.

Dobbiamo quindi dedurre che nell'interpretazione di von Hayek la convivenza fra l'ordine spontaneo di mercato e gli interventi che dall'esterno mirano a correggere o comunque modificare tale equilibrio si fonda sulla necessità di «impedire rigorosamente qualsiasi coercizione eccetto che nell'applicazione di norme generali e astratte, uguali per tutti»²⁸.

È dunque possibile tracciare una linea di continuità fra la teoria dell'ordine spontaneo e la critica delle forme totalitarie di gestione dell'economia, a cominciare dalla pianificazione realizzata tanto dal comunismo che dalla cultura nazista: alla base dell'irrazionalità di questi sistemi non vi sono solo le ragioni di natura economica spiegate da von Mises e da von Hayek nel dibattito sulle possibilità economiche del socialismo, quanto una radicale diversità nella concezione delle scienze sociali e quindi della stessa società.

Il liberalismo, a differenza delle forme totalitarie di spiegazione del potere, non presumerebbe la perfetta conoscenza e neppure la completa conoscibilità delle dinamiche sociali: l'ordine spontaneo è, come abbiamo già ricordato, l'esatto opposto dell'ordine precostituito in un piano ed attuabile mediante un intervento coercitivo da parte dell'autorità statale.

L'imperfetta conoscibilità delle scienze sociali non è altro che un riflesso della società aperta: rispetto a questa realtà la garanzia del mantenimento di quell'ordine spontaneo è l'unico strumento che consenta di trarre il massimo vantaggio dalla limitatezza e dalla dispersione della

²⁷ Così F.A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., 341. Il principale timore manifestato dall'autore nei confronti dell'estensione dei costi dei meccanismi di sicurezza sociale derivava dalla possibilità che in futuro la società libera si sarebbe trovata a dover combattere contro l'inflazione, contro i poteri coercitivi dei sindacati ed a doversi difendere dal predominio dello Stato nell'educazione, da una burocrazia del servizio sociale con poteri arbitrari molto estesi.

²⁸ Secondo F.A. VON HAYEK, op. ult. cit., 321, questo sarebbe l'unico principio in grado di garantire il mantenimento di una società libera.

conoscenza umana²⁹. Dalla motivazione che accompagna la dimostrazione sui limiti dei sistemi fondati sulla pianificazione e sul dirigismo traspare questa contrapposizione fra una società aperta e tendenzialmente sconosciuta, in quanto legata ad un ordine naturale e spontaneo, e la filosofia della conoscenza esatta dei fini della società.

2.5. *La dinamica concorrenziale come strumento di conoscenza in grado di assecondare l'apertura della struttura sociale*

Nel quadro ora descritto la fiducia di Hayek nell'ordine di mercato deriva proprio dalla probabilità che questo sistema, in quanto fondato sulla dinamica della concorrenza, sia in grado di assecondare l'apertura della struttura sociale: non si afferma però l'assoluta e completa prevedibilità delle relazioni di mercato, ma piuttosto il fatto che tale sistema potrebbe essere «il solo modo in cui tantissime attività, basate su una conoscenza dispersa tra molti soggetti, possono essere integrate con successo in un singolo ordine»³⁰.

L'ordine di mercato non sarebbe infatti strumentale a nessun fine particolare: a differenza dei sistemi economici veri e propri esso non persegue il raggiungimento di determinati obiettivi poiché

²⁹ Secondo l'interpretazione di R. CUBEDDU, *Il liberalismo della scuola austriaca. Menger, Mises, Hayek*, Morano, Napoli-Milano, 1992, 377, si deve a von Hayek ed a von Mises l'analisi più profonda che avrebbe consentito di comprendere le ragioni dello smarrimento del liberalismo nel totalitarismo marxista e nazista e di superare i limiti della tradizione liberale ottocentesca. La distanza fra liberalismo e socialismo è in una diversa concezione della natura e dell'origine delle istituzioni sociali: mentre, infatti, il primo presuppone l'ordine sociale come un prodotto spontaneo e quindi ad un'organizzazione sociale aperta, il socialismo pensa ad un'organizzazione sociale tendente al raggiungimento del fine razionale o storico dell'esistenza umana che si presume noto e conosciuto. Per un'indagine sulle prospettive economiche del socialismo resta fondamentale la lettura della raccolta di saggi di F.A. VON HAYEK, N.G. PIERSON, L. VON MISES e G. HALM, *Pianificazione economica collettivistica. Studi critici sulle possibilità del socialismo*, Torino, 1946.

³⁰ Così F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 57 e 314 ss.

le attività che ivi si svolgono non sono ispirate ad una scala gerarchica di finalità³¹.

Nel sistema di mercato il meccanismo della concorrenza è quello che più si avvicina alla naturalità e spontaneità che lo caratterizza: a questo proposito è bene distinguere il ruolo che Hayek attribuisce alla concorrenza perfetta dalla consapevolezza dei suoi limiti, consapevolezza che suscita in lui l'interrogativo relativo all'opportunità di introdurre meccanismi di garanzia e di difesa dell'assetto concorrenziale di mercato.

Per ciò che attiene al primo punto, emerge la cognizione del fatto che la formula della concorrenza perfetta rappresenta una realtà circoscritta a qualche settore della vita economica: il suo operare presuppone infatti una pluralità di produttori in grado di rendere disponibili allo stesso prezzo determinati beni e servizi ed è evidentemente un risultato difficilmente realizzabile nella realtà dei rapporti economici. Esisterà piuttosto un livello ottimale dell'unità produttiva al di sopra e al di sotto del quale i costi aumenteranno, così come interverranno anche i vantaggi dell'ubicazione, della tradizione o di altre circostanze esterne che diversificano la posizione degli imprenditori e quindi il prodotto che viene offerto sul mercato³².

Proprio dalla consapevolezza della limitata estensione del mercato in condizioni di concorrenza perfetta deriva la costruzione della concorrenza come strumento di conoscenza: la ricerca di quella stessa conoscenza che all'interno dell'ordine spontaneo del mercato è naturalmente imperfetta e limitata può essere stimolata dal meccanismo della

³¹ Per spiegare il funzionamento del mercato F.A. VON HAYEK, *op. ult. cit.*, 315 ss., ricorre alla nozione di catallassi. Essa rappresenta l'ordine prodotto dal mercato tramite individui che agiscono secondo le norme del diritto di proprietà, di responsabilità extracontrattuale e delle obbligazioni. La catallassi descrive pertanto l'incontro fra soggetti che operano secondo criteri e scopi diversi. A questa immagine si ricollega l'idea politica della società pluralistica, della società, cioè, i cui fini sono una pluralità non organizzata né strutturata in termini gerarchici.

³² Così F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., 439 ss.: l'autore è chiaramente consapevole del fatto che fondare l'argomentazione a favore del mercato sul caso del tutto particolare della concorrenza perfetta non sarebbe molto distante dall'affermare che la sua concreta realizzazione è possibile soltanto in pochi e limitati casi. L'argomentazione a favore della concorrenza risulterebbe assai debole se si basasse su ciò che solo in condizioni assolutamente speciali si può ottenere.

concorrenza. Tale meccanismo conduce verso l'acquisizione di maggiori capacità e nozioni: la teoria economica potrà pertanto spiegare le modalità di questo processo di scoperta ricavando dei modelli e non delle certezze, dal momento che anche l'economista non possiede la completa conoscenza dei singoli stati di fatto che gli sarebbe necessaria³³.

2.6. *La garanzia del mantenimento della concorrenzialità del mercato ricondotta alla generalità ed astrattezza dell'intervento normativo ed alla uniforme applicazione giudiziale delle regole*

Per ciò che riguarda il mantenimento dell'ordine spontaneo di mercato viene riproposto il principio della generalità ed astrattezza dell'intervento normativo volto a correggere le deviazioni dalla concorrenza.

L'avversione di Hayek nei confronti delle formazioni monopolistiche non è un'avversione di principio nel senso che la posizione del monopolista non gli appare per definizione un privilegio: vi sono infatti dei settori in cui le grandi dimensioni di un'impresa potrebbero generare effetti benefici sia sotto il profilo dello sviluppo che dell'innovazione tecnologica. Ciò tuttavia non equivale certo ad una totale assoluzione del monopolio: questo infatti diventerebbe dannoso nel momento in cui produce ostacoli alla libera concorrenza. In questo caso esso diviene fonte di discriminazioni: il potere conquistato sul mercato

³³ La concorrenza, secondo HAYEK, *op. ult. cit.*, 442 ss., «deve essere vista come un processo tramite il quale la gente acquisisce e trasmette conoscenza; trattarla come se tutta questa conoscenza appartenesse ad una particolare fin dall'inizio, non ha assolutamente senso». Proprio per questa ragione si esclude che la concorrenza possa essere qualificata in base ai risultati prodotti: essa infatti «porta, in condizioni favorevoli, all'uso di maggiori capacità e conoscenze di qualsiasi altra procedura. Sebbene qualunque uso positivo di capacità e conoscenze possa essere considerato un guadagno, e sebbene ogni scambio addizionale in cui entrambe le parti preferiscono quanto ottengono rispetto a quanto danno possa essere considerato un vantaggio, non si può mai dire di quanto sia aumentato l'utile netto totale disponibile. Non ci si occupa di grandezze misurabili o addizionabili, e quindi si devono accettare come ottimali i risultati di quelle condizioni generali che più verosimilmente portano alla scoperta del maggior numero di opportunità».

dal monopolista potrebbe condurre lo stesso ad ostacolare i potenziali concorrenti, magari attraverso la fissazione di condizioni particolarmente favorevoli in una determinata area di mercato al fine di rendere impossibile l'ingresso all'interno della stessa di nuovi concorrenti. La pressione esercitata in tal modo dal monopolista sulla concorrenza è ovviamente intollerabile: in relazione ai possibili rimedi si ripropone il tema della generalità e dell'eguaglianza dell'intervento normativo.

La soluzione auspicata da Hayek propone in definitiva l'introduzione di una legge che sanzioni con l'illegittimità e la nullità tutti i patti o le pratiche tendenti ad imporre determinate condotte di mercato con la possibilità di ottenere da parte dei soggetti lesi il risarcimento del danno subito. È in questa sede che l'autore svolge alcune interessanti riflessioni sull'opportunità di una legislazione *antitrust* e sul fatto di attribuire il controllo dei monopoli ad un'autorità amministrativa indipendente.

In realtà, la critica rivolta all'applicazione negli Stati Uniti dello *Sherman Act* muove dalla considerazione della elasticità e dell'assoluta discrezionalità con la quale è stata data attuazione alla legislazione antimonopolistica. Non vi sarebbe alcun dubbio che una generale proibizione di tutti i cartelli «se fosse applicata coerentemente, sarebbe preferibile a qualsiasi potere discrezionale dato alle autorità allo scopo di prevenire gli «abusi».

Ciò significa in definitiva che non vi è alcuna pregiudiziale della scuola liberale nei confronti della scelta di introdurre meccanismi di controllo sull'eventuale formazione di poteri privati in contrasto con la logica della concorrenza: la condizione indispensabile è data dalla coerenza e quindi dalla generalità dei controlli medesimi.

Nella prassi di tali controlli Hayek rileva però la tendenza da parte dei pubblici poteri a distinguere monopoli buoni da monopoli dannosi, secondo criteri «individuali» di intervento che sono assolutamente discrezionali e quindi non uniformi. I principali difetti di talune legislazioni *antitrust* deriverebbero proprio dalla loro struttura interna ed in particolare dalla introduzione di numerose eccezioni, di casi in cui cioè la generale previsione dell'illegittimità degli accordi anticoncorrenziali subisce considerevoli deroghe³⁴.

³⁴ Sarebbe questo il caso della *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

La soluzione della illegittimità introdotta per via legislativa unitamente alla previsione del risarcimento del danno sarebbe, secondo questa impostazione, l'unica soluzione auspicabile per la prevenzione ed il controllo degli abusi proprio in coerenza con la necessità di garantire il primato del diritto e la sua uniforme applicazione.

Il contributo di Hayek alla conoscenza dei meccanismi di mercato fornisce un ulteriore elemento di riflessione riguardo al tema del rapporto fra libertà e mercato. Il percorso ora tracciato pone in luce come la concorrenza, intesa come veicolo e strumento di conoscenza, sia «naturalmente» legata all'ordine di mercato: essendo il mercato governato da un ordine spontaneo e naturale, ovvero non perfettamente conoscibile a priori, la concorrenza, nella misura in cui si pone come strumento di guida per l'acquisizione della conoscenza, rappresenterebbe la procedura che meglio di altre è in grado di favorire la ricerca della conoscenza stessa. Nel fare ciò la concorrenza non garantisce tuttavia un determinato assetto dell'ordine di mercato: proprio perché strumento di conoscenza essa può favorire solo in particolari (ed astratte) situazioni, definite appunto di concorrenza pura, una perfetta e completa conoscibilità dei termini dello scambio e quindi un'assoluta parità fra gli operatori del mercato. In tutti i casi (concreti) in cui la concorrenza opera invece come strumento imperfetto di conoscenza non si esclude l'opportunità di un controllo sul mantenimento di condizioni concorrenziali: è su questo punto che l'analisi di Hayek recupera il valore dell'eguaglianza collegata al corretto operare della concorrenza che abbiamo più volte riscontrato nella posizione di A. Smith. Gli strumenti necessari per la garanzia del mantenimento della concorrenza sono rappresentati da determinate forme di intervento normativo: il problema non sembra infatti quello del non intervento ovvero del «lasciar fare», che, come abbiamo ricordato, appare a von Hayek del tutto inadeguato, quanto piuttosto quello di garantire la coerente applicazione delle regole al fine di evitare la formazione di

(GWB) del 27 luglio 1957 citata da HAYEK, *Legge*, cit., 461: il limite della lotta ai monopoli condotta dalla Repubblica federale tedesca deriverebbe proprio dal fatto che la legge, dopo aver considerato determinati accordi come fatto costituente reato, ha introdotto una serie di eccezioni ed ha conferito una serie di poteri discrezionali alle autorità che finiscono per limitare l'applicazione ad un settore così ristretto dell'economia da vanificare in larga misura l'efficacia della lotta alle formazioni monopolistiche.

posizioni di potere in grado di minacciare la concorrenza. Il tema dell'intervento pubblico, ed in particolare di quello volto a mantenere le condizioni di un mercato concorrenziale, tradisce un'unica preoccupazione che è poi quella di garantire il primato della norma e della sua indifferenziata applicazione.

Ancora una volta dunque il valore della libertà, elemento connotato con un sistema fondato su un ordine spontaneo, si accompagna all'esigenza dell'eguaglianza nei rapporti economici: l'intervento compatibile con quell'ordine deve essere necessariamente ispirato al valore della non discriminazione. Esiste dunque all'interno della cultura del libero mercato un problema di garanzia delle regole: è fuori discussione il fatto che queste siano necessarie talora per la stessa sopravvivenza del processo di conoscenza garantito dall'operare della concorrenza. Il problema centrale è la riduzione dell'area di discrezionalità che può accompagnare l'applicazione della legge, non già la sua opportunità: ancora una volta è l'uniforme applicazione della legge da parte dei giudici a rappresentare l'unica soluzione compatibile con una cultura che rifiuta il centralismo degli interventi pubblici e più in generale la predefinizione dei fini e dei valori di un sistema sociale.

Posto in questi termini il problema dell'ordine di mercato fondato su meccanismi concorrenziali, l'orizzonte della ricerca si allarga fino a comprendere le diverse forme in cui la concorrenza stessa può attivare quel meccanismo di conoscenza di cui sopra: si riduce ragionevolmente l'area del meccanismo concorrenziale puro a favore del mantenimento del procedimento fondato sulla concorrenza in cui vi è spazio per quelle forme di intervento che si fondano sul parametro dell'eguaglianza intesa come parità di trattamento delle situazioni potenzialmente lesive dell'assetto concorrenziale.

3. *L'ordine economico fondato sulla concorrenza e l'organizzazione politica: dall'ordine spontaneo di mercato alla necessità del contratto sociale*

Il presupposto della non perfetta conoscibilità dei fini sociali da parte della scienza economica costituisce il punto di partenza dell'analisi di un altro grande esponente della cultura liberale, J. Buchanan, che sviluppa, in parte discostandosene, il concetto di libertà derivante dal-

l'ordine spontaneo al centro delle teorie di A. Smith e di F.A. von Hayek.

È infatti sui riflessi istituzionali di quell'ordine spontaneo che è possibile individuare una differenziazione di soluzioni.

L'idea della concorrenza come strumento di perfezionamento della conoscenza non si esaurisce nella consapevolezza della limitata efficacia del modello concorrenziale perfetto, ma ha dei riflessi anche sulla ricerca dell'organizzazione istituzionale compatibile con le regole del mercato concorrenziale. Secondo l'impostazione di von Hayek gli strumenti base dell'organizzazione sociale, quali la lingua, la morale o il diritto, appaiono come il frutto di un'evoluzione spontanea e non di un progetto intenzionale³⁵.

Su posizioni diverse è invece l'approccio contrattualistico di cui Buchanan è uno dei principali esponenti: da questa ricostruzione emerge l'affermazione di un modello razionale in grado di spiegare la formazione delle istituzioni sociali. Tale modello si fonda in una prima fase, detta precostituzionale, su un accordo spontaneo per la fissazione di alcune regole fondamentali di rango costituzionale; in una seconda fase è possibile che quelle regole trovino attuazione generando un sistema di regole che si impongono ai singoli e che limitano la loro libertà³⁶.

La concezione di democrazia costituzionale è ovviamente legata al quadro dei rapporti economici fondati sulla scelta di mercato: la Costituzione dovrebbe, secondo questa impostazione, garantire il mantenimento delle regole procedurali della democrazia e porre dei confini all'espansione della politica e degli organi di governo. Questa afferma-

³⁵ S. VOIGT, *Die evolutionsorientierte Theorie der Verfassung – Bemerkungen zum Ansatz von Hayeks*, in *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, 1991, 93 ss., individua nella ricostruzione di Hayek una contraddizione di fondo fra l'ottimismo che traspare dalla teoria dell'evoluzione culturale ed il pessimismo sull'evoluzione e sul ruolo delle Costituzioni democratiche.

³⁶ In tal senso J. BUCHANAN, *I limiti della libertà*, a cura di D. DA EMPOLI, Quaderni di Biblioteca della libertà, Milano, 1978. Secondo E. HOPPMANN, *Ökonomische Theorie der Verfassung*, in *Ordo*, Bd. 38, (1987), 31 ss., dalla comune premessa dell'individualismo le posizioni di Buchanan e quella di von Hayek giungono ad opposte teorie economiche della Costituzione, fondate rispettivamente su un approccio contrattualistico e su premesse evoluzionistiche.

zione è coerente con l'impianto teorico cui Buchanan fa riferimento e che si fonda sul principio della limitazione del campo delle decisioni politiche generali da parte di un sistema che mantiene comunque un ruolo determinante all'interno di un'economia di mercato. Egli non nega affatto che un sistema economico si sviluppi all'interno ed in relazione ad un determinato sistema politico-giuridico: non esistono, tuttavia, barriere naturali in grado di limitare l'estensione della politica oltre il suo ambito naturale, ambito che si ridurrebbe poi alla tutela dei diritti individuali ed alla produzione di beni e servizi di natura pubblica o collettiva, ivi compreso l'ordinamento giuridico. A tal fine è necessario introdurre regole costituzionali che si impongano in primo luogo all'uso del potere da parte della maggioranza politica.

Va sottolineato a questo punto come Buchanan non proponga un modello in grado di limitare il campo delle scelte politiche, ma si preoccupi piuttosto di fondare un metodo di analisi di questo andamento. Tale metodo si identifica nella teoria delle *public choice* alla quale si riconduce la possibilità di analizzare le dinamiche dei responsabili delle scelte pubbliche, sia che si tratti di elettori, di gruppi di pressione, di dirigenti di partito ovvero di politici aspiranti o eletti, nonché di burocrati. La teoria delle «scelte pubbliche» viene dal suo fondatore definita come «una teoria del fallimento politico-governativo» posta sullo stesso piano della «teoria del fallimento del mercato» sviluppata dall'economia del benessere degli anni cinquanta³⁷.

Nella logica di Buchanan, sia pure entro i limiti posti in luce dall'analisi dei comportamenti dei soggetti pubblici, l'organizzazione spontanea di mercato viene inserita all'interno di una costruzione giuridica fondata su un sistema di principi costituzionali, nel senso sopra precisato, che si impone alle scelte dei singoli ed alla stessa organizzazione di governo.

Rispetto all'anticostruttivismo di Hayek ed alla connessa assoluta negazione di un sistema di regole imposte dall'esterno a quell'ordine derivante dall'evoluzione culturale solo parzialmente controllabile dalla limitata conoscenza dell'uomo, la logica dei contrattualisti tenta di conciliare l'assoluto rifiuto di qualsiasi costruzione esterna con l'idea

³⁷ Così J. BUCHANAN, *Democrazia costituzionale, libertà individuale ed uguaglianza politica*, in *Stato, mercato e libertà*, cit., 288 ss.

di un modello in grado di studiare le forme, l'evoluzione ed i limiti della presenza della sfera pubblica nell'organizzazione sociale³⁸. All'interno dell'anticostruttivismo derivante dalla sfiducia in un ordine istituzionale che si sovrapponga alle regole consuetudinarie sulle quali si è andato costruendo l'ordine di mercato, secondo l'interpretazione di Hayek, sarebbe possibile individuare uno spazio teorico entro il quale operano le riforme istituzionali che pure vengono trattate nell'ultima parte del volume *Law, legislation and liberty*: si tratterebbe di una forma di «costruttivismo razionale», di un sistema cioè fondato in primo luogo sul primato della legge e sull'eguaglianza dinanzi alla legge in cui il senso della Costituzione diventa quello di «una sovrastruttura designata a regolare il continuo processo di sviluppo dell'insieme esistente delle leggi, e ad evitare qualsiasi confusione tra i poteri del governo di far osservare le norme su cui si basa l'ordine spontaneo della società, e l'uso dei mezzi materiali affidati alla sua amministrazione per rendere servizi a individui e gruppi»³⁹.

3.1. L'apertura dell'ordine di mercato e l'esigenza di un «constitutional framework»

Alla luce del contributo di Buchanan il quadro teorico si arricchisce ulteriormente: nel quadro dell'ordine spontaneo di mercato fondato

³⁸ In questi termini J. BUCHANAN, *Freedom in constitutional contract*, Texas, A&M University, 1977, 11 descrive così la sua posizione teorica: *I am a constitutionalist and a contractarian: constitutionalist in the sense that I recognize that the rules of order are, and must be, selected at a different level and via a different process than the decisions made within those rules, and contractarian in the sense that I believe that conceptual agreement among individuals provides the only benchmark against which to evaluate observed rules and actions taken within those rules*. La prospettiva contrattualistica accolta dall'autore è evidentemente in contrasto quelli che vengono definiti «libertarian anarchist»: mentre questi ritengono assolutamente ingiustificata qualsiasi azione politica, i contrattualisti sono attenti alle trasformazioni della struttura politica e si chiedono di volta in volta se le stesse ottengano il consenso della collettività. Qualora ciò non accada si innesca il meccanismo dell'accordo (contratto) sulle future trasformazioni che rimane attivo fino a che non sarà stato raggiunto l'accordo sui cambiamenti stessi (ivi, 19).

³⁹ È la definizione di Costituzione accolta da F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., 495.

sui limiti della conoscenza umana viene individuato uno spazio per il dibattito sulle regole istituzionali e sui cambiamenti politico-istituzionali. Questi mutamenti, nell'ottica di Buchanan, sono possibili nella misura in cui tengano conto degli innegabili limiti della natura umana in quanto tale⁴⁰.

Alla base di questa visione vi è la consapevolezza della necessità di porre le norme: come può l'ordine spontaneo di mercato spiegare il fatto che le norme devono ad un certo punto essere introdotte in qualsiasi sistema sociale? Rispetto a questi interrogativi acquista un ruolo centrale la critica della distinzione fra il *nomos* e la legislazione.

Nell'analisi di Hayek, mentre il *nomos* occupa una posizione privilegiata dal momento che è il corpo delle norme che nasce dal processo di conoscenza attivato dal meccanismo concorrenziale nel senso sopra descritto, le norme introdotte dal legislatore mantengono una posizione ed un ruolo assai circoscritto. In definitiva, le regole di condotta, volte a definire le regole dell'agire sociale, rappresenterebbero la *law of liberty*, in quanto è sulle regole di mera condotta che si fonda una società libera; le regole poste dal legislatore dovrebbero invece considerarsi vincolanti solo per gli organi di governo⁴¹.

La posizione gerarchicamente sovraordinata della *law of liberty* ri-

⁴⁰ Osserva a tale proposito J. BUCHANAN, *Evoluzione culturale e riforma istituzionale*, in *Stato, mercato*, cit., 243, che la critica di Hayek al costruttivismo razionale deve essere intesa con un invito a ridurre le possibilità di riforme istituzionali compatibili con i limiti della natura umana. «Partecipare al continuo dialogo-dibattito – aggiunge l'autore – sulle alternative costituzionali e avanzare proposte che mancano di riconoscere l'uomo per quello che è, equivale a dire che noi superiamo le leggi ordinarie della logica e della scienza. La differenza sta nell'immediatezza dell'effetto retroattivo in questi ultimi casi, un effetto che può solo presentarsi dopo una sperimentazione sociale disastrosa nel primo caso. Gli ingenui sono tutt'altro che così rapidamente smascherati e rimane sempre possibile raggiungere l'accordo (almeno tra un relativo gruppo decisionale) sull'introduzione di cambiamenti sociali che richiederebbero un essere diverso dall'uomo comune, allo scopo di produrre i risultati promessi». A queste scelte Buchanan riconduce la gran parte dei fallimenti del costruttivismo romantico contro il quale era probabilmente diretto lo scetticismo costruttivista di Hayek: solo nell'ottica del costruttivismo razionale sarebbe quindi possibile discutere intorno al tema della riforma istituzionale entro i limiti rigidamente posti da Hayek.

⁴¹ Per questa distinzione si veda F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione*, cit., 221 ss.

spetto alla *law of legislation* e la presunta originarietà della prima in contrapposizione al carattere derivato della seconda appaiono a Buchanan difficilmente sostenibili alla luce della concezione della libertà maturata dal liberalismo americano. La distinzione è particolarmente interessante se si pensa alle innegabili connessioni fra questa cultura e la logica del mercato e delle sue regole. Rispetto al liberalismo europeo ed alla predominanza della *rule of law*, così chiaramente espressa dalla teoria di Hayek, la cultura americana non può non considerare la «costruzione» e non già l'evoluzione spontanea della libertà: la libertà non sarebbe il frutto dell'operato di una «mano invisibile», ma il risultato della costruzione da parte dei padri fondatori di un «*constitutional framework*» fondato sul principio delle «*free relations among free men*»⁴².

L'analisi dei rapporti fra la struttura economica e la dinamica del mercato condotta da Buchanan si caratterizza dunque per l'accogliamento del principio della riduzione dello Stato nei rapporti economici e per la contestuale critica dell'ordine spontaneo della libertà: il «*constitutional framework*» da lui invocato vale a garantire la fondamentale istanza di libertà ed al tempo stesso testimonia la necessità di un contratto sociale mediante il quale è possibile allontanare i pericoli connessi agli estremismi del *libertarian anarchist* e del *collectivist-socialist*⁴³.

⁴² Ricorda J. BUCHANAN, *Freedom*, cit., 38-39, che gli americani non possono, e non dovrebbero neppure, dimenticare che il loro stesso patrimonio di libertà, seppure dovuto ai precedenti europei, è stato deliberatamente costruito in larga parte da James Madison e dai suoi compatrioti. Aggiunge inoltre: «Theirs were not invisible hands. They set out to construct a constitutional framework for the «good society» which they defined implicitly as «free relations among free men». For two centuries their construction has stood the test. But who would dare, in 1977, to suggest that constitutional improvements are not possible, that the observed erosion of our traditional liberties cannot be reserved by deliberately designed reforms motivated by something akin to the initial Madisonian vision? Americans, because they are Americans, must place their faith in their ability to impose rules of law upon themselves rather than in the rules of law that the historical process imposes upon them».

⁴³ Conclude J. BUCHANAN, *Freedom*, cit., 24, affermando che «between the libertarian anarchist, who sees no cause for any laws and who trusts to individuals' own respect for each others' reciprocal natural boundaries, and the collectivist-socialist, who sees chaos as the result of any human activities that are not politically con-

Nell'ambito del rapporto fra mercato e libertà assunto come parametro di riferimento nell'indagine volta ad approfondire le ragioni della «difesa» del mercato emergono quindi profili diversi che meritano di essere sinteticamente puntualizzati.

In tutte le prospettive teoriche analizzate l'assunto della libertà connessa ai meccanismi di mercato appare ispirato a concezioni del comportamento sociale tutt'altro che uniformi: l'analisi dei diversi impianti teorici, che pure appaiono accomunati dalla fiducia nel mercato e dall'idea della riduzione dell'intervento pubblico a presidio della libertà, mostra la complessità e l'articolazione dei principi sui quali quella comunanza di soluzioni si fonda.

Tale complessità emerge proprio dall'analisi del rapporto fra le istituzioni della libertà e le regole del mercato: questa constatazione consente di ribadire il pluralismo delle voci che solitamente vengono accomunate sotto l'etichetta di liberalismo economico.

Se dall'illimitata fiducia weberiana nella prevedibilità delle relazioni di mercato e quindi dall'affermazione dell'assoluta fiducia nella razionalità dell'agire di mercato si volge lo sguardo verso le costruzioni dell'economia classica e del liberalismo ottocentesco, lo spettro dell'indagine tende ad ampliarsi fino a comprendere nozioni e valori diversi dalla libertà e che con quest'ultima sono destinati ad interagire.

Il fine dell'ampliamento di prospettiva che si è voluto sintetizzare è quello di dimostrare la parzialità dell'equazione posta fra mercato e luogo della libertà. Abbiamo voluto fissare alcuni principi che appaiono particolarmente interessanti al fine di comprendere il rapporto fra il mercato e le regole, sia rispetto a quelle tipiche del suo funzionamento, sia rispetto a quelle che sono invece esterne al suo ordine.

Il primo punto riguarda la certezza nell'applicazione giudiziale del diritto mediata dalla fiducia nell'imparzialità del giudice che traspare dall'analisi della costruzione di A. Smith: la razionalità del sistema di produzione giudiziale tipico del *common law* garantisce al tempo stesso la libertà individuale e l'eguaglianza nella misura in cui il diritto

trolled, the constitutionalist-contractarian necessarily occupies the middle ground. His ideal world falls «between anarchy and Leviathan», both of which are to be avoided».

di formazione giurisprudenziale si erge a difesa della concorrenza attaccando le discriminazioni generate dal consolidamento sul mercato delle formazioni monopolistiche. L'individuazione dei limiti propri della concorrenza concepita da Hayek come strumento di conoscenza dell'ordine naturale che governa la società ha poi aperto la prospettiva del dibattito sul rapporto fra concorrenza pura e concorrenza guidata da un intervento esterno volto a prevenire o a sanzionare gli abusi collegati alla formazione (inevitabile) del monopolio. La fiducia nello strumento legislativo al quale si riconosce l'idoneità di intervenire al fine di sanzionare eventuali comportamenti anticoncorrenziali è ancora una volta legata alla generalità della previsione normativa ed all'uniformità della sua applicazione in sede giudiziale.

In questi due fondamentali aspetti del rapporto fra libertà ed eguaglianza all'interno del mercato è possibile sintetizzare anche la nascita e l'evoluzione del mercato e delle tecniche di regolazione dello stesso: sulla scorta di tale ricostruzione teorica sarà possibile esaminare il significato delle regole del mercato e le forme con le quali è possibile dare alle stesse concrete ed effettiva attuazione.

La prospettiva della libertà accolta da Buchanan consente infine di ampliare ulteriormente la prospettiva dell'indagine: la fiducia sconfitta nella *rule of law* di A. Smith e di F.A. von Hayek, elemento tipico della stessa cultura di *common law*, si confronta con l'idea della «costruzione» americana della libertà e dei suoi limiti contribuendo a definire i caratteri di quella cultura che ha rappresentato la dimensione istituzionale in cui la moderna cultura del mercato si è sviluppata.

4. La negazione del mercato: i limiti della qualificazione del mercato come luogo della distruzione dei rapporti sociali

Nei paragrafi precedenti abbiamo tentato di spiegare le ragioni per le quali la difesa del mercato fondata sull'idea dell'ordine di mercato come presidio della libertà individuale non tiene conto della complessità dei rapporti fra l'ordine concorrenziale e l'eguaglianza nel rispetto delle regole, complessità che pure apparteneva alle stesse origini del pensiero di A. Smith; un percorso analogo può essere proposto anche all'interno dell'opposta interpretazione del mercato come luogo del disordine e della potenziale distruzione dei rapporti sociali.

Il rifiuto opposto dalla cultura marxista nei confronti del mercato e dello strumento della concorrenza muove da presupposti etici e filosofici esattamente opposti a quelli propri della cultura liberale: l'idea della concorrenza come strumento di conoscenza che caratterizza l'anticostruttivismo di Hayek nasce dalla consapevolezza dell'impossibilità di conoscere a priori le forme dell'agire sociale e dell'agire economico. Tale scetticismo viene invece contestato da quella visione ben definita dei rapporti di classe, delle relazioni sociali, nonché del fine ultimo delle stesse trasformazioni sociali che dà sostanza all'utopia marxista. L'ordine spontaneo che è stato utilizzato per dimostrare la capacità disgregante dei conflitti sociali favoriti dalla non prevedibilità delle regole di mercato era in realtà il riflesso della consapevolezza dei limiti della conoscenza: limiti che si riflettono, come abbiamo visto, nei dubbi sollevati da Hayek in ordine alla effettività di un funzionamento della concorrenza perfetta, di un modello cioè che, per definizione, presuppone la conoscenza completa degli elementi dello scambio di mercato.

Proprio da questa posizione problematica di Hayek in ordine alla presunta perfezione del meccanismo concorrenziale è emersa la necessità di un primo distinguo di natura teorica sui concetti di concorrenza perfetta, di concorrenza soggetta a forme di regolamentazione e sulle possibili forme di regolazione compatibili con il funzionamento di un mercato concorrenziale.

L'analisi della concorrenza come fonte di un meccanismo automatico, impersonale e quindi antisociale finisce per porre in evidenza solo un modello teorico ed astratto di mercato.

Vedremo poi come la complessità delle forme del mercato concorrenziale fosse ben chiara al liberalismo di Hayek ed all'immagine dallo stesso introdotta della concorrenza come strumento di conoscenza⁴⁴.

Nel passaggio all'approccio neoistituzionalistico la cultura econo-

⁴⁴ M. GRILLO, *Introduzione a AA.VV., Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, a cura di D. COSSUTTA e M. GRILLO, Bologna, 1987, 45, pone in evidenza la distanza di Hayek dalla teoria della economica della concorrenza perfetta e della corrispondente idea politica di libertà elaborata da J. Stuart Mill: il fondamento del liberalismo di Hayek andrebbe ravvisato proprio nell'idea che attraverso la concorrenza si possa avviare quel processo di conoscenza di una realtà di cui ciascun soggetto pos-

mica ha approfondito i limiti dell'automaticità del modello concorrenziale perfetto; attraverso il contrattualismo si è compresa la necessità che la dimensione del mercato si sviluppi all'interno di un quadro istituzionale. Tale quadro è rappresentato dalla «democrazia costituzionale» di Buchanan, che a sua volta deriverebbe non da meccanismi spontanei di formazione, ma dalla logica dell'accordo e del consenso sociale.

Sulla base di questa evoluzione teorica si rende quanto mai opportuno il superamento dei termini ideologici del dibattito sul mercato, perennemente costretto fra l'estremo della presunzione di assoluta perfezione e quello della sua naturale capacità di generare conflitti sociali.

4.1. *L'opposizione dell'analisi marxista alla teoria economica di A. Smith*

La frequente riproposizione delle argomentazioni elaborate da Marx a sostegno della ineluttabile «autocombustione» del processo di produzione capitalistico deve tenere conto della configurazione della cultura liberale impressa dalla teoria economica di A. Smith, principale bersaglio dell'analisi economica marxista.

Al centro della polemica si pone ovviamente il ruolo della concorrenza nel processo di sviluppo e di accumulazione del capitale; ad esso si ricollega poi il problema del mantenimento della concorrenza stessa. Oggetto della polemica è il presupposto del funzionamento del mercato concorrenziale nella versione fornita da A. Smith, ovvero sia il principio in base al quale il prezzo di mercato in condizioni concorrenziali perfette coinciderebbe con il prezzo naturale delle merci.

Il prezzo naturale comprenderebbe il costo della produzione del bene nella misura in cui comprende quanto è necessario per pagare la rendita della terra, i salari del lavoro e i profitti del capitale impiegato per coltivarla, lavorarla e indirizzarla al mercato⁴⁵; una volta che la

siede solo un piccolo frammento: attraverso l'interazione degli individui la conoscenza dispersa può diffondersi sull'intera società.

⁴⁵ Sulle categorie del prezzo naturale e del prezzo di mercato, A. SMITH, *La ric-*

merce sia sul mercato essa può essere venduta ad un prezzo che si avvicini a quello naturale ora definito solo se vi siano condizioni di perfetta libertà. Il prezzo di mercato si forma infatti sul rapporto fra la quantità della merce effettivamente portata sul mercato e la domanda di coloro che sono disposti ad acquistarla al prezzo naturale. Qualora la quantità di beni portata sul mercato sia inferiore alla domanda, il prezzo di mercato sarà superiore al prezzo naturale; quando invece è l'offerta a superare la domanda effettiva il prezzo di mercato tende a scendere al di sotto del prezzo naturale. Da ciò A. Smith ricavava il principio secondo cui allorché l'offerta sia sufficiente a soddisfare la domanda effettiva e non maggiore, il prezzo di mercato viene esattamente a coincidere con il prezzo naturale ovvero tende ad avvicinarsi ad esso. La convinzione che il prezzo di mercato tende a mantenersi in posizione corrispondente al prezzo naturale deriverebbe dal fatto che, qualora il primo scendesse per troppo tempo al di sotto dei costi effettivi di produzione del bene, sarebbe inevitabile una contrazione della produzione stessa. In tal modo verrebbero sottratti tanta terra e tanto lavoro ovvero tanto capitale dal loro impiego che la quantità di beni portata sul mercato finirebbe per non soddisfare più la domanda effettiva⁴⁶.

Le condizioni di libertà in presenza delle quali Smith confidava in una tendenziale equiparazione del prezzo naturale al prezzo di mercato vengono contestate da Marx il quale pone in rilievo la presenza di fattori che tenderebbero piuttosto a mantenere il prezzo di mercato a livelli ben più alti del prezzo naturale delle merci. Attraverso lo sfruttamento del segreto commerciale l'imprenditore può mantenere oscura la variazione del prezzo ed impedire che i concorrenti investano

chezza delle nazioni, cit., 141, osservava: « Quando il prezzo di una merce non è nè più nè meno di quanto è sufficiente a pagare la rendita della terra, i salari del lavoro e i profitti del capitale impiegato nel coltivarla, lavorarla, e portarla al mercato secondo il loro saggio naturale, la merce è allora venduta per quel che può chiamarsi il suo prezzo naturale»; il prezzo naturale sarebbe invece quello al quale si vende comunemente una merce e può essere sia uguale che superiore o inferiore al prezzo di mercato.

⁴⁶ Così A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, cit., 142 e 149, spiega la tendenza del prezzo di mercato ad avvicinarsi al prezzo naturale sempre che sussistano condizioni di piena libertà.

capitali in quel determinato ramo; anche il segreto di fabbrica gli consentirebbe di produrre a costi più bassi e di mantenere un margine di profitto continuando a mantenere il prezzo di mercato al livello del prezzo naturale. La condizione estrema è poi quella dell'assenza della concorrenza in cui si forma il prezzo di monopolio che è in assoluto il più elevato.

In presenza di questi fattori è facile osservare come il prezzo di mercato tenda ad allontanarsi dal prezzo naturale così come definito da Smith: ciò è d'altro canto legato al meccanismo del profitto, dal momento che tanto il segreto commerciale che le posizioni monopolistiche rappresentano una forma di crescita del profitto del capitale.

Sul profitto si fonderebbe ogni scelta dell'imprenditore: non è infatti il calcolo dell'aumento della produzione del suo paese, quanto piuttosto l'obiettivo di impiegare il capitale nella forma ottimale in modo da ottenere il massimo profitto.

Dal momento che il prezzo di monopolio è quello più conveniente, sarà interesse dei capitalisti ridurre la concorrenza: essa rappresenta in realtà l'unico strumento in grado di limitare il potere capitalistico e di produrre effetti benefici sul consumatore, sia sotto forma di aumento dei salari che sul ribasso del prezzo delle merci. Su questo paradigma dell'economia classica si innesta la dimostrazione della naturale tendenza della concorrenza a favorire l'accumulazione del capitale in poche grandi imprese le cui dimensioni finiscono per essere insostenibili per l'intero sistema capitalistico.

Nella interpretazione di Marx la concorrenza, pur essendo un deterrente nei confronti del potere capitalistico, genera il fenomeno delle concentrazioni economiche. Il sistema concorrenziale favorirebbe una riduzione ed una ripartizione dei profitti fra i soggetti del mercato concorrenziale che alla lunga danneggia solo i piccoli capitalisti: a questi si presenterebbero due sole alternative consistenti rispettivamente nella decisione di consumare il proprio capitale, non potendo certo vivere di soli interessi, ovvero di continuare a fare affari a prezzi gravosi e quindi di rovinarsi visti i bassi prezzi praticati sul mercato a causa della forte concorrenza⁴⁷.

⁴⁷ In tal senso K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, (Prefazione e traduzione di N. BOBBIO), Torino, 1968, 39: la logica conseguenza sarebbe quella

Sotto la spinta della concorrenza si attiverebbe la forza dell'accumulazione che è immanente all'economia basata sul profitto: in realtà, il vantaggio temporaneo ottenuto da coloro che escono vittoriosi dal gioco della concorrenza pone questi ultimi nella condizione di accrescere le proprie dimensioni creando enormi forze di produzione che nel lungo periodo avrebbero favorito la crisi della struttura capitalistica. Ad una siffatta previsione è stata peraltro contestata l'assenza di una puntuale descrizione del processo di autodistruzione della grande impresa capitalistica⁴⁸.

Al di là dei limiti contestati a questa impostazione, interessa sottolineare come la concorrenza intesa come meccanismo fondamentale per la formazione dei prezzi sul mercato sia al centro dell'analisi marxista.

Il carattere conflittuale della concorrenza sarebbe infatti connesso con il fondamento dell'etica capitalistica ovvero con la concezione del lavoro come merce: in virtù della concorrenza fra capitalisti ed operai e della concorrenza fra operai il prezzo della «merce» lavoro è destinato ad abbassarsi. Da qui Marx deduce anche lo sfruttamento delle categorie in grado di prestare lavoro a prezzi più bassi; per questa via la vita stessa dell'uomo sarebbe degradata ad oggetto di scambio. L'immagine dell'industria come protagonista di una guerra di conquista deriva dalla sua capacità di arruolare un numero sempre maggiore di individui animati unicamente da interessi economici: questi interessi sono destinati ad entrare in conflitto e non hanno altra forma di regolamentazione al di fuori della guerra e questa guerra, a giudizio di Marx, è generata proprio dalla concorrenza⁴⁹.

della formazione di un grande capitale a fronte di capitali minimi con piccoli profitti che finiscono per essere completamente schiacciati dal primo. «In questa situazione di concorrenza, poi, la conseguenza necessaria è il peggioramento generale delle merci, l'adulterazione, la produzione apparente, e l'avvelenamento d'ogni cosa, come è dato vedere nelle grandi città».

⁴⁸ Così J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, cit., 380: secondo l'autore Marx non avrebbe mai spiegato in che modo deve crollare l'economia delle imprese giganti e che la sua teoria del crollo (*Zusammenbruchstheorie*) sarebbe stata infatti abbandonata da qualcuno dei suoi seguaci più eminenti.

⁴⁹ Richiamando le espressioni di E. Buret, K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, cit., 27, afferma: «Questi interessi (sc.economici) liberamente abban-

Tanto l'idea della guerra di concorrenza che il principio dell'inevitabile autodistruzione dei rapporti economici fondati sulla concorrenza rappresentano le ipotesi fondamentali della costruzione marxista che devono essere inserite nel contesto di un dibattito sul mercato che tenga conto della storia e dell'evoluzione delle istituzioni. Per quanto riguarda quest'ultimo profilo è stata dimostrata da A.O. Hirschman la sostanziale inutilità e parzialità dell'impostazione fondata sull'alternativa della distruzione-sopravvivenza del mercato; per ciò che riguarda invece l'immagine della guerra di concorrenza l'analisi di uno dei maggiori esponenti del costituzionalismo contemporaneo, P. Häberle, suggerisce il superamento definitivo della logica delle contrapposizioni attraverso un necessario

donati a se stessi... devono necessariamente entrare in conflitto; non hanno altro arbitro che la guerra, e le decisioni della guerra danno agli uni la sconfitta e la morte, per dare agli altri la vittoria...la scienza cerca l'ordine e l'equilibrio nel conflitto delle forze opposte: la guerra perpetua è per essa il solo mezzo per ottenere la pace; questa guerra si chiama concorrenza». Nel manoscritto XIII si legge inoltre: «La concorrenza non esprime altro che lo scambio facoltativo, che è a sua volta la conseguenza prossima e logica del diritto individuale d'usare e d'abusare degli strumenti di ogni produzione. Questi tre momenti economici che fanno tutt'uno il diritto d'usare e d'abusare, la libertà di scambio e la concorrenza arbitraria, implicano le conseguenze seguenti: ciascuno produce ciò che vuole, quando vuole, dove vuole; produce bene o produce male, troppo o troppo poco, troppo presto o troppo tardi, troppo caro o troppo a buon mercato; ciascuno non sa se venderà, come venderà, quanto venderà, dove venderà, a chi venderà; e lo stesso è degli acquisti». Sulla casualità e non prevedibilità delle regole del commercio aggiunge: «Il produttore ignora i bisogni e le risorse, le domande e le offerte. Vende quando vuole, quando può, dove vuole, a chi vuole, al prezzo che vuole. E compra alle stesse condizioni. In tutto ciò egli è lo zimbello del caso, lo schiavo della legge del più forte, del meno stretto dal bisogno, del più ricco...Mentre in un punto vi è penuria di ricchezza, nell'altro vi è il superfluo e lo sperpero. Mentre un produttore vende molto o troppo caro, e con enorme guadagno, l'altro non vende nulla o vende in perdita...L'offerta ignora la domanda, e la domanda ignora l'offerta. Voi producetevi fidandovi di un gusto, d'una moda che si manifesta nel pubblico dei consumatori; ma quando ormai siete pronti a consegnare la merce, il capriccio è mutato e si è fissato sopra un altro genere di prodotto ...conseguenze immancabili, il permanere e l'estendersi delle bancarotte; le previsioni sbagliate, i rovesci subitanei e le fortune improvvise; le crisi commerciali, la disoccupazione, gli ingorghi o le carestie periodiche; l'instabilità e il ribasso dei salari e dei profitti; a perdita e lo sperpero enorme di ricchezze, di tempo e di sforzi nell'arena d'una concorrenza accanita».

raccordo fra la posizione ed il ruolo del mercato rispetto all'evoluzione dello Stato costituzionale moderno.

5. L'inutilità dell'alternativa distruzione-sopravvivenza del mercato

Il superamento della contrapposizione fra l'assoluzione piena e la condanna senza riserve della logica di mercato è legato all'analisi di A.O. Hirschman dedicata alle «rivali interpretazioni della società di mercato»: sia la tesi che vede nello scambio commerciale di mercato un elemento necessario di coesione dei rapporti sociali, secondo la cultura dell'interesse propria dei secoli XVII e XVIII, sia la contrapposta analisi marxista, che individuava nello stesso la fonte dell'inevitabile autodistruzione del sistema capitalistico, considerando l'interesse come un elemento di divisione e di conflitto piuttosto che di coesione sociale, avrebbero colto solo una parte della complessità del fenomeno capitalistico⁵⁰.

⁵⁰ Si deve ad A.O. HIRSCHMAN, *Interpretazioni rivali della società di mercato: civilizzatrice, distruttiva o debole?*, in ID., *L'economia politica come scienza morale e sociale*, Napoli, Liguori, 1987, 73 ss., l'analisi approfondita delle contraddizioni insite nelle opposte interpretazioni del ruolo del mercato. L'autore ricostruisce il passaggio da valutazioni positive a valutazioni di segno opposto: alla prima esaltazione della funzione di coesione sociale svolta dalle relazioni di mercato (tesi del *doux commerce* imperante nei secoli XVII e XVIII) si passa, con la rivoluzione industriale, alla teoria dell'autodistruzione della società capitalistica, pietra angolare del pensiero economico marxista; su presupposti diversi, ma sempre critica verso l'evoluzione capitalistica, si fonda poi la tesi dei ceppi feudali che individua nell'eccessiva debolezza della borghesia capitalistica rispetto alle regole imposte dalla cultura dell'*ancient regime*, la causa della incompiuta rivoluzione proletaria e del mancato passaggio all'economia socialista. A conferma di tale rilievo si utilizza la tesi delle benedizioni feudali secondo la quale proprio l'assenza dei vincoli suddetti avrebbe favorito lo sviluppo del modello capitalistico degli Stati Uniti, paese che non ha dovuto combattere la lotta contro il passato feudale, cosa che ha permesso il consolidamento del capitalismo. L'autore si chiede come sia accettabile una critica che muova da posizioni così inconciliabili, quali appunto quella della capacità autodistruttiva e della debolezza del capitalismo laddove vi sia un passato feudale: in realtà, entrambe le versioni possono essere accolte, così come gli opposti della capacità costruttiva o distruttiva del mercato non sono prospettive assolutamente contraddittorie, così come non è affatto contraddittorio che un'impresa abbia al tempo stesso entrate ed uscite (ivi, 97 ss.).

Accanto alle spinte verso l'autodistruzione sarebbe stato invece opportuno analizzare anche le contestuali forze elementari di riproduzione o di autoconservazione che di fatto hanno garantito la effettiva sopravvivenza di quel sistema, a cominciare dalle prime forme di legislazione dei rapporti in fabbrica, fino all'introduzione di programmi di sicurezza sociale.

Le vicende connesse con l'avvento della rivoluzione industriale hanno in realtà prodotto la prima crisi della versione positiva e costruttiva dello scambio commerciale, poiché all'espansione dell'industria e del commercio è connessa la trasformazione delle comunità interessate e quindi la disgregazione dei preesistenti rapporti sociali: l'allontanamento progressivo dall'idea del mercato come elemento di contatto e di relazione è in realtà legato all'immagine dell'equilibrio di mercato, teoria accolta dagli economisti neoclassici che vedevano nella concorrenza pura il modello ideale di organizzazione del mercato. La concorrenza pura presuppone in realtà un improbabile mercato strutturato sulla base di una serie di venditori e di compratori che conoscono perfettamente l'oggetto dello scambio ed il prezzo di scambio; all'interno di questa ipotesi sono del tutto assenti forme di contatto fra i soggetti dello scambio e quindi meccanismi di interazione sociale.

L'importanza dello scambio e della negoziazione è invece alla base della reale e concreta dinamica dei rapporti economici di mercato se è vero che proprio sulla base della presenza dei costi di transazione si fonda la teoria volta ad evidenziare i cd. «fallimenti del mercato». Il modello dell'assolutizzazione dell'efficienza allocativa del sistema di mercato in regime di concorrenza pura ha quindi condizionato le sorti dell'originaria versione positiva dello scambio di commercio come forma di relazione sociale: questa è probabilmente una delle ragioni che ha impedito che si continuasse, proprio nell'era dello sviluppo del capitalismo avviato dalla rivoluzione industriale, ad immaginare il mercato come la trama delle relazioni economiche e dei comportamenti degli operatori⁵¹.

⁵¹ A.O. HIRSCHMAN, *Interpretazioni rivali, cit.*, 73 ss.: l'autore critica le opposte versioni del ruolo attribuito al mercato, individuando talune contraddizioni di fondo all'interno delle teorie che accanto a quella della capacità autodistruttiva, hanno

La spiegazione in termini sociali delle relazioni di mercato non significa evidentemente sovrapposizione dell'organizzazione economica rispetto ai rapporti sociali con conseguente degradazione di questi ultimi verso la conflittualità e quindi l'autodistruzione del sistema.

6. Il mercato come «fatto culturale»

L'assenza di conflittualità fra mercato e società ed il conseguente rifiuto delle opposte soluzioni della condanna e della esaltazione del mercato è del resto un principio ribadito anche da autorevole dottrina costituzionalista: il mercato deve essere considerato come parte della società aperta e non rappresenta pertanto un ambito separato ed autonomo, ma piuttosto un ambito sociale. All'interno di tale ambito si svolge l'esercizio dei diritti fondamentali attraverso una molteplicità di relazioni che possono essere di concorrenza, di unità, di scambio libero o nei vincoli⁵².

Nell'ambito delle strutture dello Stato costituzionale moderno i conflitti e le tensioni connesse ai rapporti di scambio trovano la loro com-

escluso l'esistenza di un impatto sociale del capitalismo. In particolare, la tesi dei ceppi feudali critica il capitalismo per ragioni opposte a quelle della tesi dell'autodistruzione, dal momento che individua nella debolezza del ceto borghese l'incapacità di affrancarsi dal servilismo nei confronti della cultura aristocratica dell'*ancient regime*: la critica in questo caso deriva dall'incapacità della cultura borghese capitalista di penetrare nell'ordine sociale preesistente allo sviluppo del commercio. Secondo l'autore questa ricostruzione critica del capitalismo potrebbe essere letta come la versione capovolta della idea della positività sociale dello scambio di mercato: essa infatti giunge alla conclusione che l'opera civilizzatrice del mercato si sarebbe potuta compiere solo se si fossero superate le ostilità ed i freni derivanti dalla cultura e dall'organizzazione sociale precapitalistica. La preesistenza delle formazioni precapitalistiche e la debolezza del capitalismo avrebbe sostanzialmente impedito il pieno sviluppo delle strutture capitalistiche ed avrebbe indirettamente frenato la transizione al socialismo.

⁵² È questa la descrizione del mercato offerta da P. HÄBERLE, *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Bari, 1995, 139: i processi comunicativi che si svolgono sul mercato non sono «selvaggi» e non sono neppure uno spazio libero per egoismi repressi che si scontrano come in una guerra civile, ma sono letteralmente «creati dalla cultura», sono cioè una parte della cultura.

posizione e mediazione all'interno delle strutture statali: nel quadro dell'organizzazione statale le relazioni di mercato diventano un elemento costitutivo dell'ordinamento costituzionale esistente⁵³. Il mercato rappresenterebbe dunque una parte della società ed i conflitti che pure continuano a caratterizzarlo non sono tali da generare la spirale dell'autodistruzione del sistema, essendo l'ordinamento costituzionale in grado di assorbire e di mediare le forze che si confrontano sul mercato.

Questo tipo di impostazione dei rapporti fra il mercato ed i principi ispiratori del costituzionalismo moderno, all'interno dei quali il valore della dignità della persona riveste una posizione di assoluta preminenza⁵⁴, muove dalla constatazione della natura «costituita» dell'organizzazione di mercato: ciò significa che esso è da considerare non come il luogo delle «non regole», ma piuttosto come una parte organizzata della società che agisce secondo proprie regole le quali devono a loro volta operare nel quadro delle procedure e dei valori ai quali si ispira lo Stato costituzionale moderno. Il mercato non andrebbe quindi né esaltato né condannato: contiene gli elementi tipici del processo di conoscenza di cui parlava Von Hayek ed è al tempo stesso uno spazio che non è affatto sciolto dall'etica, dal diritto ovvero dallo Stato⁵⁵.

Questo contributo fornisce lo spunto per il prosieguo della nostra indagine volta a decodificare le regole con le quali questa parte della società, ovvero sia la comunità che opera secondo le regole del mer-

⁵³ Così P. HÄBERLE, op. cit., 140.

⁵⁴ Sul punto cfr. P. HÄBERLE, op. cit., 138, il quale ricorda che lo Stato costituzionale mette il mercato al proprio servizio, come un robusto substrato materiale irrinunciabile dei propri scopi ideali, orientati a favore della dignità dell'uomo e della democrazia; sul valore della persona umana nelle moderne Costituzioni, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in Enc. giuridica Treccani, Roma, 1989; Id., *Libertà. Problemi generali*, in Enc. giuridica Treccani, Roma 1989, sottolinea il passaggio dall'idea di proprietà-libertà, tipica dello Stato liberale, al binomio libertà-dignità umana, ovvero sia della personalità totale, comprendente sia le manifestazioni della sfera privata che quelle che si proiettano nel campo delle relazioni sociali e politiche.

⁵⁵ Così P. HÄBERLE, *Die Entwicklungsstufe des heutigen Verfassungsstaates – Paradigmen, Verfassungsthemen, Textstufen und Tendenzen in der Weltstunde des verfassungsstaates – Der polnische Entwurf 1991*, in *Rechtstheorie* 22 (1991), 443.

cato, si organizza: occorre dunque approfondire il rapporto originario fra l'evoluzione delle regole sociali ed il consolidamento delle regole del mercato.

Proprio perché il mercato appartiene alla sfera della cultura può essere interessante verificare l'evoluzione di questa porzione di realtà costruita all'interno della cultura e soprattutto i rapporti con le regole dell'ordinamento giuridico.

L'analisi mira in primo luogo a definire i contorni delle relazioni fra la costruzione delle relazioni sociali e le relazioni di mercato: sulla base dei rapporti fra la società e le relazioni di mercato è quindi possibile cogliere la natura di siffatte relazioni e, successivamente, spiegare le forme con le quali esse interagiscono con le regole del diritto.

L'uso del plurale riferito alla forma assunta dalle relazioni fra le regole dello scambio di mercato e le regole giuridiche vale a sottolineare l'articolazione e la varietà di quelle relazioni: tale pluralità contribuisce, come poi vedremo, a sottrarre spazio ad un'altra forma di assolutizzazione ideologica tendente ora ad affermare la priorità delle regole del mercato sulle regole del diritto, ora invece a sostenere l'intangibilità delle regole di mercato da parte dell'ordinamento giuridico.

L'affermazione del mercato come fatto culturale ci fornisce lo spunto per un approfondimento dei rapporti fra lo stesso e l'organizzazione sociale: questa analisi mira ad evidenziare le interrelazioni fra le diverse forme di organizzazione sociale e la convivenza fra le regole del mercato e le regole del diritto. Su questa base sarà possibile descrivere il ruolo del mercato nelle vicende dello sviluppo del capitalismo e comprendere il significato ed il ruolo delle diverse forme di concorrenza nella definizione della pluralità degli assetti di mercato.

CAPITOLO II

IL MERCATO CONCORRENZIALE E L'ORGANIZZAZIONE SOCIALE

SOMMARIO: 1. L'organizzazione di mercato come una delle forme di integrazione sociale: la critica di K. Polanyi all'assolutezza del modello di mercato autoregolato. - 1.1. L'organizzazione di mercato accanto alla reciprocità ed alla redistribuzione. - 1.2. L'importanza delle relazioni dinamiche fra il mercato e le altre forme di integrazione sociale. - 2. Il mercato e le regole del diritto. - 2.1. Il carattere biunivoco delle relazioni fra mercato e diritto. - 3. La dinamica del mercato concorrenziale ed i suoi correttivi. - 3.1. La logica delle alternative al mercato: il ruolo centrale dell'organizzazione interna dell'impresa. - 3.2. La logica delle necessarie integrazioni: «i fallimenti del mercato» ed «i fallimenti dello Stato». - 3.3. (segue) Le correzioni della «naturale imperfezione» della concorrenzialità del mercato. - 4. Il ruolo della concorrenza nella «qualificazione» del mercato: «la nozione» o «le nozioni» di concorrenza? - 4.1. La concorrenza «perfetta» ed il modello di mercato autoregolato. - 4.2. La consapevolezza della «imperfezione» del meccanismo concorrenziale. - 4.3. La concorrenza «potenziale».

1. *L'organizzazione di mercato come una delle forme di integrazione sociale: la critica di K. Polanyi all'assolutezza del modello di mercato autoregolato*

Dall'uso delle categorie dell'integrazione e dell'istituzione sociale emergono elementi che consentono di ricostruire i contorni delle relazioni di mercato e di abbandonare definitivamente gli angusti spazi dei giudizi di valore fondati su interpretazioni ideologicamente orientate.

L'analisi del ruolo svolto dallo scambio di mercato, una volta che tale nozione sia stata depurata dalle connotazioni prescrittive proprie dell'idea di mercato che si sovrappone e condiziona la vita sociale, ovvero, sul fronte opposto, del mercato come fonte di disgregazione della medesima, è uno degli strumenti di indagine tipici della ricerca sociologica contemporanea.

Questa a sua volta utilizza uno dei parametri dell'azione sociale individuati da Karl Polanyi: si deve infatti a quest'autore la più completa ed esaustiva ricostruzione del ruolo svolto dal mercato nell'ambito dei processi di costruzione della società.

È stato acutamente rilevato come la posizione di Polanyi rispetto al

problema storico della razionalità del capitalismo fosse quella di uno studioso attento all'analisi dei fenomeni sociali: rifiutando il «dogmatismo» dei sostenitori come dei detrattori dell'economia di mercato, Polanyi avrebbe piuttosto manifestato le sue preferenze per quei teorici secondo i quali il contrasto tra capitalismo e socialismo non si riduce alla presenza o meno dell'economia di mercato¹.

Al centro della sua più opera più conosciuta, *La grande trasformazione*, troviamo l'analisi della nascita, dell'evoluzione e del declino della società di mercato idealizzata dall'immagine del mercato autoregolantesi: vedremo in particolare come tutta la sua ricostruzione miri a contestare la presunta assolutezza di tale modello di mercato, ma non l'idea di mercato ed il ruolo che lo stesso ha nell'ambito delle relazioni sociali².

È emblematica in tal senso l'affermazione posta a conclusione dell'iter argomentativo, secondo la quale la disgregazione della società di mercato «non significa in alcun modo l'assenza di mercati»: la presenza di questi è piuttosto una garanzia della libertà del consumatore, contribuisce ad indicare gli spostamenti della domanda, ad influire sul reddito dei produttori ed a servire come strumento di contabilità³.

Le istituzioni di mercato sono del resto descritte come composte da due insiemi sociali, costituiti rispettivamente dai soggetti che rappre-

¹ Così A. SALSANO nell'*Introduzione* a K. POLANYI, *La grande trasformazione*, Torino 1974. In termini analoghi, F. LOMBARDI - R. MOTTA, *Traffici e mercati. L'istituzionalismo di K. Polanyi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, 231 ss., i quali ribadiscono l'equidistanza della posizione dell'autore tanto dall'etica capitalista, come dalla visione marxista delle relazioni sociali: il rifiuto della società liberale fondata sul mercato coesiste quindi con il rigetto di «una società rigidamente impastoiata dalle strutture sociali» (ivi, 249).

² Per un'efficace sintesi della visione storica orientata dalla unicità del mercato v. la posizione di M. FRIEDMANN, *Capitalismo e libertà*, (1962), Pordenone, Ed. Studio Tesi 1987, 19 ss. che afferma: «l'esperienza storica ci dimostra, in maniera inequivocabile, che sussiste una stretta relazione tra libertà politica e libero mercato. Io non conosco assolutamente alcun esempio di una società che non sia stata caratterizzata da una larga misura di libertà politica la quale, nello stesso tempo, non sia stata anche caratterizzata dall'esistenza di un assetto in qualche modo analogo rispetto a quello del libero mercato per organizzare il complesso dell'attività economica».

³ Così K. POLANYI, *La grande trasformazione*, cit., 315 ss.

sentano l'offerta e dai soggetti che rappresentano la domanda: la loro compresenza identifica gli elementi caratteristici del mercato⁴.

La visione tradizionale di questi due elementi tende a descriverli come collegati alla formazione del prezzo: a questa generalizzazione Polanyi ha invece opposto modelli di organizzazione economica in cui la sfera della domanda e quella dell'offerta appaiono come rigorosamente distinguibili e separabili. Ad esempio, nelle aste e nelle gare di appalto è possibile individuare rispettivamente un gruppo di acquirenti ed un gruppo di offerenti: queste forme di scambio avrebbero caratterizzato i rapporti economici fino all'età moderna e quindi fino alla comparsa del mercato regolatore dei prezzi⁵.

In realtà, lo scambio a prezzi contrattati è proprio di una particolare forma di mercato, ovverosia del mercato regolatore dei prezzi: dunque, la nozione di scambio è concetto più ampio rispetto allo scambio di mercato. Anche il prezzo inteso come rapporto quantitativo fra beni diversi determinato sulla base delle contrattazioni appartiene alle economie fondate sullo scambio di mercato. Forme di integrazione sociale diverse dal mercato conoscono forme diverse di quantificazione del valore di scambio: per il sistema fondato sulla reciprocità, Polanyi ricorre alla nozione di equivalenza che non designa l'ammontare di ciò che si deve dare in cambio di una merce, quanto piuttosto ciò che si può richiedere in luogo di essa. Alla base della formazione del sistema dei prezzi di scambio si pone storicamente il regime delle equivalenze che ha rappresentato

⁴ Così K. POLANYI, *Economie primitive, arcaiche e moderne*, a cura di G. DALTON, Torino, 1980, 164 ss.: quando entrambe gli elementi sono presenti si sarebbe in presenza di un'istituzione di mercato. Accanto all'elemento della domanda e dell'offerta vi è poi l'elemento dell'equivalenza, ossia del rapporto di scambio ed in relazione a questo tipo di equivalenza si può parlare di mercati a prezzi fissi o di mercati regolatori dei prezzi. Vi sono infine i c.d. elementi funzionali. Essi si manifestano solitamente separati dalle istituzioni di mercato, ma quando si presentano a fianco dei gruppi che rappresentano la domanda e l'offerta conferiscono a tale istituzione caratteristiche di grande rilevanza pratica: appartengono a tale categoria il sito fisico, le merci presenti, le usanze, la legge.

⁵ K. POLANYI, *Economie primitive, arcaiche e moderne*, cit., 166.

il parametro di riferimento in base al quale è stato possibile fissare in epoche successive il valore di scambio delle merci⁶.

Con questi esempi si è voluto porre in evidenza la storicità del processo che ha condotto alla formazione dello scambio di mercato: l'ampliamento del quadro teorico di riferimento nello studio delle scienze sociali rappresenta in definitiva il principale obiettivo della ricostruzione di Polanyi che confidava nella possibilità teorica di creare un più ampio quadro di riferimento all'interno del quale poter collocare il mercato stesso.

Le radici culturali di queste affermazioni possono essere rinvenute nel clima delle profonde trasformazioni economiche ed istituzionali avviate dopo il primo conflitto mondiale: consapevole della fine di un'epoca caratterizzata dallo sviluppo del capitalismo liberale avviato dalla rivoluzione industriale, Polanyi si oppone all'idea che le istituzioni sociali siano determinate unilateralmente dal sistema economico. Allo sviluppo di tale concezione avrebbero contribuito tanto l'etica utilitaristica liberale che il marxismo popolare: alla fine dell'era della macchina viene associata la fine della costruzione sociale fondata sul mercato, ossia sulla istituzione centrale dell'organizzazione economica del XIX secolo⁷.

In realtà, non è tanto la capacità del mercato di creare e monitorare le relazioni fra la domanda e l'offerta ad essere oggetto della sua analisi critica, quanto piuttosto l'automatismo della regolazione di un mercato al quale si ricollega la struttura della società civile del XIX secolo, società che gli appare totalmente compressa e schiacciata dall'economia. L'organizzazione statale dell'età liberale gli appare infatti dominata da

⁶ Chiarisce in proposito K. POLANYI, op. ult. cit., 167-168, come all'interno di forme di integrazione fondate sulla reciprocità le equivalenze definiscono un ammontare «adeguato» ai rapporti simmetrici in cui stanno le parti. I sistemi di prezzi si sarebbero formati successivamente sfruttando i criteri fissati dalle equivalenze: a tale proposito l'autore ricorda come lo stesso M. WEBER sostenesse che in assenza dei prezzi regolati e fissati per statuto e delle rendite tradizionali, eredità delle corporazioni e dell'economia curtense medioevale, il capitalismo occidentale non avrebbe potuto svilupparsi per la mancanza di una base per le determinazioni dei costi.

⁷ K. POLANYI, *La nostra obsoleta mentalità di mercato*, in *Economie primitive*, cit., 59; sul punto si vedano anche i rilievi di G.P. CELLA, *Reciprocità, redistribuzione, scambio. Note su Karl Polanyi*, in *Stato e mercato*, 1985, 87 ss.

due fondamentali principi organizzativi della società: il primo è quello del liberalismo economico mirante all'istituzione di un sistema autoregolato, fondato sull'appoggio delle classi commerciali ed ispirato alla logica del *laissez-faire*, mentre il secondo è quello della protezione sociale, di un meccanismo fondato cioè su una legislazione protettiva, sulla limitazione degli interventi al fine di garantire «la conservazione dell'uomo e della natura oltre che della organizzazione produttiva»⁸.

L'obiettivo principale della analisi critica svolta da Polanyi non è l'identità del mercato, quanto piuttosto la presunta naturalità⁹ ed assolutezza del modello di mercato autoregolato. La teoria della centralità dell'istituzione mercato rispetto alla vita economica elaborata da Adam Smith sarebbe in realtà divenuta la chiave di interpretazione della società che aveva avuto origine da quel sistema economico: il modello della società di mercato ha finito per assumere una posizione talmente dominante da essere assunto a parametro di interpretazione e di comprensione di qualsiasi forma di organizzazione sociale¹⁰.

La generalizzazione di quel modello contrasterebbe con la limitata vigenza nel tempo di quella forma di costruzione sociale che va ricondotta al capitalismo del *laissez-faire*: è solo limitatamente al periodo storico successivo alla rivoluzione industriale che si può ritenere valido il determinismo economico che accomunerebbe l'e-

⁸ È questa l'efficace descrizione della società liberale contenuta in K. POLANYI, op. ult. cit., 170.

⁹ Vedi in proposito K. POLANYI, *La sussistenza dell'uomo*, Torino, 1983, in cui l'autore esclude che l'economia di mercato possa essere considerata come il fine naturale di 3000 anni di sviluppo occidentale.

¹⁰ È questa la critica che sostiene l'analisi storica dell'economia riassunta nel volume curato da K. POLANYI, *Traffici e mercati negli antichi imperi. Le economie nella storia e nella teoria*, Torino, 1978. Nella nota conclusiva viene ribadita l'idea che la capacità avvolgente del mercato nei confronti dell'economia e della società avrebbe rappresentato un forte ostacolo teorico per l'analisi delle economie delle società antiche: su questa linea teorica si muove anche il contributo di W. NEALE, *Il mercato nella teoria e nella storia*, ivi, 437 ss.. L'autore esclude che l'approccio degli economisti e la teoria del mercato autoregolato possa spiegare la complessa realtà del mercato, dimostrando l'esistenza storica di altre forme di mercato fondate su meccanismi diversi in cui non è dato riscontrare il meccanismo automatico di formazione del prezzo tipico del mercato autoregolato.

conomia classica, l'ideologia del *laissez-faire* ed il socialismo marxiano¹¹.

È un prodotto del capitalismo industriale la trasformazione del lavoro, della terra e delle altre risorse naturali in merci: su questa base tali beni venivano posti sul mercato per essere venduti dando vita al meccanismo della formazione dei prezzi. La valutazione di tali elementi in termini di merci atte allo scambio è però legata allo scambio di mercato: di tale concezione non vi sarebbe traccia nei meccanismi di transazione che hanno preceduto l'avvento della società di mercato.

1.1. L'organizzazione di mercato accanto alla reciprocità ed alla redistribuzione

Nello studio delle diverse forme di integrazione sociale il ricorso all'antropologia economica ha consentito a Polanyi di individuare i fondamenti delle relazioni di mercato, della reciprocità e della redistribuzione.

Mentre la prima è la forma di transazione che caratterizza il capitalismo moderno, nelle economie primitive ed arcaiche avrebbero dominato transazioni redistributive consistenti in esborsi provenienti da un'autorità politica centrale accanto a relazioni di reciprocità fondate su donazioni sociali o comunque su rapporti simmetrici. A differenza delle relazioni di mercato proprie della società liberale, le forme di integrazione fondate sul criterio della reciprocità e della redistribuzione sono inserite all'interno della società: la reciprocità presuppone infatti un'organizzazione in gruppi simmetrici della popolazione così come la redistribuzione presuppone l'individuazione di un capo dell'organizzazione sociale che indirizza la raccolta dei prodotti e fissa i criteri per la loro ripartizione.

Anche all'interno dell'integrazione fondata sullo scambio è opportuno sottolineare come lo scambio che genera integrazione sociale presupponga la contrattazione sul prezzo: attraverso la contrattazione cia-

¹¹ Così G. DALTON, *Introduzione a K. POLANYI, Economie primitive*, cit., XII.

scuna parte tende ad ottenere per sé il massimo dell'utilità economica. Dinanzi a questa realtà tipica ed ineliminabile dello scambio di mercato Polanyi sottolinea l'importanza della consuetudine, assai diffusa nelle società primitive ed arcaiche, di sottrarre allo scambio con prezzi fluttuanti larga parte dei beni di primaria necessità per la sopravvivenza della società. Da ciò si dovrebbe dedurre un ulteriore argomento a favore della tesi di fondo secondo cui non apparterebbe alle società antiche la forma dello scambio fondato sull'istituzione del mercato regolatore dei prezzi¹².

1.2. L'importanza delle relazioni dinamiche fra il mercato e le altre forme di integrazione sociale

Per ciò che riguarda il rapporto fra le diverse forme di integrazione sociale nel tempo, l'unico elemento che l'analisi antropologica di Polanyi omette di evidenziare è il fatto che esse non sono organizzate solo secondo un criterio cronologico. In una stessa fase storica è possibile infatti riscontrare aspetti diversi riconducibili a diverse forme di integrazione: l'esempio più evidente sarebbe proprio quello della redistribuzione che, pur collocandosi storicamente all'interno della società tribali ed arcaiche, fonda l'integrazione dello Stato moderno industriale.

Proprio con riferimento alla successione ed all'interazione fra le diverse forme di integrazione sociale proposte da K. Polanyi si sono quindi appuntate alcune riserve critiche: uno dei limiti rinvenibili nel-

¹² K. POLANYI, *L'economia come processo istituzionale*, in *Economie primitive* cit., 150, individua un parametro per la definizione della forma di integrazione dominante in una determinata fase della storia dell'umanità: il carattere dominante di una determinata forma di integrazione è legato al modo in cui la stessa «comprende» il lavoro e la terra. Mentre le società selvagge sono caratterizzate dal fatto che integrano la terra ed il lavoro nell'economia mediante i legami di parentela, nella società feudale i legami di lealtà decidono del destino della terra e del lavoro che ad essa è legato. Nei grandi imperi delle regioni alluvionali la terra era in larga parte distribuita e, talvolta, redistribuita dalla corte e dal clero così come avveniva per il lavoro servile. L'ascesa del mercato a forma dominante dell'integrazione sociale deriva invece dalla misura in cui la terra ed il cibo sono stati mobilizzati mediante lo scambio ed il lavoro trasformato in una merce liberamente acquistabile sul mercato.

L'originale impostazione di tale autori sarebbe legato proprio alla mancata prospettiva dinamica dell'indagine. In altri termini, il suo contributo all'analisi antropologica delle relazioni economiche si limiterebbe alla descrizione delle forme di integrazione alternative al mercato, senza però spiegare le ragioni per le quali si avvia il processo dinamico di trasformazione dell'una forma nell'altra. Il problema teorico che più resta nell'ombra riguarda infatti i presupposti per la trasformazione delle forme di integrazione ovvero l'analisi in una prospettiva dinamica della loro evoluzione nel tempo¹³.

In verità, ogni epoca dello sviluppo economico ha conosciuto forme di integrazione diverse dal mercato: non si potrebbe altrimenti spiegare il ruolo della famiglia, delle corporazioni, della cooperazione che hanno allocato le risorse in luogo del mercato. Da sempre i principi della reciprocità e della redistribuzione hanno operato sotto forma di comunità familiare o organizzazione di volontariato. Questi criteri non solo hanno operato contemporaneamente, ma vi sono dei settori in cui si è assistito ad un passaggio attraverso diverse forme di integrazione sociale: l'esempio è quello dei servizi di assistenza agli anziani passato dall'organizzazione solidaristica familiare, all'organizzazione di mercato fino all'organizzazione redistributiva statale¹⁴.

L'analisi economica ha in realtà tentato di superare questa lacuna inserendo il tema dell'integrazione sociale all'interno del dibattito sui limiti dell'organizzazione di mercato ed in particolare nell'ottica dei c.d. costi di transazione.

Secondo questa impostazione è possibile spiegare le forme di inte-

¹³ Così D.C. NORTH, *Markets and other allocation systems in history: the challenge of Karl Polanyi*, in *The Journal of European Economic History*, 1977, 703 ss. Per una rassegna delle interpretazioni del pensiero di Polanyi, si veda G.P. CELLA, *Reciprocità* cit., 102 ss.

¹⁴ È questo l'esempio riportato da D.C. NORTH, *Markets and other allocation systems*, cit., 709: «Reciprocity and redistribution are everywhere characteristic today as in the past in resource allocation within households, voluntary organizations, and in government. We take it today (and in the nineteenth century) as «natural» that household and governmental economic, decision making units are redistributive «transactional modes», yet there is nothing immutable about the redistributive activities of either. Throughout economic history, activities (such as, the provision of old-age security) have shifted from households to markets to government».

grazione sociale non di mercato, quali appunto la reciprocità e la redistribuzione, ricorrendo all'impostazione della teoria dei costi di transazione (*transations-cost approach*) elaborata con riferimento a quelle situazioni in cui il ricorso all'organizzazione di mercato risulta fallimentare.

Secondo questa teoria, gli esiti delle relazioni di mercato sono assai più incerti e problematici di quanto non avesse teorizzato l'economia neoclassica nella sua idea del mercato come meccanismo automatico in grado di funzionare senza particolari costi: il mondo delle contrattazioni va al di là dell'ideale della perfezione dello scambio di mercato in cui ciascuna parte agisce conoscendo perfettamente le condizioni e l'oggetto della contrattazione. Quest'ultima contiene invece una serie di elementi imprevedibili quali, ad esempio, il numero dei concorrenti, il costo per l'acquisizione delle informazioni, la correzione delle clausole contrattuali, gli oneri derivanti dalla verifica della qualità del prodotto. Questi costi inciderebbero notevolmente sull'assetto delle relazioni contrattuali e quindi sullo stesso assetto del mercato: basti pensare al fatto che in presenza di un ridotto numero di acquirenti e di offerenti si crea una situazione di monopolio nel quale le parti preferiscono stipulare contratti a lungo termine al fine di assicurarsi un commercio duraturo e stabile.

Una delle forme attraverso le quali è possibile ridurre al minimo i costi di transazione derivanti dall'incertezza delle relazioni contrattuali è proprio la reciprocità: essa rappresenta infatti una soluzione che riduce al minimo i costi della contrattazione dal momento che non esiste un sistema di regole attraverso le quali rendere obbligatori i termini e le condizioni della contrattazione¹⁵.

Nella reciprocità descritta da Polanyi le regole sulle quali si fonda l'integrazione sociale provengono da relazioni di amicizia, di parentela ovvero da vincoli gerarchici: sulla loro permanenza e sulla loro stabilità si sarebbe fondata una equa e pacifica allocazione delle risorse naturali¹⁶.

¹⁵ In questi termini D.C. NORTH, op. ult. cit., spiega il significato del ricorso all'integrazione fondata sulla reciprocità.

¹⁶ G. DALTON, *Introduzione* a K. POLANYI, *Economie primitive*, cit., XII e XIX, riassume le finalità dell'analisi antropologica dell'economia condotta dal suo maestro

In una organizzazione sociale in cui prevalgono le obbligazioni derivanti da vincoli di parentela o di affiliazioni tribali che indirizzano e conformano la struttura dei rapporti economici può dunque essere letta anche come forma alternativa al mercato in grado di eliminare alla radice le inefficienze dello stesso derivanti dai costi e dai rischi della libera contrattazione di mercato¹⁷.

Grazie a queste preziose integrazioni fornite dall'analisi economica contemporanea l'indagine sui rapporti fra sistema sociale e sistema economico continua a ruotare attorno al mercato ed ai suoi limiti: i limiti suddetti possono, a seconda delle impostazioni, essere denominati «fallimenti del mercato» ovvero legittimare il ricorso a sistemi alternativi fondati non sull'impersonalità e sulla presunta automaticità dello scambio di mercato, ma piuttosto costruiti su relazioni sociali, siano esse paritarie e quindi oggetto di contrattazione fra privati (reciprocità), che imposte da una autorità politica (redistribuzione). Molto spesso sono stati proprio i limiti dell'organizzazione di mercato a rendere necessario il ricorso a forme alternative di allocazione delle risorse e quindi a criteri di relazione sociale diversi rispetto a quelli che dominano la cosiddetta società di mercato¹⁸.

Viene in tal modo chiarita la relazione dinamica fra l'organizzazione di mercato e le forme alternative di integrazione sociale: è contestualmente allo sviluppo delle relazioni di mercato che emergono i suoi limiti ed in relazione agli stessi si attiva, in una determinata area, il processo di sostituzione dell'organizzazione di mercato con una delle alternative descritte dall'analisi di Polanyi. Questo processo di trasformazione è talora immanente alla stessa vigenza dell'organizzazione di mercato: nell'evoluzione storica il mercato regolatore dei prezzi del resto non ha mai completamente dominato, neppure nel XIX secolo, le decisioni economiche. Le istituzioni della famiglia, del potere politico

in un piccolo grafico nel quale ad ogni forma di integrazione sociale corrisponde una relazione sociale che Polanyi assumeva come sottostante all'integrazione: la reciprocità presuppone rapporti di amicizia, parentela, status, gerarchia, la redistribuzione si fonda sull'affiliazione politica o religiosa mentre allo scambio di mercato non corrisponde alcuna forma di relazione sociale.

¹⁷ Così, in conclusione, D.C. NORTH, *Market and other allocation systems*, cit., 715.

¹⁸ In tal senso, G.P. CELLA, *Reciprocità*, cit., 108.

e della cooperazione sono sempre state dominate dal criterio della reciprocità, fondato su rapporti parentali, e da quello della redistribuzione, basato sulla presenza di un'autorità politica centrale.

La naturale coesistenza fra le diverse istituzioni sociali e quindi fra le diverse forme di integrazione sociale impone un'analisi non già fondata sulla logica della contrapposizione ovvero della distruzione dell'una forma a vantaggio dell'altra: è ancora una volta la complessità delle relazioni di mercato che favorisce l'allontanamento dallo scambio di mercato, così come talora è stata la complessità delle relazioni sociali ad aver favorito il passaggio dalle relazioni personali fondate su vincoli familiari a forme di organizzazione statale o magari alle relazioni di mercato¹⁹.

2. Il mercato e le regole del diritto

La critica della presunta originarietà ed assolutezza del modello di organizzazione sociale fondato sul mercato ha avuto il pregio di ampliare l'orizzonte dell'indagine sulle diverse forme di interazione fra la

¹⁹ È questa la tesi di fondo che ispira la ricerca di P.D. CURTIN, *Mercanti, commercio e cultura dall'antichità al XIX secolo*, Roma-Bari, 1988, 92, il quale ricorda che i concetti di reciprocità, redistribuzione e di scambio sono stati presenti nella gran parte delle economie. Quanto alla successione nel tempo delle tre forme di integrazione sociale dalla sua ricerca emergono dati che contrastano con l'impostazione di Polanyi, volta a circoscrivere lo scambio di mercato al XIX secolo: l'autore dimostra piuttosto come non corrisponda al vero il passaggio dalla «naturalità» della reciprocità alla «costruzione» della redistribuzione e dello scambio. Mentre infatti la reciprocità sarebbe esistita in tutti i periodi della storia, esistono testimonianze sulla presenza del mercato fin dalle epoche più antiche; diverso è invece il discorso sulla redistribuzione che, in quanto fondata su un'autorità centrale, presuppone un certo grado di evoluzione dello Stato burocratico. Osserva in proposito G. TARELLO, *Il diritto e la funzione di distribuzione dei beni*, in S. CASTIGNONE, R. GUASTINI, G. TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Ecig, Genova, 1979, 195, come non si possa certo negare al mercato il ruolo di sistema di allocazione dei beni dal momento che le società «storiche» hanno sempre riservato un ambito più o meno esteso a questo meccanismo di distribuzione: esso sarebbe invece assente nelle società «preistoriche» ed in quelle «extrastoriche», ovvero culturalmente diverse (quale ad esempio la società degli indiani del Mato grosso) fondate prevalentemente sul meccanismo della reciprocità.

struttura economica e le relazioni sociali. Su queste basi teoriche è possibile ricondurre nelle sue dimensioni storiche e culturali un altro «presunto» dogma: l'idea cioè del mercato quale organizzazione in grado di trovare esclusivamente al suo interno le regole e le garanzie per un corretto funzionamento.

La costruzione neoclassica del mercato autoregolato viene tradizionalmente ricondotta all'interno del modello culturale dello Stato liberale in cui non era solo lo Stato a doversi autolimitare ad alcune funzioni essenziali, ma anche gli interventi del diritto venivano concepiti in funzione della salvaguardia e di tutela esterna dei diritti economici, espressione della parte della società economicamente e politicamente attiva ²⁰.

In realtà, non si può negare il ruolo del diritto nell'influenzare le dinamiche del mercato: è piuttosto opportuno individuare le forme attraverso le quali il diritto si inserisce nella dinamica dell'organizzazione di mercato.

Vi sono almeno due momenti in cui le regole del diritto condizionano gli scambi di mercato. La prima ipotesi è a monte dello scambio in quanto si riferisce ai presupposti del rapporto di scambio ed attiene alle forme ed al contenuto della negoziazione: è evidente che le regole civilistiche sulla capacità di contrarre o sulla inalienabilità di determinati beni influenzano sotto il profilo soggettivo ed oggettivo le proporzioni del rapporto di scambio. La regolamentazione del mercato su base giuridica si ottiene mediante una congrua limitazione giuridica dello scambio o della libertà della lotta di prezzo e di concorrenza: tale situazione può derivare dalla regolamentazione del prezzo, da una limitazione della disponibilità di determinati beni sul mercato mediante monopoli garantiti giuridicamente ovvero da limitazioni giuridiche imposte alla libertà dell'agire economico ²¹.

²⁰ Ricorda J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari, 1994, 99, che nella cultura della società civile borghese, il sistema della libera concorrenza è concepito come un sistema in grado di autoregolarsi: è proprio dalla assenza di interferenze con questo meccanismo di scambio che deriverebbe la garanzia del benessere di tutti e dell'equità in relazione alle rispettive capacità individuali.

²¹ Così M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1961, vol. I, 78. L'autore enumera almeno quattro forme di regolamentazione del mercato: accanto alla regolamentazione su base giuridica, vi è la regolazione tradizionale fondata sull'abitudine tra-

L'altra situazione in cui le regole del diritto possono intervenire si trova a valle del rapporto di mercato: è sulla entità di tale area che si inserisce il problema della «misura» dell'intervento pubblico sulle relazioni di mercato. È evidente come i sostenitori dell'idea di mercato come luogo della libertà tendano a restringere tale area, mentre la stessa rappresenta un correttivo necessario ed indispensabile per la opposta versione del mercato come luogo della concorrenza priva di regole e come tale destinato all'autodistruzione.

Anche in questo caso le soluzioni teoriche estreme non aiutano a comprendere la complessità del fenomeno: è stato opportunamente evidenziato che il rapporto fra diritto e mercato è un rapporto dinamico nel senso che non esiste perfetta coincidenza fra le vicende del mercato e le evoluzioni delle corrispondenti relazioni giuridiche. In altri termini, il fatto che la fase negoziale che precede lo scambio sia in larga misura condizionata dalle regole del diritto non significa che tutta l'intera vicenda dello scambio di mercato resti all'interno delle relazioni giuridiche: esiste piuttosto una vasta area di relazioni che sfugge alle operazioni giuridiche in quanto il mercato non può essere ridotto ad una semplice sommatoria dei rapporti negoziali che avvengono sulla base e secondo i principi dettati dal diritto.

La non coincidenza fra le regole del diritto e l'area delle relazioni di mercato deriva dal fatto che quest'ultima comprende tutta una serie di pratiche informali che non rispondono a regole predeterminate e costanti in quanto è su questo spazio che si misurano le possibilità di azioni che sono rivolte al raggiungimento di un utile economico ²². La non perfetta congruenza fra la regolazione del diritto e le dinamiche

mandata di limitare lo scambio per determinate categorie di beni, la regolazione di tipo convenzionale derivante da una disapprovazione sociale della commerciabilità di talune prestazioni di utilità, ovvero del meccanismo del prezzo applicato a determinate cerchie di persone. Vi è, infine, la regolamentazione cd. volontaria fondata sull'interesse delle parti: questo tipo di regolamentazione tende a manifestarsi laddove determinati soggetti interessati allo scambio si trovino in una posizione dominante rispetto alla disponibilità di determinate categorie di beni e quindi sono in grado di influenzare la situazione di mercato, eliminando di fatto la libertà degli altri operatori. È questa la descrizione della posizione monopolistica fornita da M. Weber, il quale pone le intese per la regolamentazione del mercato alla base della formazione di monopoli e di cartelli di prezzi a carattere volontario.

²² In tal senso M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, cit., 95, che sintetizza con il

del mercato trova del resto conferma nella c.d. teoria dei costi di transazione, formula che comprende i costi della negoziazione la cui preventiva regolazione e determinazione è di fatto impossibile proprio a causa della mobilità ed imprevedibilità delle relazioni economiche che si svolgono all'interno del mercato.

È del resto indicativo il fatto che la conferma della non congruenza fra l'area delle relazioni giuridiche e lo spazio delle relazioni di mercato provenga proprio da uno dei capitoli fondamentali della teoria dei fallimenti del mercato: la presenza dei costi di transazione ha contribuito a porre in discussione l'idea del mercato come luogo della concorrenza perfetta. Questa nozione è a sua volta espressione di una visione giusnaturalistica dei diritti e delle relazioni economiche. Il mercato concepito come un meccanismo in cui prevale il principio della razionalità economica è il parallelo della concezione dei diritti naturali: il sistema di mercato contiene così una trama di collegamento con la libertà dei singoli individui contribuendo a porre le azioni economiche in un'area di insindacabilità da parte della politica²³.

L'allontanamento dalla prospettiva dei diritti naturali e dalla razionalità naturale dei comportamenti individuali contribuirebbe a porre in crisi l'intero sistema economico fondato sulla razionalità del mercato e dell'equilibrio derivante dalla concorrenza perfetta. Emerge piuttosto il problema della giustizia dell'agire economico²⁴; ad esso si accompagna il passaggio dai diritti naturali ai diritti socialmente giustificati, alla introduzione dei diritti sociali che spostano inevitabilmente

termine di *bargaining* l'insieme delle relazioni sociali che si svolgono sul mercato in cui gli attori interagiscono spinti dalla volontà di misurarsi reciprocamente sul terreno economico: la caratteristica di questo spazio è la sua mobilità e la sua imprevedibilità rispetto alle relazioni rette da standards giuridici.

²³ M.R. FERRARESE, op. ult. cit., 103 ss., ricorda il parallelo esistente nella dottrina economica neoclassica fra la funzione del mercato ed il significato del riconoscimento dei diritti naturali dell'uomo. La logica dei diritti naturali conduce verso una forma di assolutizzazione delle facoltà individuali anche in campo economico e le colloca in un'area di insindacabilità rispetto al controllo politico; il mercato concepito come un meccanismo crea uno schema di collegamento tra le parti e l'insieme ed al tempo stesso rende tale schema di collegamento naturalisticamente determinato e quindi imm modificabile.

²⁴ Sul tema si veda J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982.

il centro dell'attenzione dal meccanismo impersonale del mercato a quello della direzione statale degli interventi, stante la natura tipica delle libertà positive.

Il superamento della visione meccanicistica della perfetta congruenza fra la razionalità del sistema e la razionalità delle naturali libertà individuali mostra però l'esistenza di una trama di rapporti che si svolgono sul mercato e che sfuggono alla trama delle previsioni giuridiche. Una volta superata la visione meramente teorica dei rapporti di mercato fondati sull'equilibrio della concorrenza perfetta appare evidente la non perfetta congruenza fra le relazioni giuridiche e le relazioni di mercato: ciò pone il problema di identificare la natura di queste ultime nonché il modo in cui si caratterizzano i rapporti esterni all'area della regola giuridica.

Tale possibilità è esclusa in radice dalle analisi che rimproverano alla cultura sociologica il fatto di considerare esclusivamente la funzione del diritto rispetto alla regolamentazione preventiva del mercato e di non valutare il ruolo del sistema giuridico nella allocazione delle risorse e nel perseguimento dell'obiettivo dell'efficienza economica²⁵.

Ciò che in altre parole viene rimproverato alla dottrina sociologica del diritto ed in particolare alla costruzione di Max Weber è il fatto di considerare l'agire secondo le regole del mercato come un agire razionale e di sottolineare al contempo l'esistenza di aree

²⁵ Per un'analisi critica dell'indagine sociologica sul rapporto fra il diritto ed il mercato, si veda G. REBUFFA, *Il sistema delle relazioni economiche nell'analisi della tradizione sociologica: diritto e mercato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983, 123. Alla base di tale impostazione vi sarebbe proprio l'idea weberiana della separatezza fra l'area dell'economia e quella del diritto ed in particolare il principio secondo il quale un determinato ordinamento giuridico può rimanere immutato nonostante che le relazioni economiche si modifichino radicalmente dal momento che «il diritto (in senso sociologico) non garantisce soltanto interessi economici, bensì gli interessi più diversi, dai più elementari, come la tutela della sicurezza personale, fino ai beni puramente ideali come l'«onore» proprio e quello di potenze divine. Sono queste le conclusioni formulate da M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, 332 ss..

di relazioni sociali che vanno oltre il momento dello scambio e che non sono quindi né prevedibili né razionali²⁶.

Nella analisi di Weber il mercato rappresenta in primo luogo una delle forme dell'agire di comunità: la comunità di mercato viene infatti qualificata come una delle forme di organizzazione sociale in relazione all'economia. Ciò che rileva ai nostri fini è la complessità della struttura di mercato che viene definito come «un insieme di associazioni razionali ciascuna delle quali è specificamente effimera in quanto si dissolve con la consegna dei beni che sono oggetto dello scambio»: accanto a questo momento esiste però una trama di rapporti che costituiscono l'oggetto del cd. «mercanteggiare». È quest'ultima attività preparatoria rispetto al momento dello scambio che costituisce un agire di comunità e che fuoriesce dal mercato inteso in termini di luogo dello scambio.

All'interno della comunità di mercato l'agire dei singoli non è mai rigorosamente limitato alla previsione del comportamento della controparte, ma è invece legato anche alle scelte di tutti i potenziali soggetti interessati allo scambio.

2.1. Il carattere biunivoco delle relazioni fra mercato e diritto

Nell'affermazione di Weber relativa alla razionalità ed all'impersonalità dello scambio che si svolge nella comunità di mercato non si deve tuttavia leggere l'esaltazione del mercato autoregolato: si sottolinea piuttosto la differenza sostanziale che separa la comunità di mercato, fondata sul rapporto contrattuale, dal mercato abbandonato alla sua autonormatività. È in quest'ultimo, nel modello cioè caro all'economia classica, che prevarrebbe la dignità della cosa in luogo della dignità della persona umana.

A questo rilievo è collegato il principio fondamentale dell'etica di mercato la quale si traduce nella legalità razionale ovvero nella cer-

²⁶ G. REBUFFA, op. cit., 147, rimprovera a Weber una certa dipendenza dall'impostazione economica neoclassica nel considerare il mercato come il principio ordinatore di ogni agire sociale razionale.

tezza e nell'intangibilità di quanto è stato promesso²⁷. La garanzia del mantenimento della legalità è cioè legata alla supposizione di ciascuno che anche la controparte o gli altri potenziali contraenti abbiano un interesse a mantenere ed a coltivare anche per il futuro quel tipo di relazioni economiche²⁸. L'immagine che emerge è dunque quella di un sistema complesso tendente però alla stabilità in virtù di regole di comportamento che i singoli operatori osservano considerando prevedibile l'ipotesi che anche gli altri contraenti, sia effettivi che potenziali, si comportino nella stessa maniera.

Se la fiducia di Weber nella prevedibilità dei comportamenti all'interno della comunità di mercato è stata posta in dubbio dalla teoria dei costi di transazione, teoria che tende piuttosto a dipingere le relazioni di mercato come fondate sull'incertezza, sulla non prevedibilità delle scelte e sulla disomogeneità della diffusione delle informazioni, certo è che resta confermata la pluralità delle relazioni di mercato e la possibilità che queste si svolgano in un'area che non sempre coincide con quella della regolazione giuridica.

Tanto l'idea della prevedibile razionalità delle relazioni di mercato che l'opposta analisi dei limiti e dei fallimenti del mercato muovono dalla affermazione della trama delle relazioni che si formano sul mercato e che conducono ad un'accezione allargata dell'idea originaria dello scambio. La densità delle interrelazioni che si svolgono sul mercato costituisce un dato oggettivo che contribuisce a definire le dimensioni del singolo mercato.

Il funzionamento delle relazioni di mercato non risponde a criteri di prevedibilità e di razionalità e questi limiti sono stati ampiamente studiati dalla teoria dei fallimenti del mercato che ha consentito di superare l'idea della prevedibilità e della razionale omogeneità dei comportamenti economici: tali affermazioni non forniscono tuttavia argomenti sufficienti per dubitare della stessa esistenza delle relazioni di mercato.

²⁷ Così M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, 620.

²⁸ M. WEBER, op. ult. cit., 621, afferma che la garanzia della legalità della controparte riposa sulla reciproca e, di regola, giustificata supposizione che ognuno dei due abbia un interesse a continuare anche per il futuro le relazioni di scambio e che perciò manterrà le promesse fatte e si asterrà per lo meno da violazioni clamorose della buona fede.

È in questa prospettiva che si collocano le ricerche della moderna sociologia economica. Sulla base delle categorie elaborate da Polanyi, l'analisi sociologica valuta lo scambio di mercato all'interno delle diverse forme di integrazione sociale, quali la reciprocità e la redistribuzione: il presupposto da cui muove tale indagine è proprio la non fondatezza dell'idea secondo cui il mercato avrebbe la forza di omologare in assoluto i comportamenti degli attori economici.

Piuttosto, la politicità dell'agire economico e la necessità di una qualche forma di limitazione sono implicitamente ammesse da Weber proprio nella misura in cui lo stesso definisce le forme di regolazione del mercato. Abbiamo già ricordato come la regolazione in questione derivi dagli usi e dalle tradizioni, dal diritto, ovvero da forme di accordi convenzionali: a queste forme di regolazione corrisponde l'implicito riconoscimento della valenza politica dello scambio di mercato. Ciò vale ad inserire lo stesso all'interno di un circuito in cui gli attori sociali, primi fra tutti l'organizzazione statale, interagiscono con le regole del mercato²⁹.

Tale circolarità fra le relazioni di mercato e le regole del diritto e della politica è ancora una volta legata al superamento dell'idea del mercato come luogo naturale in grado di autoregolarsi al riparo da qualunque interferenza con l'ordinamento sociale e politico. Non esistendo in sostanza, tranne che nell'ambito degli astratti modelli economici, un mercato allo stato puro, in grado cioè di garantire al suo interno l'automatico rispetto delle sue regole, non è possibile immaginare l'assoluta indipendenza del mercato dal sistema giuridico che ha invece il compito di sostenerlo³⁰.

La tradizione sociologica che continua ad utilizzare le categorie del pensiero weberiano è dunque perfettamente consapevole delle interferenze fra il sistema economico e quello politico: lungi dal considerare

²⁹ Sono i presupposti della ricerca di M. MAGATTI, *Mercato e forze sociali*, Bologna, 1991, 22-23.

³⁰ Queste premesse appartengono alla cultura della sociologia economica: M. MAGATTI, *Il mercato e le sue regole. Sui limiti dell'impresa come soggetto di modernizzazione*, in *Stato e mercato*, 1994, 69 ss., sottolinea come il mercato sia al tempo stesso un'istituzione centrale ed al contempo artificiale, nel senso che sarebbe assurdo parlare di mercato puro in contrapposizione ai sistemi politici. Il mercato appare piuttosto come un meccanismo contrattato a livello politico (p. 81).

la nascita e lo sviluppo del mercato come un evento «naturale», tale cultura riconosce piuttosto il mercato come costruzione istituzionale, come progetto da realizzare e non come un dato immutabile.

In termini analoghi viene risolto anche il problema della garanzia della concorrenza, di quel meccanismo che consente cioè il rispetto delle regole del mercato: essa difficilmente opera in un sistema privo di interferenze e di condizionamenti ed è anzi soggetta alle distorsioni ed alle deviazioni tipiche di un sistema in cui la circolazione delle informazioni non avviene in modo equilibrato ed equo, ma favorisce piuttosto la formazione di posizioni di potere privato che finiscono per limitare, quando addirittura non eliminano, la concorrenza medesima³¹.

Se il rapporto fra diritto e mercato è, per le ragioni ora viste, articolato e dinamico, non meno complessa è la relazione fra mercato ed efficienza economica: per comprendere questo aspetto è opportuno approfondire le teorie delle correzioni e delle alternative al mercato concorrenziale.

3. La dinamica del mercato concorrenziale ed i suoi correttivi

Uno degli argomenti utilizzato nelle analisi fino ad oggi condotte sul rapporto fra la concorrenza ed i principi costituzionali in materia economica si fonda sull'idea che la prospettiva di indagine avente ad oggetto i temi del mercato, oltre agli insuperabili problemi di definizione sostanziale che tale nozione presenta, condurrebbe a privilegiare unilateralmente la prospettiva dell'efficienza economica. Tale prospettiva mal si concilierebbe con l'impianto personalistico che sostiene la nostra Carta costituzionale e quindi anche con la Parte Terza dedicata ai rapporti economici: non il materialismo economico sarebbe stato infatti assunto a principio fondante del passaggio alla Costituzione re-

³¹ M. MAGATTI, op. ult. cit., 75, oppone al modello classico del mercato in cui il sistema dei prezzi avrebbe dovuto garantire l'impersonalità e l'eguaglianza dello scambio, la realtà del concreto funzionamento dei mercati ove è proprio il controllo delle fonti di informazione privilegiate che permette di creare quelle posizioni di potere che costituiscono il presupposto per l'alterazione del rapporto tra concorrenza e legalità.

pubblicana, ma piuttosto il valore della dignità della persona accanto al valore della socialità, inteso come protezione dei diritti individuali anche nell'ambito delle formazioni sociali³².

Questo problema è in realtà emerso in tutta la sua forza in occasione dell'adesione del nostro paese al Trattato di Maastricht: il dibattito si è infatti sviluppato attorno al tema della compatibilità del nostro sistema costituzionale con i principi fondamentali che ispirano la costituenda Unione Europea all'interno dei quali sarebbe assente ogni riferimento ai valori dell'eguaglianza e dell'equità sociale a tutto vantaggio della centralità riservata al principio sancito nell'art. 3 A che identifica nel mercato aperto ed in libera concorrenza il criterio-guida dell'azione economica della Comunità e dei singoli Stati membri³³.

In realtà, il fatto di porre l'equazione fra la logica del mercato ed il parametro dell'efficienza economica, seppure appartiene alla formazione della nozione di mercato, costituisce una semplificazione della complessità dei rapporti fra sistema economico ed ordinamento giuridico. La semplificazione che generalmente accompagna le formule di sintesi merita piuttosto di essere analizzata in termini problematici: la prospettiva teorica del mercato perfettamente funzionante, e quindi assolutamente efficiente, può considerarsi ampiamente superata anche all'interno della stessa cultura liberale che, grazie al contributo di Hayek, ha dovuto confrontarsi con le imperfezioni della concorrenza, imperfezioni che sono la proiezione dei limiti del processo di formazione della conoscenza umana. È opportuno ribadire a questo proposito come il ruolo dell'intera scuola austriaca, ed in particolare di Hayek, non possa essere riduttivamente sintetizzato nel tentativo di legittimazione unilaterale dell'economia di mercato: l'ordine spontaneo rappresenta infatti la base teorica della ricerca di un sistema in grado di conciliare

³² È l'impostazione che sostiene l'analisi svolta da R. NIRO, *Profili costituzionali dell'antitrust*, cit., passim.

³³ Il problema è stato sollevato da M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol.dir.*, 1992, 557 e successivamente ripreso da C. MARZUOLI, *Mercato e valore dell'intervento pubblico*, in *Le regioni*, 1993, 1593 e da G. FERRARA, *Dell'eguaglianza*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Bari, 1995, 27.

l'efficienza, intesa come razionale allocazione delle risorse, con la libertà individuale e con i concetti di ordine e di democrazia³⁴.

3.1. *La logica delle alternative al mercato: il ruolo centrale dell'organizzazione interna dell'impresa*

La difficoltà di analizzare le dinamiche del mercato unicamente sotto il profilo dell'efficienza è storicamente testimoniata dai risultati delle analisi aventi ad oggetto lo sviluppo capitalistico al quale è possibile guardare anche da prospettive diverse da quelle del mercato concorrenziale.

Una prima ragione di riflessione proviene dal ruolo assunto nell'ambito dell'evoluzione del capitalismo monopolistico dalla struttura interna dell'impresa. Nella ricostruzione di J.K. Galbraith la complessità dell'assetto societario, l'evoluzione del modello della società per azioni, la polverizzazione e la successiva concentrazione del capitale – di cui il sistema americano offre un valido esempio – porrebbe le dinamiche del mercato a continuo confronto con la crescita legata all'evoluzione interna delle imprese. Il primo limite del mercato concorrenziale deve essere dunque riferito all'evoluzione tecnologica, quella stessa evoluzione che nell'analisi di Schumpeter è stata posta al centro del meccanismo concorrenziale fondato sulla corsa all'innovazione tipica del capitalismo moderno.

L'oggetto principale della polemica è ovviamente l'idea, cara alla tradizione economica classica, dell'equilibrio di mercato che presupponeva una situazione di mercato caratterizzata da imprese molto piccole in grado di non influenzare la formazione del prezzo che si formava in modo anonimo ed in condizioni concorrenziali. Sulla base dell'idea già elaborata da Marx si è venuta consolidando l'ipotesi teorica

³⁴ Così R. CUBEDDU, *Il liberalismo della Scuola austriaca*, cit., 488 ss. Nel sintetizzare la filosofia politica della Scuola austriaca l'autore non manca di precisare che nonostante l'intera costruzione di Hayek si fondi sul valore della soggettività, ignorando qualsiasi idea di «bene comune», tale valore risulta inserito all'interno di un'organizzazione statale che dovrebbe consentire a tutti i diritti soggettivi di manifestarsi in un sistema in cui si concili una libertà, che è cosa diversa dalla licenza, con un ordine che non deve trasformarsi in strumento di oppressione.

che il potere di mercato sia effettivamente detenuto da coloro che sono in grado di controllare il capitale e di decidere quindi prezzi e salari, di determinare gli investimenti, di stabilire la produzione. Rispetto a questo quadro dell'economia capitalistica americana, Galbraith pone in luce l'importanza del controllo del capitale da parte di alcuni grandi azionisti che si sarebbero definitivamente sostituiti ai proprietari del capitale: il declino dell'immagine dell'impresa classica fondata sullo sfruttamento del capitale sarebbe in larga misura legata alla «nascita» di un nuovo fattore di produzione rappresentato dalla cosiddetta tecnostruttura, ovvero sia dalla combinazione di persone diverse per competenza tecnica imposta dalla moderna tecnologia industriale e dalla pianificazione³⁵.

La tecnostruttura è lontana sia dal mercato che dallo Stato nel senso che essa è in grado di sostituire entrambe i fattori tradizionalmente essenziali nel processo di allocazione e di organizzazione delle risorse: con la perdita del controllo dell'impresa da parte del capitale sarebbe quasi automaticamente venuta meno la possibilità del controllo dell'impresa elaborata dal socialismo democratico. Per ciò che attiene alla funzione di questa nuova organizzazione dell'impresa, va subito precisato che il principio al quale essa si ispira resta quello della pianificazione: l'impresa, e non lo Stato, sarebbe divenuta la cellula base della pianificazione nel corso dell'evoluzione propria delle economie occidentali³⁶.

La pianificazione che vede protagonista l'organizzazione dell'impresa si sostanzia in una serie di scelte strategiche che coinvolgono

³⁵ Sono queste le premesse da cui muove l'analisi di J.K. GALBRAITH, *Il nuovo Stato industriale*, Torino, 1968, 44 ss. In realtà – sostiene l'autore – il potere è passato a quello che qualcuno in cerca di novità potrebbe con ragione definire un nuovo fattore della produzione: la combinazione di persone diverse per competenza tecnica, per esperienza o per altre capacità, richiesta dalla moderna tecnologia industriale e dalla pianificazione. Tale fattore si estende dalla direzione dell'attuale impresa industriale fino al gradino immediatamente superiore alla forza-lavoro ed abbraccia un gran numero di persone e una vasta gamma di capacità. È dall'efficienza di questa organizzazione che, come la dottrina fatta propria da gran parte del mondo degli affari ora implicitamente riconosce, oggi dipende il successo dell'impresa (ivi, 53).

³⁶ L'impresa, secondo la teoria di J.K. GALBRAITH, *Il nuovo Stato industriale*, cit., 93 sarebbe divenuta nelle economie occidentali l'unità base della pianificazione, mentre nel sistema sovietico tale ruolo spetta ancora allo Stato.

prezzi, costi e livello della produzione e che sono ovviamente ispirate al calcolo economico ed al perseguimento di sempre maggiori profitti: in tal modo l'impresa verrebbe però ad essere sottratta dall'imposizione della regola dell'efficienza da parte del mercato. In altre parole, la tecnostruttura dovrà continuare a garantire all'impresa la maturazione di utili sufficienti a mantenere un certo livello di redditività: questo livello è a sua volta funzionale al mantenimento di una condizione di autonomia finanziaria da parte dell'impresa. Una volta che sia garantita la corrispondenza fra il perseguimento degli utili ed il mantenimento dell'autonomia delle scelte operate dalla tecnostruttura, Galbraith immagina la possibilità che l'organizzazione imprenditoriale rivolga la sua attenzione verso il perseguimento di finalità diverse dall'efficienza economica, realizzando così concretamente quella alternativa fra obiettivi diversi, alternativa che era invece sostanzialmente negata dalla unidirezionalità del rapporto fra mercato ed efficienza.

La stessa capacità del mercato di favorire l'efficiente allocazione delle risorse è stata addirittura relegata nell'area del «mito» dell'economia di mercato: alla visione teorica è stata opposta l'immagine concreta dell'economia creatrice di valore che si fonda sul coordinamento, sulla pianificazione e sulla capacità organizzativa dell'impresa. La lontananza di questa posizione dalle categorie dell'economia neoclassica è legata al netto rifiuto dell'automatismo e dell'impersonalità del meccanismo di mercato: tali caratteristiche apparirebbero al capitalismo familiare della Gran Bretagna di fine Ottocento mentre l'evoluzione del capitalismo americano sembra piuttosto legata alla capacità dell'organizzazione della grande impresa industriale di svolgere, attraverso i managers, quel «coordinamento pianificato» di divisione del lavoro divenuta sempre più specializzata e complessa³⁷.

Il passaggio verso il coordinamento amministrativo svolto dai vertici

³⁷ In tal senso W. LAZONICK, *L'organizzazione dell'impresa e il mito dell'economia di mercato*, Bologna, 1991, 90 ss.: in un sistema perfettamente concorrenziale non esistono organizzazioni di venditori e di acquirenti dal momento che nel perseguimento dell'interesse individuale i compratori competono fra loro per accedere al mercato di beni e servizi, mentre i venditori sono in concorrenza per arrivare al denaro dei compratori. La caratteristica dell'organizzazione di impresa è invece il coordinamento pianificato delle attività di gruppi di individui partecipi di una divisione del lavoro lungo linee gerarchiche e funzionali.

delle grandi imprese segna anche il superamento della cultura individualistica propria dell'etica liberale fondata sulla assoluta fiducia nelle regole del mercato: in luogo dell'individualismo e dell'idea dell'efficienza intesa come mera sommatoria degli interessi dei singoli³⁸, lo sviluppo del capitalismo monopolistico pone al centro del sistema l'impresa intesa come organizzazione sociale, inserita cioè nelle dinamiche della collettività³⁹.

Per quanto riguarda il rapporto fra l'organizzazione economica fondata sul ruolo delle grandi imprese e la garanzia della libertà individuale viene superata l'obiezione della cultura liberale tradizionalmente preoccupata delle possibili ingerenze del potere politico sulle scelte economiche poiché essa non terrebbe conto del fatto che all'interno della tecnostuttura le singole individualità e le singole decisioni gestionali tendono ad essere subordinate all'interesse complessivo dell'organizzazione: la grande impresa moderna tende ad operare all'interno dello Stato nel senso che diventa sempre più una parte del complesso amministrativo pubblico. Parlare di libertà dell'imprenditore dalle ingerenze del potere statale sarebbe quantomeno inutile all'interno del sistema americano che fa da sfondo alle ricostruzioni teoriche ora esaminate: i rapporti che si instaurano fra la grande impresa e lo Stato appaiono solidamente fondati sulla necessità del finanziamento statale delle spese derivanti dall'evoluzione tecnologica, sull'influenza che le grandi imprese hanno sulle scelte dei consumatori e sull'importanza delle commesse statali nel settore dell'organizzazione militare e spaziale⁴⁰.

³⁸ Per un'analisi dell'idea di libertà innata nello scambio di mercato cfr. M. FRIEDMANN, *Capitalismo e libertà*, cit., 24 ss.

³⁹ Nel porre al centro il meccanismo del mercato gli economisti avrebbero dimenticato di analizzare il ruolo sempre più importante dell'impresa collettiva nel generare lo sviluppo economico: la conclusione cui giunge W. LAZONICK, *L'organizzazione*, cit., 448 è invece legata alla constatazione che sarebbero sempre di più le imprese e non i mercati a garantire lo sviluppo e l'utilizzazione delle risorse produttive, le strategie e le strutture delle imprese; sono dunque le imprese le effettive protagoniste della determinazione, in qualità e quantità, delle scelte di mercato disponibili per i singoli.

⁴⁰ Nel descrivere il rapporto che lega strettamente le sorti della politica a quelle delle grandi imprese americane J.K. GALBRAITH, *Il nuovo Stato industriale*, cit., 347,

La teoria della centralità dell'organizzazione della grande impresa industriale è ovviamente legata all'evoluzione del sistema economico americano: l'immagine del capitalismo monopolistico è infatti indissolubilmente connessa con lo sviluppo dei grandi gruppi industriali. In questo contesto si comprende non solo l'accento posto sull'importanza del fattore organizzazione (la *tecnostuttura* di Galbraith) e l'inevitabile subordinazione delle scelte imprenditoriali individuali alle scelte dalla stessa operate, ma anche lo scetticismo nei confronti dei risultati della legge *antitrust*. Galbraith lamentava infatti la enorme discrasia fra la teoria e la realtà: mentre l'introduzione dello *Sherman Act* e, successivamente, del *Clayton Act* unitamente alla creazione della *Federal Trade Commission* sono stati sostenuti dalla cultura del *common law* inglese ostile alla formazione dei monopoli, l'evoluzione della grande industria, che è poi al centro della sua analisi, gli appare come il frutto della accettazione sostanziale dell'oligopolio, forma di controllo del mercato di natura analoga, anche se di dimensioni diverse, dell'odiato monopolio. Secondo questa impostazione, il fatto che l'*antitrust* americano avrebbe dimostrato di essere tristemente in contrasto con la realtà è legato all'idea fondamentale del potere di mercato che tale legislazione si propone di regolare: ad essa la teoria dell'organizzazione oppone l'idea che il meccanismo dei prezzi non sia in alcun modo legato ai meccanismi di mercato, ma vada piuttosto compreso nel nuovo e più moderno ruolo di strumento della pianificazione industriale ed al servizio degli obiettivi di tale pianificazione⁴¹.

precisa che la sua prospettiva di indagine è legata al mondo della General Motors, della Standard Oil, della Ford ovvero della General Electric: al di fuori della grande industria non si esclude certo l'esistenza di piccoli imprenditori e di aree di mercato in cui opera la sovranità del consumatore, in cui non esiste un regime di prezzi controllati e la tecnologia è talmente semplice che non vi è ricerca per la sua elaborazione o modificazione. La presenza di questi settori esterni e separati dal sistema industriale non può però essere assunta quale modello di una controtendenza: la propensione della grande impresa appartenente al sistema industriale a diventare parte del complesso amministrativo pubblico non dovrebbe essere respinta invocando controtendenze in atto fuori del sistema industriale.

⁴¹ Così J.K. GALBRAITH, op. cit., 162: l'accusa di incoerenza rivolta all'applicazione della legge *antitrust* deriva dal fatto che questa tenderebbe a colpire la forma delle collusioni lasciando sostanzialmente invariati gli effetti sostanziali. Se una grande società, sostiene l'autore, controlla il 40 o il 50% del mercato dei prodotti si-

La teoria dell'organizzazione si inserisce nel complesso processo di formazione e nei tentativi di disciplina dell'oligopolio americano: i limiti della legislazione *antitrust* appartengono a questo contesto e ci riportano alla problematica del rapporto fra mercato ed efficienza. Proprio in nome dell'efficienza e della crescita economica il sistema americano ha consentito nel corso dei decenni ampie deroghe alle leggi *antitrust*, favorendo nella sostanza la formazione di oligopoli che al loro interno presentano le caratteristiche organizzative descritte da Galbraith.

Lo spostamento dei termini del dibattito dal mercato in grado di autoregolarsi all'analisi, sulla base del modello americano, delle forme di organizzazione di impresa fondate sul modello del capitalismo monopolistico contribuisce a relativizzare ulteriormente il problema dell'efficienza unilateralmente riferito al mercato: la ricerca dell'efficienza continua a muoversi nell'area del mercato concorrenziale, ma tale ricerca può anche rivelarsi insufficiente poiché il mercato appare sempre più come una delle istituzioni economiche del capitalismo⁴².

All'interno della stessa istituzione-mercato va inoltre sottolineato il processo di adattamento e di trasformazione teorica e pratica subita dalla regola della concorrenza: se infatti il modello astratto della concorrenza pura forniva la base teorica per sostenere la tendenza naturale dell'ordinamento verso un equilibrio in grado di assicurare condizioni economiche ottimali in termini di efficienza e di redditività, diversa è la prospettiva che accompagna l'analisi della concorrenza imperfetta. Il primo modello si fonda sulla fiducia nella capacità delle

derurgici, farmaceutici, dei mezzi di trasporto e di qualche altro prodotto la legge la guarda con occhio benevolo, ma se due imprese minori si fondono e l'unità che ne risulta controlla più del 15% del mercato, vi sono gli estremi perché la legge intervenga. In questo modo la legge esenterebbe chi detiene già il potere di mercato e finisce per colpire solo coloro che a causa delle ridotte dimensioni devono ricorrere ad accordi per controllare il mercato.

⁴² La ricerca di O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, Angeli 1987, si fonda sul presupposto che le istituzioni economiche del capitalismo si identificano nel mercato, nelle imprese e nella contrattazione: l'attenzione viene quindi rivolta all'intera gamma di tali istituzioni che vanno dallo scambio puntuale di mercato all'estremo opposto dell'organizzazione gerarchica centralizzata con una miriade di forme miste o intermedie che si collocano fra questi due estremi. Sul tema si veda anche M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, cit., 75.

piccole imprese di operare senza influenzare le dinamiche di mercato: alla base dell'idea della concorrenza imperfetta vi è la consapevolezza dei limiti della conoscenza umana e quindi della prevedibilità delle azioni di mercato oltretutto dei fattori che possono orientare la formazione del meccanismo concorrenziale. Al modello puro di concorrenza si contrappone così una realtà alternativa complessa ed imperfetta: da ciò deriva anche la necessità che la nozione di mercato concorrenziale vada inserita nel quadro delle possibili alternative. La razionalità del mercato non è quindi definibile a priori ed in via definitiva poiché il meccanismo concorrenziale puro non è l'unica forma di concorrenza oggetto dell'analisi economica e sociologica: ciò ha favorito, da un lato, le analisi delle alternative razionali alla istituzione di mercato e, dall'altro, ha contribuito ad impostare il rapporto fra Stato e mercato in termini di contrapposizione fra modelli imperfetti.

3.2. La logica delle necessarie integrazioni: i «fallimenti del mercato» ed i «fallimenti dello Stato»

Da questo tipo di impostazione deriva, da un lato, la possibilità di definire sistemi misti nei quali convivono le ragioni della sopravvivenza di un regime economico fondato sull'impresa privata e, dall'altro, la necessità di studiare i fallimenti del mercato contestualmente ai fallimenti dello Stato.

Per ciò che attiene al primo aspetto, l'idea dell'imperfezione della concorrenza ha stimolato la ricerca dei punti di debolezza e di forza del sistema concorrenziale: è interessante a questo proposito richiamare il concetto di «razionalità limitata» come fondamento teorico per la ricerca di soluzioni diverse all'interno della stessa formula di mercato, ovvero di sistemi ad esso alternativi. Il tema di fondo è quello di verificare se ed in quale misura sistemi autoritari e burocratici e sistemi di mercato si pongano di fronte al problema della razionalità delle scelte.

Dalla constatazione dei limiti propri sia dell'organizzazione di mercato che dell'organizzazione fondata sui rapporti burocratici ed autoritari l'analisi di Lindblom giunge ad enucleare una categoria di sistemi alternativi rispetto ai modelli «puri» del mercato e dell'autorità. I limiti della gestione burocratica e le inefficienze del mercato rappresen-

rebbero ostacoli superabili all'interno di soluzioni alternative, quali il socialismo di mercato ed i sistemi di mercato fondati sulla sovranità del programmatore⁴³.

Il socialismo di mercato rappresenta in realtà un'alternativa radicale all'impresa privata che costituisce il nucleo centrale dell'organizzazione economica di mercato: in questo contesto il mercato diventa esso stesso strumento di programmazione economica in quanto l'organizzazione pubblica si sostituirebbe ai vertici delle grandi società per azioni creando un apparato di dirigenti pubblici che gestiscono le stesse secondo le regole del mercato. Un sistema di questo tipo non ha bisogno, come accade per l'organizzazione di mercato fondata sull'impresa privata, di monitorare e percepire gli orientamenti del consumatore sovrano: al meccanismo di controllo della produzione da parte della domanda dei consumatori sarebbe possibile sostituire la sovranità dei programmatori. Il controllo sulla produzione sarebbe in questo contesto rimesso alle scelte del governo: l'efficiente allocazione delle risorse sarebbe così diretta dall'autorità pubblica che acquista i beni della produzione. La programmazione pubblica si limiterebbe alla definizione dell'*output* finale subordinando gli scambi intermedi a questo ammontare finale.

All'idea del definitivo superamento della struttura fondata sull'impresa privata è stato però opposto il principio dei «correttivi all'economia fondata sull'impresa privata» che consiste nel verificare e definire entro quali limiti le deviazioni dal modello consentano la sopravvivenza del sistema privatistico. Il tema dell'efficienza è

⁴³ Accanto a queste due alternative concrete, CH.E. LINDBLOM, *Politics and markets. The world's political-economic systems*, New York, 1977, tr. it., *Politica e mercato. I sistemi politico-economici mondiali*, Milano, ETAS, 1979, 114 contrappone i sistemi di mercato a forme non-di mercato reali, come la programmazione centrale fondata sull'uso dei prezzi, modello al quale l'autore riconduce l'esperienza sovietica, quella dell'Europa orientale e quelle del comunismo cinese e cubano, ovvero a forme meramente ipotetiche quali l'organizzazione economica centrale senza sistema di prezzi, puramente autoritaria; in una posizione intermedia si pongono le «comuni» in cui la produzione non è organizzata né da un'autorità centrale di governo, né da un sistema di mercato. Essa rappresenterebbe il modello ispiratore dei *kibbutzim* d'Israele e si fonderebbe su una pluralità di piccole unità di produzione decentralizzate ed autosufficienti.

stato così inserito all'interno del problema della reazione agli stimoli dell'innovazione.

Il problema della mutevolezza delle condizioni economiche deve essere affrontato con strumenti che garantiscano un certo grado di elasticità: in questo senso la rapidità con la quale l'impresa privata è in condizioni di reagire porterebbe a considerare ottimale la soluzione del modello privatistico date le caratteristiche di un sistema concorrenziale pluralistico e la sua capacità di mantenere le condizioni atte a stimolare cambiamenti rapidi. Accanto a questo dato va tuttavia considerata la possibilità che la risposta, oltre ad essere rapida, sia anche efficace: l'esistenza di massicci interventi governativi volti ad impedire l'abbandono da parte delle imprese di aree depresse e ad incoraggiare gli investimenti in zone con elevata disoccupazione potrebbe essere un segnale interessante della difficoltà che incontrano le imprese quando si trovano in presenza di mutate condizioni di mercato⁴⁴.

Anche per ciò che attiene al profilo dell'efficienza nell'innovazione non è certo che il sistema di mercato fondato sull'impresa privata sia sempre in grado di assicurare che parte degli investimenti sia impiegato per la ricerca e l'innovazione tecnologica.

È stato sostenuto, ad esempio, che proprio dal pluralismo concorrenziale deriverebbero sprechi di risorse e duplicazioni ovvero sovrapposizioni delle attività di innovazione; è altrettanto certo che un sistema di pianificazione del processo di innovazione tecnologica implica dei costi notevoli derivanti dalla necessità che tutti i risultati delle singole unità di ricerca confluiscono all'autorità centrale e che gli stessi vengano successivamente elaborati e sviluppati.

3.3. (segue) Le correzioni della «naturale imperfezione» della concorrenzialità del mercato

Rispetto alla complessità dei problemi cui ora si è fatto riferimento sembrerebbe più realistico verificare in quali settori dell'economia si imponga la correzione del modello concorrenziale privatistico al fine di superare i limiti di efficienza che lo stesso sistema ha evidenziato.

⁴⁴ In tal senso, R.R. NELSON, *Mercato, piano e sistemi misti*, cit., 240.

È dunque chiaro come l'alternativa ad un sistema di mercato caratterizzato da una concorrenza imperfetta non può che essere un'alternativa altrettanto imperfetta: non è cioè teoricamente sostenibile che il valore dell'efficienza risieda in maniera assoluta e definitiva all'interno dell'una piuttosto che dell'altra alternativa.

La cultura economica ha del resto approfondito sia le inefficienze del mercato che i fallimenti dello Stato per giungere a posizioni che privilegiano il dialogo, anziché la contrapposizione, fra le diverse forme di organizzazione economica.

Il parametro efficienze-inefficienze non appartiene solo al mercato anche se quest'ultimo è stato, sotto tale profilo, l'oggetto di più accurate analisi economiche: per ciascuna categoria di fallimenti del mercato è possibile infatti individuare un corrispondente fallimento del non-mercato.

Una primo limite sarebbe rappresentato dall'assenza all'interno dell'organizzazione statale del meccanismo dei prezzi che collega i costi della produzione ai ricavi: nel settore pubblico i ricavi provengono dalle imposte o da altri fonti di reddito non legate al prezzo e ciò spinge gli enti pubblici a definire i parametri per guidare le prestazioni dell'ente stesso e del suo personale. Questi parametri vengono definiti **internalità** e rappresentano le motivazioni del comportamento individuale e collettivo all'interno dell'ente. Esse rappresentano il corrispondente del limite delle **esternalità** per l'organizzazione di mercato: così come l'esternalità rappresenta una deviazione dei costi individuali rispetto a quelli sociali, per cui lo scambio di un determinato bene produce effetti (che possono essere positivi o negativi) in capo a soggetti esterni alle relazioni di mercato, le internalità tendono ad espandere i costi degli enti oltre quelli tecnicamente attuabili. Un esempio concreto di questo andamento è dato dalla fissazione del *budget* di un ente pubblico: la tendenza riscontrata è quella di spendere la totalità delle somme messe a disposizione onde evitare la restituzione al Tesoro ovvero la riduzione degli stanziamenti nel successivo anno finanziario: in questo modo l'ente è portato a spendere più del dovuto, ma non vi è alcuna garanzia che ciò produca un risultato socialmente ottimale⁴⁵.

⁴⁵ Altra forma di internalità enucleata da CH. WOLF JR., *Mercato o Stato. Una*

La differenza di fondo fra le esternalità del mercato e le internalità prodotte in seno alla gestione pubblica è legata al soggetto che le pone in essere: mentre nell'organizzazione di mercato le esternalità che producono effetti sui terzi non sono imputabili al produttore, nel sistema di non mercato sono gli stessi enti che si organizzano generando le internalità che rientrano nei costi sostenuti dalla collettività, vista la fonte del finanziamento dell'ente pubblico.

Il problema delle internalità è in realtà solo uno degli aspetti del delicato rapporto fra efficienza e fallimenti che accompagna non solo l'esperienza del mercato, ma coinvolge anche la scelta del non-mercato. Tornando quindi al problema della soluzione razionale, alla luce di quanto ora detto, è ragionevole concludere che in fondo si tratta di scelte fra alternative imperfette e che il discorso dell'efficienza e dei suoi limiti appartiene tanto al mercato che al non-mercato.

È dunque quantomeno difficile compiere, al di fuori delle opzioni ideologicamente orientate, una scelta definitiva fra i due estremi: in particolare l'impostazione tendente a valutare i benefici od i limiti di ciascuna alternativa solo in funzione della variabile dell'efficienza appare assolutamente riduttiva e parziale. È stato infatti sottolineato come accanto alle dimensioni economiche del confronto sia opportuno valutare anche variabili di natura diversa quali, ad esempio, la partecipazione ed il controllo che attengono al problema dell'equità distributiva.

La prima nozione riguarda il grado di coinvolgimento nella pianificazione e nella realizzazione concreta delle scelte fra mercato e Stato da parte degli individui che possono essere influenzati dalle decisioni; il controllo esprime il grado in cui la scelta in questione è soggetta a posteriori alla verifica dell'efficacia e dell'accettabilità da parte dei consumatori.

sceita fra alternative imperfette, Milano, 1995, 70 ss. discenderebbe dall'obiettivo della qualità tecnica ovvero dall'acquisizione e dal controllo delle informazioni in tempo reale. Talora la prospettiva dell'innovazione tecnologica induce l'ente pubblico a compiere scelte che poi si sono poi dimostrate azzardate dal momento che l'innovazione non si è rivelata in grado di ridurre le spese e gli effetti negativi della tecnica precedente; spesso la capacità del personale di enti governativi essendo legata alla capacità di raccogliere informazioni così come la capacità di impedire fughe di notizie costituiscono motivazioni che vengono anteposte alla stessa efficienza della gestione.

Nell'ambito dell'organizzazione statale la partecipazione ed il controllo sono assicurati dal diritto di opinione e di voto; all'interno del mercato sono le scelte ed il potere di acquisto dei consumatori a svolgere tali fondamentali funzioni. Si tratta evidentemente di forme di controllo assai diverse⁴⁶ che sono state però accomunate da una caratteristica strutturale comune: entrambe sono generalmente espressione di un gruppo organizzato che si assume rappresentante rispettivamente della collettività dei cittadini e della categoria dei consumatori.

In altri termini, l'efficacia del controllo sull'apparato politico ovvero sulle scelte dei produttori appare limitato dal momento che le indicazioni provenienti dall'elettorato ovvero dai consumatori producono un qualche effetto di stimolo solo se espressione di una larga maggioranza dei soggetti rappresentati. È quindi nella dimensione del «macrocontrollo», ossia del controllo in linee generali, che le grandezze della partecipazione e del controllo possono essere utilizzate nella verifica dell'effettivo peso che questi strumenti hanno sulle scelte economiche e politiche⁴⁷.

La presenza di questi fattori extra economici nella valutazione della perfettibilità di una soluzione orientata verso il mercato ovvero verso lo Stato rende quantomai opportuno il raccordo fra questi ed il parametro dell'efficienza: la difficoltà della decisione per una forma di gestione dell'uno o dell'altro tipo deriva proprio dalla necessità di bilanciare parametri economici, primo fra tutti quello dell'efficienza, con parametri non economici quali appunto l'equità, la partecipazione ed il controllo.

⁴⁶ Sulla distinzione fra i meccanismi di scelta politici e la selezione operata sul mercato dai consumatori, J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* cit., 299, ricorda che nonostante le similitudini fra il meccanismo elettorale ed il mercato vi è una essenziale differenziazione nello scopo: se infatti la procedura legislativa mira al raggiungimento dello scopo dell'efficienza, il secondo si ispira al criterio dell'efficienza. Mentre il mercato ideale sarebbe una procedura perfetta rispetto al suo obiettivo, una legislatura sia pure ideale è una procedura imperfetta.

⁴⁷ Sostiene CH. WOLF, *Mercato o Stato*, cit., 135, che la valutazione del micro-controllo è assai difficile: non resta che affidarsi all'esperienza personale per confrontare la capacità di risposta delle compagnie aeree, dei produttori di automobili e di bevande alle preoccupazioni ed alle lamentele dei consumatori.

L'importanza del fattore efficienza nel definire una manovra di politica economica non deve portare a ritenere che queste considerazioni siano l'unico e predominante criterio di scelta fra le alternative in questione: analogamente, vi sono delle aree in cui le decisioni debbono essere assunte sulla base di parametri non economici (ad esempio l'educazione scolastica) senza tuttavia dimenticare gli effetti della scelta sui guadagni e quindi le eventuali perdite di efficienza⁴⁸.

Qualsiasi prospettiva di analisi che muova dall'associazione fra organizzazione di mercato ed efficienza economica dovrebbe piuttosto confrontarsi con le imperfezioni di quella struttura: tali imperfezioni sono in realtà null'altro che il riflesso della naturale imperfezione della concorrenza. Questa affermazione ci introduce nell'analisi della multiforme consistenza della nozione di concorrenza. La consapevolezza dell'imperfezione del meccanismo concorrenziale rappresenta in realtà uno dei passaggi storici dell'evoluzione del pensiero economico: vedremo nel prossimo paragrafo come l'interpretazione in termini dinamici del meccanismo concorrenziale testimoni l'inesistenza di una nozione univoca di concorrenza e quindi confermi la difficoltà di costruire attorno ad essa un contenuto di valore che non tenga conto del suo aspetto «dinamico».

4. Il ruolo della concorrenza nella «qualificazione» del mercato: «la nozione» o «le nozioni» di concorrenza?

Come si è già anticipato, in contrapposizione o forse per reazione naturale, alla diffusa e condivisa affermazione della inconoscibilità giuridica della nozione di mercato ed al connesso timore di una pericolosa equazione fra la difesa del mercato e la garanzia unilaterale dell'efficienza economica autorevole dottrina costituzionalistica ha identificato il fondamento della normativa *antitrust* nella tutela della concorrenza intesa in termini di libertà «nel» mercato. Secondo questa impostazione il contenuto della libertà si tradurrebbe in un valore di principio nel senso che la stessa costituirebbe la

⁴⁸ Così CH. WOLF, *Mercato o Stato*, cit., 138.

proiezione nei rapporti interprivati della garanzia della libertà economica riconosciuta ai singoli dall'art. 41 della Costituzione⁴⁹.

Al di là dei presupposti teorici di questa ricostruzione, che sarà oggetto di approfondita analisi nella seconda parte di questo lavoro, è sufficiente per il momento chiedersi se l'assunzione di una nozione unitaria di concorrenza non sia fuorviante per le stesse ragioni in base alle quali è discutibile l'accoglimento di una nozione di mercato inteso come la sommatoria delle situazioni giuridiche soggettive che al suo interno si confrontano.

Nei paragrafi che precedono è stata più volte ribadita la necessità di ampliare l'ottica dell'indagine nella direzione delle diverse nozioni di mercato al fine di superare la sterile contrapposizione fra il mercato inteso come luogo della libertà ed il mercato concepito come luogo della negazione delle relazioni sociali.

Abbiamo anche ricordato come i più interessanti spunti di riflessione provengano dall'analisi del mercato in termini di meccanismo dell'integrazione sociale, nozione che, pur non appartenendo alle categorie tipiche dell'indagine giuridica, può aiutare a comprendere le ragioni di una visione del mercato come fatto culturale, depurato cioè dalle opposte estremizzazioni di natura ideologica.

Nel tentativo di arricchire i profili della discussione sul significato ed il ruolo della struttura di mercato è emerso il rapporto fra le dinamiche della concorrenza ed il mantenimento dell'ordine di mercato. Se in Adam Smith l'idea della concorrenza si identifica nel mantenimento di un ordine di mercato conforme non solo alla cultura della libertà, ma anche all'idea dell'isonomia, dell'eguaglianza e quindi della giustizia nei rapporti economici, il neoinstituzionalismo di Hayek riproporrebbe la concorrenza come strumento essenziale per l'avvio di quel processo di conoscenza che è per definizione frammentaria ed incompleta proprio in virtù dell'ordine naturale e spontaneo che governa il mercato. Sul fronte opposto, non si può negare che il rifiuto opposto dalla cultura marxista alla organizzazione di mercato derivi dalla «guerra di concorrenza», elemento corruttore dei rapporti sociali nella misura in cui riduce al rapporto di scambio ogni forma di relazione sociale.

⁴⁹ Cfr., A. PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, cit., 327.

La complessità ed il polimorfismo della nozione di mercato può essere ragionevolmente estesa alla nozione di concorrenza, nozione che deve quindi essere analizzata sotto diversi profili. La concorrenza può infatti definire un modello di società in quanto rappresenta una delle basi sulle quali si fonda un sistema capitalistico; come criterio di classificazione delle forme e delle strutture di mercato la concorrenza, già nella descrizione di Smith, si contrapponeva alla struttura fondata sul monopolio; sotto il profilo soggettivo essa costituisce, infine, un modello di azione sul mercato alla luce del quale si può distinguere il comportamento concorrenziale dai comportamenti collusivi.

L'analisi giuridica tende ad approfondire le ultime due prospettive di indagine, mentre l'analisi economica ha analizzato il modello concorrenziale all'interno del sistema economico nel tentativo di tracciare le linee fondamentali dello sviluppo del capitalismo⁵⁰.

Mentre l'oggetto dell'analisi economica è la concorrenza inserita all'interno dell'economia di mercato, dall'analisi giuridica emerge la distinzione fra la prospettiva privatistica e commercialistica in cui si tende a definire il monopolio e la concorrenza come le due fondamentali forme di mercato, e la prospettiva pubblicistica che nei contributi fino ad oggi destinati allo studio dell'*antitrust* ignora la prospettiva la struttura di mercato e sottolinea il collegamento fra la libertà di iniziativa economica privata e la libertà di concorrenza: muovendo dalle forme di garanzia poste dall'ordinamento per l'iniziativa economica si passa, con diverse soluzioni, a verificare la consistenza della corrispondente tutela della libera concorrenza. A quest'ultima impostazione si potrebbe obiettare che la ricerca della dimensione della libertà di con-

⁵⁰ Così M.M. LEITÃO MARQUES, *Iniziativa economica e concorrenza nell'ordinamento giuridico portoghese*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Costituzione economica e libertà di concorrenza*, cit., 73 ss.: la nozione di concorrenza viene definita come politema dal momento che diverse sono le prospettive dalle quali il fenomeno può essere esaminato e quindi descritto (ivi, 86 nt. 18). Nella sintesi di A. SELDON e F.G. PENNANCE, *Dizionario di economia*, Milano, Mondadori, 1979, 83 alla voce *Concorrenza*, si sottolinea come nella scienza economica il termine possa contenere significati diversi e quindi essere riferito ad alcuni tipi di mercato, a certe forme di attività nonché ad un determinato processo sociale. Nel linguaggio tecnico, tuttavia, la formula della concorrenza indicherebbe le situazioni di mercato in rapporto al grado di controllo sui prezzi esercitato dai produttori o dai consumatori.

correnza attraverso lo specchio della libertà economica offre un contributo solo parziale all'approfondimento della realtà effettiva della concorrenza: la parzialità deriva non solo dalla discriminazione fra le nozioni di mercato e di concorrenza, fondata sul rilievo improprio secondo cui solo la prima nozione sarebbe polisensa e come tale irrilevante ai fini dell'analisi giuridica, ma anche dal fatto che nell'evoluzione dei rapporti fra libertà di concorrenza e concorrenzialità del mercato non vi è stato sempre un rapporto di stretta connessione ovvero di rigorosa biunivocità.

In altri termini, si possono rilevare casi eccezionali in cui il mancato riconoscimento da parte dell'ordinamento della libertà di iniziativa economica dei privati non impedisca che al suo interno si realizzi una forma di concorrenza fra imprese pubbliche, ovvero, nella situazione opposta, si consolidino forme di rigida compressione della libertà di concorrenza all'interno di ordinamenti corporativi che pure riconoscono la libertà economica⁵¹.

Al di là di queste ipotesi, che restano tuttavia marginali nella storia dei rapporti fra organizzazione statale e sistema economico di mercato, la prospettiva di indagine che sembra fornire maggiori spunti di riflessione è quella di entrare nella polisemia del termine concorrenza, secondo la tecnica utilizzata per individuare all'interno della pluralità di significati evocati dal mercato quelli in grado di fornire gli elementi per una valutazione giuridica della complessità della struttura in esame.

La necessità di svolgere un'indagine sulle nozioni di concorrenza, piuttosto che su una generica nozione di concorrenza, deriva proprio dai diversi attributi e dal diverso oggetto che alla stessa sono stati ricondotti dall'analisi economica.

Per quanto riguarda gli attributi che contribuiscono a definire le diverse nozioni di concorrenza occorre immediatamente sottolineare come a ciascun aggettivo corrisponda una particolare configurazione della struttura di mercato.

⁵¹ Con riferimento all'ordinamento portoghese, M.M. LEITÃO MARQUES, *Iniziativa economica*, cit., 86, sottolinea come si sia verificato in alcuni settori interdetti all'iniziativa privata un rapporto di concorrenzialità nei periodi in cui lo Stato portoghese ha lasciato alle imprese pubbliche un margine di autonomia negoziale.

È di per sé assai significativo che la nascita della nozione moderna di mercato, nozione progressivamente depurata dall'idea, propria anche del senso comune, del mercato come luogo ovvero come spazio definibile geograficamente, sia stata da parte degli storici della dottrina economica identificata nella definizione del mercato come «campo della concorrenza»: il collegamento fra la struttura del mercato e lo svolgimento della regola concorrenziale costituisce quindi il primo anello di una tradizione che ha costruito con diverse soluzioni la storia del mercato riconducendola ai meccanismi, più o meno perfetti, della libera concorrenza.

4.1. La concorrenza «perfetta» ed il modello di mercato autoregolato

Nel linguaggio tecnico si utilizza il termine di concorrenza al fine di classificare le situazioni di mercato in relazione al grado di controllo sui prezzi esercitato dai produttori o dai consumatori: a tal fine si distingue la concorrenza perfetta, in cui vi sono molti produttori non in grado di influenzare la formazione dei prezzi, dalle diverse forme di concorrenza imperfetta in cui esiste invece un potere degli operatori di influenzare le dinamiche della formazione dei prezzi in relazione al grado di differenziazione dei prodotti ed al grado di libertà dei nuovi concorrenti di produrre beni sostituibili con quelli già esistenti sul mercato. All'estremo opposto vi è il monopolio puro in cui un unico venditore di un unico prodotto detiene il controllo completo del prezzo.

Nel quadro della concorrenza perfetta il mercato è costituito da una molteplicità di operatori e da una divisibilità indefinita degli oggetti della contrattazione: dall'insieme di queste condizioni deriverebbe la libertà di ogni individuo di contrattare e ricontrattare con altri, ovvero con un numero indefinito di soggetti appartenenti ad un gruppo assolutamente numeroso, in condizioni di assoluta indipendenza dalle scelte dei terzi. Questa immagine è ovviamente strettamente collegata alla condizione di assoluta trasparenza del mercato derivante dalla conoscibilità da parte di ciascun singolo operatore delle altre operazioni che si svolgono all'interno del mercato

e poter così spostarsi da un punto all'altro dello stesso in relazione alle proprie esigenze⁵².

I presupposti per il corretto funzionamento della concorrenza pura riguardano sia il lato dell'offerta che quello della domanda. Dal lato dell'offerta le imprese operanti in un determinato mercato producono merci identiche; il loro numero è sufficientemente grande da rendere pressoché impossibile l'influenza diretta di un'impresa sul prezzo della merce di un'altra azienda qualsiasi del gruppo e non vi è quindi nessun tipo di limitazione all'entrata ed all'uscita delle stesse dal mercato. Dal lato della domanda il numero degli acquirenti è talmente elevato che nessuno di essi può influire sul prezzo (unico) di mercato; nessuna limitazione impedisce l'ingresso di nuovi acquirenti sul mercato e l'uscita da esso di acquirenti che ne fanno parte.

È da questi presupposti che muove la teoria economica che ha dominato fra la fine del secolo scorso fino agli anni trenta del Novecento, ovvero la teoria dell'equilibrio economico generale: questa costruzione presuppone la presenza nel mercato di condizioni concorrenziali perfette. Secondo questo modello, infatti, ogni soggetto economico è così piccolo che non è in grado di influenzare con il suo comportamento la formazione del prezzo di mercato. Questo si impone a ciascun singolo operatore che lo deve assumere come un dato non modificabile: la logica dell'equilibrio presuppone un determinato sistema di prezzi rispetto ai quali ciascun operatore tende a realizzare il massimo dell'utile. Seguendo tale obiettivo i proprietari dei capitali, gli imprenditori ed i lavoratori, titolari del capitale personale, si incontrano sul

⁵² G.B. PACINI, *Mercato*, in *Dizionario di economia politica*, a cura di C. NAPOLEONI, Milano, Ed. di Comunità, 1956, 951 ss., attribuisce all'opera di F.Y. EDGEWORTH, *Mathematical Psychics*, Londra 1881, il contributo decisivo per l'abbandono di qualsiasi riferimento topografico o morfologico-descrittivo della nozione di mercato. Le caratteristiche essenziali per il funzionamento di questo tipo di mercato si riconducono alla molteplicità degli operatori, alla infinita divisibilità dei prodotti nonché alla trasparenza delle operazioni di mercato. Il mercato perfettamente concorrenziale può essere a sua volta distinto nelle forme dell'omeopolio in cui la concorrenza opera fra i venditori di uno stesso prodotto o servizio a fronte di una concorrenza perfetta fra acquirenti; l'omeopsonio si ha invece nel caso di concorrenza perfetta tra acquirenti di uno stesso bene, a fronte di concorrenza perfetta tra venditori: in tal senso, U. PAPI, *Dizionario di economia*, Torino, U.T.E.T., 1967, alle voci *Omeopolio* e *Omeopsonio*.

mercato ed in quella sede, in base all'offerta di determinati servizi ed alla domanda degli stessi, si forma il prezzo di mercato: ad ogni nuova configurazione del prezzo tenderanno a spostarsi anche le quantità di domanda e di offerta. L'equilibrio economico in tutti i settori del sistema economico potrà dunque essere raggiunto allorché sussista una condizione soggettiva rappresentata dal perseguimento del massimo utile da parte delle categorie suddette, accanto ad una condizione oggettiva rappresentata dalla stabilità che si raggiunge in virtù dell'equilibrio fra domanda ed offerta all'interno di ciascun mercato⁵³.

4.2. La consapevolezza della «imperfezione» del meccanismo concorrenziale

Lo sviluppo successivo delle categorie utilizzate dalla teoria economica ha rivelato l'irrealtà, e quindi la debolezza, dell'ipotesi concorrenziale pura.

Al centro della analisi critica è la staticità del meccanismo sopra descritto: tale processo evidenzia infatti un meccanismo che si ripete all'infinito sia nel campo della produzione che nel campo del consumo. Nel momento in cui il gioco della concorrenza riesce a portare il si-

⁵³ Così C. NAPOLEONI, *Il pensiero economico del '900*, Torino, 1963, 17 ss., sintetizza le finalità della teoria dell'equilibrio economico generale elaborata da Walras e successivamente sviluppata da Pareto, il quale riprendendo l'idea della superiorità del sistema economico concorrenziale si preoccupa di fornire una base teorica a tale affermazione. Il principio da cui muove tale teoria è quello secondo cui una configurazione è massima allorché tutte le altre configurazioni possibili sono o minori di quella considerata o non confrontabili rispetto ad essa. Applicando tale principio all'equilibrio economico generale, l'autore deriva altri due principi. In primo luogo, per ciò che riguarda la produzione, un assetto produttivo si dice massimo, ovvero efficiente, quando non è possibile aumentare la produzione di un bene senza diminuire quella di un altro; dal lato del consumo, in presenza della disponibilità per una certa varietà di prodotti le situazioni ottime sono quelle nelle quali ha luogo una distribuzione ottima tra i vari soggetti di quantità di beni appartenenti a configurazioni efficienti. Il raggiungimento dell'ottimo presuppone quindi una equivalenza fra la produzione ed il consumo: poiché questa corrispondenza è garantita dal sistema concorrenziale descritto da Walras, la concorrenza assumerebbe le caratteristiche di un sistema ottimale (ivi, 44 ss.).

stema al massimo rendimento, si giungerebbe ad una condizione di equilibrio a partire dalla quale il processo si riattiva all'infinito. La staticità del modello è legata al fatto che esso presuppone un ciclo di produzione che si ripete e che generi continuamente una stessa qualità e quantità di beni, combinando nelle stesse forme i fattori necessari della produzione.

La prima ragione «storica» della crisi è sicuramente legata alle analisi che portarono al superamento dell'unicità del modello concorrenziale puro fondato sulla scoperta dell'imperfezione dei mercati. Oggetto della contestazione è l'idea che nel mercato perfetto vi sia un'omogeneità assoluta nei comportamenti degli acquirenti di fronte alle differenze di prezzo praticate dai venditori: esistono invece diverse ragioni che possono spingere l'acquirente a preferire un venditore piuttosto che un altro in base a fattori esterni che diversificano l'offerta, quali ad esempio l'ubicazione, i costi di trasporto, la pubblicità o le garanzie prestate da una certa impresa. Elementi di questo tipo contribuirebbero all'imperfezione del mercato in cui ciascuna singola azienda è in realtà legata ad un certo numero di acquirenti i quali appaiono ispirati da una pluralità di ragioni, non esclusivamente riconducibili al prezzo praticato. Anche dal lato dell'offerta esisterebbe inoltre una tale differenziazione della qualità e delle caratteristiche del prodotto da rendere assai improbabile l'assoluta uniformità dei prodotti immessi sul mercato: l'esistenza di marchi di fabbrica, di processi di produzione differenziati, le forme con le quali il bene viene immesso sul mercato contribuiscono a diversificare l'offerta ed attivano il meccanismo concorrenziale da parte delle imprese le quali non possono certo dirsi indifferenti ai comportamenti ed alle innovazioni introdotte dalle concorrenti. All'identità dei prodotti delle diverse aziende si sostituisce la concorrenza fondata sulla diversificazione del prodotto: da ciò deriverebbe la possibilità che dal lato dell'offerta non vi sia l'accettazione passiva delle condizioni della domanda formatasi liberamente sul mercato, quanto piuttosto la tendenza a dirigere o indirizzare le condizioni di domanda grazie alla possibilità di diversificare il prodotto e di occupare così nuove aree di mercato.

La costruzione della concorrenza imperfetta o monopolistica rompe la dicotomia classica fra monopolio e concorrenza: il pregio di questa analisi resta quello di aver posto in evidenza il fatto che

l'oggetto del comportamento concorrenziale non si riduce alla concorrenza di prezzo, ma si estende alla concorrenza sui prodotti⁵⁴.

È all'interno di questa complessa realtà che si comprende l'idea del polimorfismo della nozione di concorrenza: quest'ultima non si riferirebbe al rapporto fra i protagonisti del mercato, ma è assai più verosimile che abbia per oggetto la diversificazione nella produzione in grado di rompere la staticità della teoria dell'equilibrio economico generale.

La diversificazione sarebbe inoltre connessa con l'evoluzione del capitalismo: dall'analisi condotta da Schumpeter emerge il dato secondo cui i momenti salienti dello sviluppo delle dimensioni dell'impresa capitalistica, sviluppo che viene tradizionalmente definito come passaggio dal capitalismo concorrenziale al capitalismo monopolistico, sarebbero legati a nuovi metodi di produzione o di trasporto, nuovi mercati e nuove forme di organizzazione industriale⁵⁵.

Alla base di questa nozione di concorrenza vi sarebbe una diversa concezione del suo modo di operare: rispetto alla concorrenza nel prezzo, la concorrenza sulle innovazioni produttive, sulla qualità del prodotto, sulla conquista di nuove fonti di approvvigionamento rappresenta uno strumento assai più efficace poiché è sufficiente la sola

⁵⁴ Per un'analisi del passaggio dalla concorrenza pura alla concorrenza imperfetta si veda C. NAPOLEONI, *Concorrenza monopolistica*, in *Dizionario di economia politica*, cit.

⁵⁵ Così J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, (1946), Milano, 1977, 78 ss., deriva tale conclusione dal carattere essenzialmente evolutivo del processo capitalistico: il capitalismo è un metodo di evoluzione economica e non può mai essere stazionario. In questi termini Schumpeter spiega il meccanismo della «distruzione creatrice» che pone alla base della vita del capitalismo: dal momento che in ogni settore, dall'agricoltura alla industria siderurgica, dalla produzione di energia elettrica ai trasporti, lo sviluppo è collegato alle innovazioni ed alle vere e proprie rivoluzioni tecnologiche l'apertura di nuovi mercati, esteri o interni, e lo sviluppo organizzativo che va dalla bottega e dalla fabbrica artigiana fino ai complessi industriali del tipo U.S. Steel, illustrano lo stesso processo di trasformazione organica dell'industria (...) che rivoluziona incessantemente dall'interno le strutture economiche, distruggendo senza tregua l'antica e creando senza tregua la nuova. Questo processo di distruzione creatrice è il fatto essenziale del capitalismo, ciò in cui il capitalismo consiste. Il quadro in cui il capitalismo consiste, il quadro in cui la vita di ogni complesso capitalistico è destinata a svolgersi» (ivi, 79).

minaccia dell'attivazione di tale processo per generare il movimento in esame.

Intesa in questi termini la concorrenza diventa uno strumento di analisi di un processo sociale: il processo di «distruzione creatrice» contribuisce a definire gli estremi della domanda e dell'offerta. Nella realtà concreta la concorrenza è in grado di distruggere le organizzazioni esistenti e spingere verso la loro sostituzione: è su questa base che si fondano le opposte soluzioni del dibattito politico sugli aspetti positivi o negativi di un'economia competitiva. È in relazione al ruolo dinamico attribuito alla concorrenza che si fonda la contrapposizione fra il ruolo positivo legato alla diffusione del potere, alle attribuzioni di responsabilità individuali e la dimensione distruttiva in cui opera il meccanismo concorrenziale⁵⁶.

L'evoluzione della nozione di concorrenza che abbiamo tentato di ricostruire costituisce la necessaria premessa per una valutazione in termini giuridici della scelta adottata dal legislatore a sostegno di questo tipo di struttura del mercato: a ciascun modello di concorrenza corrisponde un determinato assetto di mercato ed a quest'ultimo si attribuisce una determinata capacità o inidoneità a rispondere a determinate istanze di natura economica e sociale. Il discorso sui contenuti della concorrenza deve quindi essere condotto contestualmente al discorso sul rapporto fra mercato, efficienza ed altri valori di natura non economica. È indicativo sotto tale profilo il fatto che ad una particolare forma di mercato concorrenziale, quello fondato sul modello concorrenziale puro, sia stata tradizionalmente ricondotta l'idea del massimo livello di efficienza economica: la teoria dell'efficienza del mercato è dunque storicamente e culturalmente riconducibile non alla nozione generica di concorrenza, ma al modello ideale della concorrenza perfetta delineato dagli economisti classici.

Abbiamo più volte ricordato che nel percorso tracciato dalla dottrina economica si riscontra un'ampia rilettura di quel fenomeno tradottasi nella generale consapevolezza dell'imperfezione del meccani-

⁵⁶ Sulla concorrenza come strumento di descrizione di un processo sociale, si veda la voce *Concorrenza*, in A. SELDON e F.G. PENNANCE, in *Dizionario di economia, cit.*, 84. Sulle opposte interpretazioni del mercato come luogo della libertà e della distruzione sociale v., *retro* al Cap. I.

simo concorrenziale. Il rifiuto dell'organizzazione di mercato non sembra però tener conto di tale distinzione: al mercato in generale si contesta il fatto di «contenere» un certo criterio di relazioni sociali ed un particolare ideale di giustizia nei rapporti economici che è quello della giustizia procedurale pura, di una giustizia cioè fondata sulle regole, ma estranea ai valori della giustizia intesa come equità⁵⁷. La capacità del meccanismo concorrenziale di garantire l'efficienza viene quindi posta in discussione in virtù della sua distanza rispetto ad un sistema sociale pluralistico che si esprime in termini di equità, di diritti sociali e quindi di richieste di giustizia sociale. Ciò che però non viene sufficientemente sottolineato è la radice di questo collegamento: il fatto, cioè, che questa immagine del mercato è riconducibile a quel particolare assetto della concorrenza che è stato identificato nel modello, puramente astratto, della concorrenza perfetta.

4.3. La concorrenza «potenziale»

All'interno delle teorie che muovono dalla consapevolezza dell'inesistenza di un modello concorrenziale perfetto vi è quella che considera in condizioni concorrenziali anche quel mercato in cui la concorrenza sia solo potenziale. La valutazione del grado di apertura di un determinato mercato prescinderebbe in questo caso dall'analisi del grado effettivo e reale di funzionamento della concorrenza. L'efficienza allocativa di un mercato di questo tipo sarebbe dunque garantita dalla mera possibilità che nuovi operatori facciano il loro ingresso in quella struttura: le imprese operanti al suo interno sono costantemente soggette alla «toccata e fuga» (*hit and run*) delle imprese rivali: tale possibilità rappresenterebbe la garanzia

⁵⁷ Nella ricerca delle istituzioni giuridiche ed economiche in grado di salvaguardare il modello di giustizia distributiva, J. RAWLS, *A theory of justice*, Cambridge, Mass., 1971, trad. it., a cura di S. MAFFETTONE, Milano, Feltrinelli 1982, 234, sottolinea l'incapacità del mercato di esprimere le ragioni del bisogno e suggerisce l'adozione di un sistema diverso che sia in grado di massimizzare le aspettative di lungo termine (compatibili con i vincoli dell'eguale libertà e dell'eguaglianza di opportunità) di reddito totale per i meno avvantaggiati (salari più trasferimenti).

che all'interno di quel mercato siano praticati prezzi concorrenziali⁵⁸.

A differenza della teoria della concorrenza perfetta, legata indissolubilmente al presupposto oggettivo della pluralità di venditori, la teoria in esame si applica anche ai mercati monopolistici: proprio nelle condizioni oggettive in cui l'offerta sia concentrata nelle mani di uno o di pochi operatori, il meccanismo della concorrenza potenziale ben potrebbe indurre gli stessi a tenere un comportamento concorrenziale. A questa impostazione conseguono precise indicazioni di carattere politico: l'intervento pubblico indiretto mediante norme *antitrust* dovrebbe condurre alla rimozione di tutte quelle leggi e di quei regolamenti in grado di frapporre ostacoli giuridici all'ingresso sul mercato di nuovi competitori.

Attraverso la teoria dei mercati contendibili il ruolo dinamico della concorrenza assume un ulteriore significato: il valore del mantenimento della concorrenza può in realtà essere legato anche ad una situazione di competizione solo potenziale, non necessariamente duratura né tantomeno effettiva. L'importanza della garanzia del meccanismo concorrenziale potrebbe pertanto discendere non tanto dalla garanzia di ingresso e di permanenza sul mercato di nuovi operatori, quanto piuttosto dalla presenza delle condizioni strutturali in grado di rendere possibile l'ingresso medesimo.

L'evoluzione delle teorie della concorrenza contribuiscono ad arricchire le possibili forme di garanzia di tale valore all'interno di un ordinamento: la mobilità di queste interpretazioni deve far riflettere sul significato, o meglio sui significati, dell'introduzione di una legislazione a tutela della concorrenzialità del mercato. L'effettiva trasformazione dei modelli economici ed il progressivo superamento della ideale perfezione delle dinamiche concorrenziali dovrebbe costituire il punto di partenza per qualsiasi indagine che abbia ad oggetto il ruolo istituzionale e pubblicistico della difesa delle regole del mercato.

La dinamicità insita nel meccanismo concorrenziale suggerisce di impostare un'analisi che non aderisca a priori all'una piuttosto che all'

⁵⁸ Per un'analisi sintetica della teoria dei mercati contendibili, si veda, R. VAN DEN BERGH, *Introduzione. L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, vol. I, 42.

l'altra forma di concorrenza e quindi ad un predefinito modello di legislazione *antitrust*⁵⁹.

Sulla base di queste premesse teoriche è possibile approfondire l'indagine sul rapporto fra le nozioni di mercato e di concorrenza ed il parametro costituzionale dell'art. 41 della Costituzione.

⁵⁹ R. VAN DEN BERGH, *Introduzione*, cit., 47, suggerisce di condurre l'analisi della legge nazionale *antitrust* evitando di aderire ad una ben definita lettura offerta dal pensiero economico, avendo cura di discernere sempre i punti di forza ed i punti di debolezza di ciascuna ricostruzione. Su queste basi, G. BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, Milano, 1996, 86, propone di evitare la tentazione di considerare costituzionalizzata per via di interpretazione una delle possibili versioni della filosofia *antitrust*.

PARTE II

DALLA TEORIA DEL MERCATO
ALL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA

CAPITOLO I

L'INTERPRETAZIONE DELLA GARANZIA COSTITUZIONALE DELLA LIBERTÀ ECONOMICA

SOMMARIO: 1. La cultura giuridica e la difesa dell'organizzazione di mercato: gli ostacoli teorici e strutturali all'analisi del mercato e dell'*antitrust* nell'ordinamento italiano. - 2. Impostazione del problema. Il rapporto fra la concorrenza e la garanzia della libertà economica: il ruolo dei modelli interpretativi dei principi costituzionali. - 3. La problematica individuazione del contenuto della libertà economica: il ricorso alle categorie della libertà di fatto e del diritto affievolito. - 3.1. Verso la precisazione del contenuto e del valore dell'iniziativa economica privata: libertà economica, libertà di concorrenza ed inviolabilità dei diritti fondamentali. - 3.2. L'importanza della definizione dell'oggetto della libertà economica: l'area dell'iniziativa e quella dell'attività economica. 3.3. L'iniziativa economica privata come diritto della persona e come diritto fondamentale relativo o derivato. 4. Principi economici e valori sociali: l'organizzazione dell'attività economica ed il valore del lavoro. - 4.1. Il rapporto fra il valore del lavoro ed i limiti dell'utilità sociale e del rispetto della sicurezza, libertà e dignità della persona (art. 41, comma 2). - 4.2. La reazione della dottrina commercialistica alla ipotesi teorica della funzionalizzazione a fini sociali dell'iniziativa economica. - 4.3. La difficoltà teorica di identificare il valore del lavoro con l'utilità sociale. L'utilità sociale come principio valvola. - 4.4. La critica al ruolo preminente riconosciuto alla clausola dell'utilità sociale intesa come principio valvola in grado di esprimere ed attualizzare i valori sociali. - 5. Principi economici e valori sociali: l'evoluzione delle trasformazioni economico-sociali disegnate dall'art. 3, comma 2 della Costituzione e l'organizzazione economica dello Stato. - 5.1. La strumentalità della programmazione rispetto al progetto di trasformazione sociale espresso dall'art. 3, comma 2 della Costituzione. - 6. Iniziativa economica privata e garanzia dei diritti fondamentali: la relativizzazione della distinzione fra diritti fondamentali assoluti o originari e diritti fondamentali derivati o relativi nella logica del bilanciamento fra interessi operato dalla Corte costituzionale. - 6.1. Le forme del bilanciamento fra interessi riconducibili ai diritti fondamentali assoluti ed ai diritti fondamentali relativi. - 6.2. Il nucleo di valore dei diritti fondamentali assoluti e le tecniche di bilanciamento utilizzate dalla Corte.

1. *La cultura giuridica e la difesa dell'organizzazione di mercato: gli ostacoli teorici e strutturali all'analisi del mercato e dell'antitrust nell'ordinamento italiano*

Nell'introduzione alla presente ricerca abbiamo qualificato come recente l'attenzione della dottrina giuspubblicistica alle tematiche della concorrenza e del mercato: occorre ora individuare le ragioni del ritardo con il quale il nostro sistema si è dotato di una legge nazionale *antitrust*.

La «novità» del dibattito che ha accompagnato l'introduzione di tale

legge è in realtà solo apparente. Il problema del monopolio era infatti ben presente ad una componente importante della cultura economica che si espresse in seno all'Assemblea costituente: all'interno dell'area liberale chiara fu la preoccupazione manifestata da Luigi Einaudi nei confronti delle formazioni monopolistiche ed altrettanto esplicito fu il suo sostegno all'introduzione nel titolo terzo della Costituzione, riservato alla disciplina dei rapporti economici, di un'esplicita previsione che garantisse l'iniziativa economica dalle formazioni di potere monopolistico¹. La motivazione con la quale la proposta fu rigettata è assai indicativa della cultura economica sottesa alle scelte del titolo III della Costituzione: la previsione di una norma siffatta apparve inutile in virtù dell'introduzione dell'art. 43 della Costituzione con il quale si sarebbe potuto fare fronte alle situazioni di monopolio attraverso la forma estrema di intervento pubblico rappresentata dalle nazionalizzazioni. A questa soluzione si oppose fermamente il liberale Cortese che non mancò di far notare come quella soluzione avrebbe semplicemente legittimato il passaggio dal monopolio privato al più grande dei monopoli, all'unico monopolio pubblico: di gran lunga più efficace sarebbe stata l'introduzione di «una legislazione antiprotezionistica ed antimonopolistica, affinché la vita economica, fondata sull'iniziativa privata, si svolga nel rispetto della legge sulla concorrenza e dei principi che sono propri dell'economia di mercato»².

È in realtà proprio sulle cause del monopolio che la cultura liberale,

¹ La proposta formulata da Einaudi, in *Atti dell'Assemblea Costituente. Discussioni*, vol. IV, 3940, prevedeva l'introduzione del principio secondo cui la legge non dovrebbe favorire la formazione dei monopoli economici e laddove questi vi siano li deve porre sotto controllo attraverso un'amministrazione delegata o diretta. Sul clima culturale che sostenne le scelte economiche oggetto del dibattito in in Assemblea Costituente, si veda P. BARUCCI, *Economisti alla Costituente*, in AA.VV., *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, a cura di G. MORI, Bologna, 1980, 17 ss., che rileva come il peso degli economisti liberali abbia faticato ad emergere, nonostante il ruolo fondamentale svolto nella discussione sulla pianificazione e sul latifondo. La ragione di tale difficoltà deriverebbe dal fatto che gli economisti alla Costituente si trovarono dinanzi al problema economico classico rappresentato dalla difesa dell'efficienza non disgiunta dalla giustizia sociale e che nel risolvere tale problema l'orientamento della maggioranza si attestò più sul secondo profilo che non sul primo (ivi, 46); da ultimo, R. NIRO, *Profili costituzionali dell'antitrust*, cit., 98 ss.

² Così CORTESE, *Atti dell'Assemblea Costituente, Discussioni*, vol. IV, 3513.

favorevole ad interventi legislativi antimonopolistici, si scontrava con la cultura cattolica che, alla luce dei principi della dottrina sociale, rifiutava le «false libertà», come la libertà di concorrenza, ed il «feudalesimo economico» da esse generato e guardava con preoccupazione alla corruzione del capitalismo moderno, rappresentata dal potere dispotico assunto dalle organizzazioni finanziarie in grado di eliminare ogni forma di concorrenza. In questo quadro le difficoltà di attuazione dello *Sherman Act* del 1890 e l'incapacità dello stesso di evitare che l'America divenisse la patria classica dei cartelli e delle holdings apparivano come la prova evidente della fallacia dell'intero sistema fondato sul mercato concorrenziale³. Alla base di questa profonda distanza culturale che emerse nella discussione del rapporto fra la libertà ed i monopoli si possono ricondurre le opposte tradizioni ideologiche che hanno accompagnato la tematica del mercato: il mercato come luogo della libertà di concorrenza costituiva un principio difficilmente accettabile per la cultura cattolica che attribuiva a quella libertà un valore relativo che l'evoluzione del capitalismo avrebbe messo definitivamente in crisi. Per ragioni diverse anche la cultura della sinistra comunista e socialista lascia trasparire l'immagine del mercato come luogo della distruzione dei rapporti sociali in virtù della centralità dello scambio, capace di trasformare i rapporti umani in rapporti fra beni.

Le radici di questa opposizione ideologica al mercato, le cui motiva-

³ È il quadro tracciato da MALVESTITI, in *Atti*, cit., 3503 ss. che cita a fondamento delle sue osservazioni i principi della *Quadragesimo Anno* di Pio XI in cui si deplorava il fenomeno delle concentrazioni tipico del moderno capitalismo definito come il «frutto naturale di quella sfrenata libertà di concorrenza che lascia sopravvivere solo i più forti, cioè spesso, i più violenti della lotta e i meno curanti della coscienza»; per un'analisi dei temi economici cari all'area cattolica si veda P. ROGGI, *Il mondo cattolico e i «grandi temi» della politica economica*, in AA.VV., *La cultura economica*, cit., 547 ss.: in realtà la *Quadragesimo Anno* rappresentò il documento sulla base del quale negli anni che vanno dal '43 al '45 si fondavano le proposte di politica economica che apparvero sulla rivista *Civiltà cattolica*. Nonostante il severo giudizio sull'etica capitalistica, il profitto non veniva condannato in sé: ciò che invece appariva intollerabile era l'organizzazione del lavoro subordinato in grado di separare dalla persona il prodotto del suo lavoro rendendola estranea alle decisioni dell'impresa (ivi, 562-63). Sulle ragioni che in Assemblea Costituente si opponevano alla «cultura del mercato», si veda G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 7 ss.

zioni teoriche sono state descritte nella prima parte della ricerca, emergono chiaramente dal dibattito sui profili economici della nostra Costituzione ed in particolare negli interventi dedicati al funzionamento ed ai limiti del sistema economico di mercato. Abbiamo premesso che parte della cultura economica presente in Assemblea costituente era consapevole dell'ingiustizia e delle inefficienze derivanti dalla formazione di centri di potere privato: assai diverse erano tuttavia le letture sulle origini delle medesime e sui rimedi normativi per prevenirli. La soluzione finale emersa dal dibattito ed espressa dal Presidente Ruini è espressione dell'orientamento, condiviso dall'area laica e da quella cattolica, tendente a risolvere il problema dei monopoli con la sostituzione dello Stato imprenditore alle imprese private e con la creazione dei controlli a fini sociali dell'iniziativa economica privata: il problema della lotta ai monopoli sollevato da Einaudi, Corbino e Cortese avrebbe trovato, secondo l'orientamento comune al centro ed alla sinistra, adeguati contrappesi nella possibilità di ricorrere alla nazionalizzazione nei settori in cui si fossero formati dei monopoli⁴.

Accanto alle motivazioni culturali ora evidenziate vanno considerate le ragioni strutturali che possono spiegare la lentezza e le resistenze opposte alla introduzione nel nostro ordinamento di una legislazione antimonopolistica. Nello stesso decennio in cui nei maggiori paesi europei veniva adottata una normativa *antitrust* le cronache parlamentari hanno registrato un fiorire di iniziative in tal senso: appartengono infatti agli anni sessanta i più significativi progetti di normativa *antitrust*. La proposta comunista (proposta Amendola del 15 gennaio 1960) inseriva la politica di concorrenza all'interno di un più ampio disegno di politica economica generale finalizzato al massimo impiego di tutte le forze produttive; su un piano diverso si colloca la proposta Ascarelli ripresa dal gruppo «Amici del mondo» e trasferita nel progetto Lombardi-La Malfa del 12 settembre 1958 che proponeva di collegare l'introduzione di una normativa *antitrust* ad una radicale riforma del modello della società per azioni⁵.

Nel corso degli anni settanta e ottanta non sono inoltre mancate ini-

⁴ Così RUINI, in *Atti*, cit., 3938.

⁵ Per una completa ricostruzione dei diversi progetti presentati cfr. V. DONATI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse,*

ziative volte a riproporre il problema della tutela legislativa della concorrenza: nella relazione presentata dalla Commissione Ferri la disciplina dello Statuto dell'impresa comprendeva un Titolo III contenente le norme sui divieti di sfruttamento abusivo di posizione dominante e di intese e sulle competenze di una Commissione *antitrust* da istituire presso il Ministero dell'Industria ed Artigianato. Alla fine degli anni ottanta emerge dai lavori della Commissione Romani la necessità di abbandonare il modello di intervento sulla struttura del mercato e la volontà di creare un'Autorità garante della concorrenza concepita non già come organo ministeriale, ma come autorità dotata di assoluta indipendenza ed imparzialità⁶. È solo nel 1988 che il dibattito parlamentare si concentra su due proposte di legge, peraltro espressione di culture diverse, dalla fusione delle quali è derivata la legge n. 287 del 1990⁷.

In realtà, il tentativo globale di garantire maggiore democraticità nel sistema delle imprese fu costantemente destinato all'insuccesso anche a causa dell'ostilità manifestata dal ceto politico dominante nei confronti di qualsiasi forma di controllo delle forze di mercato, elemento che ha di fatto favorito il controllo dello stesso da parte delle grandi imprese esistenti⁸.

I profili di carattere strutturale del sistema economico ed industriale

Milano, 1990; 2, nota 3; sul progetto d'iniziativa del Ministro Colombo, R. FRANCESHELLI, *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, 1974, 565 ss.

⁶ Per una sintesi dei lavori della Commissione presieduta dal Prof. G. Ferri, si veda *Lo Statuto dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1984, 243 ss. Un successivo esame della realtà industriale italiana è stato svolto dalla Commissione istituita presso il Ministero dell'Industria per lo studio della concorrenza presieduta dal Prof. F. Romani: sui temi della relazione finale (*La concorrenza nel sistema economico italiano*, in *Riv. soc.*, 1988, 559) si veda E. DEL CASALE, *La Relazione conclusiva della Commissione per lo studio della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 1901; i diversi passaggi sono sinteticamente riportati in AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale al Presidente del consiglio dei Ministri per il 1990*, in *Giur. comm.*, 1992, 173.

⁷ Trattasi del d.d.l. Rossi (Senato della Repubblica, X legisl., disegno di legge n. 1012 del 10 maggio 1988 «Norme per la tutela del mercato») e del d.d.l. Battaglia (Senato della Repubblica, X legisl., disegno di legge n. 1240).

⁸ Così P. MARCHETTI, *Impresa e mercato nella disciplina della concorrenza italiana e comunitaria*, in *Dem. dir.*, 1977, 304.

italiano hanno infatti svolto un ruolo determinante nel favorire il ritardo, sia legislativo che culturale, con il quale il nostro sistema si è confrontato con il problema dei monopoli privati: è indubbio che le esigenze della ricostruzione abbiano indirizzato la politica industriale verso i principi del protezionismo e della concentrazione monopolistica, ritenuti essenziali al fine di garantire il consolidamento di una struttura imprenditoriale che fosse sufficientemente robusta da poter sostenere la concorrenza internazionale. In questo quadro l'adozione di una normativa *antitrust* appariva addirittura controproducente rispetto agli obiettivi prioritari della crescita e del consolidamento interno del sistema. La logica del protezionismo che ha condizionato lo sviluppo dell'impresa nel secondo dopoguerra ha contribuito a rafforzare l'idea che la tutela della concorrenza fosse un bene secondario rispetto al valore assoluto dell'efficienza produttiva in nome della quale venivano tollerate fusioni e concentrazioni⁹. Le esigenze della ricostruzione e l'avvio dello sviluppo economico fondato sulla piena legittimazione degli incentivi al rafforzamento ed all'espansione dei gruppi industriali finirono così per prevalere rispetto alla opportunità di introdurre regole volte a limitare e controllare la tendenza alle concentrazioni.

Il definitivo abbandono dei progetti in materia di concorrenza è stato peraltro favorito dall'ingresso, nella seconda metà degli anni sessanta, della politica della programmazione e di un sempre maggiore intervento dello Stato nell'economia: in questo clima non solo era inevitabile la dispersione di quei modelli legislativi, ma la tecnica degli incentivi e dell'assistenza alle imprese spingeva in una direzione esattamente opposta ai principi ed alle regole del mercato concorrenziale¹⁰.

⁹ G. AMATO, *Introduzione a Il governo dell'industria in Italia*, Bologna 1972, 44, ed ivi, 258 ss.; per un'analisi storica del periodo della ricostruzione si vedano A. GRAZIANI, *Mercato interno e relazioni internazionali*, in AA.VV., *L'Italia contemporanea. 1945-1975*, a cura di V. CASTRONOVO, Bologna 1976, 307; G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna 1976, 9 ss. nonché P. GINSBORG, *Storia dell'Italia dal dopoguerra ad oggi. Società e politica 1943-1988*, Torino, 1989, 283 ss.

¹⁰ In tal senso V. DONATIVI, *Concorrenza*, cit., 383 ed in particolare, 423 ss.; G. BERNINI, in AA.VV., *Linee per una legislazione antimonopolistica in Italia*, in *Dir. econ.*, 1988, II, 385, individua la causa della paralisi dei progetti di legge degli anni

Accanto alle ragioni strutturali ora evidenziate vi sono, tuttavia, ragioni legate alla tradizione giuridica pubblicistica tendente a valorizzare nel processo interpretativo dei principi costituzionali in materia economica il rapporto fra il profilo individuale della libertà economica e la dimensione degli interessi sociali nella quale essa si trova ad operare. La lentezza e la non linearità con la quale è stato affrontato a livello legislativo il problema dell'*antitrust* ha sicuramente avuto un ruolo importante nella difficoltà di collocare quel rapporto all'interno della cornice delle relazioni di mercato fondate sulla regola della concorrenza. In particolare, l'idea di poter controllare e sindacare i comportamenti delle imprese volti a restringere la concorrenza in nome della priorità del valore dell'utilità sociale si ricollega a quella interpretazione definita «velleitaria»¹¹, secondo la quale l'iniziativa economica dovrebbe ritenersi legittima in quanto socialmente utile.

L'altra ragione giuridica della assenza di un dibattito sui temi della libertà economica in relazione alla concorrenza ed al mercato riguarda il rapporto con i principi dell'ordinamento comunitario: la cultura giuridica ed il legislatore italiano manifestarono una completa fiducia nelle regole anticoncorrenziali poste nei Trattati comunitari. I principi contenuti negli artt. 65 e 66 del Trattato CECA e negli artt. 85 e 86 del Trattato CE sono stati per lungo tempo considerati come barriera suf-

cinquanta nella filosofia prevalente in quegli anni, nella politica ispirata al disegno della programmazione ed alla regolamentazione della concorrenza sul mercato soprattutto mediante il controllo dei prezzi e la concessione di incentivi fiscali alle piccole e medie imprese. Sugli interventi di politica industriale fondati sulla logica degli incentivi si veda G. AMATO, *Profili costituzionali dell'incentivazione all'industria*, a cura di R. COSTI e M. LIBERTINI, Milano, 1982, 5 ss.

¹¹ In tal senso R. PARDOLESI, *Gli aspetti giuridici di una politica della concorrenza*, in AA.VV., *Antitrust e gruppi industriali*, a cura di P. BIANCHI, Bologna, 1988, 97 ss, che ipotizza alcune chiavi di lettura per spiegare le ragioni dell'inerzia del nostro legislatore; a tale proposito G. SENA e M. FRANZOSI, *Premessa in Antitrust. Progetti italiani. Regolamento CEE. Legislazioni straniere*, Milano, 1990, p. IX, ricordano che tradizionalmente i motivi della mancata adozione una normativa nazionale antimonopolistica sono stati ricondotti, da un lato, alla posizione della sinistra, accesa sostenitrice per decenni della politica della programmazione e dell'impresa pubblica e, dall'altro, all'atteggiamento dei liberali e della Confindustria schierati a difesa della completa ed assoluta libertà di impresa e quindi contrari a qualsiasi intervento pubblico, sia pure a difesa del mercato.

ficientemente solida da impedire la formazione nell'ordinamento interno di formazioni monopolistiche¹². L'importanza dell'introduzione di una normativa nazionale *antitrust* appariva così del tutto residuale e gli eventuali conflitti fra la normativa interna e le regole *antitrust* comunitarie dovevano essere in senso favorevole a quest'ultima¹³. È tuttavia evidente come questa «convinzione» nascondesse la carenza di un dibattito e di un'analisi approfondita sul significato istituzionale dell'introduzione di una legislazione *antitrust*: il richiamo ai principi comunitari sembra piuttosto contenere una motivazione di natura formale.

Non solo, dunque, esigenze strutturali connesse allo sviluppo del sistema industriale italiano, ma anche soluzioni, più o meno consapevoli, di politica legislativa avrebbero contribuito ad allontanare l'interesse della dottrina, oltreché del legislatore, dai temi del mercato e della concorrenza.

L'analisi che segue si propone quindi di verificare rispettivamente il rapporto fra la teoria del mercato e l'interpretazione costituzionale e gli effetti dell'accelerazione del processo di integrazione nel mercato comunitario sulla maturazione della sensibilità nei confronti dei meccanismi della politica di concorrenza.

¹² G. MINERVINI, *La tutela della libertà di concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1961, 25, ricorda un episodio che denota chiaramente la scarsa sensibilità mostrata nei confronti della politica di concorrenza: il legislatore italiano, confidando nella immediata precettività delle norme del Trattato, non solo ordinò la loro esecuzione, ma all'art. 4, lett. b) e d) della legge di ratifica (14 ottobre 1957 n. 1203), conferì la delega al Governo per l'adozione di decreti legislativi al fine di individuare le deroghe disciplinate dall'art. 85, § 3. Il governo però non usufruì della delega e da questa omissione derivò la sostanziale disapplicazione delle regole *antitrust* comunitarie ed in particolare lo Stato italiano fu posto nella condizione di non poter cooperare con la Commissione per l'espletamento delle funzioni di cui all'art. 89 del Trattato così come le imprese non poterono ottenere la «dichiarazione di disapplicazione» del divieto delle intese previsto dagli artt. 85, § 3 e 88 del Trattato (ivi, 44).

¹³ R. PARDOLESI, op. cit., 100; a sostegno della prevalenza delle regole comunitarie sui principi interni cfr. E. MINOLI, *Considerazioni sullo schema di disegno di legge per la tutela della libertà di concorrenza*, in *Dir. econ.*, 1960, 156.

2. *Impostazione del problema. Il rapporto fra la concorrenza e la garanzia della libertà economica: il ruolo dei modelli interpretativi dei principi costituzionali*

Nell'approccio della dottrina pubblicistica, soprattutto nelle indagini precedenti all'introduzione della legge *antitrust*, è pressoché assente il problema del rapporto fra la garanzia costituzionale della libertà economica e la tutela della concorrenza.

Il punto da cui muovere per ricostruire le ragioni di questo tipo di impostazione è rappresentato dal rilievo della non conoscibilità della libertà di concorrenza intesa come dimensione intersoggettiva della garanzia di libertà dell'iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione. Vedremo nel capitolo che segue come autorevole dottrina costituzionalistica abbia posto in dubbio la stessa *ratio* di una tutela giuridica avente ad oggetto le relazioni fra le libertà economiche, di una tutela riferita cioè alla dimensione pluralistica della libertà di iniziativa economica. Secondo tale interpretazione l'ordinamento non apparirebbe in grado di riconoscere forme di tutela diverse da quelle riferibili a beni individuali o a situazioni sociali: si potrebbe in altri termini parlare di libertà di concorrenza solo soggettivizzando tale nozione e ritenere così che la stessa si traduca in una garanzia dell'individuo dalle formazioni monopolistiche¹⁴. Non vi sarebbe quindi spazio alcuno per una tutela nelle relazioni fra individui che godono ed esercitano i diritti derivanti dalla medesima garanzia costituzionale: la prospettiva individuale o sociale nel godimento delle libertà fondamentali, espresso dal principio dell'invulnerabilità dei diritti dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, prevarrebbe dunque sulla possibilità teorica di costruire un'area di libertà che abbia ad oggetto lo svolgimento dello stesso diritto da parte degli operatori economici.

Vedremo altresì come a conclusioni opposte giunga altra dottrina costituzionalistica che configura la libertà di iniziativa economica privata come diritto della persona oggetto di una garanzia costituzionale non inferiore rispetto alle altre libertà: in quest'ottica trova una sua au-

¹⁴ In tal senso A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, Milano 1971, vol. XXI, 602, nt. 59.

tonoma funzione la garanzia della libertà di concorrenza intesa come manifestazione della libertà di iniziativa economica privata. Dall'art. 41 discenderebbe pertanto una forma di garanzia indiretta della libera concorrenza da intendersi come la risultante della coesistenza in un determinato settore di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica in grado di garantire l'uniformità delle regole¹⁵.

La prospettiva dell'analisi del sistema entro il quale si muovono le posizioni giuridiche dei singoli operatori economici viene invece accolta dalla teoria che vede nella garanzia della libertà di concorrenza la concretizzazione di un sistema economico di mercato fondato sul «pluralismo competitivo tra privati»¹⁶.

La difficoltà di connettere il problema della libertà di concorrenza alla dimensione del mercato ha così condotto a soluzioni interpretative radicalmente diverse in ordine alla rilevanza pubblicistica della nozione di concorrenza. Anche nelle ricostruzioni in cui si riconosce la rilevanza costituzionale della libertà di concorrenza si omette in realtà di approfondire il rapporto con la dimensione del mercato che rappresenta il parametro del controllo svolto dall'Autorità garante istituita nel 1990.

Una volta riconosciuto da una legge dello Stato il valore pubblicistico di una normativa sul mercato e sulla concorrenza in virtù del richiamo all'attuazione dell'art. 41 della Costituzione si impone ormai all'interprete il superamento dell'«atto di fede» ovvero del «ripudio» della concorrenza intesa come regola del mercato ed è altrettanto importante compiere il successivo passaggio logico per comprendere l'effettivo rapporto fra i due termini. Rispetto a questo scopo appare ininfluente anche la stessa affermazione nei termini sopra descritti del valore della libertà di concorrenza: la stessa presenza di una pluralità di forme in cui la stessa può essere garantita all'interno di un ordinamento che riconosce le libertà economiche è cosa chiara alla dottrina privatistica che, sulla base delle categorie elaborate dalla teoria econo-

¹⁵ Così A. PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 327.

¹⁶ Per questa ragione «strutturale» dell'ordinamento dei rapporti economici, G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, Milano, 1993, 39, riconosce all'adozione recente della legislazione antimonopolistica il valore di una misura «costituzionalmente dovuta».

mica, ha tentato di individuare la forma concorrenziale effettivamente operante delle disposizioni di natura privatistica che incidono sulla definizione ed estensione del mercato. La stessa operazione condotta sulla base delle categorie utilizzate dalla legge nazionale antimonopolistica può apparire utile al medesimo fine di comprendere il contenuto e le dimensioni della garanzia della libera concorrenza sotto il profilo pubblicistico.

Ci interessa pertanto ripercorrere le tappe salienti dell'interpretazione dell'art. 41 Cost. al fine di individuare le effettive ragioni che sono alla base dei diversi approcci al problema del rilievo pubblicistico della relazione fra mercato e concorrenza, relazione che non ha mai avuto adeguato approfondimento non solo all'interno delle ricostruzioni che escludono il rilievo costituzionale della libertà di concorrenza, ma anche nelle impostazioni dottrinali che pure riconoscono la copertura costituzionale della libertà suddetta.

Il criterio adottato nella ricerca dei filoni interpretativi fondamentali è quello dell'interpretazione sistematica: è infatti indubbio che nella ricostruzione dottrinale dell'iniziativa economica abbia avuto un ruolo primario la lettura sistematica dell'art. 41 in relazione ai valori del personalismo, dell'eguaglianza e del principio giuslavoristico¹⁷.

Tale formula interpretativa ha favorito, da un lato, l'analisi «sogget-

¹⁷ C. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965, I, 143, sottolinea come l'operazione interpretativa non possa ritenersi conclusa se non quando la normativa sia stata studiata in via sistematica nei suoi rapporti con gli altri precetti, nella sua posizione all'interno della Costituzione e che si debba sempre avere presente il nucleo culturale, ovvero l'insieme dei principi che esprimono i valori politici in cui la Costituzione trova il suo fondamento; in termini analoghi, G. BELLAVISTA, *Sulla interpretazione costituzionale*, in *Studi per il XX Ann. Ass. Costituente*, Firenze, 1969, vol. VI, 55. Sull'importanza del metodo sistematico nell'interpretazione della Costituzione insiste A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 3. Sulle ragioni che sostengono l'interpretazione dei principi economici condotta alla luce dei principi fondamentali contenuti negli artt. 1-4 della Costituzione v. D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in G. AMATO e A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1991, 785 ss. Nella ricostruzione di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, vol. I, 149 ss., i principi fondamentali della Carta repubblicana si identificano nel principio democratico espresso dall'art. 1, nel principio personalista ed in quello pluralista contenuti nell'art. 2 e nel principio giuslavorista espresso dal combinato disposto degli artt. 1 e 4. Sulla base di tale classifi-

tiva» della disposizione svolta nell'intento di descrivere la situazione giuridica soggettiva oggetto della garanzia costituzionale; dall'altro, l'interpretazione sistematica ha condotto alla definizione in termini oggettivi del sistema economico disegnato dal Costituente. Più in generale, il ricorso al criterio interpretativo sistematico ha svolto un ruolo essenziale nelle prime analisi del contenuto dell'art. 41 che la dottrina non mancò di definire norma ambigua e sostanzialmente priva di valore precettivo¹⁸.

La prima prospettiva interpretativa si ricollega alla chiave di lettura del principio dell'inviolabilità: la dottrina costituzionalistica ha in tal modo individuato il significato profondo della libertà economica all'interno della cultura del costituzionalismo moderno. Il ruolo essenziale di tale approccio consiste nell'aver contribuito a definire, sia pure con esiti assai diversi, il ruolo della libertà in relazione a quello dei limiti posti nel secondo e terzo comma dell'art. 41 Cost.

Su posizioni diverse si pone l'interpretazione che conduce alla negazione di un qualsiasi contenuto del principio di libertà economica, talora degradata a libertà di mero fatto: il problema della definizione del contenuto della libertà economica viene infatti pressoché ignorato in virtù dell'assunzione della prevalenza del modello autoritativo sulle scelte del singolo operatore economico.

Se dalla dimensione individuale si passa poi alla valutazione del sistema economico nel suo complesso si può constatare come la definizione del contenuto e dei limiti dell'iniziativa economica sia avvenuta *per relationem*, attraverso cioè il richiamo al dettato dell'art. 3, comma 2 della Costituzione: l'operazione interpretativa è stata condotta all'in-

cazione si fonda l'analisi di V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., 100 ss.

¹⁸ E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 260, definisce l'art. 41 Cost. norma indeterminata nel suo nucleo centrale, anfibiologica, suscettibile cioè di essere sviluppata in due direzioni opposte e sottoposta, in fatto, a particolare tensione da parte delle forze politiche operanti nell'ordinamento (ivi, 303); tale carattere era stato rilevato già da C. MORTATI, *Iniziativa privata e imponibile di mano d'opera*, in *Giur. cost.*, 1958, 1191 e M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 147; contra, G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963, 152.

segna del valore assoluto assunto dal principio interventista a fini sociali che è stato poi assunto a parametro nella descrizione dei caratteri che avrebbero dovuto assumere le scelte di natura economica.

3. *La problematica individuazione del contenuto della libertà economica: il ricorso alle categorie della libertà di fatto e del diritto affievolito*

La difficoltà con cui la dottrina pubblicistica ha affrontato il tema del contenuto della libertà garantita dal primo comma dell'art. 41 è testimoniata da quelle ricostruzioni teoriche volte a sottolineare la centralità del ruolo dei pubblici poteri nella conformazione della libertà economica. Alla situazione di libertà si sovrappone il ruolo costitutivo dei pubblici poteri dalla cui estensione si fa dipendere la stessa esistenza dell'area della libertà: tale risultato interpretativo si esprime nella sostanziale negazione di un diritto soggettivo all'interno delle situazioni di libertà e quindi nella qualificazione della libertà economica come libertà di fatto o addirittura come diritto affievolito.

Per ciò che riguarda il problema dell'uso della categoria del diritto soggettivo con riferimento alle libertà costituzionali, è stato autorevolmente escluso che i diritti di libertà potessero essere qualificati come diritti soggettivi¹⁹: l'individuazione del contenuto della libertà, e quindi anche dell'iniziativa economica privata, dovrebbe piuttosto ricavarsi dalla legislazione ordinaria che, introducendo limiti e vincoli al potere privato, definisce l'area delle facoltà connesse all'esistenza di un diritto soggettivo. Tale teoria muove in realtà dal riconoscimento di una specifica funzione di garanzia propria del dettato costituzionale: dal complesso delle leggi ordinarie che introducono limiti e vincoli al potere privato dipenderebbe la qualificazione in termini di diritto soggettivo delle libertà costituzionalmente garantite. Questo tipo di argomentazioni sono state utilizzate da parte della dottrina amministrativa-

¹⁹ R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, 116, fonda tale tesi sul rilievo, sviluppato da G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 3 ss, secondo cui i diritti di libertà non potrebbero essere considerati diritti soggettivi, ma piuttosto garanzie costituzionali di situazioni pregiudicizie.

stica che ha contestato l'impostazione tradizionale tendente a qualificare le autorizzazioni come provvedimenti amministrativi atti a rimuovere un ostacolo che si frappone all'esercizio di un diritto. Secondo tale ricostruzione, nei settori in cui vige il regime delle autorizzazioni la libertà economica del privato non avrebbe il contenuto del diritto soggettivo dal momento che facoltà ed oneri nascono e si consolidano solo a seguito del rilascio del permesso da parte dei pubblici poteri²⁰.

I limiti della configurazione della libertà economica come diritto soggettivo emergerebbero peraltro dallo stesso testo costituzionale: il limite della riserva originaria di impresa posto dall'art. 43 preclude infatti qualsiasi attività economica da parte del privato nei settori coperti dalla riserva e quindi preclude che l'atto di scelta, in astratto libero, si rivolga concretamente verso determinate *res* o servizi. Ad analoghe conclusioni sarebbe possibile giungere sulla base della formulazione dell'art. 41: vi sono infatti dei limiti, ricondotti dalla giurisprudenza costituzionale alla previsione del secondo comma che, essendo riferiti all'esercizio commerciale di determinati beni, di fatto precludono la stessa titolarità del diritto, così come vi sono dei limiti riconducibili al 3° comma, quali ad esempio quelli derivanti dagli ammassi di categorie di beni, in presenza dei quali l'autorità pubblica può legittimamente impedire il normale svolgimento della libertà contrattuale che pure è espressione della libertà di iniziativa economica privata²¹.

²⁰ In tal senso, R. VILLATA, *Autorizzazioni*, cit., 117; a conclusioni analoghe giunge M.P. CHITI, *Licenze commerciali e libertà di iniziativa economica*, in *Foro amm.*, 1970, III, 879, che contesta la tesi secondo la quale l'atto autorizzatorio verrebbe ad incidere su un diritto soggettivo che è preesistente all'atto stesso. La situazione di libertà economica sulla quale l'atto interviene non sarebbe pertanto qualificabile come diritto soggettivo dal momento che dall'art. 41 non sarebbe possibile ricavare una precisa situazione giuridica soggettiva: la disposizione individuerebbe piuttosto una scelta fondamentale che contraddistingue l'attuale forma di Stato e sarebbe quindi posta a garanzia di quella scelta.

²¹ Con la sentenza 14 febbraio 1962 n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, 31, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge che vietava la detenzione di una determinata qualità di beni produttivi (animali destinati alla riproduzione) invocando la violazione del limite del 2° comma dell'art. 41 poiché la legge si limitava a rinviare ai regolamenti ministeriali la definizione delle forme e delle condizioni per l'operare del limite. Nonostante sia stata invocata la violazione del limite del 2° comma, la norma in questione di fatto rendeva impossibile lo stesso inizio dell'attività economica avente ad oggetto

La configurabilità di limiti che incidono sulla scelta del bene oggetto dell'attività produttiva e sullo svolgimento dell'attività contrattuale rappresentano alcune delle «contraddizioni» che portavano altra dottrina ad escludere la configurabilità del diritto soggettivo e ad utilizzare per la libertà economica la categoria della libertà di fatto. In altre parole, la garanzia della libertà dovrebbe ritenersi sussistente solo all'interno di quei settori della vita economica in cui è assente l'intervento autoritativo dei pubblici poteri. Nelle ipotesi in cui l'iniziativa economica si esprime in un'area funzionale ricompresa nell'intervento dei pubblici poteri essa non sarebbe in grado di contenere situazioni giuridiche soggettive di ordine privatistico. L'area della libertà di fatto, intesa come libertà di attivarsi all'interno di qualsiasi sistema economico e produttivo dipenderebbe pertanto dal grado di invalidità della normativa statale²².

Nel quadro offerto da tali soluzioni interpretative la dialettica fra

quella categoria di animali; per ciò che riguarda invece il secondo limite, con la sentenza n. 5 del 14 febbraio 1962, in *Giur. cost.*, 1962, 40, la Corte ha dichiarato in contrasto con l'art. 41, comma 3 l'obbligo di conferimento all'ammasso di alcune categorie di cereali considerando la cessione una misura di direzione pubblica dell'economia che però, a ben guardare, precludeva nella sostanza l'esercizio dell'autonomia contrattuale avente ad oggetto quei prodotti normalmente destinati al mercato, autonomia che è parte della libera iniziativa economica. Nel commentare questa decisione, C. ESPOSITO, *Gli artt. 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, ibid., 48 ss., critica il riferimento operato dalla Corte al 3° comma dell'art. 41 Cost., ed alla conseguente violazione della riserva di legge ivi prevista, dal momento che la legge dichiarata incostituzionale non era una legge di programmazione. Per un quadro della prima giurisprudenza della Corte sui principi economici cfr. C. PIERANDREI, *Le decisioni della Corte costituzionale in materia economica*, in *Dir. econ.*, 1958, 419 ss.

²² F. BARTOLOMEI, *Rapporti economici e garanzie costituzionali*, Milano, 1979, 215: non ogni attività economica privata incontra un atto dei pubblici poteri e dipende proprio dalla mancanza di intervento normativo in questo o quel settore della vita economica, la possibile permanenza di una «libertà di fatto» in capo ai soggetti privati. L'autore in definitiva individua l'area della libertà privata ritagliandola sull'area di intervento dei pubblici poteri: la libertà dei privati anche nel campo dei rapporti economici dipenderebbe dal grado di centralizzazione e di intervento dello Stato. È evidente come, quanto più esso si limiterà a regolare gli aspetti principali della vita dell'uomo, tanto più ampia sarà l'area delle «libertà di fatto», quantomeno come momento di scelta iniziale di un'attività economica.

momento pubblico e componente privata nella gestione dei rapporti economici si trasforma nell'intervento costitutivo da parte della sfera pubblica che condizionerebbe la stessa esistenza della situazione giuridica soggettiva del privato. Dalla innegabile conflittualità ed ambiguità dell'art. 41 Cost., diviso tra affermazione di libertà ed interventi limitativi della medesima, si passa così a prefigurare un'ampia ingerenza del potere pubblico in ordine alla individuazione del contenuto della situazione soggettiva costituzionalmente garantita²³.

A conclusioni analoghe giungeva quella dottrina che, senza distinguere la nozione di iniziativa da quella di attività, contenute rispettivamente nel primo e nel terzo comma dell'art. 41, leggeva nella sequenza dei tre commi un progressivo crescendo dell'intervento pubblico dal quale non poteva che derivare la configurazione del diritto di libertà economica come «diritto affievolito»²⁴.

Rispetto a queste soluzioni la dottrina costituzionalistica fin dagli anni sessanta ha ragionato sulla natura della libertà garantita dall'art. 41 della Costituzione giungendo ad individuare un nucleo essenziale di tale libertà la cui presenza farebbe escludere in radice la con-

²³ Così F. BARTOLOMEI, op. cit., 65: obiettivo dell'indagine è quello di provare che sotto la formula del diritto soggettivo di libertà di iniziativa economica privata si nasconde nella realtà solo una libertà di fatto e che i procedimenti autorizzativi di determinate attività di ordine economico-commerciale sono procedimenti volti alla composizione preventiva di interessi in contrasto (pubblici, collettivi e privati) in cui l'interesse pubblico - quello dell'autorità decidente - sarebbe dominante - rispetto agli altri interessi che sarebbero recessivi, ivi compreso l'interesse canonizzato nella norma costituzionale sulla libertà di iniziativa economica privata, con la conseguenza che un siffatto interesse difficilmente potrebbe assurgere ad elemento teleologico di una situazione giuridica di diritto soggettivo in testa al privato.

²⁴ G. MIELE, *La tutela dell'interesse pubblico nell'impresa*, in *Raccolta di scritti in on. di A.C. Jemolo*, Milano, 1968, III, 399 ss. vede nei tre commi dell'art. 41 la realizzazione di un progressivo disegno tendente all'affermazione della preponderanza dei fini pubblici rispetto all'affermazione di libertà ed esclude che l'iniziativa sia un diritto in senso pieno: si tratterebbe piuttosto di un diritto affievolito o condizionato che vale e si afferma nella sua libertà di esercizio finché non venga in urto con l'utilità sociale o finché non si manifesti la necessità in qualche settore economico di indirizzare e coordinare l'attività dell'imprenditore a fini sociali (ivi, 409).

figurabilità di provvedimenti amministrativi di natura conformativa o costitutiva²⁵.

È evidente che entrambe gli orientamenti assolutizzano una parte della realtà normativa: rinviando ai paragrafi successivi per la verifica in ordine alla configurabilità di un nucleo intangibile per le libertà economiche, si può con una certa sicurezza affermare che risulta assai difficile immaginare un diritto di libertà privo di un contenuto soggettivo in quanto degradato al rango di mera situazione di fatto.

La sovrapposizione della forza dell'intervento autoritativo sulla definizione dell'oggetto della libertà di iniziativa economica privata è stata in larga misura abbandonata dalla dottrina costituzionalistica che si è piuttosto sforzata di definire l'area coperta dalla affermazione di libertà e di spiegare il ruolo dei limiti posti dall'art. 41 alla libertà stessa.

3.1. *Verso la precisazione del contenuto e del valore dell'iniziativa economica privata: libertà economica, libertà di concorrenza ed inviolabilità dei diritti fondamentali*

La lettura dell'art. 41 Cost. alla luce del principio fondamentale del personalismo (art. 2 Cost.) sintetizza l'evoluzione dei rapporti fra autorità e libertà nel passaggio dallo Stato di diritto liberale allo Stato di diritto costituzionale. Tale percorso può essere infatti espresso dalla progressiva trasformazione dell'idea di libertà che dalla stretta connessione con i valori economici (libertà-proprietà) viene a coincidere con

²⁵ È la tesi di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, Morano, 1962, 172: nell'analisi dei provvedimenti che incidono sull'attività economica dei privati l'autore distingue le riserve ex art. 43 della Costituzione dai provvedimenti permissivi che condizionano l'ingresso sul mercato dell'operatore privato essendo riservata all'amministrazione ampia discrezionalità in ordine alle concrete esigenze di quel determinato settore. Trattasi dei permessi per l'apertura di esercizi commerciali, per l'esercizio del credito e delle assicurazioni per i quali la valutazione pubblica riguarda il bisogno, cioè l'opportunità dell'ingresso di nuovi soggetti in quei settori. Anche in tali ipotesi, tuttavia, l'autore esclude che il provvedimento permissivo abbia natura costitutiva del diritto soggettivo che è invece garantito in tutta la sua pienezza da una norma (art. 41) che concorre a qualificare fin dalla base l'ordinamento dei rapporti economici.

il valore della personalità e della dignità dell'uomo (libertà-dignità)²⁶.

La connessione fra l'affermazione della libertà e l'individuazione di limiti posti a tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana che lega i primi due commi dell'art. 41 esprime la posizione attiva e dinamica dei valori riconducibili alla personalità anche nell'interpretazione delle relazioni economiche: tale profilo è stato accentuato proprio dal collegamento con l'art. 2 della Costituzione, disposizione che riassume nell'attributo dell'inviolabilità dei diritti della persona la posizione di vertice che a quei diritti viene riconosciuta nello Stato costituzionale²⁷.

La relazione fra la libertà economica ed il valore dell'inviolabilità dei diritti fondamentali ha indirizzato il dibattito sulla natura della libertà stessa e quindi sull'individuazione della categoria soggettiva tutelata dall'art. 41.

L'analisi condotta alla luce dell'art. 2 ha quindi aperto la discussione sul contenuto del diritto di libertà economica: le categorie utilizzate sono quelle dei diritti fondamentali, del diritto soggettivo ovvero della situazione giuridica di vantaggio.

A ciascuna di tali categorie corrisponde un determinato assetto delle funzioni dei pubblici poteri: la qualificazione della situazione giuridica soggettiva connessa con l'affermazione del diritto di libertà è infatti strettamente connessa con la delimitazione dell'area di intervento autoritativo sulle forme di manifestazione dell'autonomia privata.

Fin dalle prime ricostruzioni degli anni cinquanta l'analisi teorica

²⁶ A. BALDASSARRE, *Libertà. I) Problemi generali*, in Enc. giur. Treccani, Roma 1990, vol. XIV, 20, sottolinea come il passaggio dalla libertà-proprietà e quindi dalla libertà economica liberale alla centralità della dignità umana conduca all'affermazione del valore della personalità totale che comprende sia le manifestazioni attinenti alla sfera privata che quelle relative alla sfera della vita sociale e politica.

²⁷ A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 26: nello Stato democratico pluralista il soggetto delle libertà fondamentali è la persona nella totalità delle sue potenzialità espressive (private, sociali, politiche) e cioè la «persona totale» che, come tale, viene ad essere collocata nella sua essenza ideale al vertice del sistema costituzionale. In questo tipo di Stato il significato più rispondente alla natura di libertà costituzionale non può essere ricercato nella qualificazione di queste come diritti soggettivi (pretesa, potere) ma, piuttosto, nell'interpretazione delle libertà suddette in chiave di valori.

avente ad oggetto l'art. 41 della Costituzione prese le mosse dal rapporto fra tale disposizione ed i valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale: in particolare, la prospettiva dell'effettiva realizzazione della personalità umana e la connessa affermazione dei doveri inderogabili di solidarietà economica, oltretutto politica e sociale, indicati dall'art. 2 Cost. sono stati considerati come la fonte di legittimazione dell'intervento pubblico volto a conformare ed indirizzare lo sviluppo delle situazioni economiche di vantaggio, ed in modo particolare dell'iniziativa economica privata, coerentemente con il principio solidaristico proclamato dalla Costituzione²⁸.

È in realtà sulla base di tale principio che si è potuto giustificare l'intervento pubblico volto a circoscrivere e condizionare le manifestazioni di autonomia privata: rispetto all'operare di tali condizionamenti, la garanzia della libertà economica posta dal primo comma dell'art. 41 definirebbe il sistema economico nel senso di costituire un limite all'intervento suddetto affinché sia mantenuto il diritto nella sua sostanza ovvero nel suo nucleo essenziale. L'esistenza della garanzia è stata quindi invocata al fine di precludere qualsiasi intervento legislativo che fosse preordinato alla totale soppressione della libertà economica²⁹.

²⁸ In quegli stessi anni in Germania dal dibattito sulla configurabilità di una autonoma *Wirtschaftsverfassung* all'interno della *Grundgesetz* emergeva la posizione di uno dei padri fondatori della teoria della *Soziale Marktwirtschaft*, H.C. NIPPERDEY, *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe, Heft 10, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1954, 9, il quale rinveniva nell'art. 2, Abs. 1 GG., e quindi nel diritto al *Frei Entfaltung der Persönlichkeit*, e nella clausola generale sull'inviolabilità dei diritti fondamentali dell'art. 19, il fondamento della libertà di concorrenza definito come «diritto fondamentale del singolo all'interno di una economia di mercato».

²⁹ Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 111: attraverso l'interpretazione sistematica condotta alla luce dei primi quattro articoli della Costituzione, l'autore ricava i principi del sistema interventistico proprio dello Stato sociale sottolineando come la legittimazione di tale intervento nella vita economica non derivi allo Stato dall'art. 41 Cost., ma dai principi sopra indicati. L'art. 41 in quanto norma caratterizzante il sistema economico circo-scrive quel potere in ordine alle sue possibilità di esplicazione verso l'iniziativa privata, gli pone dei limiti e degli argini: le formule dell'utilità sociale e dei fini sociali di cui ai commi 2 e 3 della disposizione in questione non sarebbero pertanto formule di

Il tipo di approccio ermeneutico ora descritto colloca l'art. 41 in una posizione di subordinazione rispetto ai valori contenuti nell'art. 2: dal punto di vista dell'interpretazione sistematica tale ricostruzione ha però consentito di approfondire il rapporto fra la libertà economica e la garanzia del contenuto essenziale del diritto, principio che nel sistema costituzionale tedesco accompagna la protezione dei diritti fondamentali³⁰.

L'esistenza di una garanzia del contenuto essenziale riferita alle libertà economiche è stata in realtà posta in discussione nell'ambito della ricerca del significato della garanzia costituzionale della proprietà privata. In questo contesto la dottrina tedesca ha elaborato una distinzione fra due tipi di riserva di legge: la prima forma di riserva consentirebbe che la legge, a certe condizioni, disponga limiti ad un diritto il cui contenuto è specificato dalla Costituzione, mentre la seconda permetterebbe una normazione conformativa del contenuto del diritto. Alla prima si riconducono i diritti fondamentali assoluti ed inviolabili soggetti a limitazioni solo in presenza di altri valori di pari rango: alla seconda corrispondono i diritti fondamentali per i quali la tutela è solo relativa in quanto il loro contenuto è definibile in relazione ad altri valori sociali. Per tale via si forniva una lettura articolata della garanzia posta dall'art. 19, comma 2, della Legge Fondamentale tedesca: la garanzia dei diritti assoluti riguarda il diritto il cui contenuto rappresenta un valore precostituzionale, mentre per i diritti derivati o relativi la garanzia si riferisce al mantenimento dell'istituto giuridico, quale è appunto la proprietà. Proprio con riferimento al diritto di proprietà, autorevole dottrina ha però ritenuto superabile la distinzione fra le due forme di garanzia dal momento che quando un istituto, come la proprietà, si compone di un diritto soggettivo la garanzia di istituto è al

rinvio atte a legittimare qualsiasi intervento, ma soltanto dei mezzi per il razionale incanalamento dell'impresa privata verso la struttura dello Stato così come definita dai principi fondamentali della Costituzione (ivi, 114).

³⁰ La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali è contenuta nell'art. 19, 2° comma, della Legge Fondamentale tedesca, ai sensi del quale «in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale»: sul valore di questa clausola si veda in particolare, P. HÄBERLE, *Die Wesengehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1983, trad. it., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di P. RIDOLA, Roma, NIS, 1993.

tempo stesso garanzia del diritto³¹. A tale fondamentale obiezione gli autori che hanno accolto quella distinzione, al fine di precisare il ruolo della proprietà nell'ordinamento costituzionale moderno, oppongono il principio secondo cui la *ratio* delle due forme di garanzia risiederebbe nell'idea di libertà propria delle moderne democrazie sociali: il diritto di libertà economica sarebbe destinato a misurarsi con i valori sociali secondo una proporzione lasciata alla discrezionalità del legislatore³².

La dottrina costituzionalistica che ha approfondito il significato dell'invioabilità dei diritti dell'uomo sancita dall'art. 2 Cost. ha riproposto le categorie sopra richiamate al fine di escludere dal novero dei diritti fondamentali assoluti i diritti di libertà economica. Secondo tale ricostruzione, attorno all'invioabilità dei diritti dell'uomo ruotano i valori fondanti della convivenza sociale ed in particolare il valore della persona nella totalità delle sue manifestazioni: i valori espressi dai diritti fondamentali, proprio perché fondati sul riconoscimento della dignità dell'uomo, compongono un sistema che si impone a qualsiasi intervento esterno dei poteri pubblici, ivi compreso il potere di revisione costituzionale.

³¹ Così M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 475. Concorde con tale rilievo, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 36, ricordando che tanto il legislatore ordinario quanto quello costituzionale non possano modificare la *ratio* sottostante alle libertà economiche che è poi quella di essere valori qualificanti un certo regime di pluralismo economico ed etico-sociale; Id., *Proprietà. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 11.

³² L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 440; con riferimento all'invioabilità dei diritti fondamentali etico-sociali ed economici, A. BALDASSARRE, op. ult. cit., 36, rileva che il potere di modellare un ragionevole equilibrio tra i diversi principi ordinatori di un certo istituto è pur sempre vincolato al mantenimento della funzione essenziale che la Costituzione prevede come garanzia di sostegno a favore di determinati diritti inviolabili riconosciuti nel campo etico-sociale ed economico: questo è indubbiamente il caso della famiglia, come pure dei sindacati e delle imprese. Riconosce invece alla libertà di iniziativa economica privata la garanzia del contenuto essenziale del diritto fondamentale, G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. Treccani* XVII, Roma, 1989, 4, il quale ricava tale garanzia dalla ricorrente affermazione della Corte secondo cui nello svolgimento dell'attività economica privata deve essere tutelato un margine di utile per l'imprenditore (sentt. 8 luglio 1957 n. 103; 24 luglio 1972 n. 144; 10 luglio 1975 n. 200).

L'inviolabilità ridefinisce così l'intero rapporto autorità-libertà in quanto la collocazione del valore della persona in una posizione di assoluta preminenza vale a condizionare lo stesso esercizio del potere³³.

Ed è proprio con riferimento alle limitazioni del potere che è stata richiamata la distinzione fra diritti inviolabili originari o generali e diritti inviolabili speciali elaborata dalla dottrina tedesca: la prima categoria comprenderebbe i diritti dell'uomo e del cittadino e quindi le libertà personali, mentre apparterebbero alla seconda i diritti nel campo dei rapporti etico-sociali riconducibili all'appartenenza ad una determinata formazione sociale (famiglia, scuola, lavoro) ovvero ad una situazione economica di vantaggio quale l'iniziativa economica privata e la proprietà. Ciò che sotto il profilo del rapporto autorità-libertà distinguerebbe le due categorie sopra ricordate attiene proprio al diverso modo di porsi dei diritti fondamentali in esse ricompresi dinanzi all'intervento del legislatore ordinario e di quello costituente. La garanzia che sostiene i diritti fondamentali originari deve essere riferita al nucleo essenziale degli stessi, nucleo che è assolutamente intangibile e non suscettibile di revisione costituzionale: la particolare forza di tali diritti deriverebbe dunque dal fatto che gli stessi rappresentano le condizioni di esistenza delle moderne democrazie pluralistiche.

La garanzia che sostiene i diritti etico-sociali ed economici, ai quali appartiene la libertà di iniziativa economica, viene qualificata come garanzia di istituto nel senso che essa si riferisce ad un complesso normativo unitario (proprietà, attività di impresa, famiglia) all'interno del quale il riconoscimento del valore della libertà convive con il valore-limite della socialità: tale convivenza lascia un margine di intervento al legislatore ed ai pubblici poteri di bilanciare, in misura proporzionale e ragionevole, le due componenti.

L'uso di tale categoria riferita all'iniziativa economica privata è stato però posto in discussione dalle ricostruzioni che interpretano l'art. 41 in chiave di garanzia della esistenza dell'attività economica privata, garanzia che esprimerebbe il ruolo centrale della stessa nel sistema produttivo. Su tale base si è pertanto escluso che attorno all'iniziativa economica potesse costruirsi l'idea dell'istituto inteso come complesso or-

ganico di principi in grado di definire a priori i concetti di iniziativa e di attività utilizzati dall'art. 41 della Costituzione. La constatazione si fonda in realtà sulla rilevata difficoltà di estendere all'iniziativa una categoria, quale quella della garanzia di istituto, le cui origini sono indissolubilmente legate alla struttura ed ai caratteri della proprietà³⁴.

3.2. *L'importanza della definizione dell'oggetto della libertà economica: l'area dell'iniziativa e quella dell'attività economica*

Al di là delle diverse soluzioni prospettate, la linea interpretativa condotta alla luce del valore dell'inviolabilità ha avuto un ruolo essenziale per l'approfondimento del contenuto della libertà economica nel quadro dei principi del costituzionalismo moderno ed ha consentito di superare la prospettiva della unilaterale prevalenza dell'interesse pubblico posta a giustificazione della degradazione della libertà economica a diritto affievolito.

Fondamentale in tal senso è stata la ricostruzione di Baldassarre volta a raccordare i tre commi dell'art. 41 Cost.: al suo interno è stato così isolato il concetto di iniziativa (utilizzato nel primo e richiamato indirettamente dal secondo comma) dalla nozione di attività (utilizzata nel 3° comma).

Il contenuto della libera iniziativa viene ricavato dalla nozione, fondata sull'uso corrente in economia e nelle discipline aziendalistiche, dell'attivazione di una determinata produzione, attivazione che presuppone una scelta in ordine ai mezzi e quindi alla destinazione del capitale da impiegare. Tale nozione rappresenterebbe l'oggetto della garanzia di libertà di cui al primo comma: da ciò discenderebbe l'incoercibilità dell'atto di scelta in ordine alla destinazione del capitale.

L'organizzazione dell'attività intesa come svolgimento dell'atto iniziale è invece destinata a confrontarsi con il limite dell'utilità sociale e con il vincolo del rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana³⁵.

³⁴ M. LUCIANI, *La produzione economica privata* cit., 56; Id., *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, 1382.

³⁵ C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33,

³³ Così A. BALDASSARRE, op. ult. cit., 35.

La distinzione fra iniziativa e svolgimento consente anche di definire i limiti posti nel comma 3: i programmi ed i controlli che possono essere adottati con legge per indirizzare e coordinare a fini sociali l'attività economica privata e pubblica andrebbero riferiti all'attività nel suo complesso intesa come sintesi di scelta economica e di svolgimento della medesima³⁶.

sottolinea il collegamento fra il primo ed il secondo comma qualificando l'iniziativa economica, proclamata libera dal primo comma, come diritto consustanzialmente limitato ad opera del secondo comma.

³⁶ A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in Enc. dir., XXI, Milano 1971, 599-600; la distinzione fra i due momenti della produzione economica era stata enunciata dall'autore in *Lo sciopero e i «limiti» dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965, 1188. Dello stesso autore v. *Le trasformazioni dell'impresa di fronte alla Costituzione*, in *Dem. dir.*, 1977, 15: la distinzione fra attività propulsiva di iniziativa e l'attività di organizzazione (svolgimento) viene ricavata sulla base della distinzione fra funzione imprenditoriale e funzione direzionale. La prima riguarda l'organizzazione dell'impresa, così come esiste, mentre la seconda attiene all'ampliamento dei suoi confini mediante nuove iniziative. Sul significato della distinzione fra attivazione e svolgimento della produzione economica, si veda M. LUCIANI, *La produzione economica cit.*, 59. Anche F. BASSI e C. CUGURRA, *Corte costituzionale e iniziativa economica privata*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. OCCHIOCUPO, Bologna, 1978, 283, rinviando alle scienze economiche per la definizione del concetto di iniziativa economica poiché i meccanismi della produzione sono fenomeni di natura economica che la scienza giuridica può solo limitarsi a recepire delimitandone gli effetti. All'interno di tale distinzione fra attivazione e svolgimento della produzione economica riferita alle diverse fasi di impiego del capitale B. CARAVITA, *Il bilanciamento tra costi economici e costi ambientali in una sentenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1991, 525 ss. include nella garanzia avente ad oggetto la libera scelta in ordine all'investimento del capitale la potenzialità di trarre utili dall'attività economica intrapresa; ID., *Tra crisi e riforme. Riflessioni sul sistema costituzionale*, Torino 1993, 209. L'idea della distinzione fra il momento iniziale e lo svolgimento dell'attività rappresenta in realtà una posizione dottrinale intermedia che si colloca fra due soluzioni interpretative opposte: da un lato, la dottrina ha dilatato la nozione di iniziativa fino a ricomprendere nella garanzia tutta una serie di attività finalizzate al perseguimento di fini economici, anche se non organizzate in forma imprenditoriale; dall'altro, si è invece circoscritta tale nozione con l'attività svolta in forma di impresa. Accolgono la prima interpretazione: M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano 1956, 151; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'attività economica privata nel diritto pubblico*, cit., 71; A. PREDIERI, *Pianificazione*, cit., 162; A. PACE, *Iniziativa privata e governo dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Scritti in on. di E. Tosato*, Milano, 1982, II, 546; P. DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, Padova 1978, 114. L'identificazione del-

L'atto di destinazione del capitale preliminare allo svolgimento dell'attività produttiva resta pertanto l'oggetto di un diritto di libertà garantito espressamente dalla Costituzione e come tale assoluto ed esercitabile *erga omnes*.

A tale chiave interpretativa si oppone la ricostruzione di Pace che vede nell'atto di destinazione del capitale una forma di disposizione di un diritto reale avente ad oggetto il capitale e come tale rientrante nella sfera di applicazione dell'art. 42 della Costituzione: alla libertà economica garantita dall'art. 41 si dovrebbe attribuire invece il valore di diritto della persona, valore che è proprio anche delle libertà civili e politiche. La tesi si fonda in realtà sulla critica della categoria dei diritti «fondamentali» e del suo utilizzo finalizzato alla separazione fra le libertà fondamentali generali o assolute e le libertà fondamentali speciali o derivate. La libertà economica non godrebbe pertanto di una tutela inferiore rispetto alle libertà civili pur essendo da questa distinta sotto il profilo oggettivo in quanto presuppone lo svolgimento di una serie di attività giuridiche a contenuto patrimoniale e può ben essere limitata dal legislatore per il perseguimento di finalità sociali³⁷.

l'attività economica con la produzione in forma imprenditoriale è invece accolta dalla maggioranza degli autori: in tal senso, U. COLI, *Proprietà*, cit., 363; A. BERTOLINO, *L'attività economica*, cit., 410; L. CARIOTA FERRARA, *Osservazioni sull'iniziativa economica privata*, in *Riv. giur. edil.*, 1962, 195; L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962, 132; D. SERRANI, *Considerazioni in tema di ammassi*, in *Giur. cost.*, 1964, 221; L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale*, Torino, 1966, 309; G. DE FERRA, *Il concetto giuridico di «iniziativa privata»*, in AA.VV., *Iniziativa privata e gestione pubblica*, Milano, 1976, 9 ss.; A. BARRESI COMUNALE *Libertà di iniziativa economica e utilità sociale*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41*, cit., 212; E. BERARDUCCI, *Contratto di enfiteusi e art. 44 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1969, 951, che ricomprende nella nozione di iniziativa una serie concatenata di atti e di operazioni orientati ad un risultato finale unitario di natura imprenditoriale; C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica* (1953), ora in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, III, 172; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 178. Rifiuta la distinzione fra iniziativa ed attività, P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione «vivente»*, Padova, 1978, 69, il quale teme che la libertà dell'atto di scelta in ordine all'investimento possa poi estendersi alle scelte reattive all'esercizio di atti e quindi vanificare la portata dei limiti.

³⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992, 476; ID., *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Scritti in memoria di F. Piga*, Milano, 1992, II, 1610 ss.; sulla natura della

3.3. L'iniziativa economica privata come diritto della persona e come diritto fondamentale relativo o derivato

Il ricorso alla categoria dell'inviolabilità/fondamentalità dei diritti di libertà, assunta quale parametro per l'individuazione del contenuto e dei limiti della libertà economica, sembra quindi porre in luce soluzioni interpretative assai diverse nella qualificazione del contenuto del diritto di iniziativa economica privata. È opportuno precisare ora i contorni di tali soluzioni interpretative, ponendo eventualmente in luce i punti di convergenza, dal momento che la collocazione del diritto di iniziativa economica fra i diritti fondamentali relativi o derivati è strettamente collegata con l'interpretazione del medesimo alla luce dei valori sociali espressi dagli artt. 4 e 3, comma 2 della Costituzione.

La soluzione relativa alla collocazione dell'iniziativa economica fra i diritti fondamentali rappresenta inoltre il punto di partenza per la ricostruzione del passaggio teorico che collega l'oggetto della libertà economica con la qualificazione della libertà di concorrenza, passaggio che approfondiremo nel successivo capitolo.

Come si è già anticipato, la ricostruzione del diritto garantito dall'art. 41 Cost. come diritto della persona è stata condizionata dalla obiezione di principio opposta da Pace nei confronti della categoria dei diritti fondamentali e quindi della possibilità teorica di isolare all'interno di quest'ultima il nucleo duro dei diritti sottratti alla stessa revisione costituzionale. Pur essendo chiara la premessa di tale ricostru-

zione, autorevole dottrina ha dubitato della congruenza di tale tesi con l'effettiva realtà dello sviluppo capitalistico. L'evoluzione di quella che Galbraith definiva la «tecnostuttura» e che in termini più generici viene identificata nell'organizzazione di impresa avrebbe cioè raggiunto livelli di tale complessità da rendere assolutamente marginale l'ipotesi della corrispondenza fra iniziativa economica e proprietà privata dei mezzi di produzione. I modelli della gestione imprenditoriale sembrano cioè irreversibilmente condizionati da una struttura di impresa che tende a marginalizzare il modello dell'impresa familiare: non essendo del resto possibile escludere la garanzia dell'art. 41 la complessa e prevalente realtà della grande impresa, è stata giudicata quantomeno anacronistica la qualificazione della libertà economica nel senso classico di diritto della personalità³⁸.

La tesi di Baldassarre utilizza, al contrario, la categoria dei diritti fondamentali per escludere la libertà economica dal novero delle libertà fondamentali originarie od assolute: tale premessa non ha tuttavia impedito all'autore di identificare un'area di libertà all'interno del primo comma dell'art. 41 e di indicare il contenuto della medesima. Tale passaggio si fonda in realtà sul principio secondo cui l'iniziativa economica, al pari della proprietà privata, pur non essendo riconducibile ai diritti fondamentali assoluti, parteciperebbe della natura dei diritti inviolabili nel senso che tale libertà esprimerebbe un valore caratterizzante il pluralismo economico-sociale della nostra democrazia³⁹. L'elemento che tuttavia impedisce all'autore di valorizzare questa affermazione è la visione congiunta del ruolo dell'iniziativa economica e

³⁸ È questa in sintesi la critica di A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 25.

³⁹ Così A. BALDASSARRE, op. ult. cit., 26: tanto la libertà di iniziativa economica che la proprietà privata sarebbero state oggetto di esplicita valorizzazione in sede di Assemblea Costituente al fine di contrastare le tendenze volte ad affermare il principio della programmazione globale collettiva, di quella cioè che poteva essere l'antimera di una democrazia economica totalitaria. In virtù del carattere di diritto inviolabile derivato proprio dalle libertà economiche e dalla garanzia di istituto che le sostiene, P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996, 217, identifica nella disciplina di tali libertà «nocciolo duro» del modello economico costituzionale in grado di resistere ad improprie «revisioni» in sede comunitaria. Sulla estensione della qualifica di diritto fondamentale di libertà all'iniziativa economica privata si veda, da ultimo, A. PIZZORUSSO, *La Costituzione*, cit., 90.

clausola costituzionale relativa ai diritti fondamentali cfr. le opposte soluzioni di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, I, 4 ss.; ID., *Diritti fondamentali al di là della costituzione*, in *Pol. dir.*, 1993, 4, che ritiene l'art. 2 norma a fattispecie chiusa e di A. BARBERA, *Articolo 2*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss., che invece la definisce a «fattispecie aperta»; in termini analoghi, A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. AMATO e A. BARBERA, *Manuale*, cit., 209. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 56, attribuisce all'art. 2 la fondamentale funzione di conferire il crisma dell'inviolabilità ai diritti menzionati in Costituzione, ivi compresi quelli ad essa conseguenti: tale disposizione sarebbe cioè matrice e garante dei diritti di libertà, ma non fonte di altri diritti al di là di quelli previsti dalla Costituzione.

della proprietà privata nelle moderne democrazie pluralistiche. In effetti, la distinzione fra diritti inviolabili assoluti o originari e diritti inviolabili relativi o derivati è stata utilizzata dalla dottrina privatistica per spiegare il diverso ruolo assunto dall'istituto proprietario nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale: ben si comprende quindi l'utilizzo di quella distinzione al fine di sottolineare il passaggio dalla concezione della proprietà-libertà ovvero dalla libertà parziale, alla libertà-dignità della persona o libertà totale. Mentre per la proprietà è senza dubbio corretto parlare di diritto funzionale, di diritto cioè il cui contenuto può essere dal legislatore in vario modo conformato o definito, lo stesso non può valere per l'iniziativa economica privata. Per quest'ultima è stato possibile in via interpretativa isolare un contenuto di libertà il cui riconoscimento esclude in ogni caso la possibilità di incidere in modo conformativo sulle scelte fondanti dell'attività di impresa.

L'ambiguità del ricorso alla categoria del diritto fondamentale derivato per definire al tempo stesso la posizione costituzionale dell'iniziativa economica e della proprietà privata emerge in modo particolare in sede di comparazione fra la stessa e le altre libertà costituzionali in grado di vantare un rapporto di assoluta immediatezza con i valori della persona. Nella prospettiva di un bilanciamento teorico fra l'iniziativa economica e gli altri diritti di libertà più prossimi ai diritti dell'uomo emergerebbe in tutta la sua evidenza la difficoltà di una comparazione fra valori collocati su piani diversi. Le libertà economiche unitariamente considerate sarebbero così diritti fondamentali nella misura in cui testimoniano la scelta fondamentale dei Costituenti per una democrazia pluralistica anche nella sfera dei rapporti economici: al tempo stesso, però, si esclude la prossimità dell'iniziativa economica e della proprietà al valore della dignità «totale» della persona.

Il problema dei termini e delle forme della comparazione e del bilanciamento si ripropone allorché l'iniziativa economica viene letta alla luce di alcuni principi fondamentali e viene quindi confrontata con il valore sociale del lavoro e con il modello di democrazia progressiva ritagliato attorno al disegno di trasformazione economica, oltreché sociale e politica, tracciato dal comma 2 dell'art. 3 della Costituzione.

4. Principi economici e valori sociali: l'organizzazione dell'attività economica ed il valore del lavoro

Accanto al supremo principio della dignità personale, il valore del lavoro ha avuto nell'interpretazione dell'art. 41 Cost. un ruolo altrettanto importante in quanto principio direttamente riconducibile all'idea di democrazia espressa dall'art. 1 della Costituzione; oltre ad essere criterio di organizzazione dei pubblici poteri, l'affermazione del diritto al lavoro si ricollega alla tutela del singolo nella dimensione sociale garantita dall'art. 2. Il vincolo del rispetto dei valori sociali riprodotto all'interno dell'art. 41, 2 comma, in cui l'utilità sociale rappresenta un limite allo svolgimento della produzione economica privata, è stato posto in relazione con la formula dell'art. 4, comma 2 nella parte in cui sancisce il dovere di svolgere un'attività lavorativa finalizzata al progresso materiale o spirituale della società. In virtù di tale collegamento il libero svolgimento dell'iniziativa economica sarebbe garantito come espressione della personalità dell'individuo nella misura in cui generi un'attività socialmente utile⁴⁰.

L'art. 4, in quanto garanzia di affermazione della personalità e della dignità sociale dell'uomo⁴¹, diviene così il parametro alla luce del quale è stata valutata la compatibilità delle affermazioni di libertà in materia economica, ed in particolare di quella contenuta nell'art. 41, rispetto al valore sociale della persona. Dal legame posto fra attività economica, attività socialmente utile e lavoro, inteso come affermazione della dignità personale, deriverebbe anche che il diritto al lavoro conforma l'azione dei pubblici poteri in quanto è fonte di un obbligo

⁴⁰ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 95, muovendo dall'idea che l'istanza sociale rappresenta il criterio prevalente sulla cui base si determinano la rilevanza dell'interesse individuale ed il contenuto della situazione consequenziale, sostiene che l'iniziativa privata è garantita come manifestazione della personalità dell'individuo purché dia luogo ad un'attività socialmente utile. Tale carattere è riconosciuto all'attività economica del privato in quanto essa, dando impulso al processo di produzione e di distribuzione della ricchezza, appare astrattamente idonea a contribuire al progresso della società creando le basi per l'ulteriore sviluppo delle relazioni sociali (art. 4, comma 2).

⁴¹ C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., 145.

positivo per lo Stato di promuovere le condizioni idonee a garantire l'occupazione e l'eguaglianza nell'accesso alla stessa. Da ciò discenderebbe l'esistenza di un vincolo statale avente ad oggetto la predisposizione di un intervento finalizzato all'attuazione di una politica dell'occupazione. Lo strumento capace di contenere e di prefigurare tale politica sarebbe il programma di cui al terzo comma dell'art. 41. Il programma rappresenterebbe la forma di realizzazione dei fini sociali dell'attività produttiva: dal momento che l'art. 4 viene assunto come parametro di selezione di quei fini ponendo come prioritario il lavoro, il ricorso agli strumenti di intervento dell'art. 41 porrebbe tale disposizione in un rapporto strumentale rispetto all'obiettivo del mantenimento del pieno impiego⁴².

L'organizzazione della produzione in funzione del raggiungimento dell'obiettivo finale della piena occupazione non può tuttavia svolgersi in contrasto con le condizioni che garantiscono la pluralità degli operatori privato e quindi in contrasto con le regole del mercato concorrenziale⁴³.

Si esclude, tuttavia, che la realizzazione dei fini sociali di cui all'art. 41, comma 3 possa condurre alla negazione del diritto soggettivo di libertà garantito dal 1° comma: l'interesse privato al massimo profitto conviverebbe dunque con l'idea di un'iniziativa economica il cui contenuto coincide con il diritto all'esplicazione

⁴² C. MORTATI, op. ult. cit., 153; sul diritto al lavoro come principio di giustizia naturale v. Codice di Camaldoli (*Per la Comunità cristiana. Principi dell'ordinamento sociale a cura di un gruppo di studiosi amici di Camaldoli*, Ed. Studium, 1945) ripubblicato in *Civitas*, 1982, 61 ss.; all'art. 55 (Diritto al lavoro: sua dignità) si legge: «Risponde ad un principio di giustizia naturale che ogni uomo possa attingere ai beni materiali disponibili sulla terra quanto necessario per un pieno sviluppo delle sue energie individuali e di quelle dei familiari ai quali deve provvedere. Una società ben ordinata deve dare perciò a ciascun uomo la possibilità di esplicitare nel lavoro la sua energia e di conseguire un reddito sufficiente alle necessità proprie e della propria famiglia». Sull'influenza dei valori del personalismo e del solidarismo cattolico nell'approvazione degli artt. 41 e 42 della Costituzione si rinvia, fra le altre, all'analisi di P. BERETTA, *La «Costituzione economica»: genesi e principi*, in *Il Politico*, 1988, 379.

⁴³ C. MORTATI, op. cit., 176.

di un'attività lavorativa consistente nell'organizzazione a scopo di produzione⁴⁴.

4.1. *Il rapporto fra il valore del lavoro ed i limiti dell'utilità sociale e del rispetto della sicurezza, libertà e dignità della persona (art. 41, comma 2 Cost.)*

Sulla base di questa ricostruzione, la dimensione soggettiva del diritto di libertà economica si arricchisce di un contenuto sociale in virtù del collegamento fra l'organizzazione di un'attività economica e l'obiettivo della massima occupazione, implicito nella garanzia dell'art. 4. Da ciò deriverebbe in realtà la subordinazione dell'iniziativa privata a scelte che favoriscano quel fine di natura sociale: risulterebbero pertanto vincolati alcuni comportamenti dell'imprenditore sia in ordine alla modalità di costituzione del rapporto di lavoro, sia alle forme di risoluzione del rapporto medesimo⁴⁵.

⁴⁴ C. MORTATI, op. cit., 177; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, II, 1114, afferma che il carattere funzionale dell'attività economica privata conduce a configurarla in termini di discrezionalità che per essere tale deve consentire al suo titolare margini di autodecisione, affinché possa operare delle scelte che offrano un minimo appagamento dell'interesse che la alimenta, da coordinare e armonizzare con quello collettivo, quale deve risultare da una politica economica unitaria che trovi nella programmazione il suo principale strumento.

⁴⁵ Con la sentenza n. 78 del 30 dicembre 1958, in *Giur. cost.*, 1958, 979, la Corte dichiarò incostituzionale la normativa del 1947 sul massimo impiego della mano d'opera in agricoltura: il provvedimento che imponeva all'imprenditore agricolo l'obbligo di assunzione di lavoratori fu dichiarato invasivo dell'autonomia nella gestione del personale e dell'autodeterminazione in ordine alle dimensioni dell'azienda. L'orientamento della Corte fu criticato dagli autori che sostenevano la necessità della funzionalizzazione dell'iniziativa economica al fine sociale del lavoro: v., in proposito, C. MORTATI, *Iniziativa economica e imponibile*, cit., 1190, che censura il mancato collegamento dell'art. 41 con l'art. 44 che per la proprietà terriera privata prevede la possibilità imporre vincoli ed obblighi che siano ispirati alla finalità (economica) del razionale sfruttamento del suolo ed a quella (sociale) degli equi rapporti sociali. Su tale lettura dell'art. 44, si veda C. MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, in *Atti del 3° Congresso di diritto agrario*, Milano, 1954, 268, ora in *Raccolta di scritti*, vol. III, 105; A. CARRESI, *La proprietà terriera privata*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da P. CALAMANDREI-A. LEVI, cit., I, 399. In tempi recenti

Tanto la determinazione autoritativa dell'assunzione di manodopera che le forme di gestione del rapporto di lavoro trovano la loro fonte di legittimazione nella funzione sociale dell'impresa che si concretizza attraverso il conseguimento della prospettiva della massima utilizzazione del bene produttivo nel rispetto della dignità dei partecipanti all'attività di impresa⁴⁶.

Proprio in virtù dell'efficacia immediata dei principi contenuti nell'art. 4 e nell'art. 41, 2° comma della Costituzione nei confronti dei rapporti intersoggettivi è stato possibile teorizzare la limitazione dei poteri di supremazia dell'imprenditore, limitazione che si giustifica sulla base del carattere strumentale di quei poteri rispetto ai fini della produzione e della connessa disciplina del lavoro⁴⁷.

Il lavoro inteso come fattore produttivo è stato addirittura identificato con l'utilità sociale: poiché quest'ultima non potrebbe essere ricondotta ad un formula generale quale quella del benessere economico collettivo⁴⁸ ovvero essere riferita ad interessi di natura settoriale, nel

la Corte è tornata ad occuparsi dei limiti alla libertà economica derivanti dalla fissazione autoritativa delle assunzioni di personale con la sent. 5 luglio 1990 n. 316, in *Giur. cost.*, 1990, 2025, con nota di M. LUCIANI, *Libertà di impresa (di assicurazione) e garanzia dei livelli occupazionali. Prime osservazioni alla sent. n. 316 del 1990 della Corte costituzionale*, ivi, 2033, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di una legge disciplinante le assunzioni di personale conseguenti al trasferimento coattivo del portafoglio di imprese di assicurazioni che siano state poste in liquidazione coatta amministrativa; la sent. 28 luglio 1993 n. 356, commentata da M. LUCIANI in *Italia Oggi*, 28 agosto 1993, 24, contiene invece una declaratoria di incostituzionalità di una legge regionale siciliana che aveva introdotto l'obbligo per le imprese appaltatrici di lavori di catalogazione e inventari azione di beni culturali di assumere il personale già operante nel settore.

⁴⁶ Così C. MORTATI, *op. cit.*, 184 e 189.

⁴⁷ V. CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lavoro*, 1954, I, 61; ID., *Ancora in tema di libertà costituzionali e rapporto di lavoro subordinato*, ivi, 1955, II, 387.

⁴⁸ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica* cit., 243 e 246, vede nell'utilità sociale la traduzione in termini positivi del vincolo gravante sul diritto di iniziativa economica privata per effetto dell'orientamento generale dello Stato; essa sarebbe l'esplicitazione della clausola del benessere economico collettivo col progresso materiale di tutti in condizioni di eguaglianza. Identifica l'utilità sociale con l'interesse della collettività, P. GIOCOLI NACCI, *I limiti sociali dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, II, 467.

senso di rispecchiare la garanzia di determinati gruppi sociali si è preferito ricondurla al valore del lavoro. In tal modo il lavoro inteso come fattore produttivo espresso dal limite dell'utilità sociale potrebbe essere utilizzato al fine di definire l'economicità dell'iniziativa economica proclamata libera dal 1° comma dell'art. 41. Ciò porta ad attribuire all'istanza sociale la funzione di esplicitare e giustificare la posizione economica di vantaggio di cui è titolare l'operatore economico privato⁴⁹.

L'operazione interpretativa tendente a ricondurre il valore del lavoro all'interno del 2° comma dell'art. 41 non è stata limitata alla sua parte relativa all'utilità sociale, ma ha coinvolto la specificazione dell'ulteriore limite ivi previsto della sicurezza, dignità e libertà dell'uomo. Intendiamo riferirci alla tesi che vede in quest'ultima formula la proiezione della tutela della persona del lavoratore diffusa all'interno della Costituzione attraverso la garanzia di un'equa retribuzione, della parità nel lavoro maschile e femminile, degli istituti della sicurezza sociale (artt. 36, 37, 38 Cost.). La garanzia posta da queste clausole mirerebbe pertanto a prevenire i conflitti sociali fra capitale e lavoro legittimando l'estensione dell'iniziativa privata fino al punto in cui la stessa non contrasta con il valore della protezione della persona del lavoratore⁵⁰.

⁴⁹ Così L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale*, 241 ed in particolare, 259; contra, M. NUZZO, *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, 25 ss. che rifiuta l'identificazione della nozione di utilità sociale con il valore unitario del lavoro. Si tratterebbe piuttosto di una formula verbale riassuntiva di una serie di interessi di rilievo sociale costituzionalmente garantiti, quale il libero accesso alla proprietà, la partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa, interessi che devono coesistere con quelli del soggetto titolare dell'iniziativa economica.

⁵⁰ In tal senso U. BELVISO, *Il concetto di iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 156; U. COLI, *Proprietà e iniziativa privata*, in *Comm. alla Costituzione it.*, a cura di P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze, 1950, I, 363; M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 156; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa*, cit., 237; insiste sulla differente funzione del primo e del secondo comma dell'art. 41 Cost. anche G.S. COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, 1965, 177: poiché la nozione di utilità sociale si identifica nell'interesse della collettività, con il secondo inciso del comma 2 si sarebbe voluto proteggere interessi singoli, o categoriali, attinenti alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana nell'eventualità che gli stessi possano subire lesione dall'esercizio dell'attività produttiva. Secondo altra interpreta-

4.2. La reazione della dottrina commercialistica all'ipotesi teorica della funzionalizzazione a fini sociali dell'iniziativa economica privata

Il risultato del collegamento posto fra i limiti dell'art. 41, comma 2 Cost. ed il valore del lavoro è stato quello di attribuire alla prima disposizione contenuto immediatamente precettivo: a questa interpretazione si è vivamente opposta la dottrina commercialistica ostile all'idea di un «controllo paternalistico» sulla gestione dell'impresa in nome degli interessi protetti dall'art. 41, nei commi 2 e 3.

Al valore precettivo si opponeva quindi il valore meramente indicativo del limite dell'utilità sociale. La genericità della formula, facilmente riconducibile al carattere compromissorio della Carta costituzionale che caratterizza le scelte di natura economica, oltreché quelle politico-istituzionali, attribuirebbe a siffatte formule il valore di scelte di principio la cui attuazione appartiene alla discrezionalità del legislatore⁵¹.

A tale rilievo critico, peraltro già autorevolmente svolto in Assemblea Costituente⁵², si aggiunge la constatazione in ordine all'inconci-

zione la tutela posta dalla norma si riferirebbe indistintamente a tutti i cittadini: V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano, 1975, 18; P. BERETTA, *Osservazioni in tema di limiti alla libertà di iniziativa economica privata (con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale)*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1970, 336; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 131. Ritiene preferibile quest'ultima impostazione, M. LUCIANI, *La produzione economica cit.*, 190, dal momento che il limite della sicurezza, libertà e dignità umana, di cui alla seconda parte dell'art. 41, comma 2, andrebbe riferito alla tutela dell'uomo puramente e semplicemente.

⁵¹ G. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 621 ss; in termini analoghi, F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, Padova, 1977, I, 513, che riconosce ai concetti di «utilità sociale» di «sicurezza», di «dignità», di «libertà umana» il valore di limiti e non di elementi interni alla essenza della libertà di iniziativa economica.

⁵² Nella seduta del 13 maggio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Roma 1971, II, 1665, L. EINAUDI, svolgeva l'emendamento da lui proposto all'art. 37 del progetto con il quale chiedeva l'eliminazione delle parole «in contrasto con l'utilità sociale» in quanto formula da lui ritenuta priva di un significato giuridico preciso.

liabilità logica, oltreché materiale, fra il mantenimento di un regime concorrenziale fondato sulla garanzia della libertà economica, cui la tesi della funzionalizzazione dell'impresa agli obiettivi della produzione fa riferimento, e la proposta di una gestione sostanzialmente sottratta alle scelte degli operatori economici⁵³.

Sulla base di analoghi rilievi la dottrina costituzionalistica ha ritenuto che la subordinazione dell'attività economica privata a fini sociali, realizzabile mediante un programma volto a realizzare il fine della produttività e della massima occupazione, potesse condurre ad un arbitrario capovolgimento dei principi posti dall'art. 41 derivante dalla configurazione dell'utilità sociale come fondamento (e non già come limite) della libertà di iniziativa economica privata.

L'ampiezza e la capacità invasiva del programma concepito come strumento indispensabile per l'attuazione dell'obiettivo della produttività dell'impresa rispetto all'autonomia privata, finirebbero con il ridurre in concreto le scelte dell'imprenditore riproponendo nella pratica l'idea della strumentalità dell'attività privata caratteristica dell'economia corporativa⁵⁴.

L'idea della funzionalizzazione «forte» ovvero sia della strumentalità della produzione economica privata rispetto al fine della massima occupazione⁵⁵ conduce in realtà verso l'assottigliamento dell'interesse privato che diventa evidentemente recessivo rispetto all'interesse sociale (utilità sociale = massima occupazione = benessere economico collettivo). Un simile assetto dei rapporti fra privato e pubblico appare inoltre in contrasto con le scelte di fondo del sistema tracciato dalla

⁵³ Così G. MINERVINI, op. cit., 636; contra, U. NATOLI, «Funzione sociale» e «funzionalizzazione» della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, in *Riv. giur. lav.*, 1973, 139.

⁵⁴ Così M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 180 ss.

⁵⁵ F. MANCINI, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *Pol. dir.*, 1973, 701, distingue tra la funzionalizzazione in senso forte, secondo la quale l'utile sociale costituisce il fondamento della produzione economica, teoria che avrebbe avuto come epigoni Mortati e Natoli, dalla funzionalizzazione in senso debole all'interno della quale l'impresa privata risulta essere beneficiaria di sovvenzioni pubbliche: l'autore ritiene la seconda non persuasiva e la prima non compatibile con la Costituzione economica che gli appare piuttosto ispirata al modello economico di tipo neocapitalistico. La tesi è stata sviluppata in ID., *Articolo 4*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Principi fondamentali*, vol. I, Bologna-Roma, 1975, 199 ss.

Costituzione economica che nel riconoscere la compresenza dell'attività economica pubblica e di quella privata conserva inalterato il modello capitalistico⁵⁶. In altre parole, la dimensione sociale in cui l'art. 41 colloca la garanzia di cui gode l'iniziativa economica privata non potrebbe cancellare la dimensione individuale della libertà economica la cui complessità emerge proprio dall'esame sistematico condotto alla luce dei diritti inviolabili e dell'interpretazione sistematica avente ad oggetto l'art. 41 e l'art. 2 Cost.

4.3. *La difficoltà teorica di identificare il valore del lavoro con l'utilità sociale. L'utilità sociale come principio valvola*

Ad ulteriore conferma della inammissibilità di una sovrapposizione dell'interesse sociale allo svolgimento del potere economico privato è opportuno ricordare che l'identificazione dell'utilità sociale con una categoria definita, qual è quella del lavoro, inteso sia come fattore produttivo che come luogo delle relazioni intersoggettive fra capitale e lavoratori, non sarebbe neppure compatibile con la natura del principio dell'utilità sociale.

Quest'ultimo mal sopporterebbe infatti definizioni settoriali in quanto valore espresso da un principio-valvola: l'utilità sociale consente cioè l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei atti sociali e non agisce sulla base di un'elencazione casistica dei singoli limiti e dei singoli fini che in base ad essa possono essere imposti ai privati ed ai pubblici poteri⁵⁷.

Il fatto di essere una formula dinamica non escluderebbe tuttavia la possibilità di una sua determinazione: la chiave per giungere a tale soluzione non potrà essere ovviamente quella dell'interesse pubblico o

⁵⁶ In tal senso F. MANCINI, op. cit., 703, che aderisce alle conclusioni di F. GALGANO, *La società per azioni in mano pubblica*, in Pol. dir., 1972, 694; V. OTTAVIANO, *Il governo dell'economia: principi giuridici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, vol. I, cit., 203, sottolinea come il massiccio intervento pubblico nell'economia in funzione sociale non implica che l'attività dei privati sia divenuta pubblica ed esclude che l'attività economica privata debba essere svolta solo per finalità che siano socialmente apprezzabili.

⁵⁷ M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 117.

dell'interesse generale né degli interessi di gruppi o di categorie sociali, quanto piuttosto quella dell'interesse della società nel suo complesso. L'utilità sociale intesa come sintesi degli interessi della società accompagna, in quanto valore dinamico, la trasformazione della società verso la realizzazione di quel progetto di trasformazione sociale sintetizzato dall'art. 3, comma 2 la cui realizzazione concreta è strettamente collegata con l'assetto dei rapporti economici definito negli artt. 41 e seguenti della Costituzione⁵⁸.

Il riferimento dell'utilità sociale all'intera società pone quest'ultima in rapporto con la dimensione individuale cui si riferisce la garanzia dell'iniziativa economica privata: dal rapporto così posto emerge la posizione di preminenza riconosciuta al valore dell'utilità sociale in quanto veicolo di espressione della pluralità degli interessi esistenti nella società. Il legame fra l'utilità sociale ed il disegno di trasformazione sociale della società spiega il ruolo guida che alla prima viene riconosciuto nella gestione dei rapporti economici che di quel disegno di trasformazione sociale costituiscono parte essenziale. Tale impostazione deve ovviamente essere posta a confronto con l'ipotesi, esaminata nel paragrafo che precede, dell'iniziativa economica come mera situazione di vantaggio esclusa dal novero dei diritti fondamentali e quindi dalla categoria dei valori capaci di favorire l'unificazione e l'integrazione della comunità politica, ruolo che, per le ragioni ora richiamate, dovrebbe riconoscersi all'utilità sociale⁵⁹.

4.4. *La critica al ruolo preminente riconosciuto alla clausola dell'utilità sociale intesa come principio valvola in grado di esprimere ed attuare i valori sociali*

La radicale distinzione fra la situazione di libertà espressa in termini di situazione economica di vantaggio e la qualificazione del limite del-

⁵⁸ M. LUCIANI, op. ult. cit., 129.

⁵⁹ M. LUCIANI, op. cit., 67, esclude che l'iniziativa economica sia un fattore di integrazione, non solo perché non è qualificabile come diritto fondamentale, ma perché è addirittura potenziale ostacolo di quella autentica unità della Nazione, che va conquistata gradualmente, anche attraverso la compressione delle situazioni economiche di vantaggio, cui l'iniziativa appartiene.

l'utilità sociale espresso in termini di valore ha però sollevato le obiezioni di altra dottrina costituzionalistica che definisce la posizione della libertà economica privata come diritto della persona. All'interno di questa definizione si vogliono ricomprendere tutta una serie di poteri e di atti giuridici di natura patrimoniale che individuano il contenuto effettivo dell'iniziativa economica. La critica muove dalla rilevata incongruenza derivante dall'attribuire il rango di valore ad un limite della libertà, qual è appunto l'utilità sociale, senza riconoscere analogo carattere al diritto di libertà stesso. Sarebbe in altre parole improprio attribuire una superiorità gerarchica di valore al limite rispetto al diritto limitato: l'estensione di una situazione giuridica è infatti strettamente collegata con la definizione del suo contenuto ad opera dei limiti che a quella situazione sono stati apposti⁶⁰.

Le divergenze interpretative ora rilevate sono in realtà espressione diretta di un diverso modo di configurare il contenuto ed il fondamento delle libertà economiche e sono quindi espressione di una differente lettura della traduzione dell'istanza pubblica nei valori del pluralismo sociale: mentre infatti l'idea del valore-utilità sociale pone in primo piano il disegno di attuazione dello Stato sociale riassunto nel progetto del 2° comma dell'art. 3, l'idea della libertà economica come diritto della persona sposta l'interpretazione sul contenuto soggettivo e valuta l'estensione di quel contenuto in relazione ai limiti cui il diritto di libertà è soggetto.

5. *Principi economici e valori sociali: l'evoluzione delle trasformazioni economico-sociali disegnate dall'art. 3, comma 2 della Costituzione e l'organizzazione economica dello Stato*

L'apertura del progetto di trasformazione dell'art. 3, 2° comma non è stato invocato solo con riferimento al valore dinamico della clausola dell'utilità sociale, ma è stato utilizzato al fine di costruire il sistema al-

⁶⁰ A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà*, cit., 1610, nt. 56, sottolinea l'importanza della relazione fra contenuto del diritto di libertà e limiti imposti dalla Costituzione al suo esercizio poiché ogni diritto è quello che risulta a seguito dell'apposizione dei limiti.

l'interno del quale trovano concreta applicazione le garanzie poste nell'art. 41 Cost.

La prospettiva di sistema deriva dal fatto che il richiamo all'art. 3, 2° comma è stato utilizzato per offrire un fondamento teorico al modello dell'economia mista i cui principi e criteri direttivi sarebbero contenuti negli articoli sui rapporti economici ed in particolare nei principi di libertà e di intervento pubblico a fini sociali espressi dall'art. 41 Cost.⁶¹. La realizzazione di questo modello si fonderebbe sul principio fondamentale della libertà economica che convive con la determinazione autoritativa degli obiettivi cui devono tendere le attività economiche e che trovano attuazione nei programmi e nei controlli richiesti dall'art. 41, comma 3 per il coordinamento delle attività economiche, pubbliche e private, a fini sociali. La dimensione dei limiti e dell'intervento pubblico è stata ricavata dall'impegno assunto dallo Stato al fine di promuovere l'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione economica, oltretutto sociale e politica del paese, secondo la formula contenuta nel secondo comma dell'art. 3. Alla luce di tale impegno è stato possibile ricavare il contenuto, la direzione e gli sviluppi futuri del modello di organizzazione economica tracciato dalla Costituzione repubblicana⁶².

⁶¹ Critica tale impostazione A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in Scritti in onore di E. TOSATO, Milano, 1982, 530, in quanto tale lettura «oggettiva» contrasta con la lettera della Costituzione che nella sua prima parte riconosce e disciplina puntuali situazioni giuridiche soggettive. Analoghi i rilievi di A. BALDASSARRE, *Iniziativa*, cit., 593, nt. 35.

⁶² Così U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi* cit., 89; G. GUARINO, *Economia e istituzioni. Il modello italiano e le sue condizioni di sviluppo*, in *Diritto dell'impresa*, 1983, 197, contesta l'applicazione al caso italiano del modello economico misto: il sistema produttivo italiano sarebbe piuttosto caratterizzato dalla presenza dei due blocchi dell'amministrazione e del libero mercato. L'espansione del primo blocco, che l'autore definisce inusitato per un regime non collettivista (ivi, 232), ha svolto in realtà un ruolo dominante nello sviluppo delle medie e piccole imprese che compongono la sfera del mercato assicurando alle stesse un flusso regolare di domanda che ha favorito lo sviluppo della produzione. L'autore sottolinea però il pericolo insito in un'ulteriore espansione del primo blocco poiché se l'amministrativizzazione genera stabilità è anche fonte di inefficienze che si riflettono negativamente sul settore del mercato ed impongono sempre nuovi interventi pubblici di sostegno. Per un'analisi critica dell'interpretazione del modello economico fondata sulle finalità dell'art. 3,

La realizzazione di siffatto modello non è stata considerata come un processo dinamico, legato magari alle scelte del legislatore ed alla stessa trasformazione dei rapporti economico-sociali, ma come lo strumento per la realizzazione definitiva di quella partecipazione all'organizzazione economica auspicata dal secondo comma dell'art. 3 Cost.

5.1. *La strumentalità della programmazione rispetto al progetto di trasformazione sociale espresso dall'art. 3, comma 2 della Costituzione*

In vista del raggiungimento di questo risultato finale è stata portata in primo piano l'attuazione dell'art. 41, 3° comma Cost. in virtù del quale tanto l'operatore privato che quello pubblico possono essere soggetti ai medesimi strumenti di intervento (programmi e controlli) il cui fine ultimo è quello di coordinare le attività in questione a fini sociali. Attraverso il programma sarebbe quindi possibile determinare la misura dello svolgimento dell'attività economica privata e pubblica: mentre la garanzia posta nell'art. 41, comma 1 precluderebbe qualsiasi intervento preventivo sulle dimensioni dell'attività, il programma previsto dal comma 3 garantirebbe il soddisfacimento dei fini sociali nella misura in cui sia in grado di predeterminare la misura dell'attività. I controlli rappresenterebbero invece lo strumento di verifica della realizzazione del programma: la loro funzione sarebbe quella di garantire l'effettiva realizzazione delle misure previste dal piano. L'indirizzo ed il coordinamento garantirebbero infine il necessario raccordo fra l'attuazione dei programmi e dei controlli con i fini sociali⁶³.

comma 2, cfr. B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984, 99. L'insuperabilità di un sistema economico di tipo misto prefigurato nell'art. 41 dovrebbe di per sé spingere verso una continua ricerca del contenuto dell'organizzazione economica oggetto della partecipazione prefigurata dall'art. 3 comma 2: dall'esame congiunto di queste due disposizioni dovrebbe emergere piuttosto il fatto che il nostro sistema è come sospeso fra diversi modelli sociali e che quindi la partecipazione, in quanto legata all'assetto dei rapporti sociali in continua trasformazione, non avrebbe un contenuto predeterminato, quanto piuttosto un carattere finalistico.

⁶³ U. POTOTSCHNIG, op. cit., 353; C.M. MAZZONI, *I controlli sulle attività economiche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, cit., I, 307,

La completa fiducia espressa da questa dottrina nei confronti dell'efficacia pervasiva del programma deve essere ricondotta alle scelte di politica legislativa attuate alla fine degli anni sessanta, ma maturate già all'indomani del secondo dopoguerra nella delicata fase della ricostruzione⁶⁴. Al di là delle forme⁶⁵ e degli esiti di quel disegno è opportuno in questa sede richiamare l'attenzione sul dibattito assai vivace in ambito privatistico sulla compatibilità teorica e pratica di tale modello di intervento rispetto alle forme di manifestazione dell'autonomia dei privati.

La possibilità che atti politici, quali l'adozione del programma economico nazionale, potessero contenere gli indirizzi dello sviluppo e delle dimensioni dell'impresa è stata al centro della discussione sulla pubblicizzazione del diritto privato⁶⁶. Gli elementi sui quali si fonda il modello dell'economia mista porterebbe ad escludere qualsiasi riconoscimento «costituzionale» che al diritto privato era stato invece attribuito dalla cultura giusnaturalistica⁶⁷. La possibile sovrapposizione dell'intervento pubblico sulle manifestazioni di autonomia dei privati in virtù dei vincoli posti nel programma apre il problema del possibile conflitto fra le forme dell'intervento pubblico ed il mantenimento della

osserva che il nesso di strumentalità posto fra i programmi ed i controlli ha fatto sì che a questi ultimi sia stato riservato un ruolo proporzionale a quello dei programmi e che quindi la funzione dei controlli abbia seguito l'infelice esito della programmazione.

⁶⁴ E. PICOZZA, *Vicende e procedure della programmazione economica*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 272.

⁶⁵ S. CASSESE, *Tipologia della programmazione economica*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., I, 301 ss., distingue la programmazione monosettoriale, che coinvolge campi di intervento molto vasti e si fonda sul modello della pianificazione urbanistica, dalla programmazione plurisettoriale introdotta dalla legislazione per il Mezzogiorno e la pianificazione comprensoriale disciplinata da talune leggi regionali.

⁶⁶ Osserva M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 406, che il diritto privato pubblicizzato sta al diritto privato come lo Stato del benessere sta ad un'economia di stampo liberista.

⁶⁷ Sul problema della garanzia del contraente debole discendente dai limiti posti nel 2° comma dell'art. 41 Cost. si inserisce l'indagine di A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano 1971, 24 ss, che invoca la tutela dell'art. 41 non solo al fine di impedire interventi pubblici che coartino l'autonomia privata ma anche per estendere la garanzia stessa ai rapporti interprivati e per evitare gli abusi di un prepotere privato nei confronti dei contraenti più deboli.

libertà contrattuale quale manifestazione della libertà di iniziativa economica garantita dal 1° comma dell'art. 41⁶⁸.

Il problema dell'impatto della programmazione sulle manifestazioni di autonomia privata non è certo estraneo alla dottrina pubblicistica: la valutazione delle forme di programmazione compatibili con il mantenimento di un sistema misto presenta una certa omogeneità di soluzioni. Il pluralismo dei centri economici pubblici e privati escluderebbe l'ammissibilità di una pianificazione vincolante per le imprese private in quanto fonte di subordinazione di queste alle direttive del piano: la programmazione per incentivi o comunque orientativa è stata quindi generalmente considerata l'unica forma compatibile con il disposto del 3° comma dell'art. 41⁶⁹.

⁶⁸ C. MESSINEO, *Contratto (dir. privato)*, in Enc. dir., IX, Milano 1961, 802, qualifica la libertà contrattuale come l'equivalente giuridico di quell'iniziativa economica privata che l'art. 41 al 1° comma proclama libera; per la garanzia diretta dell'autonomia contrattuale si è espressa anche la Corte con la sent. 23 aprile 1965 n. 30, in *Giur. cost.*, 1965, 283, con le osservazioni critiche di D. SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, ivi, 303. In ambito pubblicistico, G. ABBA-MONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in AA.VV., *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, II, 189, interpretò la tutela costituzionale dell'autonomia privata come garanzia della persona umana e ricavò il principio della necessaria subordinazione della volontà privata alla tutela della persona umana. Fra i privatisti, S. RODOTÀ', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 49, riconduce le forme di intervento del legislatore sul contenuto del contratto (art. 1339 C.c.) al sistema degli artt. 41 e 42 Cost.; esclude in radice che l'autonomia contrattuale si possa tradurre in termini di libertà contrattuale e come tale sia strumento di manifestazione della libertà economica, V. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano*, in *Dir. econ.*, 1966, 23 ss. Sull'influenza degli indirizzi della programmazione rispetto al singolo atto di autonomia negoziale si vedano L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, 11 e L. FERRI, *Autonomia privata, libera iniziativa e economica e programmazione*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970, 464, i quali sembrano escludere un coinvolgimento diretto del singolo contratto; contra, G. FERRI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, in *Dir. econ.*, 1966, 17, che invece ritiene la programmazione in grado di influenzare lo svolgimento del rapporto contrattuale.

⁶⁹ V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, cit., 3; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Figure di programmazione economica imperativa e Costituzione*, in *Dir. econ.*, 1961, 1032; sulla forma della legge di incentivazione, G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 125.

L'accettazione del carattere imperativo della programmazione era in realtà legata al carattere generale dello strumento: il programma non nasceva infatti con finalità parziali mirando piuttosto a garantire un elevato e generalizzato livello di giustizia sociale attraverso un incremento del reddito nazionale nella prospettiva di tracciare le linee dello sviluppo futuro del sistema economico⁷⁰.

La programmazione diventa così la forma giuridica, o forse lo strumento ideale, della mediazione operata dal potere politico tra i valori economici ed il sistema dei valori sociali: la legittimità dell'intervento programmatico deriva dal fatto che la realizzazione dei fini sociali di cui all'art. 41, 3° comma non attiene ai fini dello Stato apparato, ma alla struttura della società. Attraverso la pianificazione l'azione statale diventerebbe dunque permeabile dalle forze sociali le cui istanze sono poste nella condizione di imprimere una direzione all'attività economica. Dall'interpretazione sistematica dell'art. 41 e dell'art. 3, comma 2 Cost. deriverebbe la possibilità di assumere la pianificazione come fine dello Stato e come veicolo di realizzazione di quella trasformazione sociale tracciata dalla Costituzione: sotto il profilo formale l'attuazione della pianificazione mediante l'adozione di una legge giustificava la sostenuta «necessarietà» della pianificazione in quanto strumento di realizzazione di un governo democratico dell'economia⁷¹.

La capacità dell'intervento pubblico programmatico di sovrapporsi ai contorni del sistema economico in funzione dell'affermazione del valore della democrazia e del pluralismo anche nel campo dell'economia incontrava, tuttavia, un limite nel «modo di produzione capitalistico»: l'intervento «sull'economia» e quindi sulle modalità con le quali devono essere utilizzate le risorse con le quali esse vengono destinate alla produzione ed al profitto o piuttosto alla redistribuzione ed all'intervento sociale, appariva perseguibile solo in una fase avanzata del processo di trasformazione di cui all'art. 3, comma 2 in quanto presupponente un rapporto fra le classi

⁷⁰ G.B. FERRI, *L'idea di programmazione ed il sistema attuale*, in AA.VV., *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, 1971, I, 54.

⁷¹ Così A. PREDIERI, op. cit., 225.

in grado di favorire la sottrazione di interi settori «economici» al modo di produzione capitalistico fondato sul profitto⁷².

L'analisi dell'art. 41 condotta alla luce dell'art. 3, comma 2 consentiva così di descrivere la dinamica del fenomeno produttivo non solo nella prospettiva contingente del rapporto fra poteri pubblici ed autonomia imprenditoriale, ma anche nella prospettiva dell'apertura della Costituzione a diverse forme di rapporti economici e sociali⁷³.

Lo stesso valore preminente della dimensione sociale che abbiamo riscontrato nell'interpretazione dell'iniziativa economica come attività socialmente utile viene dunque riproposto nella valutazione dei caratteri del sistema economico desunto dal progetto di trasformazione sociale descritto dal secondo comma dell'art. 3 Cost..

6. *Iniziativa economica privata e garanzia dei diritti fondamentali: la relativizzazione della distinzione fra diritti fondamentali assoluti o originari e diritti fondamentali relativi o derivati nella logica del bilanciamento fra interessi operato dalla Corte costituzionale*

Le interpretazioni dell'art. 41 condotte alla luce del valore espresso dall'art. 4 Cost. e del progetto contenuto nel comma 2 dell'art. 3 Cost. sono in varia misura collegate con la problematica collocazione dell'iniziativa economica all'interno dei diritti inviolabili ed in particolare con l'identificazione dei diritti etico-sociali ed economici fra i diritti inviolabili derivati.

⁷² F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, Introduzione al *Trattato di diritto commerciale*, cit., I, 3 ss.

⁷³ C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, passim; sottolinea i limiti dell'interpretazione ideologica della Costituzione, U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico nella Costituzione*, in *Trattato*, cit., I, 140. L'autore contesta a tale chiave interpretativa il fatto di aver impedito di approfondire l'operato dell'Assemblea costituente ed in particolare il ruolo che al suo interno ebbero le sinistre nel dibattito sul capo III della Costituzione: era infatti evidente che l'accordo raggiunto sugli artt. 41 e 42 si accompagnava alla consapevolezza di non poter costruire una Costituzione socialista. Pur accogliendo il principio della collettivizzazione e quello della riforma agraria, il reale obiettivo politico di lungo periodo perseguito da quell'accordo era piuttosto rappresentato dalla realizzazione di un governo democratico dell'economia.

Come abbiamo spiegato, la distinzione fra diritti fondamentali assoluti o originari e diritti fondamentali relativi o derivati viene costantemente riproposta allorché si deve determinare la natura dell'interesse in base al quale è possibile limitare o conformare il contenuto di un diritto fondamentale. Secondo questa impostazione, mentre per i diritti fondamentali più prossimi ai diritti dell'uomo e quindi assolutamente contigui al valore della dignità della persona vi sarebbe uno spazio di inviolabilità garantito direttamente dalla Costituzione a prescindere dalla natura dell'interesse ed in particolare a prescindere dalle finalità perseguite di volta in volta dallo Stato⁷⁴, per le libertà il cui svolgimento può essere in qualche modo indirizzato a fini sociali, fra le quali si ricomprendono tradizionalmente l'iniziativa economica privata e la proprietà, sarebbe sufficiente un qualsiasi interesse sociale per consentire al legislatore ordinario di ridefinire lo «statuto» di tali diritti di libertà⁷⁵.

L'attendibilità di questa distinzione può essere posta in dubbio utilizzando i risultati di un'attenta analisi delle tecniche giurisprudenziali utilizzate dalla Corte nel motivare operazioni di bilanciamento fra gli interessi costituzionali riconducibili alle categorie dei diritti sopra ricordate. Al di là del fatto che la barriera del rilievo costituzionale dell'interesse per legittimare un intervento sui diritti fondamentali assoluti ben potrebbe essere aggirata dalla facilità con la quale in via di interpretazione sistematica si potrebbe ricondurre un'ampia gamma di interessi all'interno di valori citati espressamente in Costituzione, tale analisi ha posto in luce come nel passaggio dalla categorie dottrinali alla concreta dinamica del bilanciamento operato dalla giurisprudenza costituzionale la distinzione in questione subisca un notevole ridimensionamento ed una conseguente relativizzazione⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Padova, 1958, 9.

⁷⁵ In tal senso, A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1990, 209-214 ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

⁷⁶ L'analisi alla quale facciamo riferimento è quella svolta da R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 75, ntt. 200 e 201.

6.1. *Le forme del bilanciamento fra interessi riconducibili ai diritti fondamentali assoluti ed ai diritti fondamentali relativi*

Dall'esame delle argomentazioni utilizzate dalla Corte nella comparazione di situazioni giuridiche il contenuto delle quali sarebbe teoricamente riconducibile a diversi livelli di inviolabilità è emerso come il contenuto della motivazione non appaia differente rispetto ai casi in cui il bilanciamento si riferisce a situazioni soggettive riconducibili a valori dello stesso «rango». Il fenomeno riguarda in realtà sia i diritti fondamentali assoluti, riconducibili al nucleo originario dei diritti dell'uomo, sia i diritti fondamentali relativi.

Non mancano del resto gli esempi di diritti che, pur essendo assolutamente contigui al nucleo originario dell'inviolabilità, sono stati oggetto di comparazione con esigenze funzionali; parimenti frequente è il ricorso a tecniche di bilanciamento fra le libertà «funzionali» ed alcune categorie di interessi coperti dall'inviolabilità assoluta.

All'interno di questa seconda tipologia di bilanciamento possono essere ricondotti i casi in cui la Corte, nel comparare l'estensione dell'iniziativa economica privata con le garanzie dei diritti inviolabili assoluti, non sembra tener conto dell'ostacolo teorico del «bilanciamento ineguale»⁷⁷, di un bilanciamento che sarebbe cioè per definizione spostato a favore del diritto coperto dalla garanzia «forte» dell'inviolabilità assoluta od originaria. La Corte ha invece sviluppato il proprio giudizio fino al punto di coinvolgere direttamente la comparazione fra interessi riconducibili alle scelte dell'imprenditore e dunque ai costi della gestione dell'impresa, da un lato, e, dall'altro, l'inviolabilità assoluta di alcuni diritti fondamentali. Il terreno della comparazione si è così esteso alla verifica del rapporto fra le forme della protezione del bene ambiente-salute (art. 32) ed i costi gravanti sulla gestione dell'attività di impresa nelle ipotesi in cui gli standards di protezione della salute dall'inquinamento impongono un congruo ammodernamento

⁷⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale* cit., 378. Sul carattere ineguale del bilanciamento fra diritti fondamentali e libertà economiche in relazione ai limiti del processo di integrazione comunitaria, fondato sui valori economici del mercato, si veda M. CARTABIA, *Principi fondamentali*, cit., 43, nt. 71.

delle scelte e delle tecniche produttive dell'impresa⁷⁸. Nel tentativo di definire il significato della normativa che ha introdotto nel nostro ordinamento il principio comunitario della comparazione fra la protezione dell'ambiente e la «migliore tecnologia disponibile che non comporti costi eccessivi per l'impresa» la Corte si è così trovata dinanzi al problema di interpretare la disposizione in modo da ottenere un punto di equilibrio fra la libertà delle scelte organizzative dell'impresa ed il diritto fondamentale alla salute, al quale peraltro si richiama l'art. 41, comma 2 nella parte in cui legittima l'apposizione di limiti all'iniziativa privata a garanzia della sicurezza della persona. Il punto dell'equilibrio è stato identificato nella individuazione di un livello di protezione della salute dalle emissioni inquinanti che deve essere inderogabilmente garantito: oltre quella soglia minima di protezione la Corte ha ammesso la possibilità interpretativa di commisurare l'obbligo dell'ammodernamento degli impianti con la necessità di evitare costi eccessivi per l'impresa. D'altro canto proprio in materia di tutela del bene ambiente la Corte, nell'adempimento del suo mandato istituzionale di identificare di volta in volta i diversi valori costituzionali, ha accompagnato affermazioni solenni circa il valore assolutamente inviolabile di tale interesse con la necessità di un suo bilanciamento con l'interesse ad un equilibrato sviluppo economico⁷⁹.

Non mancano riferimenti a decisioni adottate in relazione all'art. 41 Cost. neppure nella definizione dei confini della libertà di manifestazione del pensiero, diritto che la stessa giurisprudenza costituzionale ha ricondotto, con varie formule, all'essenza del sistema democratico⁸⁰. Nella valutazione del reato di agiotaggio bancario la Corte ha escluso che la fattispecie in questione avesse introdotto un'illegittima compressione dell'art. 21 in virtù del necessario bilanciamento dello

⁷⁸ Corte cost. sent. 16.3.1990 n.127, in *Le Regioni*, 1991, 525, con oss. di B. CARAVITA, *Il bilanciamento tra costi economici e costi ambientali in una sentenza interpretativa della Corte costituzionale*. Sulle tecniche del bilanciamento fra gli interessi ambientali e l'iniziativa economica privata, cfr. B. CARAVITA, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, Milano, Istituto per l'ambiente, 1993.

⁷⁹ Così Corte cost., sent. n. 94 del 1985, in *Giur. cost.*, 1985, 94 ss.

⁸⁰ Per un'analisi delle formule utilizzate dalla Corte si veda M. LUCIANI, *La liberté de l'information dans la jurisprudence constitutionnelle italienne*, in *Annuaire International de justice constitutionnelle*, 1987, Paris, 1989, 359 ss.

stesso con le esigenze dell'economia nazionale e quindi anche con l'interesse al corretto svolgimento delle attività delle imprese bancarie, interessi protetti dal combinato disposto degli artt. 41 e 47 della Costituzione⁸¹.

Anche nella giurisprudenza più recente i giudici costituzionali non hanno opposto l'ineguaglianza dei valori chiamati in causa dall'oggetto del sindacato di costituzionalità: con la sentenza n.172 del 1996 la Corte giunge, sulla base del principio di eguaglianza, ad una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2, comma 3 della legge 1204 del 1977 nella parte in cui non comprendeva l'inapplicabilità del divieto di licenziamento nel caso di recesso del datore di lavoro a seguito dell'esito negativo del periodo di prova⁸². L'irragionevolezza dell'estensione di quel divieto derivava dal fatto che alla fine del periodo di prova il datore di lavoro si sarebbe trovato, laddove ritenesse la prova insoddisfacente, a dover comunque accettare la prestazione della donna lavoratrice o continuare a pagare la retribuzione fino al compimento del primo anno di vita del bambino. È tuttavia evidente che, proprio per evitare che il recesso divenga una forma di discriminazione per la donna in stato di gravidanza, tale atto deve essere congruamente motivato qualora sia provata la conoscenza da parte del datore di lavoro dello stato particolare in cui versava la lavoratrice in prova, al fine di consentire in sede giudiziale la verifica delle reali motivazioni del recesso medesimo.

La Corte si è così spinta fino alla ridefinizione del bilanciamento operato dal legislatore utilizzando lo strumento del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza ed ha autonomamente individuato uno dei possibili assetti del rapporto fra l'interesse economico del datore di lavoro (art. 41) e quello di natura sociale delle lavoratrici madri (artt. 4 e 31).

Emerge da questi significativi esempi la distanza che separa le categorie teoriche all'interno delle quali sono stati sistemati i diritti inviolabili dalla realtà concreta delle modalità con le quali gli stessi sono effettivamente garantiti nel sistema costituzionale. Dalle tecniche utiliz-

⁸¹ Corte cost., sent. 23.3.1983 n.73, in *Giur. cost.*, 1983, I, 314.

⁸² Corte cost., sent. 31.5.1996, n.172, commentata da M. LUCIANI, in *Italia Oggi* del 10.6.1996.

zate dalla Corte nelle operazioni di bilanciamento si possono infatti ricavare le effettive modalità di garanzia dei medesimi.

6.2. Il nucleo di valore dei diritti fondamentali assoluti e le tecniche di bilanciamento utilizzate dalla Corte

La realtà della comparazione fra gli interessi costituzionalmente rilevanti conferma la rigidità della distinzione fra le diverse categorie di diritti inviolabili alla quale corrisponde, sotto il profilo delle garanzie, la distinzione fra la tutela del «nucleo essenziale del diritto» riservata ai diritti inviolabili assoluti e la «garanzia di istituto» per i diritti fondamentali derivati, ovverosia per quelli etico-sociali ed economici⁸³.

Abbiamo già spiegato come a questa diversa tipologia di garanzia corrisponda una diversa forza delle due categorie di diritti inviolabili nei confronti del potere di revisione e nei confronti del legislatore ordinario. Tuttavia, per i diritti dell'uomo la garanzia del nucleo essenziale impedirebbe alla revisione costituzionale di intaccare il contenuto di valore dei medesimi: dinanzi alla difficoltà teorica di individuare a priori la sostanza del nucleo duro del contenuto essenziale è stato così individuato il contenuto di valore in senso assoluto. La caratteristica del contenuto di valore è l'assolutezza: esso infatti prescinde dalla relazione, e quindi dalla comparazione, con altri valori costituzionali. L'essenza ideale di valore dei diritti dell'uomo non potrebbe essere oggetto di revisione: la procedura di revisione costituzionale potrà quindi introdurre modifiche nella formula costituzionale, magari per meglio garantire quel contenuto di valore che è invece assolutamente intangibile. Analoga garanzia non si rinviene per i diritti fondamentali derivati e quindi anche per le libertà economiche: per esse infatti la garanzia di istituto opererebbe nel senso di imporre la ineliminabilità dei principi ordinatori degli istituti medesimi, mentre nei confronti del legislatore ordinario quella garanzia si tradurrebbe in un vincolo di proporzionalità, eventualmente sindacabile dalla Corte, dei mezzi impiegati per l'attuazione dei principi ordinatori che sono alla base degli istituti (impresa, proprietà, famiglia).

⁸³ Così A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 35.

Nel rimarcare, attraverso il diverso meccanismo delle garanzie, la separazione fra i diritti fondamentali assoluti e quelli etico-sociali ed economici tale dottrina non nasconde peraltro l'estrema sottigliezza del confine fra la garanzia di istituto e la garanzia del contenuto essenziale del diritto per un istituto quale l'impresa: in questo caso infatti essendo la garanzia di libertà dell'art. 41, comma 1, riferibile all'atto di investimento del capitale, la garanzia del contenuto essenziale del diritto è al tempo stesso garanzia dell'istituto-impresa⁸⁴.

Per quanto riguarda poi la garanzia del contenuto essenziale del diritto, l'identificazione di tale nucleo con il contenuto di valore proprio dei soli diritti inviolabili originari non sembra essere confermato dalla tecnica e dalle argomentazioni utilizzate dalla Corte nelle operazioni di bilanciamento: assai spesso ad affermazioni sul valore fondante di alcuni diritti inviolabili assoluti, quale ad esempio la libertà di manifestazione del pensiero, seguono operazioni di bilanciamento fra il contenuto della medesima e l'area coperta da interessi costituzionalmente rilevanti, ivi compresi quelli di natura economica. E non basta: l'utilizzo del parametro del «nucleo essenziale» del diritto non costituisce affatto criterio di definizione dell'area dei diritti inviolabili assoluti, ma è stato utilizzato per l'individuazione del contenuto del diritto di proprietà, di un diritto cioè storicamente considerato derivato e funzionale. Proprio le fondamentali sentenze in tema di espropriazione hanno definito i confini dei provvedimenti autoritativi che, al di fuori delle procedure espropriative e dunque al di fuori del rispetto dei parametri imposti dalla Costituzione, generavano un sostanziale effetto ablatorio e dunque una compressione del diritto del proprietario tale da ridurre in misura sostanziale il contenuto minimo del medesimo⁸⁵.

⁸⁴ Così A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 36.

⁸⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 55 del 1968 in *Giur. cost.*, 1968, 838 ss., 875, in cui l'obbligo dell'indennizzo viene identificato nel momento in cui il sacrificio imposto viene ad incidere sul bene, oltre a ciò che è connaturale al diritto dominicale; v. anche la sent. n. 5 del 1980, in *Giur. cost.*, 1980, I, 21 ss., in cui si pone il principio guida nella definizione dell'indennizzo che non deve essere fissato in una misura irrisoria o meramente simbolica, citate anche da R. BIN, *Diritti e argomenti* cit., 99, con riferimento alle tecniche utilizzate dalla Corte nella definizione del contenuto minimo dei diritti di libertà.

La giurisprudenza della Suprema Corte, seguendo l'orientamento prevalente in dottrina volto ad accomunare la posizione costituzionale della libertà economica rispetto alla proprietà privata, ha riproposto per l'iniziativa economica privata la tematica del contenuto essenziale del diritto: l'inserzione del momento pubblicistico nell'attività di impresa privata incontrerebbe un limite insuperabile in quella che è l'essenza stessa ed il contenuto immediato della libertà di impresa ovvero sia nella copertura dei costi, nella giusta remunerazione dell'attività e del rischio di impresa e quindi nel profitto. È evidente il richiamo alla teoria del contenuto essenziale del diritto fondamentale nel principio secondo cui «il diritto dell'impresa alla propria esistenza e conservazione non può essere messo in forse o neutralizzato dalla pubblica amministrazione»⁸⁶.

È stato d'altro canto osservato come lo sforzo teorico di individuare nei soli diritti fondamentali assoluti il contenuto di valore come un a priori assoluto e non comparabile con altri interessi di rilievo costituzionale renderebbe del tutto inutile qualsiasi analisi della realtà in cui vivono e si confrontano i diritti e dunque anche l'approfondimento ed il monitoraggio sulle tecniche di bilanciamento presenti nel diritto costituzionale interpretato dalla Corte⁸⁷. La tutela del nucleo essenziale del diritto non rappresenta quindi per i giudici costituzionali un'entità ideale identificabile a priori, ma piuttosto un obiettivo mobile, nel senso che emergerebbe di volta in volta dalla definizione degli estremi del conflitto concreto fra interessi aventi rilievo costituzionale.

La dinamica del rapporto fra gli interessi riconducibili a valori costituzionali, anche di natura diversa, consente di valutare concretamente

⁸⁶ Così Corte di Cassazione, S.U. civ., 16.7.1985, in *Giur. cost.*, 1986, I, 46 ss., 50 con oss. di M. MANETTI, *Prezzi amministrati e tutela del «nucleo essenziale» del diritto di impresa*, ivi, 52 ss.

⁸⁷ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 130-131, nt. 383, esclude che la Corte costituzionale applichi una concezione assolutistica del «contenuto essenziale» dei diritti come nucleo intangibile a priori ed operante come limite assoluto ed invalicabile. Essa procederebbe piuttosto in negativo ritagliando gli interessi che possono o non possono motivare, in relazione alla singola fattispecie normativa, provvedimenti autoritativi restrittivi; ID., «Al cuor non si comanda». *Valori, regole, argomenti e il «caso» nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 323 ss.

il grado di tutela dei diritti inviolabili, al di là delle categorie fondate sull'attributo della fundamentalità: prendendo atto delle perplessità sollevate in passato da autorevole dottrina in ordine alla utilità ed alla correttezza di talune classificazioni dei diritti inviolabili e dello scetticismo con cui quella stessa dottrina giudicava l'esclusione dell'iniziativa economica privata del numero dei diritti fondamentali assoluti⁸⁸, è doveroso accogliere una prospettiva interpretativa che tenga conto del contesto giurisprudenziale in cui vive e si evolve il diritto di iniziativa economica privata e muovere da tale realtà per esaminare i presupposti teorici del passaggio dalla garanzia dell'iniziativa economica privata alla tutela della concorrenzialità del mercato.

⁸⁸ Cfr., P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 176: è interessante ricordare come l'autore tenti comunque una catalogazione dei diritti inviolabili e vi includa, accanto ai tradizionali «diritti dell'uomo», anche l'iniziativa economica privata, criticando la tesi di Baldassarre nella parte in cui escludeva che l'iniziativa economica potesse essere posta sullo stesso piano dei diritti fondamentali assoluti (nt. 69).

CAPITOLO II

LA TUTELA DEL MERCATO CONCORRENZIALE NEL QUADRO DELLA GARANZIA COSTITUZIONALE DELLA LIBERTÀ ECONOMICA

SOMMARIO: 1. La difficoltà teorica di derivare dalla libertà di iniziativa economica privata la tutela della concorrenza sia in senso soggettivo che in termini oggettivi. - 1.1. L'apertura verso il riconoscimento della garanzia costituzionale della libertà di concorrenza. - 2. La garanzia costituzionale dell'oggettiva struttura di mercato nell'interpretazione dei privatisti. - 2.1. L'insufficienza dell'art. 41 Cost. rispetto alla minaccia delle formazioni monopolistiche: l'intervento *antitrust* a garanzia del valore sociale della libertà di concorrenza. - 2.2. Il ruolo della concorrenza nella definizione dell'assetto di mercato: la consapevolezza del pluralismo delle forme di concorrenza. - 3. Il significato della garanzia del mercato concorrenziale nella prospettiva del diritto costituzionale. - 3.1. L'aspetto dinamico delle relazioni fra mercato e libertà di concorrenza: la differenza fra la garanzia soggettiva dei singoli competitori e l'applicazione delle regole *antitrust*. - 3.2. (segue) I riflessi della libertà di concorrenza dei singoli operatori economici sulle strutture del mercato. - 3.3. Verso il superamento dell'alternativa fra la garanzia costituzionale della libertà di concorrenza e la tutela delle oggettive strutture del mercato: concorrenza ed apertura del mercato. - 4. L'aspetto dinamico della concorrenza e la mobilità della composizione degli interessi costituzionali nella definizione del rilievo pubblicistico dell'*antitrust* (rinvio).

1. La difficoltà teorica di derivare dalla libertà di iniziativa economica la tutela della concorrenza sia in senso soggettivo che in termini oggettivi

Una volta analizzate le linee guida dell'interpretazione della garanzia costituzionale della libertà economica è opportuno verificare come le diverse soluzioni teoriche relative al contenuto ed al valore di tale diritto si riflettano sul problema della legittimazione nel nostro ordinamento costituzionale della tutela della concorrenza.

Dall'analisi del contenuto della libertà di iniziativa economica privata condotta alla luce del principio fondamentale dell'invulnerabilità dei diritti è emersa la distinzione teorica fra diritti inviolabili assoluti e diritti inviolabili relativi: i primi descriverebbero il nucleo duro della struttura costituzionale in quanto immediatamente collegati al valore supremo della dignità della persona, mentre i secondi atterrebbero alla sfera dei rapporti etico-sociali ed alla sfera dei rapporti eco-

nomici. Dal carattere derivato di questa seconda categoria di diritti «relativamente» fondamentali deriverebbe l'impossibilità teorica di considerare il diritto di libertà come valore e quindi la necessità che il contenuto dei diritti attinenti alla sfera delle relazioni economiche conviva con il rispetto dei valori sociali secondo una proporzione lasciata in larga misura alla scelta discrezionale del legislatore. La ricerca della sostanza di tali diritti si tradurrebbe in una verifica delle modalità con le quali il legislatore individua un equilibrio fra i diversi principi che definiscono i contorni di un determinato istituto appartenente alla sfera dei rapporti etico-sociali ed economici. Tanto nel caso della famiglia, come in quello dei sindacati ovvero dell'impresa si sostiene che il legislatore ordinario, oltre che quello costituzionale, debba rispettare le garanzie di sostegno riconosciute dalla Costituzione a siffatti istituti¹.

Sullo sfondo della categoria del diritto inviolabile derivato è stato possibile individuare il contenuto della libertà proclamata dal primo comma dell'art. 41: il significato della scelta esplicita dei Costituenti nei confronti di un sistema fondato sulla libertà anche nel campo dei rapporti economici si esprimerebbe nella definizione di un contenuto che, come abbiamo visto, comprende quantomeno la scelta in ordine alla destinazione del capitale da intendersi comprensiva delle valutazioni relative al vantaggio ed delle prospettive economiche che quella soluzione potrebbe comportare².

All'interno di questa ricostruzione teorica non è stato tuttavia possibile compiere il passaggio logico dalla libertà economica alla libertà di concorrenza: nonostante l'individuazione di un nucleo proprio della libertà di iniziativa economica privata, Baldassarre ha infatti escluso la possibilità di costruire attorno ad esso un concetto di libertà di tipo relazionale. Sarebbe cioè ridondante l'attribuzione di una funzione positiva autonoma ad una garanzia che operi unicamente in un rapporto di tipo orizzontale ovvero sia nelle relazioni intersoggettive. L'unica forma di garanzia ammissibile nel nostro ordinamento costituzionale sarebbe pertanto di tipo indiretto: tale garanzia opererebbe cioè attraverso la tutela dell'individuo nei confronti

¹ Così A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 36.

² V. *amplius*, Parte II, Cap. I.

delle formazioni monopolistiche e quindi attraverso una garanzia dei presupposti permissivi della libertà d'iniziativa economica³. Accanto alla difficoltà di costruire una libertà di concorrenza in termini soggettivi non sembrerebbe neppure fondata l'interpretazione in chiave oggettiva della difesa della concorrenza: l'accusa di «concettualismo» rivolta da Baldassarre all'interpretazione fornita dalla dottrina commercialistica si fonda proprio sulla difficoltà di leggere nel riconoscimento della libertà di iniziativa economica una garanzia estesa alla struttura del mercato e quindi ad una precisa scelta dei Costituenti per il modello economico di mercato⁴.

³ Così A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica*, cit., 602, nt. 59. A. ZITO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, 219, fonda la tutela del privato dalle formazioni monopolistiche sul principio di eguaglianza esteso ai rapporti interprivati, in violazione del quale nascono e si consolidano le concentrazioni di potere economico privato. Sulla base dell'art. 3 sarebbe così possibile individuare la copertura costituzionale della libertà di concorrenza intesa appunto come tutela dalla formazione di accentramento di poteri privati e quindi dalla posizione di forza che gli stessi sono in grado di esercitare nei confronti del singolo. Il fatto che lo squilibrio fra individuo e potere non derivi da un potere pubblico, ma dalla concentrazione di potere privato (sul mercato) non inficia tale interpretazione vista l'estensione dell'art. 3 anche nei rapporti interprivati. Tale posizione si ricollega all'impostazione di G. MARONGIU, *Interesse pubblico e attività economica*, in *Jus*, 1991, 91, che riconosce nelle Costituzioni economiche contemporanee la chiara tendenza verso criteri di efficienza i quali andrebbero interpretati alla luce dei valori dell'eguaglianza e della libertà. In sede privatistica il legame fra concorrenza ed eguaglianza è stato utilizzato da M. ROTONDI, *Il valore giuridico del principio della libera concorrenza e l'oggetto della cd. azione di concorrenza sleale*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, vol. II, 327, al fine però di escludere che la libertà di concorrenza fosse l'oggetto di un diritto pubblico soggettivo e che gli effetti della concorrenza si manifestassero senza limitazioni naturali o statali: si sarebbe piuttosto dovuto parlare di eguaglianza di fronte alla concorrenza, ovvero sia della uniforme applicazione a tutti i concorrenti dei limiti, sia di diritto privato che di diritto pubblico, posti alla concorrenza.

⁴ La critica di A. BALDASSARRE, *Iniziativa*, cit., 593, nt. 35, si riferisce in particolare alla ricostruzione di P.G. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova 1969, 75 ss., sulla quale v. *amplius* al paragrafo 2. Sull'uso della nozione oggettiva di mercato si fonda l'analisi di F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, 3 ss.. Diverso è stato il percorso interpretativo della dottrina tedesca che sulla base di alcune fondamentali decisioni in materia di li-

1.1. L'apertura verso il riconoscimento della garanzia costituzionale della libertà di concorrenza

Gli ostacoli teorici ora richiamati non possono tuttavia precludere l'indagine sull'effettivo ruolo della concorrenza nel sistema costituzionale soprattutto alla luce della evoluzione della legislazione, sia generale che speciale, in materia di tutela della concorrenza. A meno di non voler sostenere l'incostituzionalità, o addirittura l'inconsistenza giuridica, di una legislazione ordinaria che in diretta attuazione dell'art. 41 della Costituzione ha introdotto nel nostro ordinamento norme a tutela della concorrenza e del mercato, bisogna chiedersi quale sia il significato costituzionale della tutela di tali valori.

È opportuno a tal fine muovere dalle conclusioni contenute nella ricostruzione del diritto di iniziativa economica privata elaborata da Pace. Abbiamo più volte ricordato come dalla negazione di qualsiasi rilievo alla distinzione fondata sul carattere fondamentale, in senso assoluto o relativo, dei diritti proclamati inviolabili dalla Costituzione tale dottrina abbia qualificato la libertà economica in termini di diritto della persona. Il diritto di iniziativa economica privata si caratterizzerebbe per il fatto di avere un contenuto ben diverso da quello proprio dei diritti inviolabili afferenti alla sfera della personalità in quanto sarebbe riferibile ad attività che si traducono nella gestione ed

bentà economiche individua la copertura costituzionale della libertà di concorrenza e dell'apertura del mercato nell'art. 12 GG.: in assenza di una esplicita garanzia costituzionale della iniziativa economica privata è la *Berufsfreiheit* il luogo della legittimazione delle istituzioni fondamentali di un'economia di mercato, quali appunto la libertà di impresa, la libertà di concorrenza e l'autonomia contrattuale. Per un'attenta ricostruzione della giurisprudenza del Bundesverfassungsgerichts sull'art. 12 GG., si veda F. OSSENBÜHL, *Die Freiheit des Unternehmers nach dem Grundgesetz*, in AöR, 115, (1990), 1 ss.. Fra le proposte formulate da P. HÄBERLE, *Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands*, in JZ, 1990, 358 ss., per una nuova Costituzione della Germania riunificata vi è la costituzionalizzazione di un principio fondante in materia economica, quale quello della *Soziale Marktwirtschaft*, e l'introduzione della autonoma garanzia della iniziativa privata (p. 361). Per ciò che riguarda la copertura costituzionale dell'apertura del mercato, si veda J. BASEDOW, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, J.C.B.Mohr, Tübingen, 1992, 23: « das Prinzip der Öffnung und Offenhaltung der Märkte hat vor allem in art. 12 GG rechtliche Gestalt erhalten».

organizzazione di beni materiali. Dal riconoscimento della libertà economica in termini di diritto della persona consegue l'affermazione di uno spazio teorico per la libertà di concorrenza, garantita implicitamente dalla prima. Al pari dell'iniziativa economica privata la libertà di concorrenza opererebbe entro i limiti esterni posti nel secondo comma dell'art. 41 Cost. ed in particolare nel rispetto dei valori della sicurezza, libertà e dignità della persona⁵. In virtù di tale visione della libertà economica l'introduzione di una legislazione antimonopolistica rappresenterebbe una garanzia nelle ipotesi in cui la formazione di prepotere economico privato si ponga in contrasto sia con l'altrui libertà economica che con altre manifestazioni di libertà, quali ad esempio la libertà di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero.

Alla base di questa ipotesi ricostruttiva della libertà di concorrenza in chiave soggettiva vi è la diffidenza, posta in luce già da Baldassarre negli anni Settanta, verso una prospettiva di sistema, verso cioè un'interpretazione che coinvolga l'affermazione della scelta di un sistema economico in cui il mercato sia libero. Quest'ultimo non sarebbe il destinatario di una garanzia autonoma: la tutela del libero mercato non costituirebbe un valore costituzionale a sé stante in grado di incidere su altri interessi costituzionalmente protetti ed afferenti alla sfera della salute, della sicurezza e della dignità della persona. L'unico valore costituzionalmente rilevante sarebbe pertanto il diritto di iniziativa economica privata dal quale discende, con gli stessi limiti e nelle stesse forme di garanzia, la cd. «libertà del mercato»⁶.

È evidente sotto tale profilo la divaricazione fra la cultura costituzionalistica e l'analisi privatistica del meccanismo concorrenziale: nella gran parte degli studi dedicati al fondamento della disciplina codicistica della concorrenza sleale è stato infatti ampiamente approfondito il problema della connessione fra la tutela della concorrenza e la difesa dei presupposti di un sistema economico di mercato.

⁵ È questa in sintesi la soluzione accolta da A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 1217 ss., tesi che è stata riproposta e sviluppata da R. NIRO, *Profili costituzionali dell'antitrust*, cit., 110 ss..

⁶ Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 493-494.

2. La garanzia costituzionale dell'oggettiva struttura di mercato nell'interpretazione dei privatisti

Nella tradizione del diritto commerciale ed industriale l'istituto della concorrenza sleale e la tipologia dei contratti con il monopolista sono stati esaminati nel quadro del sistema economico di mercato implicitamente garantito dal riconoscimento nell'art. 41 della Costituzione della libertà di iniziativa economica privata.

Il dato da cui muovono queste ricostruzioni è la consapevolezza che i modelli astratti di concorrenza e di monopolio, intesi come modelli opposti di mercato, trovano difficile attuazione concreta: tale asserzione risulterebbe confermata dalle stesse scelte costituzionali e dai principi comunitari.

Negli ordinamenti, quale appunto quello comunitario, che si fondano sulla politica di concorrenza si prende in considerazione la possibilità della formazione dei monopoli (art. 90 del Trattato CE)⁷. Per quanto riguarda poi l'ordinamento italiano, va sottolineata la presenza dell'art. 43 della Costituzione, di una norma cioè che non considera il monopolio di fatto come elemento estraneo al sistema, ma solo come il presupposto per l'adozione di provvedimenti discrezionali di espropriazione. Ciò farebbe ritenere che il *favor* espresso dalla Carta costituzionale nei confronti dell'economia di mercato non possa essere automaticamente tradotto nella garanzia del modello concorrenziale puro: secondo questa impostazione, la garanzia costituzionale dell'iniziativa economica privata non potrebbe essere utilizzata per definire in maniera assolutamente

⁷ G. GUGLIELMETTI e G. GUGLIELMETTI, *Monopolio (dir.comm.)*, in Enc. giur. Treccani, Roma 1990, vol. XX, sottolineano come l'ordinamento comunitario non contenga divieti assoluti di nazionalizzazioni. Ai sensi dell'art. 90 del Trattato CE la disciplina della concorrenza si applica anche alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale nei limiti in cui tale estensione non ostacola l'adempimento della missione loro affidata: ciò ovviamente nel rispetto del principio secondo cui il libero scambio non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità (art. 90, § 2). Il Trattato introduce tuttavia un limite di carattere generale nell'art. 37, § 2, che sancisce il divieto di introduzione di nuove forme di monopoli commerciali.

radicale la scelta dei costituenti per una delle due forme di mercato⁸.

A conclusioni analoghe giungeva altra dottrina che nel tentativo di individuare le dimensioni del principio della libera concorrenza nel sistema politico-costituzionale ed i riflessi dello stesso sugli istituti di diritto industriale, sottolineava il carattere paradigmatico ma residuale di quel principio⁹. Secondo tale linea interpretativa, la struttura concorrenziale manterrebbe una posizione centrale poiché il sistema costituzionale riconosce la libertà di iniziativa economica privata e la proprietà privata. Tale ispirazione di fondo dell'assetto costituzionale dei rapporti economici opererebbe, tuttavia, in un'area residuale che è quella non interessata dalle deroghe introdotte con leggi adottate in attuazione dei limiti costituzionali delle libertà economiche.

La presenza di questi vincoli è stata quindi vista come la fonte di un limite «negativo» della libertà di concorrenza: la previsione nell'art. 41 del limite dell'utilità sociale e del rispetto della personalità umana sarebbe espressione di un conflitto immanente fra interessi privati imprenditoriali ed interessi di natura sociale, conflitto che può essere composto nella misura in cui lo svolgimento dei primi resti subordinato al rispetto, inteso come non lesione, della realizzazione dei secondi. Su tali basi si è escluso che in nome del perseguimento degli interessi racchiusi nella formula dell'utilità sociale (art. 41, 2° comma) si potesse

⁸ Secondo P.G. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., 79, la scelta costituzionale per l'economia di mercato e non per la concorrenza in senso puro sarebbe stata successivamente confermata dall'adesione ai Trattati comunitari le cui norme *antitrust* non sanzionano la posizione dominante sul mercato, ma l'abuso della medesima (art. 86 Tratt. CE). In realtà, già T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 15 ss., ricordava che il quadro tracciato dalla Costituzione all'art. 41 e la connessa legittimazione dell'intervento pubblico nelle attività economiche dei privati trovava la sua corrispondenza negli studi economici che avevano posto in evidenza gli elementi monopolistici insiti nel sistema economico definito, appunto, di concorrenza imperfetta o oligopolistica.

⁹ Così R. FRANCESCHELLI, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti di diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, 28 ss.

realizzare un disegno di funzionalizzazione in positivo dell'iniziativa economica e quindi della libertà di concorrenza¹⁰.

L'esclusione di una conformazione in positivo della libertà di concorrenza agli interessi sociali derivava dalla attribuzione di un valore superindividuale e macroeconomico al principio di concorrenza, sia pure imperfetta. L'affermazione di libertà contenuta nel primo comma dell'art. 41, confermata dalla previsione tassativa degli interventi pubblici previsti dall'art. 43 e ribadita dal sistema economico comunitario fondato sull'integrazione nel mercato comune, attribuirebbe un «valore di sistema» al principio della libera concorrenza. In quelle disposizioni non si dovrebbe pertanto leggere solo una tutela di posizioni individuali dinanzi all'intervento pubblico, ma sarebbe più opportuno riconoscere alle stesse una portata strutturale (di natura macroeconomica)¹¹. Ciò non toglie ovviamente che tale sistema possa subire delle deviazioni in virtù del limite dell'utilità sociale: esigenze di natura sociale potrebbero indurre il sistema ad una riduzione dei meccanismi concorrenziali che presiedono alla formazione dei prezzi qualora la fissazione autoritativa degli stessi sia dettata dalla necessità di tutelare interessi riconducibili ai valori costituzionalmente garantiti della salute e della sicurezza della persona¹².

Una volta riconosciuta la portata strutturale del principio della li-

¹⁰ G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in Enc. dir., vol. XXVI, Milano 1976, 786 ss., distingue il piano oggettivo dal piano intersoggettivo dell'indagine sul monopolio e sulla concorrenza distinguendo l'aspetto strutturale (statico) da quello funzionale (dinamico) dell'iniziativa economica. Sotto il profilo strutturale, il sistema si fonda sulla correlazione fra l'art. 41, comma 1 e l'art. 43 Cost.; sotto il profilo funzionale il riferimento al dato costituzionale è nel principio dell'utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2 e nel principio generale del *favor* per una funzionalità di tipo concorrenziale implicito nel comma 1.

¹¹ G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e Costituzione economica*, Padova 1978, 90, nel definire i parametri del comportamento concorrenziale sleale alla luce dei principi costituzionali, l'autore equipara gli interessi del mercato espressi nella garanzia di libertà di cui al 1° comma dell'art. 41 con quelli sociali extra-imprenditoriali di cui al comma 2. Entrambe le norme opererebbero come criteri-limite e non come criteri-indirizzo della libertà di concorrenza che ha valore di principio generale del sistema, oltretutto dei rapporti intersoggettivi.

¹² G. GHIDINI, *Monopolio*, cit., 806, ricorda che con la sentenza 26 gennaio 1957 n. 29 la Corte ha giudicato conforme all'art. 41 Cost. l'imposizione autoritativa dei

bera concorrenza è stato possibile elevare la stessa al rango di principio di ordine pubblico interno tale da comportare la nullità delle clausole negoziali volte ad introdurre limiti alla libera concorrenza¹³. La presenza dei vincoli con i quali il legislatore interviene a derogare al principio di libertà economica non ridurrebbe la centralità dello stesso dal momento che quegli interventi non legittimerebbero lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, che dell'iniziativa economica è espressione diretta, prescindendo in assoluto dalla difesa di un bene fondamentale qual è la libertà di concorrenza. Da ciò deriverebbe la nullità di tutti quei patti negoziali rivolti a provocare una eliminazione, e non soltanto una riduzione, della libertà economica che è libertà individuale ed è anche libertà di mercato: dalla garanzia costituzionale della libertà economica si giunge così ad identificare nella libera concorrenza il cardine informatore del sistema da cui deriverebbe la configurabilità di una libertà economica concepita anche in termini di libertà di mercato¹⁴.

2.1. *L'insufficienza dell'art. 41 Cost. rispetto alla minaccia delle formazioni monopolistiche: l'intervento antitrust a garanzia del valore sociale della libertà di concorrenza*

Proprio con riferimento al contenuto della libertà economica si è tuttavia osservato che se, in linea di principio, la libera concorrenza può essere ricondotta alla libertà di iniziativa economica privata¹⁵,

prezzi per i prodotti farmaceutici in virtù della preminenza dell'interesse alla salvaguardia della salute pubblica rispetto alla tutela della libera concorrenza.

¹³ In tal senso, G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Padova, 1961, 10 ss., la cui indagine muove dall'idea che, come tutte le manifestazioni dell'idea di libertà, la libertà economica costituisca un valore fondamentale e come tale non possa essere soppressa se non attentando all'ordine pubblico economico del nostro paese, in quanto lo scopo perseguito dall'art. 41 è quello di tutelare, nel massimo grado possibile, la libertà di concorrenza restringendola solo nell'interesse generale e giammai per interessi particolari (ivi, 13-14).

¹⁴ Così, G. GUGLIELMETTI, op. ult. cit., 17.

¹⁵ F. GALGANO, *Articolo 41*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti economici*, Tomo II, Bologna-Roma, 1982, 11, individua nella li-

non sarebbe altrettanto certo che il suo contenuto abbia ad oggetto il mercato, ovverosia il libero accesso allo stesso ed il godimento del diritto di operare al suo interno in condizioni di parità. La mancanza nell'ordinamento italiano di una legislazione antimonopolistica avrebbe di fatto favorito la formazione di monopoli: l'unica garanzia viene ravvisata nella riserva di legge posta come limite all'ingerenza dei pubblici poteri, ma la riserva garantirebbe la libertà economica come «libertà da» e non un «libertà di». Dal carattere negativo di tale libertà deriverebbe l'insufficienza della garanzia di libertà economica contenuta nel 1° comma dell'art. 41 Cost. Tale lettura mira a sottolineare l'ineidoneità del principio in esame a garantire la libertà delle piccole e medie imprese nei confronti dello strapotere delle formazioni monopolistiche e da un'inevitabile subordinazione alle esigenze del grande capitale¹⁶.

Proprio per la sfiducia nella capacità di autogoverno del mercato e nelle virtù autonome della libera concorrenza alla fine degli anni ottanta autorevole dottrina commercialistica ribadiva la necessità di un intervento legislativo finalizzato al mantenimento della dinamica concorrenziale. Alla naturale incapacità del mercato di risolvere gli inevitabili conflitti derivanti dalla competizione si ricollega la necessità di un intervento antimonopolistico la cui giustificazione non potrebbe essere rinvenuta nella libertà di iniziativa, quanto piuttosto nel limite esterno dell'utilità sociale¹⁷.

bertà di iniziativa economica la fonte della libertà di concorrenza: questa sarebbe un aspetto della prima in quanto la libertà economica del singolo si presenta in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza.

¹⁶ Così F. GALGANO, op. ult. cit., 12 ss.

¹⁷ G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 332, sostiene che la valutazione in ordine alla idoneità delle intese e delle concentrazioni a falsare il libero gioco del mercato non può essere fatta in base al valore della libertà di iniziativa, ma del canone ad essa esterno dell'utilità sociale. A tale valore sembra richiamarsi anche la Corte costituzionale nelle decisioni in cui ha auspicato l'adozione di una legislazione *antitrust*: nella sent. 15 maggio 1990 n. 241, in *Giur. cost.*, 1990, 1467, la Corte, dichiarando la non fondatezza della questione di legittimità dell'esclusiva in favore della SIAE dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate dalla gestione stessa, ha individuato la ratio della tutela dell'abuso di posizione dominante nell'utilità e nei fini sociali dal momento che la libera concorrenza, pur essendo valore basilare della libertà di iniziativa economica privata, è funzionale alla protezione degli in-

L'esistenza di un mercato di tipo concorrenziale implica non soltanto che il monopolio costituisca l'eccezione, ma che anche la formazione di poteri privati sia oggetto di divieti e di sanzioni. Il fatto che la libertà di concorrenza sia espressione della libertà economica tra gli operatori la pone come naturale espressione dello svolgimento della libertà di iniziativa: i vincoli posti a garanzia del suo mantenimento non potrebbero dunque trovare altra fonte di legittimazione che nel limite dell'utilità sociale.

È evidente come da questa impostazione emerga l'esigenza di garantire un aspetto della libertà economica, cioè la libertà di concorrenza, non come valore in sé, ma mediante un intervento ispirato alla tutela degli interessi della collettività riconducibili alla clausola dell'utilità sociale. Il richiamo all'utilità sociale vale a ricondurre le manifestazioni dell'iniziativa economica, prima fra tutte la libera concorrenza, alle regole della collettività, ai valori del pluralismo democratico secondo le direttive di una «morale sociale» che condizionerebbe l'interpretazione dei rapporti economici¹⁸.

Dall'idea che il disegno tracciato dall'art. 41 debba essere valutato alla luce dei valori costituzionali di solidarietà e di uguaglianza (artt. 2 e 3), cui si ricollega il superamento dell'impostazione corporativa ed interclassista dei rapporti economici, emergerebbe inoltre la preferenza per l'equilibrato contemperamento degli interessi in conflitto, secondo le direttive del «massimo sociale»¹⁹.

teressi della collettività dei consumatori. In termini analoghi, la sent. 16 dicembre 1982 n. 223, ivi 1982, 2246. Critica tale interpretazione A. PACE, *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 della l. n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà di impresa*, in *Giur. cost.*, 1990, 1482: la tutela della concorrenza e del mercato sarebbe infatti preordinata, ancor prima che alla tutela del consumatore, a garanzia della libertà d'impresa e quindi la tutela del consumatore riconducibile alla tutela dell'utilità sociale non sarebbe una funzione, ma un limite, per quanto inderogabile.

¹⁸ G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 15 ss., sottolinea come la morale sociale, intesa come la sintesi delle esigenze morali e spirituali avvertite dalla coscienza civile, preme sull'economia capitalistica ed esige da questa risposte: per questa ragione di fondo la ricerca delle regole imposte al mercato non può essere svolta che all'interno di valori sopraordinati all'iniziativa economica.

¹⁹ C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, 193: sul

2.2. Il ruolo della concorrenza nella definizione dell'assetto di mercato: la consapevolezza del pluralismo delle forme di concorrenza

La prospettiva offerta dall'analisi privatistica evidenzia i due aspetti della dinamica concorrenziale: accanto alla prospettiva individuale della libertà di concorrenza intesa come espressione della libertà economica è stata analizzata la prospettiva del sistema economico di mercato. Il mercato viene in realtà preso in considerazione non nella sua valenza astratta di principio generale, ma con riferimento alla forma impressagli dalla nozione di concorrenza. Il problema dell'ambito della garanzia della libertà economica è stato affrontato dalla dottrina commercialistica con riferimento al problema della forma di mercato in relazione al tipo o ai tipi di concorrenza che l'ordinamento giuridico riconosce. In questa ottica si giustifica l'affermazione sopra esaminata secondo la quale difficilmente il nostro ordinamento costituzionale potrebbe fornire la copertura ad un sistema concorrenziale puro in virtù del riconoscimento dell'intervento pubblico come possibile strumento correttivo delle tendenze monopolistiche tipiche di un sistema non perfettamente concorrenziale. Abbiamo a questo proposito riassunto nella prima parte della ricerca le diverse nozioni di concorrenza desumibili dall'analisi economica: accanto al modello della concorrenza pura o perfetta l'attenzione della indagine economica si è progressivamente orientata verso le forme «imperfette» di concorrenza e quindi verso le componenti monopolistiche che possono esistere all'interno del quadro dell'economia di mercato. Il pluralismo delle forme di mercato riconducibili alle diverse forme della concorrenza costituisce la premessa dell'analisi del rilievo giuridico della nozione di concorrenza svolta già negli anni sessanta dal Franceschelli. Muovendo dalla premessa della pluralità delle accezioni del termine concorrenza, l'autore ha sviluppato l'idea di concorrenza in termini tecnico-giuridici. La ricerca muove dalla necessità di individuare accanto al significato comune, in cui il termine concorrenza è sinonimo di competizione, ed alle accezioni tecnico-economiche relative alle condizioni complessive che sostengono una determinata forma di mercato, una nozione giuri-

valore della Costituzione economica come espressione del pluralismo sociale, F. CAVAZZUTI, *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Bologna, 1974, 69 e 75.

dicamente rilevante di concorrenza²⁰. Poiché il diritto si occupa delle relazioni umane e non delle relazioni fra grandezze economiche quali l'offerta e la domanda, le sue regole potranno disciplinare singoli elementi ed istituti che a loro volta influenzano l'intero sistema interpretato secondo le categorie degli economisti. Nella impostazione della cultura economica la concorrenza comprende la presenza di una pluralità di operatori che richiedono ed offrono in una determinata unità di tempo prodotti e servizi omogenei (quando la concorrenza è pura) o (come accade nella realtà concreta) succedanei all'interno di uno stesso mercato al fine di acquistare a sé la clientela²¹. Rispetto a questo schema di base la struttura di un ordinamento giuridico impone un complesso di disposizioni che interagiscono con i comportamenti della domanda e dell'offerta e con il meccanismo della formazione del prezzo: dall'analisi degli istituti introdotti dalle norme giuridiche è possibile chiarire se il sistema si avvicina al modello estremo della concorrenza perfetta ovvero al monopolio. Da questa analisi sono emersi gli elementi giuridici che combinandosi con la struttura di base del modello economico consentono di individuare il valore giuridico della concorrenza all'interno del sistema. Per l'analisi giuridica rileva la presenza di una pluralità degli operatori, l'essere gli operatori attivi nell'offerta o nella richiesta dello stesso prodotto o di prodotti sostituibili. Per ciò che riguarda l'elemento del mercato all'interno del quale essi operano, è ovvio che lo stesso può essere circoscritto da parte dell'ordinamento attraverso norme che escludano ad esempio la commerciabilità di determinati prodotti; per ciò che attiene all'oggetto dello scambio, è altamente improbabile la sussistenza del requisito dell'omogeneità dei prodotti in virtù delle regole civilistiche sulla protezione dei segni distintivi, del marchio ovvero dei brevetti che mirano a proteggere l'unicità e la limitata riproducibilità del bene protetto. Proprio in virtù di questo complesso di garanzie lo scambio di mercato subisce delle modificazioni rispetto al modello economico dal momento che le forme di protezione dell'invenzione generano inevitabilmente una riduzione della concorrenza: l'esistenza di invenzioni brevettate, di mo-

²⁰ Così R. FRANCESCHELLI, *Conclusioni sulla concorrenza*, in *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, cit., 1119 ss.

²¹ Sono questi i presupposti di base che ricorrono in un mercato concorrenziale riassunti da R. FRANCESCHELLI, *Conclusioni*, cit., 1141 ss.

delli di utilità, della diffusione di opere artistiche si traduce nella concessione di veri e propri monopoli di prodotto²².

Il modello di mercato concorrenziale elaborato dagli economisti interagendo con le regole dell'ordinamento subisce dei correttivi che consentirebbero di tradurre in termini giuridici il meccanismo concorrenziale. Nella prospettiva del diritto commerciale si utilizza quindi l'elemento di fatto rappresentato dalla competizione di più imprese: queste si considerano operanti in regime di concorrenza allorché «siano in grado di offrire (o domandare) beni o servizi suscettibili di soddisfare, anche in via succedanea, lo stesso bisogno o bisogni simili o complementari, nel medesimo ambito di mercato, ancorché la concorrenza risulti da un insieme di beni o servizi succedanei e le imprese si valgano di elementi intesi a trasformare in una offerta di monopolio l'offerta concorrenziale, sempre che tali elementi siano quelli che, in considerazione della loro utilità sociale, l'ordinamento riconosce in via specifica e tutela»²³.

In questa articolata definizione giuridica di concorrenza permane la struttura di base dello schema economico del mercato concorrenziale, ma accanto ad esso operano principi di organizzazione dell'impresa dettati dal diritto: quando l'ordinamento giuridico interviene a salvaguardare determinati aspetti dello scambio di mercato e di organizzazione dell'impresa, le categorie economiche della concorrenza subiscono deviazioni tali da rendere il sistema assai più vicino al modello economico della concorrenza imperfetta ovvero di quel modello economico in cui si inseriscono elementi monopolistici legati alle forme di protezione giuridica consistenti nella tutela della riservatezza, dei segreti ovvero dell'invenzione.

L'analisi giuridica della concorrenza sembra pertanto muovere dal dato oggettivo della struttura economica e quindi approfondisce gli elementi normativi che interagendo con quella struttura spostano l'attenzione dai modelli estremi della concorrenza pura e del monopolio a

²² Sulle regole giuridiche in grado di ridurre il meccanismo concorrenziale sia dal lato dell'offerta che da quello della domanda si veda la ricostruzione di R. FRANCESCHELLI, op. ult.cit., 1143.

²³ È la definizione giuridica di concorrenza formulata R. FRANCESCHELLI, op. cit., 1144.

forme imperfette di concorrenza, caratterizzate cioè da elementi di natura monopolistica. La prospettiva utilizzata dagli studiosi del diritto privato della concorrenza tiene dunque conto del dato economico, utilizza e rielabora le categorie delle forme di mercato inserendole all'interno dello specifico ruolo sociale delle regole poste dal diritto allo scambio di mercato²⁴.

3. Il significato della garanzia del mercato concorrenziale nella prospettiva del diritto costituzionale

L'analisi costituzionalistica non può certo vantare la tradizione degli studi del diritto commerciale dedicati al rapporto fra le regole giuridiche e la scelta dell'economia di mercato: abbiamo del resto ricordato nel capitolo precedente le origini storiche e culturali di una lacuna in parte dovuta al continuo rinvio dell'introduzione di una legge nazionale *antitrust*.

La difficoltà della cultura costituzionalistica di costruire sulla base dell'art. 41 Cost. la libertà di concorrenza sussiste non solo nella prospettiva oggettiva, della concorrenza riferita, cioè, ad una generica struttura di mercato, ma potrebbe essere estesa anche alla definizione della concorrenza in chiave soggettiva.

L'accusa di concettualismo riferita alla tesi che vedrebbe nella libertà di concorrenza la trasposizione della libertà di mercato potrebbe infatti essere estesa anche all'idea che, per restare nell'ambito della soggettività della garanzia, è necessario definire la concorrenza in termini di garanzia operante nelle relazioni intersoggettive. Tali relazioni però non hanno natura astratta ed ipotetica, ma si formano all'interno

²⁴ Restano fondamentali a tale proposito le osservazioni di R. FRANCESCHELLI, *La concorrenza come strumento concettuale di ricerca*, in *Studi e capitoli*, cit., 25, che ribadisce la necessità per il giurista che si deve confrontare con le categorie della concorrenza e del monopolio di conoscere le categorie dell'economia: questo ovviamente non significa che tutte le categorie economiche siano rilevanti per il diritto, ma solo che la loro comprensione appartiene alla tradizione commercialistica e più in generale alla realtà inconfutabile di un diritto e di un'economia che si influenzano reciprocamente. Sulle diverse forme di concorrenza e sul rapporto biunivoco fra diritto e mercato v. Parte I, Cap. II.

della struttura di mercato, contribuendo alla sua concreta definizione.

Un'ipotesi ricostruttiva in grado di superare le difficoltà suddette potrebbe essere formulata sulla base dell'indagine svolta nella prima parte della ricerca: è in altre parole possibile, una volta chiarito che il mercato non può essere inteso come fatto preculturale, come luogo della libertà e dell'assoluta assenza di regole, individuare un rapporto oggettivo fra le nozioni di concorrenza e di mercato in grado di spiegare l'affermazione del legislatore secondo cui l'adozione di norme a difesa della concorrenza e del mercato costituisce l'attuazione diretta dei principi posti nell'art. 41 della Costituzione (art. 1, Legge n. 287 del 1990).

Se si accoglie l'idea del mercato come fatto culturale è anche possibile attribuire allo stesso il carattere di istituzione sociale: come tale esso opera all'interno della società, è una sua espressione e non vive quindi in modo separato da essa. In questa ottica perde qualsiasi valore la tradizionale obiezione fondata sulla separazione fra l'automatismo perfetto dello scambio di mercato e la società, dal momento che le relazioni di mercato contribuiscono a definire il quadro delle possibili forme di integrazione sociale²⁵. È in fondo questo il messaggio che la moderna dottrina sociologica ha ricavato, e continua ad utilizzare nelle sue ricerche, dalla approfondita analisi di Polanyi: alla unicità dello scambio di mercato si contrappone la pluralità delle forme di integrazione sociale, all'interno delle quali si colloca il mercato. All'interno di una struttura di mercato la concorrenza può a sua volta assumere forme e dimensioni diverse. Il polimorfismo della nozione e del meccanismo concorrenziale che abbiamo posto in luce nella prima parte dell'indagine costituisce la premessa per approfondire il rapporto fra la

²⁵ La ricostruzione di P. HÄBERLE, *I diritti fondamentali nelle società pluraliste*, cit., 139, volta a comprendere il mercato nell'area della cultura (sul punto v. *amplius*, Parte I, cap.I) va posta in relazione con il ruolo istituzionale che lo stesso autore riconosce alle libertà contrattuale e di concorrenza. Le limitazioni che il legislatore pone a queste libertà dovrebbero considerarsi come limiti in senso superficiale: ad esempio la legislazione *antitrust* restringe la libertà contrattuale e di concorrenza di alcuni singoli operatori, ma al fine ultimo di salvaguardare e mantenere in vita tali libertà come istituti. Grazie a quelle limitazioni le libertà economiche manterrebbero il loro carattere fondato sulla libertà: così P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali*, cit., 147-148.

dinamica della concorrenza ed i valori costituzionali. Occorre in proposito richiamare il contributo teorico delle impostazioni che, sottolineando l'aspetto dinamico della concorrenza e la sua capacità di fornire gli strumenti per ricercare di guidare la costruzione dell'ordine di mercato hanno definitivamente abbandonato l'idea statica della concorrenza perfetta e della connessa ideologia del mercato come sistema perfettamente autoregolantesi e completamente separato dai meccanismi dell'integrazione sociale.

Il richiamo alle radici culturali e teoriche dell'evoluzione delle nozioni di mercato e di concorrenza dovrebbe costituire un valido supporto per superare le obiezioni che sono state mosse per un verso alle ricostruzioni dei privatisti ed alla fiducia da essi riposta nella possibilità di desumere dalla tutela della libertà economica una prospettiva di sistema, ovverosia il sintomo inequivocabile del *favor* del Costituente per l'economia di mercato, e, per altro verso, alla possibilità di costruire una libertà di concorrenza all'interno di relazioni di tipo orizzontale, legate cioè alla coesistenza in un determinato settore di una pluralità di soggetti tutti titolari di libertà economica.

In particolare, se la prima obiezione tende a ridurre ad una formula meramente descrittiva la complessità delle ragioni che sono alla base delle scelte compiute dai Costituenti nell'approvazione del Capo III, la seconda, pur riconoscendo alla concorrenza dignità di libertà fondamentale, tende a trasferire la garanzia individuale in un ambito dinamico, rappresentato dalle relazioni fra diversi soggetti titolari di libertà economica, senza però tenere conto della dimensione concreta in cui quelle relazioni si svolgono.

3.1. *L'aspetto dinamico delle relazioni fra mercato e libertà di concorrenza: la differenza fra la garanzia soggettiva dei singoli competitori e l'applicazione delle regole antitrust*

L'isolamento della prospettiva della garanzia oggettiva del mercato inteso come luogo dell'efficienza e della migliore forma di allocazione delle risorse al pari dell'isolamento opposto della concorrenza considerata come forma relazionale del godimento di una libertà riconosciuta ai singoli dai principi costituzionali sono entrambe espressione della separazione dei due concetti di mercato e di concorrenza che la

ricostruzione svolta nella prima parte ha invece dimostrato essere strettamente collegati.

È difficile immaginare di ricostruire il ruolo essenziale nella teoria di A. Smith del valore dell'eticità del mercato senza aggiungere che il mantenimento al suo interno della concorrenza rappresenta la vera garanzia dell'eguaglianza nei rapporti economici, eguaglianza alla quale si contrappone la struttura di mercato fondata sull'oligopolio, al contrario fonte di ingiustificate ed inaccettabili discriminazioni. È al tempo stesso fuorviante una prospettiva di analisi del pensiero della scuola liberale che non consideri il ruolo che Hayek attribuiva alla concorrenza concepita come strumento di conoscenza che guida il mercato verso quella ricerca di soluzioni ottimali rispetto alle quali la conoscenza umana si presenta assolutamente imperfetta e limitata. Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte con riferimento alle posizioni teoriche esattamente opposte a quelle ora richiamate: la consapevolezza del ruolo distruttivo delle relazioni sociali da parte della organizzazione di mercato deriva nella cultura marxista dalla capacità della concorrenza di innescare meccanismi in grado di portare alla guerra sociale ed alla stessa distruzione del meccanismo concorrenziale.

La spiegazione in chiave soggettiva della libertà di concorrenza all'interno di un generico ambito di relazioni intersoggettive non trova corrispondenza neppure nell'interpretazione «autentica» fornita dall'Autorità *antitrust*. In una recente decisione, adottata nell'ambito dei poteri consultivi, sono contenuti alcuni principi che possono confermare la necessità di non isolare la dimensione individualistica della tutela della concorrenza dalla concreta struttura del mercato. In occasione di una segnalazione alle Camere avente ad oggetto l'approvazione in corso di un disegno di legge disciplinante la formazione dei contratti di subforniture industriali ispirato all'obiettivo di garantire la trasparenza e la correttezza nelle transazioni commerciali fra imprese, l'Autorità ha chiarito il rapporto fra la violazione delle regole concorrenziali all'interno dei rapporti contrattuali interpretati dalla figura tipica dell'abuso di posizione dominante²⁶. Le perplessità si sono appuntate sull'art. 10 di tale disegno di legge nella parte in cui introdu-

ceva una nozione di abuso di posizione dominante fondata sulla configurazione di comportamenti individuali nella contrattazione e sugli effetti che la stessa avrebbe prodotto negli interessi della controparte. L'abuso in questione sarebbe cioè sanzionato in presenza di comportamenti posti in essere da committenti dotati di una maggiore forza contrattuale rispetto ai subfornitori, comportamenti che si dimostrino pregiudizievoli per questi ultimi. La nuova fattispecie sanzionatoria avrebbe voluto introdurre nell'art. 3 della l. 287 del 1990, disciplinante appunto l'ipotesi dell'abuso di posizione dominante sul mercato, una valutazione di tipo «soggettivo» avulsa cioè dalla considerazione dell'effettiva capacità del comportamento posto in essere dal contraente sospettato di sfruttare una posizione individuale di forza nel rapporto contrattuale di incidere sulla struttura delle relazioni di mercato. L'Autorità non dubita che la salvaguardia del valore della correttezza nelle relazioni contrattuali sia importante «per la concorrenzialità dei mercati», ma la valutazione in termini di rapporti fra interessi individuali delle parti di una relazione economica deve essere necessariamente ancorata alla struttura del mercato: la presenza al suo interno di soggetti in grado di non avere la possibilità di compiere scelte alternative rispetto a quella proposta dal committente è in grado di generare di per sé la presenza dell'abuso sanzionato dall'art. 3.

Diverso è il caso in cui si guarda agli interessi delle parti della relazione contrattuale in cui la non equità dei medesimi si verifichi nello scambio bilaterale: la presunta posizione dominante «relativa» di una delle parti va commisurata con la struttura del mercato rilevante per verificare se al suo interno siano assenti alternative economicamente significative per il contraente «debole»²⁷.

striale, Segnalazione del 20 giugno 1995, in *Bollettino* n. 23 del 28.6.1995, 37-38.

²⁷ Sulla base di questa analisi l'Autorità conclude affermando che la non equità nei rapporti contrattuali rappresenta un valore degno di tutela in astratto e che per essere oggetto di sanzione occorrerebbe identificare una specifica e distinta fattispecie che corrisponda a propri canoni ermeneutici: da queste premesse deriverebbe la non riconducibilità dell'ipotesi oggetto di disciplina legislativa all'interno del *genus* dell'abuso di posizione dominante descritto dall'art. 3 della legge n. 287 del 1990.

²⁶ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Subfornitura indu-*

3.2. (segue) I riflessi della libertà di concorrenza dei singoli operatori economici sulle strutture del mercato

L'esempio pratico ora richiamato ci sembra quantomai utile al fine di precisare i limiti di una costruzione dottrinale che, sulla base della non identificabilità in termini giuridici della nozione di mercato, costruisce la tutela della concorrenza fondandola sulla proiezione della libertà economica individuale nelle relazioni interprivate senza considerare che le stesse determinano la struttura del mercato, sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta. In base alla posizione del singolo rispetto a quella struttura è possibile desumere l'esistenza o meno di un comportamento anticoncorrenziale e rendere così concretamente operativa la disciplina *antitrust*.

Vale la pena di ricordare che la non equità dei rapporti contrattuali derivante dalla presenza di un contraente debole è stata dalla dottrina civilistica ricondotta alla disciplina dei limiti posti dal secondo comma dell'art. 41 Cost. all'iniziativa economica privata: il rilievo che indirettamente assumono interessi di natura sociale nella conquista di una posizione dominante di una delle parti non rilevano ai fini della valutazione del comportamento anticoncorrenziale così come costruito dalla legislazione *antitrust* se non in seguito ad una accurata ponderazione dei riflessi della «dominanza relativa» all'interno del mercato rilevante che consenta di proiettare la valutazione della relazione contrattuale all'interno delle caratteristiche oggettive e soggettive del mercato.

La ponderazione dell'interesse al mantenimento della libera concorrenza con la esigenza di garantire valori diversi all'interno dei quali si colloca la correttezza e l'equità nelle manifestazioni di autonomia contrattuale, indirettamente tutelata dall'art. 41, non può essere impostata in una dimensione statica, riferita cioè alla posizione delle parti nel contratto.

È opportuno cioè che quell'interesse, meritevole di tutela alla luce dei valori contenuti nel comma 2 dell'art. 41, si oggettivizzi in una posizione di difesa rispetto alla formazione di un potere sul mercato: occorre, in altri termini, che vi sia la possibilità di accertare che a fronte di una relazione intersoggettiva fondata sull'abuso del potere privato della parte contrattualmente più forte vi sia anche una alterazione della concorrenza. Tale distorsione potrà essere constatata solo ponendo in relazione il potere di mercato dell'impresa sospetta con la po-

sizione delle concorrenti che operano all'interno di quella determinata area di mercato.

3.3. Verso il superamento dell'alternativa fra la garanzia costituzionale della libertà di concorrenza e la tutela delle oggettive strutture del mercato: concorrenza ed apertura del mercato

I principi che emergono da questa importante decisione aiutano a comprendere le ragioni della insufficienza dell'alternativa fra l'interpretazione della libertà di concorrenza in chiave esclusivamente oggettiva, riferita cioè alla struttura di mercato, e la valutazione in termini esclusivamente soggettivi della libertà suddetta. La derivazione della libertà di concorrenza dalla garanzia posta nell'art. 41 della Costituzione costituisce senza dubbio la necessaria premessa per la descrizione del valore costituzionale della concorrenzialità del mercato: per la concreta verifica del rispetto della concorrenza nelle relazioni fra soggetti titolari del diritto fondamentale di iniziativa economica privata occorre considerare le oggettive strutture del mercato dal momento che è in base alla misurazione dell'effetto sulle medesime del comportamento denunciato che si può concretamente misurare il grado di tutela della concorrenza in un determinato sistema economico. La garanzia assume dunque una prospettiva dinamica che supera la dimensione soggettiva della concorrenza valutata alla stregua della garanzia dei singoli operatori economici ad essere presenti all'interno di un determinato mercato. La garanzia della concorrenzialità del mercato è in primo luogo garanzia dell'apertura del medesimo: la caratteristica dinamica della concorrenza impedisce di definire a priori le condizioni del mercato di riferimento e dunque la posizione al suo interno degli operatori protagonisti dello scambio. L'identificazione dell'interesse alla concorrenzialità del mercato, garantito dall'applicazione delle regole *antitrust*, nel diritto del singolo operatore economico ad essere titolare in posizione di eguaglianza con gli altri della libertà di accesso al mercato esprime in realtà solo uno dei possibili esiti del mantenimento della concorrenza nel mercato. Volendo definire il diritto alla libera concorrenza in termini di garanzia dalla formazione di potere economico monopolistico si finisce indirettamente per configurare un diritto del singolo ad essere quantomeno presente all'interno

del mercato. Questo interesse ha però valore relativo: la consapevolezza dell'imperfezione del meccanismo concorrenziale è alla base della nozione dinamica della concorrenza e del ruolo di strumento di indagine rispetto all'ordine spontaneo e non preconstituito del mercato. In questo contesto l'apertura del mercato e quindi le possibilità di accesso del singolo operatore privato possono essere anche solo meramente potenziali: non di meno si potrà affermare che in queste condizioni non sia garantita la concorrenza. Nel polimorfismo delle dinamiche concorrenziali vi è infatti anche la concorrenza potenziale la cui garanzia non si accompagna necessariamente con la presenza effettiva di una pluralità di operatori, essendo all'uopo sufficiente la garanzia dell'ingresso, anche solo potenziale di nuovi operatori. I confini fra la garanzia della concorrenzialità del mercato e l'effettiva garanzia degli operatori di accedervi e di non subire quindi restrizioni derivanti dalla formazione di poteri privati sono pertanto confini mobili che possono sovrapporsi effettivamente o solo potenzialmente²⁸.

4. *L'aspetto dinamico della concorrenza e la mobilità della composizione degli interessi costituzionali nella definizione del rilievo pubblicistico dell'antitrust (rinvio)*

L'assetto concorrenziale del mercato rappresenta il punto di arrivo di un processo di trasformazioni legate all'operare della libertà di concorrenza. Per questa ragione la garanzia del sistema economico di mercato non può essere accolta nella sua formulazione generica, quanto piuttosto nella forma di una garanzia «mobile» legata all'operare della concorrenza e dal continuo interagire di quest'ultima con gli altri interessi, di natura economica o sociale, aventi rilievo costituzionale. È evidente che l'esito di questo processo non può essere definito a priori, né si possono in alcun modo ordinare i rapporti fra l'assetto di un determinato mercato e la garanzia dei singoli a mantenere al suo interno la possibilità di esprimere nelle relazioni interprivate il pieno godimento della libertà di concorrenza. È altrettanto difficile definire *ex ante* le condizioni rispetto alle quali tale libertà può essere compressa

al fine di garantire interessi diversi da quello al mantenimento della concorrenzialità del mercato. Nella stessa misura in cui la mobilità della logica del bilanciamento consente di comparare il valore della libertà economica anche con valori immediatamente riconducibili alla sfera della dignità della persona, l'affermazione secondo cui la concorrenza sarebbe al pari dell'iniziativa economica un diritto della persona garantito entro i limiti del secondo comma dell'art. 41 non può essere interpretata nel senso di considerare la concorrenzialità del mercato come un interesse per definizione non comparabile con i valori dell'utilità sociale ovvero della libertà, sicurezza e dignità della persona. Non solo tale confronto è alla base delle operazioni di bilanciamento fra la libertà economica e le altre libertà, in quanto contribuisce a definire gli estremi del conflitto che la Corte è chiamata di volta in volta a risolvere, ma appartiene anche al modo di operare dei sistemi in cui è garantita la libertà di concorrenza.

L'obiettivo del mercato concorrenziale supera dunque, da un lato, l'idea che il suo contenuto consista unicamente nella proiezione della libertà economica nelle relazioni interprivate e, dall'altro, individua un progetto di costruzione del mercato concorrenziale che va ben al di là delle dispute sul rapporto fra l'art. 41 Cost. e l'adozione di un generico modello economico di mercato.

L'analisi del raccordo fra la concorrenza e la struttura del mercato di riferimento e le modalità del bilanciamento fra l'applicazione dei divieti a garanzia della concorrenzialità del mercato con i valori esterni di natura economico-sociali in grado di limitare l'applicazione delle regole *antitrust* sarà illustrato nell'ultima parte della ricerca alla luce della «giurisprudenza» dell'Autorità: prima occorre, però, spiegare il profilo comunitario della nascente cultura del mercato al fine di individuare il significato che le istituzioni comunitarie attribuiscono al rapporto fra la concorrenza e l'apertura del mercato.

²⁸ Sulla nozione di concorrenza potenziale, v. *amplius* Parte I, Cap. II.

CAPITOLO III

IL RUOLO DEL MERCATO E DELLA CONCORRENZA NELL'INTEGRAZIONE COMUNITARIA

SOMMARIO: 1. La Costituzione economica italiana e la Costituzione economica comunitaria a confronto: l'uso prevalentemente descrittivo del termine nella dottrina pubblicistica italiana. - 1.1. L'evoluzione della nozione comunitaria di Costituzione economica: il ruolo dei principi economici nella costruzione dei valori fondamentali ai quali si ispira l'azione comunitaria. - 2. Il dualismo degli strumenti comunitari: l'integrazione nel mercato ed il riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri. La garanzia della concorrenza fra strumenti ed obiettivi della Comunità. - 2.1. Il ruolo dell'art. 3 A introdotto dal Trattato sull'Unione Europea: il mercato concorrenziale come obiettivo dell'azione comunitaria e dei singoli Stati membri. - 2.2. Lo strumento del riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri. - 3. Le regole del mercato ed i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario: legalità, eguaglianza e libertà economiche. - 4. Il rapporto fra mercato e concorrenza nel sistema comunitario: il ruolo della libera concorrenza nell'individuazione dei principi fondamentali della Comunità Europea. - 4.1. Libertà di concorrenza e unità del mercato fondata sul principio di eguaglianza-non discriminazione. - 5. Il modello economico comunitario: l'elasticità della politica di concorrenza e del riavvicinamento fra le politiche nazionali. - 5.1. L'ambivalenza degli strumenti dell'azione comunitaria come espressione della neutralità economica del Trattato: la logica del razionale bilanciamento fra gli obiettivi del Trattato. - 6. I principi economici comunitari fra mercato ed equità. - 7. Il ruolo della concorrenza e del mercato nel sistema comunitario ed il vincolo interpretativo posto dalla legge nazionale *antitrust* nei confronti dei principi della politica comunitaria di concorrenza (rinvio).

1. *La Costituzione economica italiana e la Costituzione economica comunitaria a confronto: l'uso prevalentemente descrittivo del termine nella dottrina pubblicistica italiana*

Il confronto fra la nozione di Costituzione economica utilizzata al fine di individuare i principi costituzionali in materia economica e la nozione di Costituzione economica comunitaria rivela due realtà assolutamente diverse: se, infatti, l'evoluzione della Costituzione economica comunitaria accompagna il dibattito sull'evoluzione dell'ordinamento comunitario, non altrettanto accade per i principi della Costituzione repubblicana disciplinanti i rapporti economici.

Alla funzione meramente descrittiva e riconognitiva che caratterizza il ricorso alla nozione di Costituzione economica nell'interpretazione dei principi economici della Costituzione repubblicana corrisponde in

ambito comunitario una formula che esprime i principi fondamentali ai quali si ispira l'intera azione della Comunità.

Le diverse accezioni della nozione possono essere ricondotte al diverso ruolo che ha avuto nel contesto comunitario ed in quello nazionale il sistema di mercato fondato sul mantenimento della concorrenza. Se infatti per la Comunità la concorrenza costituisce criterio originario di organizzazione della politica di integrazione fra gli Stati membri, per l'ordinamento italiano il problema teorico è stato affrontato solo in concomitanza con il rilievo pubblicistico assunto dalle categorie del mercato e della concorrenza dopo l'introduzione della legge nazionale *antitrust* in attuazione dell'art. 41 della Costituzione.

È del resto noto che la costruzione di una teoria della Costituzione economica presuppone l'esistenza di principi di rango costituzionale attorno ai quali poter ricostruire i singoli istituti giuridici: è questo il ruolo svolto dal principio dell'equilibrio economico generale (*gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht*) contenuto in alcuni articoli della *Grundgesetz* e che ha consentito di elaborare una teoria fondata sull'analisi del rapporto fra la struttura economica e la struttura politica dell'ordinamento tedesco¹.

In assenza dell'esplicita previsione di un principio fondante dei rap-

¹ L'art. 104 a, GG prevede la possibilità che il Bund conceda aiuti finanziari per investimenti particolarmente importanti dei Länder e dei Comuni come misure di difesa per mantenere l'equilibrio economico globale di perequazione tra forze economiche differenziate o di promozione della crescita economica. L'equilibrio economico generale costituisce il parametro che si impone ai sensi dell'art. 109 a Bund e Länder nell'adozione dei rispettivi bilanci; secondo l'art. 115 il pericolo di turbamento dell'equilibrio economico globale può legittimare le deroghe al principio del pareggio fra le entrate ottenute mediante il ricorso al credito e le spese d'investimento individuate nel bilancio di previsione. Il principio dello sviluppo equilibrato è descritto nella legge per la promozione della stabilità e dello sviluppo dell'economia (*Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*) del 1967: all'art. 1 stabilisce che il Bund ed i Länder debbono tener conto nella loro politica economica e finanziaria delle esigenze dell'equilibrio economico generale. Le misure economiche e finanziarie debbono comporsi in modo da contribuire contemporaneamente, nell'ambito di un'economia di mercato, alla stabilità del livello dei prezzi, ad uno stato di alta occupazione, all'equilibrio dei rapporti economici con l'estero. Nella proposta di revisione della Costituzione economica elaborata da G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, 177 ss., il principio dell'equilibrio econo-

porti economici la dottrina costituzionalista italiana non ha approfondito l'idea di Costituzione economica rimanendo ancorata all'esegesi dei singoli principi contenuti nella Costituzione formale².

Come si è già anticipato, il ricorso a tale nozione non ha avuto un ruolo peculiare nell'indagine sui principi economici a differenza di quanto è avvenuto nell'ordinamento tedesco: è del resto assente nella nostra Carta costituzionale un principio generale che possa essere assimilato a quello dell'*equilibrio economico generale*. La disciplina della organizzazione economica si caratterizza piuttosto per la presenza di un costante ed uniforme bilanciamento fra le espressioni riconducibili a parametri economici (quali ad esempio il razionale sfruttamento del suolo nell'art. 44 o le esigenze della produzione nell'art. 46) con quelle ispirate al valore della socialità³.

Con la nozione di «Costituzione economica» si è così tentato di circoscrivere la parte dedicata ai rapporti economici descritti negli artt. 41-47: la lettura di tali disposizioni è stata caratterizzata dal costante

mico generale è stato elevato al rango di principio della Costituzione formale in modo da consentire l'intervento garantista della Corte costituzionale (Sezione per l'economia) alla quale si riconosceva il potere di intervenire sui provvedimenti di politica economica in grado di turbare l'equilibrio, anziché favorirlo.

² In tal senso A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 36.

³ A. BERTOLINO, *L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro. Il Consiglio Nazionale dell'economia e del lavoro*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze, 1950, I, 407, rileva la priorità dei fini sociali rispetto agli interessi economici sottolineando come nel titolo III gli unici riferimenti a finalità puramente economiche sono quelli contenuti negli artt. 44 (razionale sfruttamento del suolo) e 46 (elevazione economica del lavoro). Sulla preminenza dei valori sociali, V. GUELI, *Libertà e socialità nella Carta costituzionale e nella Costituzione sociale del paese*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. ORLANDO*, Padova, 1957, II, 1. Sul rapporto fra l'indirizzo economico costituzionale e lo sviluppo della teoria della Costituzione economica, v. A. PREDIERI, *Pianificazione*, cit., 38; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1990, vol. V, 377; F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di Costituzione economica*, in *Dir. econ.*, 1992, 71. Secondo U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 73, le disposizioni del titolo III darebbero vita ad un vero e proprio ordinamento costituzionale di tutti i rapporti economici che si svolgono nel paese, definendo così la *Wirtschaftsverfassung* dell'ordinamento italiano. Sulla Costituzione economica come veicolo di affermazione del pluralismo sociale, P. DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978, 297.

riferimento ai principi fondamentali del solidarismo (art. 2), dell'egualianza (art. 3) del diritto al lavoro (art. 4) sui quali si fonda in definitiva la costruzione dello Stato sociale⁴. Il rinvio a questi valori ha proiettato il significato della formula nella prospettiva dinamica della realizzazione della piena ed effettiva democrazia sociale, economica e politica disegnata dall'art. 3, comma 2 Cost.

Per quanto riguarda l'aspetto della politica sociale, la cultura cattolica ha evidenziato il rapporto fra diritti economici e valori morali, auspicando l'apertura dei principi costituzionali in materia economica verso l'instaurazione di una democrazia sociale in grado di esprimere nell'incontro fra potere pubblico e potere privato la complessità e le multiformi esigenze del pluralismo sociale⁵.

Sul versante della democrazia economica il principio dell'art. 3, comma 2, è alla base delle interpretazioni che identificano l'organizzazione dei rapporti fra potere pubblico e potere privato con la politica della programmazione. Il regime economico fondato sulla programmazione è apparso come l'unico veicolo per la realizzazione di una compiuta democrazia economica e di un governo democratico dell'economia che testimoniassero l'avvenuta riappropriazione della sfera economica da parte della politica⁶. Alla globalità dello strumento pianificatorio si è riconosciuta la capacità di essere espressione dell'istanza sociale e di mantenere al tempo stesso la distinzione fra la struttura istituzionale dello Stato che interviene nell'economia ed il pluralismo economico fondato sul riconoscimento della proprietà e dell'iniziativa economica dei privati. Da tale impostazione è derivata l'identificazione del modello di Costituzione economica con il sistema ad economia mista: i principi costituzionali in materia economica darebbero così

⁴ Cfr. F. SAJA, *Costituzione economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dalla sua approvazione*, Milano, 1990, 3.

⁵ Il valore sociale dell'economia appartiene alla cultura cattolica ed emerge chiaramente dalla relazione sul controllo sociale dell'economia presentata dall'on. A. Fanfani in seno alla III Sottocommissione; per un'analisi degli orientamenti delle forze cattoliche in Ass. Cost., R. RUFFILLI, *Cultura, politica e partiti nell'età della Costituente. Tomo I. L'area liberaldemocratica. Il mondo cattolico e la Democrazia cristiana*, Bologna, 1979, 142.

⁶ F. GALGANO, *Il Governo democratico dell'economia*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 142.

forma ad una Costituzione economica materiale che riconosce la presenza dell'operatore economico privato e di quello pubblico⁷.

Accanto alla definizione della scelta per il modello ad economia mista, il riferimento alla Costituzione economica è stato utilizzato al fine di definire il sistema delle fonti poste alla base del funzionamento di tale organizzazione: gli artt. 41-47 Cost. fungerebbero da parametro per la validità delle scelte normative che vengono adottate ai livelli inferiori dagli organi preposti al Governo dell'economia⁸.

La difficoltà di ricondurre ad unità e sistematicità all'interno di una disciplina pubblicistica autonoma le forme di governo dell'economia è stata tuttavia messa in discussione da autorevole dottrina che ritiene più opportuno valutare le scelte di politica economica unicamente all'interno della disciplina costituzionale della proprietà, del lavoro, dell'impresa, delle fonti di energia, del credito e del risparmio, della protezione sociale e della salute⁹.

Accanto alle difficoltà teoriche di sistemare i principi del diritto pubblico dell'economia occorre considerare le perplessità sollevate nei

⁷ A. PREDIERI, *Pianificazione* cit., 40; G. BOGNETTI, *Il modello dello Stato sociale*, in AA.VV., *La Costituzione*, cit., 47; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1970, desume dai principi costituzionali una sorta di ambivalenza istituzionale del nostro sistema anche se dalla concreta struttura dell'organizzazione emergerebbe una sostanziale dominanza pubblica in virtù del passaggio di larga parte delle imprese alla mano pubblica.

⁸ A. PIZZORUSSO, *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in AA.VV., *Stato ed economia. Scritti in ricordo di D. Serrani*, Milano, 1984, 7: l'autore sottolinea tuttavia le peculiarità di siffatto sistema ammettendo le incongruenze di fondo del sistema produttivo italiano che non si ispira più al modello del capitalismo puro, ma che non è ancora in grado di realizzare un controllo dell'economia efficace e democratico.

⁹ In tal senso, M.S. GIANNINI, *Economia (disciplina della)*, in Enc. dir. XIV, Milano 1965, 274; ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995, 17: contra, G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 1977, 9; B. CAVALLO-G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1983, 53. Sulla natura del diritto pubblico dell'economia, si veda E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, 1198, che distingue tra un'accezione ristretta coincidente con il diritto pubblico dell'economia controllata (imprese pubbliche, partecipazione pubbliche a imprese private, calmieri, contingenti) ed un'accezione lata ricomprendente il diritto dell'impresa come rinnovato e rinnovantesi settore del diritto privato (1210-1211).

confronti dello stesso uso della formula «Costituzione economica»: secondo tale linea interpretativa, l'unità dell'impianto costituzionale e la conseguente impossibilità di dare vita a riforme parziali o settoriali renderebbe assai discutibile la correttezza del termine allorché si isolino all'interno della categoria della «Costituzione economica» i principi in materia economica dalle regole costituzionali in tema di rapporti politici e sociali. Il richiamo all'unità del disegno costituzionale deve essere inserito nel più ampio contesto della stretta connessione fra l'organizzazione politica e le regole economiche che è propria del costituzionalismo moderno. La sempre maggiore interferenza fra la sfera della politica e quella dell'economia rappresenta infatti la linea ideale che separa le Costituzioni liberali dal costituzionalismo del Novecento: la presenza di un disegno «politico» che interviene a guidare le vicende dell'economia costituisce in definitiva l'elemento che accomuna le esperienze costituzionali moderne¹⁰.

L'introduzione dei valori politici nell'indirizzo e nella gestione del-

¹⁰ Si oppone all'idea di una Costituzione economica distinta dalla Costituzione politica, M. Luciani, *Economia* cit. 375; nel dibattito tedesco degli anni cinquanta e sessanta sulla teoria della Costituzione economica della *Grundgesetz*, H. EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, C.F., Müller Verlag, Karlsruhe, 1961, 41 ss., criticava le posizioni dottrinali tendenti ad individuare un fondamento costituzionale autonomo della *Wirtschaftsverfassung* distinto e separato dal quello della Costituzione politica e quindi negava autonomia scientifica alla stessa cultura della «Costituzione economica». Per un'analisi critica della posizione di Ehmke, si veda E.J. MESTMÄCKER, *Wirtschaft und Verfassung*, in DÖV, 1964, Heft 17-18, 606 ss.: la premessa necessaria dei teorici della *Soziale Marktwirtschaft* era infatti l'individuazione di un autonomo orientamento costituzionale in materia economica e quindi l'affermazione del rango costituzionale del modello dell'economia sociale di mercato. Sulla connessione fra economia e politica nel Novecento, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 132, afferma che questo è il secolo del tentativo di appropriazione (o di riappropriazione) dell'economia da parte del politico, nel senso che le Costituzioni del secondo dopoguerra sono sensibili al problema dell'intervento dello Stato nell'economia allo scopo di rendere compatibile lo sviluppo economico con un ordine sociale giusto. La distanza fra l'Ottocento ed il Novecento non sta tuttavia nell'alternativa fra astensione ed intervento, ma piuttosto nella scelta fra autogoverno ed eterogoverno dell'economia: nello Stato liberale non sono infatti mancati interventi statali aventi riflessi sul mercato ma tali interventi non erano ispirati ad una visione superiore in nome di un'istanza propriamente politica. Per un quadro delle caratteristiche dell'intervento pub-

l'economia contribuisce a ridefinire i contorni dell'autorità e della libertà attraverso l'espansione dell'intervento pubblico sulle manifestazioni dell'autonomia dei privati. Quest'ultima viene così a trovarsi in un rapporto diretto con l'azione dei pubblici poteri: le forme della proprietà e dell'iniziativa economica che di quell'autonomia sono l'espressione immediata ed essenziale diventano, da un lato, fonte di obblighi e, dall'altro, si trovano inserite in un progetto di giustizia sociale¹¹.

Negli anni ottanta sotto il titolo della Costituzione economica sono stati raccolti i risultati di una ricerca con la quale si voleva fare un bilancio sullo stato di attuazione dei principi costituzionali relativi alla materia economica: in quella sede emergevano chiaramente i sintomi dell'evoluzione della normativa sotto la spinta del processo di integrazione comunitaria e del grado sempre crescente dell'internazionalizzazione delle scelte economiche¹².

blico fra Ottocento e Novecento si veda M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 26 ss.

¹¹ C. MORTATI, *Introduzione a La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946, 49, rileva come il passaggio dalle costituzioni ottocentesche rivolte a garantire quasi in via esclusiva la sfera di autonomia del singolo, a quelle del Novecento, caratterizzate dall'interventismo statale a fini sociali, sia rappresentato dalla Costituzione di Weimar: nella seconda parte, dedicata ai Diritti e ai doveri fondamentali dei tedeschi, essa detta le regole della vita economica (Capo V) le quali si ispirano al principio fondamentale dell'art. 151 a norma del quale l'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo; F. GALGANO, *Articolo 41*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1 ss., ricorda che con la Costituzione di Weimar per la prima volta norme di diritto privato vengono inserite in un testo costituzionale che diventa così la Carta fondamentale del diritto privato, ovvero lo strumento di giuridificazione, con solenni norme di principio, dei rapporti fra i cittadini. P. BADURA, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Eine exemplarischer Leitfaden*, Athäneum Verlag, 1971, 697, definisce la *Wirtschaftsverfassung* della Costituzione di Weimar come un tentativo di combinare fra loro le istanze liberali e quindi le istituzioni e le libertà del diritto dell'economia con i principi socialisti e socialriformisti. Sui caratteri della «Costituzione economica» di Weimar si veda P. BILANCIA, *Modello*, cit., 56 ss.

¹² S. CASSESE, *Dubbi e interrogativi sulla Costituzione economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, a cura di M. D'ANTONIO, Milano, 1985, 135. Un'ipotesi di riforma organica della Costituzione economica è in G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, cit., 129 ss.: in realtà, tale disegno si inserisce in un qua-

La consapevolezza in ordine al carattere sempre più aperto delle relazioni economiche agli stimoli provenienti dalla Comunità è evidente nei più recenti contributi dottrinali in materia di Costituzione economica: soprattutto in previsione del completamento del disegno di integrazione tracciato dal Trattato di Maastricht ci si è chiesti se il problema teorico tanto dibattuto in ordine ad un presunto contenuto della nozione in questione non fosse ormai da ritenersi superato dall'eventuale assorbimento nell'organizzazione dei rapporti economici di principi appartenenti alla Costituzione economica comunitaria¹³.

1.1. *L'evoluzione della nozione comunitaria di Costituzione economica: il ruolo dei principi economici nella costruzione dei valori fondamentali ai quali si ispira l'azione comunitaria*

L'approfondimento teorico della Costituzione economica comunitaria ha seguito un percorso esattamente opposto rispetto alla dimensione nazionale del dibattito dal momento che la sua elaborazione ha accompagnato il chiarimento e la precisazione delle funzioni, degli obiettivi e degli strumenti d'azione della Comunità: il valore sostanziale che a tale nozione si riconosce in ambito comunitario deriva dal fatto che ai principi della Costituzione economica comunitaria viene riconosciuto il valore di principi fon-

dro di riforma della forma di Governo ed in particolare nella proposta elaborata dal Gruppo di Milano per lo studio dei problemi della Costituzione, di un rafforzamento decisivo dell'Esecutivo, attraverso un «Governo di legislatura» fondato su un primo ministro eletto direttamente dal popolo per un periodo pluriennale, concepito come premessa indispensabile per un governo dell'economia stabile. Le proposte di riforma elaborate in seno alla Commissione Bozzi si sono accentrate sulla ridefinizione delle regole dell'art. 81 e sulla necessità di dare attuazione agli artt. 39 (obbligo di registrazione dei sindacati) e 40 (legge sul diritto di sciopero): la parte della Relazione finale della Commissione intitolata «Governo dell'economia, sindacati, relazioni industriali» si può leggere in F. TERESI, *Le riforme istituzionali. Tra governabilità, partecipazione e trasparenza. Materiali di studio*, Torino, 1989, 156 ss. Sulle ipotesi di riforma dei principi economici della Costituzione si veda, da ultimo, G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana. Interpretazione e proposta di riforma*, Milano, 1993, 159 ss.

¹³ È il dubbio sollevato da F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di Costituzione economica*, cit., 71 ss.

damentali ai quali si ispira la stessa azione delle istituzioni comunitarie¹⁴.

L'adozione della formula riassuntiva della Costituzione economica costituisce il risultato di un'operazione interpretativa volta ad enucleare dalle singole regole dettate in materia di politica economica una serie di principi che non hanno una valenza esclusivamente economica dal momento che gli stessi vengono ormai considerati come parte dei principi generali e, come tali, *regulae* dell'azione delle istituzioni comunitarie.

Tale rilievo non va sottovalutato poiché costituisce la premessa indispensabile per una valutazione del ruolo svolto dai principi economici, ed in particolare di quello del mercato concorrenziale, nella elaborazione dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario.

L'elaborazione dottrinale della Costituzione economica della C.E. ha preso le mosse dai principi generali contenuti nella prima parte del Trattato all'interno delle disposizioni che descrivono la struttura della Comunità, ne indicano gli obiettivi e fissano gli strumenti per la realizzazione di questi ultimi.

Gli obiettivi globali, descritti nell'art. 2, coincidono con uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano. Il primo dato che emerge

¹⁴ T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, 1993, 195 ss., sottolinea come una parte dei diritti fondamentali delle comunità sono diritti specifici in virtù del carattere di Costituzione economica della Comunità e dalla stessa riconosciuti come ad es. il diritto di proprietà, la libertà d'impresa di professione. Accanto ad essi si trova il principio di legalità dell'amministrazione, il principio di proporzionalità, il principio della certezza del diritto, la tutela della buona fede, la tutela dell'affidamento, il rispetto dei diritti quesiti, il divieto del diniego di giustizia. All'interno di tali categorie l'autore evidenzia il particolare rilievo che deve essere riconosciuto ai principi della Costituzione economica comunitaria e cioè ai principi di eguaglianza, di libertà, solidarietà ed unità del mercato. Per un'analisi di questi quattro principi, P. PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Court de justice*, in *Melanges W.J. GANSHOF VAN D. MEERSCH*, Paris-Bruxelles, 1972, 325. Sulle libertà economiche come principi generali del diritto comunitario si veda E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, NIS, Roma 1996, 82 ss.

dalla formulazione degli obiettivi globali è l'equilibrio e l'armonia dello sviluppo economico: il raggiungimento di un certo livello di produttività deve cioè interessare l'intero territorio della Comunità e deve svilupparsi in modo continuativo ed uniforme. Contestualmente alla definizione delle dimensioni e della qualità dello sviluppo economico, l'art. 2 esprime la vocazione sociale della Comunità: la prospettiva della stabilità economica deve infatti tradursi in un beneficio per la Comunità europea dei popoli. Il principio delle sempre più strette relazioni fra la comunità degli Stati completa il disegno della stabilità e della coesione sociale proiettando la costruzione europea nella prospettiva della dimensione politica, oltretutto economica, della Comunità¹⁵.

Con il Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, l'equilibrio e l'armonia dello sviluppo economico sono stati inseriti nella prospettiva di una crescita sostenibile, non inflazionistica, e che rispetti l'ambiente, di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale e del miglioramento del tenore e della qualità della vita, della coesione economica e sociale e della solidarietà tra gli Stati membri¹⁶.

L'esame degli obiettivi generali costituisce in realtà il primo momento dell'interpretazione della Costituzione economica comunitaria: si tratta, infatti, di finalità generali attorno alle quali possono essere ri-

¹⁵ Così R. MONACO, *Art. 2, in Commentario al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, diretto da G. QUADRI, R. MONACO e A. TRABUCCHI, Milano, 1965, 39; secondo G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991, 149, dalla formulazione dell'art. 2 si deduce che il compito della Comunità Europea è di natura economico-sociale ed i fini che la stessa si prefigge sono quelli tipici di un sistema di *Welfare State*. Insistono sull'ambiguità fra modelli economici divergenti ai quali si ispirerebbe la Costituzione economica della C.E., M.E. STREIT e W. MUSSLER, *The economic Constitution of the European Community*, in *Constitutional political economy*, vol. 5, n. 3, 1994, 319 ss.

¹⁶ Il Trattato sull'Unione Europea è stato ratificato con la legge n. 454 del 1° novembre 1992, in G.U. n. 126 del 24.12.1992 ed è entrato in vigore il 1° novembre del 1993 successivamente al deposito presso il Governo della Repubblica italiana dello strumento di ratifica da parte dello Stato membro, la Germania, che per ultimo ha proceduto a tale formalità, conformemente a quanto previsto dall'art. R delle Disposizioni finali (artt. L-S). E. PICOZZA, *Il diritto pubblico*, cit., 92 ss., riconduce l'ampliamento degli obiettivi di cui all'art. 2 al potenziamento impresso del Trattato di Maastricht all'obiettivo del «progresso sociale» (ivi, 95).

costruiti modelli economici diversi, se non addirittura opposti. Liberismo e dirigismo, politiche conservatrici o progressiste aspirano in egual misura alla crescita razionale ed equilibrata: più interessante si fa allora l'indagine sui mezzi predisposti dal Trattato per il perseguimento di quegli obiettivi¹⁷.

2. Il dualismo degli strumenti comunitari: l'integrazione nel mercato ed il riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri. La garanzia della concorrenza fra strumenti ed obiettivi della Comunità

Per il raggiungimento delle finalità sopra descritte l'art. 2 individua due strumenti: l'instaurazione di un mercato comune ed il progressivo riavvicinamento delle politiche economiche fra gli Stati membri. I due strumenti nascondono in realtà due principi diversi poiché mentre la realizzazione del mercato spinge verso l'integrazione comunitaria, il riavvicinamento delle politiche economiche si fonda sull'idea della cooperazione fra gli Stati. Da tale tensione ha origine, e continua a svilupparsi, sia pure con vicende alterne, l'intero disegno comunitario il cui obiettivo ultimo resta quello di creare le condizioni per una compiuta integrazione sia economica che politica.

La costruzione del mercato si articola all'interno di una serie di strumenti individuati dall'art. 3 e richiamati nelle diverse parti del Trattato. All'origine della formazione del mercato vi è la creazione dell'Unione doganale posta a garanzia della libera circolazione delle merci: essa implica l'eliminazione delle barriere doganali (art. 3 a, artt. 12-18) la eliminazione delle restrizioni quantitative (art. 3 a, artt. 30-37) e l'introduzione di una tariffa doganale comune (art. 3 b, artt. 18-28) volta a proteggere il mercato comune dai prodotti provenienti dai paesi terzi.

L'integrazione nel mercato comune comporta l'attuazione delle poli-

¹⁷ Sulla natura degli obiettivi indicati dall'art. 2, cfr. R. MONACO, *Art. 2, in Commentario al Trattato CEE*, cit., 36; L.J. CONSTANTINESCO, *La Constitution économique de la C.E.E.*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977, 244 (ed in particolare, 256-257).

tiche comuni che comprendono la politica commerciale (art. 3 b, artt. 110-116), la politica agricola (art. 3 d; artt. 38-47) alla quale il trattato sull'Unione europea ha affiancato la politica in materia di pesca (art. 3, lett. e) e la politica dei trasporti (art. 3 e; artt. 74-78). Altrettanto essenziale è infine l'azione volta alla creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno (art. 3 f) le cui regole sono dettate dagli artt. 85-94 del Trattato contenenti le regole del diritto comunitario *antitrust*.

Anche se nel Trattato non viene usato il termine di politica per indicare le regole sul mantenimento della concorrenza, l'uso della espressione «politica di concorrenza» è ormai consolidato nel diritto materiale della Comunità europea: d'altro canto, a partire dal 1971 la Commissione, cioè l'organo titolare delle funzioni di garante della concorrenza nel mercato comune, presenta ogni anno una «Relazione sulla Politica di concorrenza» che viene pubblicata in connessione con la Relazione generale sull'attività delle Comunità Europee¹⁸.

Rispetto a tale disegno, fondato sul mercato comune e sul mantenimento della libera concorrenza, l'Atto Unico Europeo ha indicato la prospettiva del mercato interno da realizzarsi entro il 31 dicembre 1992. Nell'art. 8 A, introdotto dall'art. 13 dell'Atto unico Europeo, il mercato viene definito come **«spazio senza frontiere nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali»**¹⁹.

Sul valore da attribuire a tale formula la dottrina comunitarista non

¹⁸ L. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità economica europea*, Milano, 1991, 122: in realtà, dall'applicazione delle regole sulla concorrenza deriva per le istituzioni un notevole margine di discrezionalità. Nel fissare le linee guida entro le quali tale discrezionalità si muove, le istituzioni esprimono un disegno coerente che ben merita l'appellativo di politica.

¹⁹ L'ATTO UNICO EUROPEO è stato firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 ed è entrato in vigore il 1° luglio 1987. L'Italia lo ha ratificato con la legge 23/12/1986 n. 909, in G.U. n.123 del 29.12.1986. Per un'analisi della struttura dell'Atto Unico, J.P. JACQUE', *L'Acte Unique européen*, in *Revue trim. de droit eur.*, 1988, 575; V. HIRSCH, *Marché intérieur: une nouvelle impulsion grâce à l'Acte Unique?*, in *Revue du marché commun*, 1987, 1 ss. I riflessi dell'A.U.E. sul sistema istituzionale italiano sono analizzati da A. SINAGRA, *Il «sistema» comunitario dopo l'Atto Unico Europeo e le sue incidenze sull'ordinamento giuridico ed istituzionale italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 105.

appare univocamente orientata. È indubbio che la definizione evochi la garanzia delle libertà economiche fondamentali ben note al Trattato anche prima del 1986: per questa ragione la formula del «mercato interno» concepito come luogo in cui siano garantite le libertà fondamentali è apparsa riduttiva rispetto alla costruzione del mercato che si fonda, come abbiamo visto, sia sulle libertà di circolazione che sull'integrazione ed il riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati²⁰. A tali interpretazioni restrittive si è tuttavia opposta l'esigenza oggettiva di realizzare attraverso la creazione del mercato interno le condizioni per la tutela delle libertà fondamentali: mentre, infatti, grazie anche alla giurisprudenza della Corte, numerosi ostacoli alla libera circolazione erano stati eliminati, assai scarse erano state le misure positive finalizzate all'effettiva realizzazione delle libertà nel mercato²¹.

Nel ridefinire il mercato, l'Atto Unico avrebbe quindi posto l'accento sulla necessità di un'azione positiva per la determinazione delle condizioni di competitività atte a favorire la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali²². L'art. 8A si inserisce del resto nell'ottica del completamento del mercato comune auspicato

²⁰ Così L. DANIELE, op. cit., 10. Nella ricostruzione di T. OPPERMAN, *Europäische Wirtschaftsverfassung nach der Einheitlichen Europäischen Akte*, in P.C. MÜLLER-GRAFF e M. ZULEEG, *Staat und Wirtschaft in der EG*, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 1987, 53 ss., l'Atto Unico Europeo sembrerebbe confermare il carattere misto della Costituzione economica comunitaria all'interno della quale resta fondamentale il ruolo della politica della concorrenza «als Kernstück der Marktfreiheit».

²¹ Così A. TIZZANO, *L'Atto Unico Europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Foro it.*, 1989, IV, 80.

²² C.D. EHLERMANN, *The internal market following the Single European Act*, in *Common Market Law Review*, 1987, 361: l'autore contesta l'interpretazione restrittiva accolta da P. PESCATORE, *Some critical remarks on the Single European Act*, ibid., 16, sottolineando come, se è vero che la formula del mercato interno è più ristretta di quella di mercato comune, la prima comprende sicuramente un'azione che va oltre la difesa delle libertà economiche fondamentali: «in particular it implies the creation of conditions of competition which allow the free circulation of goods, persons, services and capital in an area without internal frontiers». Tale interpretazione si fonda inoltre sul fatto che nell'art. 100 A, disposizione che è strumentale rispetto agli obiettivi dell'art. 8 A, la procedura delle misure di armonizzazione adottate dal Consiglio a maggioranza qualificata, viene derogata (art. 100 A, n. 2) per alcuni importanti settori comprendenti le norme fiscali, le norme sulla libera circolazione delle persone, non-

dalla Commissione nel 1985 con l'adozione del Libro Bianco contenente la previsione di almeno trecento direttive da adottare in vista del completamento suddetto. L'esigenza manifestata dalla Commissione e formalizzata dall'art. 8 A²³ era in sostanza quella di dare un impulso decisivo al processo di integrazione europea concepita come superamento, da un lato, della prima fase del mercato inteso come Unione doganale²⁴ e, dall'altro, come base sulla quale costruire l'unione euro-

ché quelle relative ai diritti ed agli interessi dei lavoratori indipendenti: una siffatta esclusione non sarebbe stata necessaria se il mercato interno concernesse soltanto l'eliminazione degli ostacoli che si frappongono alla libera circolazione dei beni, delle persone, dei servizi e dei capitali (pp. 369-370). G. BOSCO, *Il mercato interno della Comunità economica europea*, Milano, 1990, 49 ss., sottolinea come l'idea del mercato interno come evoluzione del mercato comune sia stata affermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia prima di essere formalizzata nell'art. 8 A introdotto dall'A.U.E. nel 1986. Nella sent. 5.5.1982, causa n. 15/81, Schul, in *Racc.*, 1982, 1409, p. 33 del diritto, la Corte ha affermato che la nozione di mercato comune «mira ad eliminare ogni intralcio agli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno». Nella *Sedicesima Relazione sulla politica della concorrenza*, Bruxelles-Lussemburgo, 1987, 13 ss., la Commissione richiama l'ambivalenza del completamento del mercato interno il quale dovrà realizzarsi «non solo eliminando le frontiere fisiche, tecniche fiscali, ma anche prevedendo le misure di fiancheggiamento atte a trasformare lo spazio così realizzato in un vero e proprio mercato unico, dinamico e flessibile»; nel *Parere sulla Sedicesima Relazione sulla politica di concorrenza della Commissione delle Comunità Europee (88/C 35/8)*, pubblicato in allegato alla *Diciassettesima Relazione*, Bruxelles-Lussemburgo 1988, 268, il Comitato Economico e sociale insiste sulla necessità di attuare pienamente la dimensione del mercato interno che viene dunque inteso come un ulteriore strumento per giungere ad una maggiore competitività non soltanto delle imprese, ma del sistema comunitario nel suo complesso. Il Trattato di Maastricht ha lasciato inalterata la formulazione dell'art. 8 A mutandone solo la numerazione: infatti negli articoli 8, 8 a, 8 b, 8 c sono divenuti rispettivamente gli articoli 7, 7 a, 7 b e 7 c (a causa dell'abrogazione di dell'art. 6 del Trattato CEE, l'art. 7 è divenuto l'art. 6). Per un'esame dello stato di attuazione del mercato interno in relazione ai principi dell'Unione, F. CAPELLI, *Dal mercato comune al mercato unico europeo: una valutazione dei risultati raggiunti anche alla luce del Trattato di Maastricht*, in *Dir. com. sc. intern.*, 1992, 37 ss.

²³ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Il completamento del Mercato interno. Libro Bianco della Commissione per il Consiglio*, Bruxelles, COM (87) 290 def., 53.

²⁴ All'interno di tale disegno evolutivo del processo di integrazione mutano anche le forme giuridiche: ai fini dell'art. 8 A, al modello delle direttive adottate dal

pea e portare quindi a compimento il disegno della Comunità dei popoli già prefigurato nel Preambolo del Trattato di Roma ed ora richiamato dall'art. 3A del Trattato di Maastricht²⁵. Quest'ultimo ha introdotto il passaggio ulteriore della realizzazione di un'Unione economica

Consiglio all'unanimità per il riavvicinamento delle disposizioni legislative, amministrative e regolamentari degli Stati membri aventi un'incidenza diretta sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune (art. 100), si sostituisce l'adozione di misure di armonizzazione da parte del Consiglio a maggioranza qualificata in cooperazione con il Parlamento Europeo e previa consultazione del Comitato economico e sociale (art. 100 A). Già nel Libro Bianco della Commissione era stato riassunto il bilancio deludente ed insoddisfacente dell'attuazione dell'art. 100 e della logica di armonizzazione attraverso il ricorso massiccio alla regolazione mediante lo strumento normativo della direttiva. A tale proposito in quella sede è stato formulato il principio-obiettivo del ricorso al mutuo riconoscimento: l'armonizzazione legislativa mediante direttive del Consiglio ex art. 100 si sarebbe dovuta limitare in futuro alla fissazione dei requisiti essenziali in materia di sanità, sicurezza ed alla armonizzazione delle norme industriali. In tutti gli altri campi avrebbe dovuto operare il mutuo riconoscimento fra gli Stati di norme e parametri diversi, eliminando completamente i vincoli ed i limiti alle importazioni ed esportazioni delle merci collegate proprio all'esistenza di norme diverse in ordine alla qualità ed alla composizione delle stesse (p. 21). Le difficoltà e gli inconvenienti della generalizzazione del mutuo riconoscimento sono stati analizzati soprattutto con riferimento alla situazione italiana da G. GUARINO, *L'Atto Unico Europeo e la dinamica del processo di integrazione comunitaria*, in AA.VV., *Europa 1992. Le libertà e le regole*, a cura di G. GUARINO, Bologna, 1988, 7. Dopo il Trattato di Maastricht l'art. 100 prevede che le direttive sul riavvicinamento siano adottate previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le misure relative al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. La riforma di tali procedure mira a rafforzare la presenza del Parlamento europeo nelle deliberazioni legislative del Consiglio: gli effetti dell'introduzione della procedura di cui all'art. 189 B sui poteri del Parlamento sono esaminati da P.V. DASTOLI e G. VILELLA, *La nuova Europa. Dalla Comunità all'Unione*, Bologna, 1992, 108; E. MOAVERO MILANESI, *Il Trattato di Maastricht e le novità che comporta: spunti di compendio e brevi riflessioni*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1992, 16. La descrizione delle nuove procedure è contenuta nel Dossier, SENATO DELLA REPUBBLICA, (Ufficio dei rapporti con gli organismi comunitari), *Dall'Atto Unico Europeo al Trattato di Maastricht*, a cura di R. SALARI, G. BAIACCHI, M. D'AGOSTINI.

²⁵ Il Trattato si compone di sette «Titoli» le cui disposizioni sono ordinate secondo un'ordine alfabetico: il titolo I contiene le disposizioni comuni dell'Unione, il secondo riguarda le disposizioni che modificano il Trattato CEE e contiene le nuove disposizioni in materia di politica economica e monetaria, i titoli III e IV contengono

e monetaria attraverso la realizzazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli artt. 3 e 3A²⁶.

2.1. *Il ruolo dell'art. 3A introdotto dal Trattato sull'Unione Europea: il mercato concorrenziale come obiettivo dell'azione comunitaria e dei singoli Stati membri*

Gli articoli 3 e 3 A delineano le strategie fondamentali dell'istituzione Unione Europea. L'art. 3 nella sua nuova formulazione sottoli-

gli adattamenti dei Trattati CECA e CEEA (EURATOM), il titolo V è dedicato alle disposizioni sulla politica estera e di sicurezza comune (PESC), il VI individua gli obiettivi della cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (CGAI), mentre l'ultimo contiene le disposizioni finali. All'interno del titolo I, contenente il Preambolo, l'art. A proclama: «Il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini» (2° alinea) e che «l'Unione è fondata sulle Comunità europee integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal presente Trattato. Essa ha il compito di organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli» (3° alinea). Il testo definitivo del Trattato si può leggere in CONSIGLIO DELLE COMUNITÀ, *Trattato sull'Unione Europea*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità Europee, 1992. Per una prima analisi dei contenuti del Trattato si vedano G. BOSCO, *Commento al Trattato sull'Unione Europea*, in *Lesioni di diritto internazionale*, Milano, 1992, 347; A. PADOA-SCHIOPPA, *Riforme istituzionali al vertice. Il Trattato sull'Unione Europea* e F. PAPADIA, *L'Unione Economica e monetaria dopo Maastricht*, in *Il Mulino*, 1992, 59 e 51; U. LEANZA, *Effetti giuridici ed economici dell'integrazione. Dal Trattato di Roma all'Unione Europea: quali mutamenti per gli Stati*, in «1989» *Riv. dir. pubbl. e sc. pol.*, 1993, 53. I riflessi dell'adesione al Trattato sui sistemi costituzionali francese, spagnolo e tedesco sono stati esaminati da J.C. ESCARRAS, *Il Trattato di Maastricht e la Costituzione francese*, in *Quad. cost.*, 1993, 345; P.F. LOTITO, *Integrazione comunitaria e regole costituzionali: gli esempi di Francia, Spagna e Germania*, *ibid.*, 154 e R. MICCÙ, *L'integrazione e la Legge fondamentale tedesca*, *ibid.*, 173. Dal 1992 tre istituti indipendenti (CER, IAI, IRS, PROMETEIA) hanno dato vita al *Maastricht Watch*, un Osservatorio sullo Stato della convergenza politico-economica dell'Italia in Europa: il risultato di tale attività di ricerca e monitoraggio viene riassunto nell'omonima rivista bimestrale.

²⁶ Cfr. l'art. 2 del Trattato CE così come modificato dall'art. G del Trattato di Maastricht.

nea, in armonia con le scelte dell'Atto Unico Europeo²⁷, l'importanza del rafforzamento della coesione economica e sociale, della politica ambientale, della promozione della ricerca scientifica e tecnologica ed individua nuovi ambiti di competenza dell'azione comunitaria nell'istruzione e nella cultura, nella sanità pubblica e nella protezione dei consumatori oltre al rafforzamento della competitività dell'industria comunitaria. L'art. 3A introduce poi un principio generale al quale deve uniformarsi la politica economica comunitaria nel perseguimento dei fini indicati nell'art. 2: tale politica deve fondarsi sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni e deve essere condotta conformemente al principio di «un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza». Nel ridefinire gli obiettivi globali e gli strumenti dell'azione comunitaria il Trattato di Maastricht ha mostrato minore timidezza rispetto all'Atto unico che aveva lasciato sostanzialmente inalterato il disposto degli artt. 2 e 3 del Trattato. In particolare, con l'art. 3A viene introdotto un vero e proprio principio guida dell'azione economica della Comunità e come tale viene richiamato all'interno delle disposizioni sulla politica economica (artt. 102 A e 103) e sulla politica monetaria (art. 105).

Con l'inserimento dell'art. 3A la Comunità avrebbe inoltre optato per un più cogente intervento sulle scelte di politica economica nazionale ponendo in capo agli Stati membri una vera e propria «*obligation of economic discipline*»²⁸ fondata sul rispetto delle regole del mercato e della libera concorrenza: il mercato governato dalla libera concor-

²⁷ R. MONACO, *Art. 3 in Commentario al Trattato*, cit., 40, attribuisce a tale disposizione di principio la funzione di individuare l'aspetto dinamico dei comportamenti comunitari poiché «nell'indicare i vari mezzi di azione della Comunità disegna come un indice generale del Trattato articolato nei suoi capitoli principali». L'indice generale dell'art. 3 risulta ampliato dopo Maastricht ed al suo interno compaiono nuovi strumenti normativi per garantire la libera circolazione delle persone (lett. c) e le nuove politiche comunitarie della futura Unione (lett. l, n, o, p, s, t) nonché il rafforzamento delle politiche sociali già previste dall'A.U.E. (lett. i, j, k, q).

²⁸ Sia la Comunità che gli Stati membri dovranno cioè uniformarsi ai principi dettati dall'art. 3 A che al punto 3 elenca una serie di obiettivi quali appunto i prezzi stabili, finanze pubbliche in condizioni sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile. Trattasi di criteri sufficienti a generare una sorta di obbligazione di natura economica di cui parla R. LANE, *New Community competences under the Maastricht*

renza (art. 3, lett.g) diventa così lo strumento essenziale per la realizzazione delle finalità indicate dall'art. 2²⁹.

2.2. Lo strumento del riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri

Se questo è il quadro entro il quale si muove la prospettiva dell'integrazione attraverso l'evoluzione della dimensione del mercato, occorre spiegare il ruolo svolto dall'altro strumento dell'azione comunitaria individuato dall'art. 2 con la formula del graduale riavvicinamento

Treaty, in *Common Market Law review*, 1993, 939 ed in particolare, 942. S. CASSESE, *La riforma costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 906, individua nell'art. 3 A del Trattato sull'Unione Europea la fonte di una consistente riduzione delle caratteristiche tipiche dell'intervento statale nell'economia di tutti i paesi europei; in termini analoghi, G. GUARINO, *Verso l'Unione economica e monetaria. Di alcune rilevanti modificazioni degli assetti istituzionali interni*, in «1989» *Riv. dir. pubbl. e sc. pol.*, 1993, 5 ss. Per un'analisi della progressiva erosione degli spazi di intervento delle amministrazioni pubbliche cfr. AA.VV., *L'avenir de l'Etat dans une économie de marché*, in *Revue française d'administration publique*, gennaio-marzo 1992, n. 61, ed in particolare la relazione di J.C. PAYE, *L'encadrement institutionnel de l'économie de marché*, ivi, 19 ss. Secondo P. COLLAS, *Le Traité de Maastricht et la souveraineté nationale*, in *Revue pol. et parlam.*, 1992, 7 ss., sotto il profilo delle opzioni politiche fondamentali la scelta di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza, imposta dall'art. 3 a del Trattato sull'Unione europea influenza notevolmente le scelte di quegli Stati nei quali il settore pubblico è sviluppato e dove le autorità politiche praticano un forte interventismo (ivi, 18). Più in generale sul rapporto fra le scelte di politica economica interna e la globalizzazione del mercato cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato: i limiti dei governi nazionali nel controllo dell'economia*, in F. GALGANO, S. CASSESE, G. TREMONTI, T. TREU, *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993, 54 ss. Sugli problemi costituzionali derivanti dall'accento posto dagli artt. 3A e 102A sul funzionamento del mercato concorrenziale rispetto alla povertà dei principi in materia sociale, si veda P. HÄBERLE, *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung*, in *EuGRZ*, 1992, 429 ss, 434, ora anche in Id., *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, 1997, 75 ss..

²⁹ J.V. LOUIS, *L'Union économique et monétaire*, in *Cahiers de droit européen*, 1992, 251 ss., sottolinea l'idea che l'Unione economica e monetaria fondata sul principio dell'art. 3 A non è un fine in sè, ma piuttosto lo strumento per la promozione degli obiettivi indicati dall'art. 2, l'elenco dei quali appare più esteso rispetto all'originaria formulazione del Trattato di Roma (ivi, 253).

amento delle politiche economiche degli Stati membri. Rispetto allo strumento del mercato, il riavvicinamento sembra essere stato fin dall'origine concepito in termini alquanto vaghi ed indefiniti³⁰. Siamo in realtà in un'area in cui prevale la prospettiva della cooperazione fra gli stati e dell'azione coordinata dei medesimi rispetto alle iniziative autonome della Comunità i cui poteri decisori sono alquanto limitati. Le disposizioni che danno forma allo strumento del riavvicinamento sono contenute nella parte III del Trattato e comprendono la politica economica, la politica di congiuntura, la politica monetaria e finanziaria, la politica dei tassi di cambio, la politica sociale e la politica regionale.

Nella logica di tali disposizioni è chiara la scelta tendente ad assicurare a livello comunitario il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri. Tale impostazione è stata confermata dall'Atto Unico che, nell'introdurre il Capo dedicato alla Cooperazione in materia di politica economica e monetaria (Unione economica e monetaria), insiste sulla funzione essenziale della cooperazione fra gli Stati membri per il raggiungimento della convergenza delle politiche economiche e monetarie necessarie per l'ulteriore sviluppo della Comunità. Tale evoluzione giunge a compimento, quanto meno negli atti ufficiali, con il Trattato sull'Unione Europea contenente la ridefinizione degli strumenti comunitari in materia di politica e economica e monetaria³¹. In questo contesto l'impegno dei singoli Stati membri alla realizzazione dell'integrazione nell'Unione si traduce in obblighi di convergenza duratura dei risultati economici degli stessi attraverso lo strumento della sorveglianza multilaterale (art. 103, n. 3) ed il vincolo avente ad oggetto il divieto di disavanzi pubblici eccessivi (art. 104 C): per quanto

³⁰ L.J. CONSTANTINESCO, *La Constitution* cit., 267; la vaghezza della formula del riavvicinamento delle politiche degli Stati è stata ribadita da L. DANIELE, *Il diritto materiale*, cit., 8.

³¹ Il Trattato nel suo titolo II introduce fondamentali modifiche nella parte III del Trattato CEE sostituendo al titolo II sulla politica economica, le norme sulla politica economica e monetaria raccolte nel Capo I dedicato alla politica economica (artt. 102 a - 104 c), nel Capo II sugli obiettivi della politica monetaria (artt. 105-109) e nei successivi Capi III e IV disciplinanti rispettivamente l'organizzazione delle nuove istituzioni monetarie (artt. 109 a - 109 d) e la transizione articolata in tre fasi, all'Unione Economica e monetaria (artt. 109 a - 109 m).

attiene poi alla politica monetaria, il sistema comunitario è destinato ad assumere un ruolo di preminenza rispetto alle scelte nazionali in quanto fondato sul Sistema Europeo delle banche centrali alle cui scelte dovranno conformarsi gli istituti monetari nazionali (art. 108). Il carattere vincolante dei parametri indicati dalle norme sulla politica economica e monetaria deriva dal fatto che le stesse richiamano il parametro dell'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza posto dall'art. 3A che, come si è già ricordato, sembrerebbe generare in capo agli Stati membri un vero e proprio vincolo in ordine alle soluzioni di politica economica interna³².

³² Sul rapporto fra l'art. 3 A e le disposizioni sulla politica economica e monetaria si veda M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, cit., 557. Secondo A. MONORCHIO, *La finanza pubblica nella prospettiva di Maastricht*, in *Dir. econ.*, 1992, 597, i vincoli relativi al deficit eccessivo (rapporto fra disavanzo e prodotto interno lordo pari al 3%) ed al mantenimento del rapporto fra debito pubblico e prodotto interno lordo nella misura indicata (pari al 60%), implicherebbero non soltanto un obbligo di riequilibrare i conti pubblici, lasciando magari immutate le politiche sottostanti, ma di stabilire preliminarmente se ed in quale misura le attuali politiche pubbliche siano compatibili con quanto previsto nel Trattato (p. 599); L. LANZILLOTTA, *Riflessi sull'Unione economica e monetaria sul sistema dei poteri costituzionali di finanza pubblica*, in *Pol. dir.*, 1991, 441, ha approfondito i riflessi dei parametri di Maastricht sulla politica di bilancio, sottolineando le conseguenze istituzionali delle regole comunitarie sulla politica comunitaria. Quest'ultima nel nostro sistema concorre con la politica di bilancio definita dal Governo e dal Parlamento al perseguimento degli obiettivi della politica economica fra i quali si pone quello della stabilità monetaria (art. 3 a): la collocazione della Banca d'Italia nel Sistema Europeo delle Banche centrali (SEBC) eliminerebbe qualsiasi rapporto fra la prima e le istituzioni politiche (Governo e Parlamento) dal momento che il Trattato ed il protocollo sullo Statuto escludono che le Banche centrali possano ricevere direttive o essere influenzate da governi nazionali. Si verrebbe così a determinare una separazione fra la politica economica e la politica di bilancio essendo la prima ormai governata a livello comunitario dal SEBC che opererà secondo il parametro dell'economia di mercato aperto ed in libera concorrenza (art. 105). Secondo S. ORTINO, *La Banca Centrale nella Costituzione Europea*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione dei Costituzionalisti sul tema *Le prospettive dell'Unione Europea e la Costituzione*, Milano, 4-5 dicembre 1992, 18 (del dattiloscritto), l'introduzione di siffatto parametro per l'azione del SEBC rappresenta una novità di grande rilievo: il Sistema dovrà infatti perseguire una politica monetaria rispettando il vincolo dei prezzi stabili, delle condizioni monetarie sane e della bilancia dei pagamenti sostenibile, il che equivale a dire che la stabilità dei prezzi non è più un fine isolato, ma è inserito in un disegno di politica

Nonostante che il Trattato abbia introdotto vincoli di natura economica e finanziaria al fine di favorire la convergenza delle politiche degli Stati membri, la logica dell'integrazione continua a convivere con il sistema della cooperazione fra gli stessi: la struttura della Costituzione economica della Comunità Europea sembra mantenere costante la tensione fra i due strumenti del mercato e del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri. Il rilievo è confermato dall'estensione delle azioni comunitarie ad una serie di settori nuovi attraverso i quali si è voluto ampliare le competenze dell'Unione e quindi rafforzare il polo dell'integrazione. Nel Capo del Trattato CE dedicato alla politica economica sono state introdotte nuove disposizioni in materia di educazione e cultura, sanità pubblica, protezione dei consumatori, reti transeuropee, industria oltre ad essere stati ridefiniti gli interventi in materia di coesione economica e sociale, di ricerca e sviluppo tecnologico, di protezione dell'ambiente, di cooperazione allo sviluppo già previsti dall'Atto Unico: a queste si aggiungono altre competenze in materia di energia, protezione civile e turismo. In realtà, all'ampliamento delle politiche settoriali comuni non sembra corrispondere un'effettiva estensione dell'azione comunitaria. Per gli interventi in materia di cultura, istruzione e sanità pubblica il Trattato prevede un'azione comunitaria meramente supplementare incentivando la cooperazione fra gli stati membri ed escludendo qualsiasi intervento di armonizzazione sulla normativa legislativa e regolamentare dagli stessi adottata in quei settori³³.

Anche l'importante settore della cooperazione economica e sociale appare rafforzato solo sulla carta poiché sulla sua attuazione pesa la clausola dell'*opt out* britannico rispetto all'Accordo allegato al Protocollo sulla politica sociale stipulato fra gli Stati membri ad eccezione

economica sana e di bilancia dei pagamenti equilibrata. A. MANZELLA, *Il «vincolo europeo» sul governo dell'economia*, in Scritti in memoria di F. PIGA, Milano, 1992, 1489, individua nel principio della stabilità monetaria la vera «Grundnorm» della Costituzione economica europea alla luce del Trattato di Maastricht e richiama l'attenzione dei giuristi sull'importanza delle istituzioni antinflattive fra le quali annovera anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

³³ In tal senso A. LANE, op. et loc.cit., 958; V. CONSTANTINESCO, *La structure du traité instituant l'Union Européenne. Les dispositions communes et finales. Les nouvelles compétences*, in *Cahiers de droit européen*, 1993, 251 ss.

della Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord. È evidentemente assai difficile configurare un'azione sociale comunitaria coesa ed efficace allorché uno degli stati membri ha la facoltà di sottrarsi ai benefici ed agli oneri derivanti dalla partecipazione alla stessa³⁴.

Sulla base di analoghe considerazioni si è giunti persino a d'escludere che si possa parlare di nuove politiche settoriali e di nuove competenze della Comunità in senso tecnico: se infatti per competenza si intende la definizione di uno spazio autonomo di intervento normativo, non si può non rilevare come negli ambiti sopra esaminati l'azione della Comunità si limiti al completamento ed al sostegno delle scelte operate dai singoli Stati membri che restano sostanzialmente responsabili e pienamente competenti all'interno di quei settori³⁵.

Le forme dell'azione economica comunitaria continuano pertanto ad essere governate da strumenti ispirati a logiche diverse alle quali si de-

³⁴ Sulle ragioni dell'*opt out* britannico e sui riflessi negativi che tale clausola può introdurre nella tutela dei lavoratori per effetto del prevedibile spostamento della domanda di lavoro verso le aree, quali appunto quella anglosassone, caratterizzate da un basso livello del costo del lavoro (*social dumping*) si veda P. WATSON, *Social policy after Maastricht*, in *Comm. mark. law. rev.*, 1993; nell'interpretazione di P. LANGE, *Il Protocollo sociale di Maastricht: perché l'hanno fatto?*, in *Stato e mercato*, 1993, 9, le ostilità incontrate nell'adozione di tale protocollo costituiscono l'ennesima prova del fatto che la politica sociale continua a svolgere un ruolo secondario nel processo di integrazione europea, mirando piuttosto a mantenere vivo, soprattutto nei paesi economicamente più deboli, il consenso e lo slancio verso l'integrazione stessa e fissare così le scadenze per l'ingresso nell'Unione monetaria (ivi, 37). Insiste sulle carenze del Trattato di Maastricht in materia di sicurezza sociale, ritenendo peraltro insufficiente la tematizzazione del diritto al lavoro nell'art. 118 del Trattato CE, M. SCHMIDT-PREUß, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz vor dem Hintergrund des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion*, DVBl., 1993, 236 ss., 244.

³⁵ In tal senso V. CONSTANTINESCO, op. cit., 284, che ricorda come nei nuovi settori il ruolo della Comunità è quello «d'accompagner, d'appuyer, de compléter les actions des Etats qui demeurent «responsables» et compétents pour ces domaines qui s'ouvrent à une influence communautaire de complément davantage qu'ils ne donnent naissance à des compétences communautaires au sens plein du terme». Ritiene assai modesti gli strumenti predisposti dal Trattato per la pluralità e complessità dei nuovi orizzonti disegnati dal Trattato di Maastricht, P. VER LOREN VAN THEMAAT, *Les défis de Maastricht. Une nouvelle étape importante mais vers quels horizons?*, in *Revue du marché commun*, n. 356, Marzo 1992, 203.

vono peraltro anche le tensioni e le contraddizioni che accompagnano il compimento del disegno comunitario³⁶.

3. Le regole del mercato ed i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario: legalità, eguaglianza e libertà economiche

Nel dualismo che caratterizza gli strumenti dell'azione comunitaria il mercato rappresenta la dimensione realmente dinamica del processo di integrazione dal momento che, anche sotto il profilo teorico, i principi fondamentali posti alla base del suo funzionamento hanno contribuito al consolidamento dei principi che governano l'intera attività della Comunità. Le regole del mercato non si limitano a connotare la Costituzione economica comunitaria, ma contribuiscono a definire i caratteri generali dell'ordinamento comunitario.

Fra le regole poste alla base del funzionamento del mercato vi è il principio di legalità sancito dall'art. 4 nella parte in cui prevede che ciascuna istituzione agisca nei limiti delle attribuzioni che ad essa sono conferite dal Trattato. Tale principio consente il controllo sulla legalità dell'azione degli organismi comunitari, sull'attuazione delle regole imposte agli Stati membri nonché sulle scelte legislative e quindi sullo sviluppo del diritto comunitario secondario (direttive e regolamenti).

Altro principio fondamentale è l'eguaglianza: ad esso si deve uniformare l'intera attività giuridica ed economica della Comunità al fine di evitare trattamenti differenziati fra gli stati membri e discriminazioni all'interno di un'organizzazione sovranazionale che, come è stato ribadito nel preambolo al Trattato di Maastricht, mira alla creazione di una Comunità dei popoli. Applicazione concreta del valore dell'eguaglianza è il divieto di trattamenti discriminatori espressamente previsto

³⁶ Così L.J. CONSTANTINESCO, *La Constitution*, cit., 259; A. CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea*, Roma (Istituto poligrafico dello Stato), 1993, vol. I, 18. Che la logica della cooperazione contenga i germi delle spinte centrifughe che tendono ad indebolire il processo di integrazione è un dato confermato dalle tensioni nazionaliste emerse anche nel corso del processo di ratifica del Trattato di Maastricht richiamate da G. IANNUZZI, *Le prospettive di ratifica del Trattato di Maastricht dopo Edimburgo*, in *La Comunità internazionale*, 1992, 627.

dall'art. 4, lett. b e dall'art. 3, lett. b del Trattato CECA e dall'art. 7 del Trattato CE a norma dei quali è incompatibile con l'azione della Comunità qualsiasi trattamento differenziato in ragione della nazionalità. Su tale principio si fonda l'intera costruzione comunitaria: ad esso si ispirano le disposizioni sull'Unione doganale e quindi sulla libertà di circolazione delle merci, le norme che vietano l'imposizione di trattamenti fiscali sui prodotti provenienti da paesi diversi in misura superiore rispetto a quelli nazionali (art. 95) e le regole sulla libera circolazione dei lavoratori ed i divieti di discriminazione degli stessi nel campo dei diritti sociali.

L'eguaglianza e la non discriminazione sono infatti principi essenziali per la costruzione di un mercato comune in cui sia garantita la libera concorrenza: l'intera struttura del Trattato si fonda sulla premessa ineliminabile secondo la quale né la nazionalità delle persone né la provenienza delle merci, dei servizi o dei capitali possano in alcun modo limitare la libertà dell'operatore economico che si muove sul mercato comunitario³⁷.

Il principio di eguaglianza, oltre ad essere un principio dell'organizzazione di mercato rappresenta un fondamentale valore sociale, come si desume del resto dall'art. 119 del Trattato CE sulla parità delle retribuzioni fra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile³⁸.

Funzionale alla realizzazione di un mercato comune è il principio della libera concorrenza, previsto dall'art. 3, lett. g) del Trattato CE: la libertà di concorrenza trova in realtà la sua realizzazione nell'idea del-

³⁷ In ordine al valore dei principi fondamentali che regolano il mercato L.J. CONSTANTINESCO, op. cit., 272, sostiene che tali valori «peuvent également se référer à toute la Communauté, soit indirectement par l'intermédiaire du Marché commun, soit directement. Ce sont des principes constitutionnels qui déterminent toute l'activité de la Communauté qui la caractérisent, ainsi que sa Constitution économique».

³⁸ Sull'uso del principio di eguaglianza v., fra gli altri, K. LENAERTS, *L'égalité de traitement en droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples*, in *Cahiers de droit européen*, 1991, 3 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Sul valore economico e sociale dell'eguaglianza restano fondamentali le osservazioni della Corte di Giustizia contenute nella sent. 8 aprile 1976, Defrenne, causa 43/75, in *Racc.*, 1976, 455 (in particolare p. 471).

l'unità del mercato comune rispetto al quale si rendono essenziali i divieti alle restrizioni della concorrenza all'interno dei mercati nazionali.

Strettamente collegata con il valore della libera concorrenza è la libertà economica: l'iniziativa economica privata così come il mantenimento della proprietà privata dei mezzi di produzione restano valori fondamentali per il funzionamento del mercato comune, anche se ciò non esclude in assoluto la possibilità di interventi sull'attività produttiva da parte della Comunità.

Accanto ai valori economici sopra richiamati il mercato si ispira ai principi sociali ed al valore della solidarietà³⁹. L'applicazione del principio sociale consente di attenuare i riflessi negativi del mercato nel campo dei diritti dei lavoratori e di rendere effettivo il diritto alla non discriminazione nelle prestazioni salariali, nelle condizioni di lavoro, nel campo della sicurezza sociale. L'affermazione del valore della solidarietà rappresenta del resto il fondamento dell'integrazione nel mercato comune e gli stessi principi di eguaglianza e di non discriminazione sono parti integranti di tale valore. Alla solidarietà si è ispirata la riforma introdotta dall'Atto Unico nel campo della politica sociale: l'espressa previsione di un'azione comunitaria finalizzata al miglioramento dell'ambiente di lavoro, della sicurezza e della salute dei lavoratori è stata accompagnata dall'introduzione di più agili ed efficaci strumenti procedurali, quali l'adozione della maggioranza qualificata del consiglio per l'adozione, fra le altre, delle deliberazioni in materia di politica sociale. Solidarietà e valori sociali accompagnano le scelte fondamentali in materia di politica economica descritte dall'Atto Unico: la politica di congiuntura dei singoli Stati membri deve essere considerata come una questione di interesse comune (art. 103.1), così come una politica statale finalizzata al raggiungimento dell'equilibrio nella bilancia dei pagamenti ed alla fiducia nella moneta deve essere

³⁹ L.J. CONSTANTINESCO, *La Constitution* cit., 276-77: il principio di solidarietà in ambito comunitario impone agli Stati un comportamento conforme all'interesse al mantenimento dell'organizzazione comunitaria. Si vedano in proposito le osservazioni contenute nella sent. 7 febbraio 1973, causa 39/72, Commissione c. Repubblica Italiana, in *Racc.*, 1973, 101 (p. 24 e 25 del diritto).

accompagnata dalla garanzia di un alto livello di occupazione e dalla stabilità del livello dei prezzi (art. 104)⁴⁰.

I criteri economici del mercato e dell'efficienza devono pertanto coesistere con un sistema di equilibri sociali⁴¹. Tale quadro risulta confermato dai valori cui sembra ispirarsi il Trattato di Maastricht che ha integrato gli obiettivi globali dell'art. 2 richiamando il valore della crescita sostenibile: accanto all'elevato grado di convergenza dei risultati economici, indispensabile per la realizzazione prima dell'Unione economica e monetaria, sono riaffermati gli obiettivi dell'elevato livello di occupazione e di protezione sociale, del miglioramento del tenore e della qualità della vita oltre alla coesione economica e sociale ed alla solidarietà fra gli Stati membri.

Occorre a questo punto analizzare le forme attraverso le quali il modello di organizzazione di mercato fondato sulla libera concorrenza ha svolto il ruolo di parametro nell'interpretazione dei principi generali sui quali si fonda l'intera struttura comunitaria.

4. Il rapporto fra mercato e concorrenza nel sistema comunitario: il ruolo della libera concorrenza nell'individuazione dei principi fondamentali della Comunità Europea

Il rapporto fra i principi ispiratori del mercato ed i principi generali sui quali si fonda l'organizzazione comunitaria può essere descritto alla

⁴⁰ I due principi si riferiscono agli artt. 103.1 e 104, così come modificati dall'art. 20 A.U.E. Per ciò che riguarda il rispetto del principio dell'equilibrio nella bilancia dei pagamenti, il T.U.E., pur introducendo il parametro vincolante per gli Stati membri del divieto di disavanzi pubblici eccessivi (art. 104 c), non esclude la possibilità di un intervento della Comunità nel caso in cui uno Stato membro versi in grave crisi finanziaria dovuta ad eventi eccezionali che sfuggono al suo controllo (art. 103 a).

⁴¹ P. MENGOZZI, *Il diritto della Comunità Europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, cit., vol. XV, 14-17, ricorda come la centralità delle politiche sociali formalizzata nell'Atto Unico sia in realtà espressione di un'interpretazione dei Trattati tendente a considerare le regole ivi poste non esclusivamente finalizzate alla liberalizzazione dei fattori della produzione, ma miranti piuttosto a realizzare un insieme di principi o di libertà fondamentali che possono considerarsi immediatamente applicabili ai singoli individui ed operatori privati al punto da far ritenere sempre più forte, oltretutto il principio (economico) di unità del mercato, anche la tutela dei diritti fondamentali.

luce del valore che ai primi è stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia in sede di interpretazione delle disposizioni del Trattato.

Di particolare rilievo è l'assunzione di talune regole fondamentali per il funzionamento del mercato a parametro di riferimento nell'interpretazione degli obiettivi della Comunità. Il dato di partenza da cui muovere è rappresentato da una vicenda giudiziale che non solo ha contribuito alla individuazione del ruolo della politica di concorrenza nell'ambito delle azioni comunitarie, ma che ha rappresentato un precedente importante in materia di criteri interpretativi del Trattato.

Con la sentenza *Continental Can*, la Corte di Giustizia ha risolto una controversia avente ad oggetto l'applicabilità dell'art. 86 del Trattato CE contenente il divieto dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato comune, alle operazioni di concentrazione fra imprese: nel silenzio della disposizione si trattava di verificare se l'operazione posta in essere dalle società ricorrenti potesse essere ricondotta all'interno dello sfruttamento abusivo di posizione dominante sul mercato⁴². La Corte ha accolto l'interpretazione estensiva dell'art. 86 ritenendo il divieto applicabile anche alle modifiche strutturali dell'impresa. Tale estensione era resa possibile dal valore di principio fondamentale riconosciuto all'art. 3, lett. f, relativo al mantenimento della concorrenza nel mercato interno. Veniva così rigettata la tesi, sostenuta dai ricorrenti, del carattere meramente programmatico della disposizione in questione e veniva al contempo affermata la centralità della disposizione medesima per l'interpretazione delle diverse parti del Trattato. La garanzia del mantenimento delle condizioni per il regolare funzionamento del meccanismo concorrenziale rappresenterebbe un valore talmente essenziale che «senza di essa numerose disposizioni del Trattato diverrebbero prive di oggetto»⁴³.

⁴² CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sent. 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can*, in *Foro it.*, 1973, IV, 110, con nota di A. TIZZANO.

⁴³ In questi termini la sentenza *Continental Can*, loco cit., 116. R. MONACO, *L'interpretazione delle norme comunitarie*, in E. PENNACCHINI, R. MONACO, L. FERRARI BRAVO (a cura di), *Manuale di diritto comunitario*, Torino, 1983, vol. I, 87, nel sottolineare l'importanza dell'interpretazione sistematica e teleologica dei Trattati allo scopo di ricavare il significato delle disposizioni in relazione agli obiettivi fondamentali della Comunità cita, fra le altre, la sentenza *Continental Can*, con la quale il princi-

La tutela della concorrenza, proprio perché collegata alla realizzazione del mercato interno, che è a sua volta strumento dell'azione comunitaria nel raggiungimento degli obiettivi indicati dall'art. 2, è stata considerata dalla Corte come il parametro alla luce del quale valutare, in caso di dubbio o di esplicita statuizione, la *ratio* e le finalità delle disposizioni del Trattato.

4.1. *Libertà di concorrenza ed unità del mercato fondata sul principio di eguaglianza-non discriminazione*

Il principio della libera concorrenza rappresenta dunque elemento funzionale alla realizzazione del mercato ed al tempo stesso viene elevato a canone ermeneutico di interpretazione del Trattato: in altre parole, gli interventi volti a reprimere e sanzionare le pratiche anticoncorrenziali, oltre a sostenere l'impianto economico della Comunità, forniscono le regole fondamentali dell'intervento comunitario.

Il ruolo centrale svolto dalla politica di concorrenza nell'attuazione degli obiettivi della Comunità è peraltro confermato dall'affermazione ricorrente nella giurisprudenza della Corte sul valore fondante dell'unità del mercato⁴⁴.

Nel conflitto fra una legislazione interna posta a difesa del diritto di autore e la garanzia della libertà fondamentale di circolazione delle merci nell'ambito del mercato comune, la Corte non ha esitato ad affermare la prevalenza di quest'ultima: lo scopo essenziale del Trattato si identifica infatti nell'integrazione dei mercati nazionali ed il perseguimento di tale finalità sarebbe vanificata da un'azione

pio della libera concorrenza (art. 3, f) considerato come obiettivo fondamentale dell'azione comunitaria, è stato appunto elevato a strumento di interpretazione della *ratio* dell'intero Trattato.

⁴⁴ J. MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur l'ordre juridique économique de la Communauté Européenne*, in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE e J. VANDAMME, *Interventions publiques et droit communautaire*, Pedone, Paris 1988, 30, individua tre valori fondamentali del diritto comunitario in materia economica: il principio di neutralità economica dei trattati, il principio di unità del mercato ed il principio di solidarietà.

dei singoli stati membri volta a compartimentare il mercato interno e quindi porre in essere restrizioni dissimulate⁴⁵.

Il principio dell'unificazione del mercato è a sua volta strettamente collegato con il divieto di discriminazioni inteso come espressione del principio generale di eguaglianza che è alla base del funzionamento del mercato medesimo. La garanzia della libera circolazione delle merci all'interno della Comunità, garanzia che, oltre ad essere fondamentale per la realizzazione del mercato, è anche uno dei principi fondamentali della Comunità⁴⁶, non può essere realizzata in presenza di disparità di trattamento introdotte dalle legislazioni nazionali relative al commercio di determinati prodotti. Le uniche discriminazioni compatibili con la libera circolazione delle merci e quindi con l'integrazione progressiva del mercato sono infatti quelle disposte dal legislatore nazionale in presenza di esigenze attinenti all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali ed alla difesa dei consumatori.

Accanto al divieto di discriminazioni anche lo stesso principio generale di eguaglianza, di cui il primo è espressione immediata, è alla base dei rapporti economici in quanto è funzionale alla realizzazione delle libertà fondamentali per il mercato e costituisce al tempo stesso un valore fondamentale per l'intera organizzazione comunitaria. Secondo un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'eguaglianza è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario sul quale si fonda il divieto di trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvoché la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata⁴⁷.

L'eguaglianza rappresenta un valore che attiene alla stessa struttura

⁴⁵ CORTE DI GIUSTIZIA, sent. 20 gennaio 1981, cause 55 e 57/80, Musik Vertrieb, in *Racc.*, 1981, 147; in termini analoghi la sent. 9 febbraio 1982, causa 270/80, Polydor Limited, in *Racc.*, 1982, 329.

⁴⁶ CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sent. 20 febbraio 1979, causa 120/78, Bundesmonopolverwaltung, in *Racc.*, 1979, 649, p.14 del diritto.

⁴⁷ CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sent. 8 ottobre 1980, causa 810/79, Uberschar, in *Racc.*, 1980, 2747, p.16 del diritto; sent. 19 ottobre 1977, cause 124/76 e 20/77, Gritz di granoturco, *Racc.*, 1977, 1805; sent. 19 ottobre 1977, cause 117/76 e 16/77, Quellmehl, *Racc.*, 1977, 1753; sent. 25 ottobre 1978, cause 103 e 145/77, Isoglucosio, *Racc.*, 1978, 2037.

istituzionale dell'ordinamento comunitario: su di essa si fonda il rapporto fra le istituzioni tenute a rispettare reciprocamente le prerogative costituzionali riconosciute a ciascuna dal Trattato. Al rispetto dell'eguaglianza si devono ispirare i rapporti fra gli Stati membri poiché la posizione paritaria fra gli stessi è elemento costitutivo dell'ordinamento giuridico della Comunità: si fonda infine sull'eguaglianza il valore della lealtà comunitaria al quale si dovrebbero uniformare le relazioni fra gli Stati membri e la Comunità⁴⁸.

Altrettanto essenziale per il funzionamento della comunità è il principio di solidarietà che viene espresso all'interno del Trattato in forme diverse.

Come principio generale è enunciato nell'art. 5 che obbliga gli stati membri ad adottare tutte le misure di carattere generale e particolare idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato ovvero generati dagli atti delle istituzioni comunitarie: sotto tale profilo la solidarietà costituisce un parametro di riferimento nel sindacato sulla legalità del comportamento dei singoli Stati membri⁴⁹.

È soprattutto in relazione alle regole del mercato ed in particolare alle libertà di circolazione che tale principio fondamentale acquista una posizione di assoluto rilievo. In un regime di libero mercato la libera circolazione delle merci dei servizi delle persone e dei capitali genera un movimento delle attività e degli investimenti economici all'interno del mercato: la sua realizzazione implica la ricerca dell'allocatione ottimale delle risorse, obiettivo il cui raggiungimento può in realtà generare squilibri fra le diverse aree interessate allo scambio di mercato magari attraverso una delocalizzazione di attività dalle zone meno sviluppate verso quelle più ricche in grado di garantire una maggiore produttività e maggiori profitti. A tale fenomeno sono normalmente connessi squilibri e gravi tensioni sociali che nei moderni sistemi democratici nazionali vengono assorbite o, quantomeno, attutite grazie a sistemi di solidarietà organizzata fondati su istituti di sicurezza sociale⁵⁰. Proprio per queste ragioni la piena realizzazione in ambito

⁴⁸ Così K. LANAERTS, *L'égalité*, cit., 22.

⁴⁹ J. MERTENS DE WILMARS, op. cit., 33; in termini analoghi, T. BALLARINO, *Lineamenti*, cit., 199.

⁵⁰ J. MERTENS DE WILMARS, op. cit., 34.

comunitario delle libertà economiche essenziali per il completamento del mercato interno non può essere dissociata completamente da un sistema che si ispiri al principio della solidarietà che, come abbiamo ricordato, è stato dal Trattato riferito ai rapporti fra gli Stati membri. Tale principio si concretizza nella legislazione adottata ai sensi dell'art. 51 sulla libertà di stabilimento dei lavoratori ed ha avuto la sua formale consacrazione con l'introduzione, da parte dell'Atto Unico, del Capo dedicato alla Coesione economica e sociale (art. 130A-130E). Il sistema si fonda sulla creazione del Fondo Europeo di sviluppo regionale, fondo destinato a contribuire alla correzione dei principali squilibri regionali esistenti nelle Comunità, in grado di partecipare allo sviluppo ed all'adeguamento strutturale delle regioni in difficoltà nonché alla riconversione delle regioni industriali in declino (art. 130 C).

L'intera struttura dei principi legati al funzionamento del mercato è collegata al consolidamento dei principi fondamentali della Comunità: la libertà di concorrenza e le quattro libertà fondamentali di circolazione costituiscono rispettivamente canone di interpretazione delle regole del Trattato e valore fondamentale così come sono espressione di principi altrettanto generali l'eguaglianza, la non discriminazione in ragione della nazionalità e la solidarietà ritenuti coesenziali alla crescita ed allo sviluppo equilibrato del sistema economico comunitario fondato sul mercato e sulla libera concorrenza.

Dalle regole essenziali per il funzionamento del mercato è stato così possibile enucleare una serie di principi che appartengono all'intero sistema comunitario: diventa quindi difficile distinguere la Costituzione economica comunitaria dall'organizzazione complessiva delle istituzioni comunitarie e quindi ipotizzare una rigida separazione fra le scelte di fondo contenute nei Trattati e le regole poste a garanzia del regolare funzionamento del mercato concorrenziale.

Se questo è il rapporto fra i principi generali e la struttura economica della Comunità occorre ora verificare in quali forme ed in quale misura i principi del mercato e della libera concorrenza concorrono alla attuazione concreta delle politiche comunitarie e quindi alla realizzazione degli obiettivi riassunti nell'art. 2 del Trattato CE.

5. *Il modello economico comunitario: l'elasticità della politica di concorrenza e del riavvicinamento fra le politiche nazionali*

Se nell'ordinamento interno l'interpretazione sistematica dell'art. 41

Cost. ha favorito il confronto fra il principio di libertà economica ed un sistema caratterizzato da un ampio intervento pubblico a fini sociali, anche in ambito comunitario si è posto il problema di qualificare un sistema economico che si fonda sulle regole del mercato ma che, all'interno di questo quadro, ha riconosciuto la necessità di forme di intervento volte ad indirizzare o correggere le scelte economiche degli Stati membri. Il problema presenta una sua particolare attualità alla luce dell'introduzione ad opera del Trattato di Maastricht di un vero e proprio principio guida dell'azione economica degli stati membri oltreché dell'intera Comunità: tale azione è vincolata al rispetto del mantenimento di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza (art. 3 A).

Che la cultura del mercato rappresenti l'impianto di base della organizzazione comunitaria è un dato di fatto: occorre tuttavia considerare che nell'art. 2 del Trattato accanto al mercato viene indicato il riavvicinamento delle politiche degli Stati membri e che per concretizzare tali linee direttive sono indispensabili tanto lo strumento della politica di concorrenza, elevato dalla giurisprudenza della Corte a parametro dell'azione comunitaria, che l'attuazione ovvero il rafforzamento di una serie di politiche comuni i cui riflessi sulla tutela di valori extraeconomici è evidente (Coesione economica e sociale, ambiente, protezione della salute, qualità dell'istruzione, protezione civile).

Tale ambivalenza trova del resto una sua spiegazione se valutata nel quadro della cultura della economia sociale di mercato (*Soziale Marktwirtschaft*) elaborata dai neoliberali della Scuola di Friburgo, cultura che ha condizionato le origini del processo di integrazione comunitaria⁵¹. Nell'ambito di questa dottrina la concezione del ruolo dello Stato nell'economia è ugualmente distante dall'impostazione liberale e

⁵¹ C. PICONE, *Origine ed evoluzione delle regole di concorrenza comunitarie: l'apologia del mercato «sociale» europeo*, in *Critica del diritto*, 1974, 69. Secondo J. PINDER, *Quelques questions au sujet de l'ordre économique communautaire*, in *Interventions publiques* cit., 37, «l'ordre économique qui a le mieux réussi en Europe est le produit d'une collaboration entre juristes et économistes: l'économie sociale de marché développée par l'école de Fribourg». Per una ricostruzione della teoria giuridica neoliberale cfr. R. WIETHOLTER, *Diritto dell'economia: analisi di una «formula magica»*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, a cura di P. BARCELLONA, Bari, 1973, 209 ss.

dalla tradizione socialista del dirigismo e dello statalismo. L'idea di uno Stato forte, ma al tempo stesso esterno rispetto alle regole economiche, si esprime nella teorizzazione di un'autorità statale titolare di una funzione di controllo sul regolare andamento della vita economica. La logica posta alla base di tale rapporto fra Stato ed economia è rappresentata dal mantenimento dell'economia di mercato e della libera concorrenza inserita nella prospettiva di uno sviluppo economico razionale ed equilibrato, capace di temperare il valore della produttività e dell'efficienza con i valori della giustizia e della sicurezza sociale⁵².

Le origini del Trattato coincidono così con la fiducia nella funzione sociale dell'unificazione del mercato alla quale si riconduce la capacità di favorire l'espansione delle imprese europee e quindi una generalizzata crescita del livello occupazionale con contestuale limitazione dei fenomeni inflazionistici⁵³.

L'influenza di tali principi ha favorito l'assunzione del mercato a modello strutturale di organizzazione dei rapporti economici: all'interno degli strumenti preposti alla realizzazione di tale sistema economico è tuttavia possibile individuare una sostanziale ambivalenza sulla quale si fonda l'idea, affermata dalla stessa Corte di Giustizia, di un'effettiva neutralità del sistema economico comunitario.

L'ambivalenza riguarda in realtà proprio gli strumenti dell'integrazione e del mercato in quanto caratterizza sia le regole poste a garanzia del mantenimento del mercato concorrenziale (artt. 85-90 e artt. 92-94 Trattato CE) che l'armonizzazione delle normative statali aventi riflessi sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato di cui agli artt. 100 e 100 A del Trattato.

Per quanto riguarda le regole sulla concorrenza, i divieti relativi alle intese, agli accordi e alle pratiche idonee a falsare la concorrenza ai sensi dell'art. 85 del Trattato hanno contribuito al consolidamento della libera circolazione delle merci: attraverso tale disposizione si è in-

⁵² M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, 337; G. AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo della Comunità europea*, Padova, 1992, 7.

⁵³ P. MENGOZZI, *Il diritto della Comunità*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 9; F. LAURIA, *Manuale*, cit., 31.

fatti affermato il principio dell'inammissibilità di accordi fra le imprese finalizzati alla distorsione delle regole del commercio all'interno della Comunità.

In seguito l'art. 85, attraverso le deroghe ai divieti consentite in presenza di particolari congiunture economiche, elencate nel paragrafo 3, ha concretamente favorito l'estensione della discrezionalità della Commissione. La verifica relativa all'idoneità dell'accordo al miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti ovvero alla promozione del progresso tecnico o economico, è venuta ad attribuire al controllo svolto dalla Commissione una funzione di indirizzo, di stimolo e di guida degli orientamenti e delle scelte produttive. Dalla funzione di garanzia delle condizioni di libertà si passa così alla determinazione in positivo delle prospettive e delle condizioni di sviluppo economico dinanzi alle quali le regole del mercato e della concorrenza sono destinate a recedere⁵⁴.

Tale evoluzione è stata sottolineata dalla Corte di giustizia che ha individuato nelle regole contenute negli artt. 85 e 86 la fonte di legittimazione di un intervento degli organi comunitari a sostegno dello sviluppo armonioso delle attività economiche che rappresenta poi uno degli obiettivi fondamentali del Trattato⁵⁵. Considerazioni analoghe possono essere svolte in relazione all'utilizzazione di un'altra eccezione importante in materia di regole della concorrenza dirette non già alle imprese, come nel caso dell'art. 85, ma di quelle relative ai divieti imposti agli stati membri aventi ad oggetto la concessione di aiuti statali alle imprese in grado di falsare la concorrenza nel mercato comune. Ai divieti posti dall'art. 92, 1° alinea, sono introdotte alcune eccezioni: tali deroghe si fondano sulla presenza di situazioni eccezionali (art. 92, 2° al. lett. b, c) ovvero su valutazioni di opportunità collegate ad obiettivi macro-economici (art. 92, 3° al., lett. a, c) oltre alla generale possibilità attribuita al Consiglio (lett. d) di allargare mediante una propria decisione l'area di siffatti interventi della Comunità.

L'ampiezza delle ipotesi che possono in realtà giustificare le deroghe al regime della concorrenza consente di ipotizzare uno spazio discre-

zionale in capo agli organi della Comunità al quale corrisponde un potere di intervento finalizzato al sostegno, all'incentivo di determinati settori economici. L'ambivalenza non riguarda solo la politica della concorrenza, ma anche gli strumenti giuridici posti dal Trattato come funzionali alla realizzazione dell'integrazione nel mercato.

Nell'ambito degli strumenti giuridici in questione un ruolo peculiare è riservato all'art. 100 che, come abbiamo visto, riguarda il riavvicinamento delle disposizioni legislative, amministrative e regolamentari aventi un'incidenza diretta sull'instaurazione del mercato comune: il riavvicinamento mira all'eliminazione o alla riduzione delle differenze esistenti fra i vari ordinamenti nazionali nelle aree in cui la permanenza delle difformità normative è in grado di condizionare negativamente il completamento del mercato interno⁵⁶.

Tale disposizione è in realtà posta a garanzia delle libertà fondamentali di circolazione poiché attraverso l'armonizzazione vengono progressivamente ridotti gli ostacoli alla libera circolazione derivanti dalle disparità di trattamento introdotte dalle leggi nazionali⁵⁷.

Sulla base dell'art. 100 sono state infatti adottate una serie di direttive di riavvicinamento finalizzate alla soppressione delle diverse normative nazionali in materia di importazione ed esportazione delle merci: il parametro di riferimento di tale armonizzazione è rappresentato da una serie di principi dettati dalla Corte di Giustizia in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 36, ai sensi del quale le norme poste a garanzia della libertà fondamentale di circolazione delle merci (artt. 34-36) lasciano impregiudicati i divieti ed i limiti alle importazioni ed esportazioni che siano giustificati da ragioni di moralità, ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela della salute, protezione del patrimonio artistico, storico, archeologico nazionale o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Nell'interpretare tale norma la Corte ha chiarito che gli ostacoli alla circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio di determinati prodotti» vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative atinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione

⁵⁴ In tal senso J. MERTENS DE WILMARS, *Réflexions*, cit., 29.

⁵⁵ CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 13 febbraio 1969, causa 14/64, *Wilhelm/Bundeskartellamt*, in *Racc.*, 1969, 14.

⁵⁶ Così L. DANIELE, *Il diritto materiale*, cit., 157.

⁵⁷ J. MERTENS DE WILMARS, op. cit., 27.

della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali ed alla difesa dei consumatori⁵⁸.

Se dunque è di tutta evidenza il collegamento fra la procedura di armonizzazione ed il mantenimento delle condizioni essenziali per la libera circolazione delle merci, è altrettanto vero che in capo al Consiglio permane la funzione di determinazione in termini positivi degli orientamenti ai quali devono uniformarsi le normative statali: siamo cioè in presenza ancora una volta di una funzione discrezionale che, come tale, è suscettibile di variazioni nel tempo in relazione alle vicende ed alle scelte economiche comunitarie. La logica dell'armonizzazione convive dunque con l'idea dell'intervento finalizzato all'individuazione di un contenuto omogeneo ed uniforme delle legislazioni degli stati membri tale da garantire in positivo il processo di convergenza verso gli obiettivi generali della Comunità. Il dualismo fra integrazione negativa e integrazione positiva, che è alla base delle regole e degli strumenti del sistema economico comunitario fondato sul mercato, testimonia la coesistenza all'interno di queste regole dei profili dell'intervento pubblico finalizzato alla composizione dei presupposti per uno sviluppo equilibrato dei rapporti di mercato.

5.1. *L'ambivalenza degli strumenti dell'azione comunitaria come espressione della neutralità economica del Trattato: la logica del razionale bilanciamento fra gli obiettivi del Trattato*

L'integrazione degli strumenti dell'azione comunitaria mediante in-

⁵⁸ CORTE DI GIUSTIZIA, sent. 20 febbraio 1979, causa 120/78, Rewe-Zentral AG, in *Racc.* 1979, 649: l'oggetto della questione pregiudiziale riguardava l'interpretazione dell'art. 30 nella parte relativa al divieto delle «misure d'effetto equivalente alle restrizioni quantitative». L'autorità rimettente chiedeva se tale inciso comprendesse anche la fissazione di un contenuto minimo di alcool, imposta dalle Autorità tedesche al fine di limitare le importazioni di liquori con tassi di spirito inferiori al limite stabilito, fra i quali appunto il Cassis de Dijon. La Corte ha escluso la legittimità di tale provvedimento poiché la determinazione di quel limite equivaleva ad una restrizione quantitativa vietata dall'art. 30, restrizione che non poteva essere giustificata in nome dei criteri di ordine pubblico e della protezione dei consumatori, in presenza dei quali l'art. 37 ammette deroghe ai divieti sulle restrizioni alla libera circolazione delle merci, dal momento che sul mercato tedesco vi era già un'ampia gamma di prodotti con gradazione alcolica media o bassa.

terventi volti a realizzare in positivo le condizioni per il completamento del mercato, processo avviato dall'Atto unico sulla base delle indicazioni contenute nel Libro Bianco della Commissione e che dovrebbe giungere a compimento con l'Unione economica e monetaria, si presenta in realtà perfettamente congruente con la logica del mercato⁵⁹. Tale rilievo è confortato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha sintetizzato l'ambivalenza degli strumenti del mercato ricorrendo alla formula della neutralità economica del Trattato. Siffatto principio è stato formulato con riferimento alle modalità di attuazione degli obiettivi della Comunità e quindi all'ammissibilità di un ordine fra i criteri guida dell'azione comunitaria posti dall'art. 3 del Trattato. La Corte ha sotto questo profilo escluso la configurabilità di una rigida gerarchia fra i principi contenuti in questa disposizione. Dal momento che gli stessi non possono trovare applicazione simultanea ed integrale in qualunque situazione, si rende opportuna un'operazione di bilanciamento volta a conciliare eventuali contraddizioni tra le singole finalità. Ciò implica che ogniqualvolta tali contraddizioni si manifestino, la Comunità dovrà attribuire all'uno o all'altro dei para-

⁵⁹ J. MERTENS DE WILMARS, op. cit., 36; nella ricostruzione di S. LEIBFRIED-P. PIERSON, *Le prospettive dell'Europa sociale*, in *Stato e mercato*, 1993, 43 ss., l'integrazione positiva include e trasforma l'integrazione negativa collegando quest'ultima ai sistemi di «giustizia» e di «welfare»: l'integrazione positiva si pone cioè il problema di dare vita alle infrastrutture sociali necessarie per sostenere l'integrazione negativa. Sulle forme di realizzazione dell'integrazione positiva e sulla creazione di un *Welfare State* comunitario le opinioni in dottrina non sono del tutto univoche: da un lato, W. STREECK, *La dimensione sociale del mercato unico europeo: verso un'economia non regolata?*, in *Stato e mercato*, 1990, 29, sottolinea l'estrema debolezza del sistema comunitario nell'elaborazione di una politica sociale soprattutto nel campo della tutela dei lavoratori, debolezza in larga misura dipendente dalla sempre maggiore mobilità dei fattori produttivi e dal conseguente decremento degli standards di politica sociale (*social dumping*); dall'altro lato, G. MAJONE, *L'innovazione politica nella Comunità Europea*, in *Stato e mercato*, 1993, 153, riconosce invece la capacità della Comunità, maturata soprattutto a partire dall'Atto unico, di elaborare i principi di una regolazione sociale: su tale base l'autore auspica la possibilità di un'utile divisione dei compiti tra il livello nazionale, dove dovrebbero restare concentrati gli interventi di politica sociale, ed il livello comunitario che dovrebbe porsi quale centro di propulsione ed innovazione della regolazione sociale.

metri indicati dall'art. 3 la preminenza che appaia nella fattispecie imposta dalle specifiche circostanze economiche⁶⁰.

La tecnica del bilanciamento si estende allo stesso svolgimento delle politiche comuni funzionali alla realizzazione del disegno dell'integrazione: nonostante che la finalità della stabilizzazione dei mercati e quindi della difesa di posizioni acquisite sul mercato dagli operatori fosse una delle linee guida dell'azione comunitaria in materia di politica agricola (art. 39, 2° al., lett.c), la Corte ha affermato la legittimità dell'operato degli organi della Comunità volto a privilegiare nella fattispecie obiettivi di natura macroeconomica quali lo sviluppo razionale della produzione e la sicurezza degli approvvigionamenti⁶¹. La valutazione comparativa degli interessi riguarda inoltre i rapporti fra le diverse politiche della concorrenza che è ovviamente coesistente alla struttura dell'economia di mercato.

Tale rilievo è del resto confermato dalle ricorrenti valutazioni formulate dalla Commissione nelle Relazioni annuali sulla politica della concorrenza: specie nelle ultime relazioni emerge chiaramente l'idea del necessario bilanciamento fra la politica della concorrenza e le altre principali politiche della Comunità. Essa rappresenta cioè una delle principali politiche della Comunità, ma sarebbe errato valutarla al di fuori dei suoi rapporti con le altre politiche che con essa interagiscono: la politica della concorrenza deve pertanto mantenere un collegamento con le più tipiche politiche della Comunità finalizzate al perfezionamento del mercato interno, alla creazione di un contesto adeguato per l'industria europea, alla promozione

⁶⁰ CORTE DI GIUSTIZIA, sent. 18 marzo 1980, cause riunite nn. 154, 205, 226 a 228, e 264/78, 39, 31, 83 e 85/79, Valsabbia, in *Racc.*, 1980, 907, punti 53-55 del diritto.

⁶¹ CORTE DI GIUSTIZIA, sent. 17 dicembre 1981, cause riunite n. 197-200. 243, 245 e 247/80, Walzmuhle/Consiglio e Commissione, in *Racc.*, 1981, 3211, p. 37-45 del diritto. Sempre in tema di interpretazione delle finalità della politica agricola indicate nell'art. 39 v. sent. 20 ottobre 1977, causa 29/77, Roquette, in *Racc.*, 1977, 1835, p. 29-31 del diritto. Nella sent. 24 ottobre 1973, causa 5/73, Balkan-Import-Export, in *Racc.*, 1973, p. 22 del diritto si afferma il principio in base al quale la necessità che gli oneri imposti agli operatori economici non superino la misura necessaria al raggiungimento degli scopi che le stesse istituzioni devono perseguire, non significa che detto obbligo debba essere commisurato alla particolare situazione di una determinata categoria di operatori.

dello sviluppo tecnologico ed al miglioramento della coesione economica e sociale⁶².

La stessa Commissione ha più volte ricordato che l'attuazione del diritto comunitario della concorrenza non si identifica in un'azione di carattere meramente negativo: seppure le regole dei Trattati si fondano su principi di divieto, la politica di concorrenza consente un intervento di tipo positivo in virtù delle deroghe e delle esenzioni poste all'interno delle stesse disposizioni che contengono i divieti. In virtù di tali deroghe è stato consentito alla Comunità di adottare decisioni individuali finalizzate ad incentivare o a guidare lo sviluppo di determinati settori produttivi⁶³.

La presenza costante di tale carattere ambivalente all'interno degli istituti che presiedono al corretto funzionamento del mercato ed alla garanzia della libera concorrenza suggerisce alcune considerazioni sul ruolo svolto dal mercato nell'identificazione dei caratteri del sistema economico comunitario e sul modo con cui lo stesso convive con le finalità dell'equilibrio e dell'equità economica.

⁶² COMMISSIONE, *Ventesima Relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles-Lussemburgo, 1991, 43: la valutazione degli accordi fra le imprese, degli aiuti di Stato alla luce del principio della concorrenza sarà più favorevole qualora questi comportamenti siano finalizzati al raggiungimento di obiettivi che si armonizzano con la politica della Comunità nel settore in questione.

⁶³ COMMISSIONE, *Diciottesima Relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles-Lussemburgo 1989, 13: nell'anno 1988, l'integrazione positiva si è realizzata soprattutto in materia di aiuti, mediante l'adozione di decisioni individuali positive avendo la Commissione autorizzato taluni aiuti atti a contribuire al risanamento od alla ristrutturazione di imprese (nella fattispecie i soggetti erano due costruttori di autovetture in Francia e nel Regno Unito, e di un'impresa siderurgica in Italia). Per le esenzioni ex art. 85, § 3, la Commissione ha proseguito l'azione a favore di talune azioni di cooperazione ad esempio, autorizzando la costituzione di imprese comuni nel settore della costruzione automobilistica od in quello della fabbricazione di prodotti chimici ed esentando alcuni accordi di ricerca e sviluppo in comune, concernenti la ceramica ad uso industriale, il materiale di comunicazione o la messa a punto di un nuovo pneumatico di sicurezza per autoveicoli. Nella Ventiduesima Relazione sulla politica di concorrenza, Bruxelles-Lussemburgo, 1992, 40, la Commissione ribadisce che la concorrenza non ha soltanto una funzione dissuasiva o repressiva poiché i meccanismi della concorrenza sono indispensabili al fine di consentire o rafforzare evoluzioni dinamiche quali l'adattamento dell'apparato produttivo alle esigenze di tutela dell'ambiente, il coinvolgimento delle piccole e medie imprese nel mercato o anche la coesione economica e sociale.

6. I principi economici comunitari fra mercato ed equità

La ricostruzione dei principi fondamentali della Comunità svolta attraverso l'interpretazione degli obiettivi e degli strumenti sui quali si fonda la Costituzione economica comunitaria fornisce alcuni spunti di riflessione sul ruolo della struttura economica di mercato nella organizzazione comunitaria. La dimensione del mercato non appare infatti sovrapposta o in funzione servente rispetto agli obiettivi fondamentali di quell'ordinamento: la generalità degli impegni programmatici contenuti nell'art. 2 ha infatti spostato la nostra analisi sulla struttura e sull'attuazione concreta degli strumenti dell'azione comunitaria ed in particolare del mercato concorrenziale.

Come abbiamo già sottolineato, la difficoltà di isolare in ambito comunitario un'idea di mercato circoscritta al funzionamento di un sistema fondato sulle libertà economiche (di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali) deriva in primo luogo dal fatto che dai principi di libertà, eguaglianza e solidarietà posti alla base della creazione del mercato unico la dottrina, supportata dagli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, ha potuto enucleare altrettanti valori fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Alla luce del concetto di integrazione positiva occorre ribadire come all'interno del funzionamento del mercato vi sia spazio per interventi finalizzati al raggiungimento di obiettivi economici che tendono ad essere armonizzati, nel rispetto delle regole di concorrenza, con quelli di natura sociale per lo più riconducibili al sostegno di aree produttive in situazioni generali (e non contingenti o specifiche) di crisi all'interno della Comunità.

Un primo elemento in questa direzione è rappresentato dalla opportunità rilevata dalla Commissione in periodi di crisi economica ed occupazionale di favorire la convivenza della politica di concorrenza con le altre politiche condotte in favore della ripresa dell'economia europea: in simili contesti attraverso il meccanismo delle deroghe sono stati favoriti accordi fra imprese finalizzati allo sviluppo ed all'innovazione tecnologica, presupposti essenziali per una ripresa della competitività del settore interessato dalla crisi occupazionale⁶⁴.

⁶⁴ COMMISSIONE, *Quattordicesima Relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles-

Anche nel campo degli aiuti statali alle imprese le scelte della Comunità appaiono ispirate dalla ricerca costante di un equilibrio fra la regola generale del divieto posta dall'art. 92 e la concessione del ricorso a quegli aiuti in grado di contribuire effettivamente ed in modo duraturo al risanamento economico e sociale della Comunità⁶⁵.

Un secondo elemento riguarda il principio di equità al quale deve uniformarsi l'attività della commissione nelle scelte legate al mantenimento delle regole di concorrenza. Il principio di equità economica comprende in realtà la ponderata valutazione delle circostanze in presenza delle quali si è svolto l'accordo fra gli operatori economici. Tale valutazione presuppone in particolare l'analisi della varietà delle situazioni nelle quali si trovano ad operare imprese di dimensioni diverse: ciò comporta la necessità che la politica di concorrenza sia condotta con strumenti differenziati idonei a favorire le piccole e medie imprese che godono di una posizione meno consolidata sul mercato.

L'equità economica implica inoltre che l'applicazione delle regole concorrenziali non debba prescindere dalla ponderazione degli interessi legittimi dei lavoratori, degli utilizzatori e dei consumatori che devono poter partecipare congruamente ai vantaggi che le imprese hanno dagli accordi con i quali introducono restrizioni al regime di concorrenza⁶⁶.

Il valore dell'equità non è solo un criterio direttivo dell'azione della Comunità nell'ambito della politica di concorrenza poiché ad esso si ispira il tentativo di ridefinizione degli interventi della Comunità in vista della completa integrazione nel mercato unico.

les-Lussemburgo, 1985, 12: nel periodo che va dal 1981 al 1984 la politica di concorrenza ha dovuto affrontare le difficoltà economiche che si sono manifestate in particolare nella Comunità attraverso l'aumento della disoccupazione e la scomparsa di attività industriali divenute ormai non redditizie. In tale contesto l'obiettivo perseguito dalla Commissione è consistito nell'associare la politica di concorrenza alle altre politiche condotte in vista della ripresa dell'economia europea.

⁶⁵ COMMISSIONE, *Undicesima Relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles-Lussemburgo, 1982, 12: fra le categorie di aiuti che la Comunità giudica favorevolmente sono quelli che operano nel senso di un migliore equilibrio fra le regioni o che consentono di far fronte a problemi particolari, come la disoccupazione giovanile.

⁶⁶ COMMISSIONE, *Nona Relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles-Lussemburgo, 1980, 10ss.

La capacità del sistema economico comunitario di perseguire obiettivi che vanno oltre l'efficiente allocazione delle risorse mediante il completamento del mercato interno è stata infatti auspicata dalla dottrina economica proprio in funzione del consolidamento dei risultati connessi alla realizzazione del disegno tracciato dal Libro Bianco della Commissione.

Nel rapporto Padoa-Schioppa del 1987⁶⁷, si sottolineava l'importanza dell'ampliamento dell'azione del mercato all'intervento con finalità redistributive. In altri termini, accanto al processo di liberalizzazione dei mercati ed alla conseguente crescita del programma di completamento del mercato interno si auspicava il sostegno da parte delle scelte economiche comunitarie nei confronti di un'azione di equa distribuzione della crescita e dello sviluppo economico. Il consolidamento della crescita del mercato interno passerebbe cioè attraverso la creazione di adeguati meccanismi volti ad evitare i rischi connessi agli squilibri gravanti sulle regioni meno sviluppate e ad evitare disegualianze distributive. All'interno della logica del mercato non troverebbe allora spazio la sola dimensione dell'allocazione efficiente delle risorse, ma anche la funzione della redistribuzione finalizzata all'equa ripartizione delle risorse prodotta dall'efficienza del sistema economico di mercato⁶⁸.

⁶⁷ T. PADOA-SCHIOPPA, *Efficienza, stabilità ed equità. Una strategia per l'evoluzione del sistema economico della Comunità*, Bologna, 1987, raccoglie il risultato di una ricerca affidata alla Commissione nel 1986 ad un gruppo di esperti indipendenti coordinato dal Prof. Padoa-Schioppa avente ad oggetto lo studio delle conseguenze economiche dell'ampliamento della Comunità alla Spagna ed al Portogallo ed alla creazione di un mercato europeo senza frontiere interne previste dall'Atto Unico entro l'anno 1992.

⁶⁸ T. PADOA-SCHIOPPA, op. cit., 41, sottolinea come il processo di integrazione abbia in effetti privilegiato la funzione di efficiente allocazione delle risorse: questa appare però del tutto insufficiente rispetto alle nuove dimensioni che l'Europa è venuta assumendo con il completamento del mercato interno e con il progetto dell'Unione europea. Infatti, le politiche di apertura del mercato comunitario creano problemi di natura distributiva, non essendo a priori sicuro che i vantaggi complessivi di tali politiche si distribuiscano equamente a tutti i partecipanti, a livello regionale o nazionale: per tale ragione il Rapporto contiene l'auspicio che la Comunità possa prestare maggiore attenzione agli aspetti di riequilibrio connessi allo svolgimento della funzione distributiva.

7. Il ruolo della concorrenza e del mercato nel sistema comunitario ed il vincolo interpretativo posto dalla legge nazionale antitrust nei confronti dei principi della politica comunitaria di concorrenza (rinvio)

Il modello comunitario di organizzazione dei rapporti economici si caratterizza per la compresenza di fattori che convivono in una situazione di equilibrio dinamico: il sistema di mercato costituisce un elemento strutturale dell'organizzazione comunitaria ed opera al tempo stesso in un rapporto dialogico con altre esigenze di natura non economica.

Questi elementi consentono di ripensare le obiezioni che puntualmente riemergono ad ogni passaggio del processo di integrazione europea e che sottolineano l'assoluta incompatibilità del modello economico comunitario rispetto all'organizzazione costituzionale dei rapporti economici in nome dell'unilaterale subordinazione della libertà di concorrenza alle ragioni dell'integrazione nel mercato.

Dal quadro costituzionale comunitario ora disegnato sembra emergere piuttosto un rapporto dialettico fra la politica di concorrenza e le altre politiche comunitarie. In altre parole, il principio di neutralità del Trattato sintetizza tale rapporto dialettico ed ha concretamente reso possibile l'inserimento all'interno della tendenziale concorrenzialità del mercato di interventi finalizzati al perseguimento di obiettivi di natura macroeconomica (sviluppo razionale della produzione) e di finalità economico-sociali (sviluppo tecnologico e miglioramento della coesione economica e sociale).

Una volta posta in luce la complessità delle trame istituzionali in cui si trova inserita la politica comunitaria di concorrenza si potrà approfondire nell'ultima parte di questo lavoro il significato del vincolo interpretativo posto dall'art. 1 della l. n. 287 del 1990 nei confronti dei principi comunitari in materia di concorrenza. In quella sede avremo modo di chiarire che l'utilizzo dei parametri elaborati in ambito comunitario nella valutazione dei comportamenti e degli atti sospettati di essere lesivi dell'assetto concorrenziale del mercato nazionale non può e non deve essere interpretato come un'acritica adesione al modello comunitario.

Attraverso l'esame delle applicazioni nazionali del principio della deroga alle intese vietate sarà, ad esempio, possibile precisare le peculiarità delle applicazioni della normativa nazionale rispetto all'uso am-

piamente discrezionale della politica di concorrenza perseguita dalla Commissione soprattutto attraverso lo strumento delle esenzioni per categoria alle regole del mercato concorrenziale. Le esigenze di apertura del mercato nazionale, più volte ricordate nel corso delle Relazioni annuali, sembrano piuttosto guidare la giurisprudenza dell'Autorità verso una oculata e parsimoniosa delimitazione dell'area delle limitazioni e delle deroghe al funzionamento del mercato concorrenziale.

PARTE III

LA NATURA DELL'INTERVENTO ANTITRUST E LA COLLOCAZIONE COSTITUZIONALE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

CAPITOLO I

LA LEGISLAZIONE ANTITRUST E LA REGOLAZIONE DEL MERCATO

SOMMARIO: 1. I principi ispiratori dell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: l'attuazione dell'art. 41 Cost. e l'adesione ai principi comunitari. – 1.1. L'attuazione dell'art. 41 Cost. fra la garanzia oggettiva dell'accesso al mercato e la garanzia soggettiva del diritto di iniziare e svolgere un'attività economica sul mercato. – 1.2. La natura del vincolo interpretativo nei confronti dei principi comunitari in materia di concorrenza. – 1.3. L'adesione ai parametri comunitari nel rispetto delle peculiari esigenze di apertura del mercato nazionale alla concorrenza. – 2. La difesa del mercato concorrenziale e l'intervento pubblico nei rapporti economici. Intervento pubblico e regolazione del mercato. – 2.1. Le tecniche della regolazione normativa del mercato: l'esistenza di interventi normativi adesivi o neutrali rispetto alle regole del mercato. – 2.2. La regolazione nel quadro delle funzioni amministrative. – 2.3. L'interpretazione restrittiva della nozione di intervento pubblico: la distinzione fra intervento pubblico e regolazione del mercato mediante legge *antitrust*. – 2.4. La regolazione ed il modello della *regulation*: alle origini del rapporto fra la regolazione del mercato ed il rango legislativo della normativa regolatrice. – 2.5. La convivenza fra il sistema della *public agencies regulation* e le regole del mercato. – 2.6. La *regulation* fra le ragioni del mercato e la sfera degli interessi sociali. – 3. Il rapporto fra la regolamentazione del mercato in senso lato e la legislazione *antitrust*: regolamentazione e *public services*. – 3.1. La differenza fra gli strumenti della regolazione del mercato e l'applicazione delle regole *antitrust*. – 3.2. I luoghi tipici della regolamentazione: il monopolio naturale e le inefficienze del mercato. Il rapporto fra la normativa *antitrust* e le alterne vicende della regolamentazione. – 4. Il ruolo autonomo delle regole *antitrust* all'interno dei mercati regolamentati. – 4.1. Mercati regolamentati e mantenimento della concorrenza: la garanzia della concorrenzialità potenziale del mercato. – 4.2. Legislazione *antitrust* e regolamentazione di settore nell'esperienza italiana.

1. I principi ispiratori dell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: l'attuazione dell'art. 41 Cost. e l'adesione ai principi comunitari

Nella seconda parte di questo lavoro abbiamo ricercato il significato della concorrenzialità del mercato nel quadro dei principi costituzionali in materia economica e dei principi comunitari sulla politica di concorrenza. Nel corso di quest'ultima parte confronteremo gli elementi teorici emersi in quella sede con la «giurisprudenza» dell'Autorità *antitrust*. Alla luce di tale metodo è possibile tracciare i confini «reali» dell'interpretazione dell'art. 1 della legge nazionale *antitrust* e quindi definire il significato dell'attuazione dell'art. 41 Cost. e dei

principi comunitari sulla concorrenza. Alla precisazione della formula utilizzata dal legislatore segue la ricostruzione dei confini «teorici» fra la logica dell'*antitrust* e quella dell'intervento pubblico ed in particolare dell'intervento-regolamentazione. Sulla base di queste premesse sarà possibile definire i caratteri e le dimensioni «concrete» delle funzioni *antitrust* e desumere dalla struttura e dalla posizione dell'Autorità elementi di valutazione per la collocazione della medesima nel quadro dell'organizzazione costituzionale.

L'art. 1 della legge n. 287 del 1990 contiene due principi fondamentali che consentono di individuare i canali attraverso i quali l'attività dell'Autorità contribuisce a definire i contorni di una cultura del mercato fondata sul rispetto degli equilibri concorrenziali.

Nel suo primo comma la disposizione definisce l'ambito di applicazione della legge: tale ambito comprende le intese, gli abusi di posizione dominante e le operazioni di concentrazione di imprese che non ricadano nell'area di applicazione degli articoli 65-66 del Trattato CECA e degli articoli 85-86 del Trattato CEE, dei regolamenti CEE e di altri atti comunitari con efficacia equiparata¹.

Nel definire tale area di intervento delle regole nazionali il legislatore ha precisato che l'adozione delle medesime è avvenuta «in attuazione dell'art. 41 della Costituzione, a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica».

¹ Il diritto comunitario *antitrust* ha avuto la sua prima formulazione con le regole contenute negli artt. 65 e 66 del Trattato CECA: la prima disposizione vieta ogni accordo tra imprese o ogni pratica concordata che tenda ad impedire, limitare o alterare la concorrenza attraverso l'imposizione autoritativa di prezzi, la limitazione o il controllo della produzione ovvero la ripartizione dei mercati, dei prodotti, clienti e fonti di approvvigionamento, mentre la seconda impone l'autorizzazione preventiva dell'Alta Autorità per le operazioni aventi come effetto diretto o indiretto una concentrazione tra imprese. L'efficacia di tali disposizioni era speciale in quanto riferita alle imprese operanti nel settore della produzione del carbone e dell'acciaio. Il nucleo centrale della legislazione *antitrust* sul quale si è sviluppata l'interpretazione della Corte di giustizia è costituito dalle regole del Trattato CEE all'interno del quale la politica di concorrenza si articola in tre sezioni distinte: la prima riguarda i divieti applicabili alle imprese (artt. 85-90), la seconda comprende le pratiche di *dumping* (art. 90) e la terza contiene la disciplina degli aiuti degli Stati alle imprese (artt. 92-94). Il riferimento alla normativa *antitrust* comprende queste categorie normative alle quali si è in tempi recenti aggiunto il Regolamento CEE 21 dicembre 1989 n. 4064, in *Guce*, L 257, del 21.9.1990, 13.

Il riferimento esplicito alla norma costituzionale, peraltro assente nei due disegni di legge Rossi e Battaglia² ha in realtà suscitato reazioni opposte nei commentatori.

I dubbi interpretativi riguardano in particolare il collegamento fra i divieti aventi ad oggetto i comportamenti adottati in violazione della libera concorrenza e la garanzia della libertà di iniziativa economica: si ripropone in questo ambito il rapporto delicato fra l'affermazione della libertà e la previsione dei limiti alla stessa, rapporto che ha condizionato, con gli esiti interpretativi esaminati nella seconda parte, l'analisi dell'art. 41 della Costituzione. L'alternativa è ovviamente quella della legittimazione da parte della legge *antitrust* della libertà economica ovvero dell'introduzione di una serie di limiti alla libertà stessa riconducibili agli interessi attinenti alla sfera della collettività e della persona contenuti nel comma 2 della disposizione in questione. Posta in questi termini l'alternativa non presenta un interesse meramente teorico, ma ha dei riflessi diretti ed immediati sulla legittimazione della normativa *antitrust* nel nostro ordinamento alla quale si ricollega, sotto il profilo dell'organizzazione, la giustificazione delle funzioni di garanzia del mercato concorrenziale attribuite dalla legge ad un'Autorità indipendente.

Dalla lettura che dell'intitolazione della legge fornì il Presidente Saja emerge il rilievo critico in ordine all'opportunità del rinvio all'art. 41 Cost.: le perplessità si riferivano alla possibilità che i limiti posti dalla legge a tutela della concorrenza venissero ricondotti dagli interpreti alle legittime limitazioni che la disposizione consente nelle forme e nei modi indicati nei commi 2 e 3. L'obiettivo perseguito dalla legge sarebbe piuttosto quello di regolare lo svolgimento dei rapporti economici e quindi di regolamentare, non certo limitare o vincolare, l'eserci-

² Il riferimento alla garanzia della libertà di iniziativa economica privata compare soltanto in sede di redazione finale del testo di legge sul quale poi il Senato non ha apportato modifiche: tale riferimento è in qualche modo una delle manifestazioni del compromesso fra due progetti assai diversi nella impostazione di fondo: il d.d.l. Rossi, fatto proprio dalla Sinistra indipendente, vedeva nelle regole poste a tutela della concorrenza la garanzia della libertà di scelta del consumatore, mentre il d.d.l. Battaglia vedeva nell'*antitrust* uno strumento di politica della concorrenza ed una garanzia di efficienza dell'intero sistema economico. Sul tema, V. DONATIVI, *Introduzione*, cit., 241 ss.

zio della libertà di iniziativa economica privata, al fine di assicurare la coesistenza di tutte le concorrenti posizioni soggettive³.

Sulla base di tale autorevole interpretazione della *ratio* che sostiene l'introduzione nel nostro ordinamento di una legge a tutela della libertà di concorrenza è stato precisato che la presenza dei divieti volti a consentire il rinnovarsi della concorrenza, se di fatto si traducono in una limitazione dell'autonomia contrattuale delle parti, mirano in realtà a garantire la libertà di iniziativa economica prevenendo la formazione di posizioni di potere privato le quali potrebbero frapporre ostacoli o limiti alla sua attivazione⁴.

Le regole in materia di *antitrust* sono state quindi introdotte a garanzia dell'affermazione della libertà di concorrenza intesa come espressione della coesistenza delle libertà di iniziativa degli operatori economici, coesistenza che si fonda sul rispetto di regole volte a correggere eventuali distorsioni ed abusi che sovente caratterizzano i mercati concorrenziali⁵.

³ Cfr. F. SAJA, *Relazione* al Convegno tenutosi il 7 marzo 1991 presso l'Università Bocconi di Milano sul tema *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato: obiettivi e programmi*; la sintesi delle relazioni e del dibattito è in P. CHIASSONI, *Istruzioni sull'uso della legge antitrust*, in *Pol. dir.*, 1991, 327; il pensiero del Prof. SAJA è stato richiamato dal Segretario generale A. PERA, nella *Introduzione* al Convegno organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma 21-21 novembre 1995, in *Boll. Ed. spec.*, ottobre 1996, 7 ss. il quale sottolinea la distanza dell'impostazione data al problema dal Presidente Saja tanto dalla posizione «progressista» tendente a considerare la concorrenza come un vincolo esterno di carattere pubblicistico sulla libertà di iniziativa, che dalla posizione opposta volta a ridurre le limitazioni a tale libertà nei limiti in cui ciò sia strettamente necessario per garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale. M. PINNARÒ, *Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza. Di taluni ellissi e pleonasmi nella legge antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990*, in *Giur. comm.*, 1993, 430, sottolinea come, pur mancando nell'incipit relativo all'attuazione dell'art. 41 il predicato verbale (sono adottate), risulta ugualmente chiara la volontà del legislatore di affermare, attraverso la formula della «*tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica*» l'indisponibilità e la doverosità assoluta di tale fine.

⁴ Così G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust* cit., 28.

⁵ G. BERNINI, *Un secolo*, cit., 319; sulla libertà di concorrenza come garanzia della coesistenza sul mercato delle libertà dei singoli si veda da ultimo, A. PERA, *Introduzione*, cit., 4.

Secondo altra ricostruzione, il richiamo all'art. 41 non può essere in alcun modo equivocado dal momento che esso esprime l'esigenza di dare forma e completa attuazione al valore della libertà contenuto in quella disposizione costituzionale: il riferimento alla stessa varrebbe cioè a ricomprendere nell'oggetto della garanzia di libertà economica il principio del mantenimento della struttura concorrenziale del mercato. Tale valore si può considerare immanente nel nostro sistema: il fatto che la legge *antitrust* espliciti il principio della concorrenza dando attuazione ad un principio costituzionale che è in grado di ricomprenderla al suo interno sarebbe argomento sufficiente per ritenere la prevalenza di quelle disposizioni normative sul Codice civile o su leggi speciali che siano in contrasto con la garanzia del mantenimento di un sistema realmente concorrenziale⁶.

Si viene così a configurare una protezione a livello costituzionale di un sistema economico fondato sulla concorrenza in senso oggettivo; attraverso le limitazioni imposte ai privati si tutela non soltanto la libertà dei singoli di accedere o di rimanere in condizioni di parità sul mercato in quanto la garanzia atterrebbe alla struttura concorrenziale del mercato che rappresenta la condizione realmente indispensabile per l'esercizio del diritto individuale di libertà economica.

L'individuazione di un contenuto oggettivo riferito al valore della concorrenza si propone in realtà di sottolineare la capacità delle regole *antitrust* introdotte nel 1990 di caratterizzare e di indirizzare sia le modalità di esercizio dell'attività economica privata che le forme e l'intensità dell'intervento pubblico nell'economia dal quale derivano i principali condizionamenti della libertà di concorrenza⁷.

⁶ R. ALESSI, *Articolo 1*, in R. ALESSI e G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato (Commento alla L. 10 ottobre 1990 n. 287 ed al Regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989)*, Torino, 1991, 3, interpreta il riferimento alla garanzia dell'iniziativa economica come l'affermazione di una copertura costituzionale avente ad oggetto il sistema concorrenziale inteso come interesse costituzionalmente protetto. Aderisce a tale ricostruzione, A. FRIGNANI, *Articolo 1*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI, Bologna, Zanichelli, 1993, vol. I, 100.

⁷ Così R. ALESSI, *Articolo 1*, cit., 4-5.

1.1. *L'attuazione dell'art. 41 Cost. fra la garanzia oggettiva dell'accesso al mercato e la garanzia soggettiva del diritto di iniziare e svolgere un'attività economica sul mercato*

In realtà, l'estensione della garanzia delle regole *antitrust* introdotte dalla legge n. 287 del 1990 in attuazione dell'art. 41 Cost. all'intero sistema economico è stata in passato utilizzata anche in ambito pubblicitario al fine di definire e distinguere l'area riservata all'iniziativa privata da quella della riserva pubblica consentita dall'art. 43 della Costituzione⁸.

Tale ricostruzione muove in effetti dall'insoddisfazione verso la qualificazione della libertà economica come diritto del singolo ad accedere o rimanere sul mercato. L'idea della libera concorrenza come espressione della libertà del singolo di accedere al mercato e la tesi della garanzia estesa alla sua permanenza sono sembrate rispettivamente riduttive e di applicazione controversa: mentre infatti la prima si riduce ad una garanzia formale, la seconda sembrerebbe provare troppo giacché, se è vero che la libertà di iniziativa economica postula un'economia di mercato, non emergono dalla lettura della Costituzione indicazioni definitive sul tipo di mercato (concorrenziale puro, monopolistico o a tendenza monopolistica)⁹. In realtà, la garanzia del libero accesso al mercato, che è parte essenziale della libertà di iniziativa economica, per essere effettiva presuppone una garanzia oggettiva di tale accesso: nell'art. 41 deve essere cioè individuata una garanzia di tipo oggettivo che si traduca in un divieto di interventi strutturali sul sistema di mercato e quindi in qualunque forma di regolazione amministrativa che limiti l'accesso al mercato stesso (autorizzazioni o concessioni)¹⁰.

⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, 3.

⁹ Così F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 16 ss.

¹⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 18 ss.: posto che la garanzia di libero accesso al mercato costituisce la condizione per l'esistenza dell'organizzazione economica, l'autore si pone il problema della sua effettività. Le forme di regolazione dell'attività privata che incidono sulla libertà di accesso dovrebbero ritenersi in via di principio incompatibili con un sistema ad economia privata. Quando la presenza sul mercato ap-

Nella seconda parte abbiamo già ricordato che in ordine alla configurabilità di una garanzia delle oggettive strutture di mercato riconducibile all'art. 41 Cost. il filone della dottrina costituzionalistica che pure riconosce il valore dell'iniziativa economica privata circoscrive il campo di indagine alla prospettiva soggettiva: la libertà di concorrenza dovrebbe pertanto ritenersi tutelata nella misura in cui viene riconosciuto dalla Costituzione il diritto di iniziativa economica, dovendosi escludere una garanzia della «libertà di mercato» distinta dalla libertà degli operatori all'interno dello stesso, da intendersi come garanzia soggettiva del diritto di iniziare e svolgere un'attività economica in condizione di parità e di eguaglianza¹¹.

Rispetto all'alternativa posta da queste interpretazioni la struttura delle decisioni adottate dall'Autorità *antitrust* evidenzia piuttosto come la garanzia del mantenimento della concorrenza non sia un valore astratto: non si tratta di tutelare un modello di mercato, né di garantire una forma di concorrenza, anziché un'altra. L'*iter* argomentativo che sostiene le motivazioni delle decisioni affronta entrambe i profili: la tutela della concorrenza rappresenta la garanzia della posizione soggettiva dei singoli dalle distorsioni e dai privilegi monopolistici, ma tale risultato «passa» attraverso un'attenta valutazione delle caratteristiche del mercato di riferimento. Quelle stesse caratteristiche condizionano l'«*an*» della decisione nel senso della archiviazione ovvero dell'irrogazione della sanzione nel caso della riscontrata violazione delle regole concorrenziali. Lungi dal garantire la permanenza dell'operatore privato sul mercato, le norme *antitrust* regolano le relazioni inter-

partiene alle scelte dell'autorità si è fuori dell'art. 41: ciò non significa che tali misure non possano trovare copertura in altre norme della Costituzione, ma le stesse rientrano nel modello dell'art. 43 e quindi nel tipo di organizzazione economica che la disposizione sottende. Il modello economico fondato sull'art. 41 non consentirebbe pertanto imposizioni autoritative che incidano sulla determinazione della domanda e dell'offerta: l'eliminazione dei presupposti per la vigenza di un regime di concorrenza sarà possibile solo attraverso lo strumento della riserva di cui all'art. 43. In tempi meno recenti, G. IUDICA, *Autonomia dell'imprenditore*, cit., 178, ha riferito l'oggetto della garanzia costituzionale all'interesse soggettivo degli imprenditori a non subire vincoli, restrizioni, comandi e divieti incompatibili con la conservazione dell'economicità complessiva del sistema di mercato in cui gli stessi operano.

¹¹ È la tesi di A. Pace, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 327 ss.

private ancorandole alla dimensione del mercato e contribuiscono a definire in termini concreti il *quantum* di garanzia della libertà di concorrenza. Secondo questo schema logico la connessione fra la dimensione del mercato e l'effettività della tutela del valore costituzionale della concorrenza, che rappresenta poi il dato di partenza di questa ricerca, emerge in tutto il suo rilievo pratico oltreché teorico.

1.2. *La natura del vincolo interpretativo nei confronti dei principi comunitari in materia di concorrenza*

Se l'analisi delle decisioni dell'Autorità contribuisce a definire sulla base di elementi concreti il rapporto fra la cultura del mercato concorrenziale e l'attuazione dell'art. 41 della Costituzione, la presenza del vincolo interpretativo posto nell'art. 1.4 della legge 287 contribuisce a precisare il ruolo dei profili comunitari della cultura del mercato nell'applicazione delle regole nazionali *antitrust*.

Anche in questo caso è opportuno muovere delle soluzioni interpretative suggerite dalla formulazione della disposizione in esame. Da parte di taluni autori si è tentato di circoscrivere l'efficacia del vincolo interpretativo al «nucleo fondamentale» dei principi comunitari in materia di concorrenza: in particolare, il rinvio effettuato dalla legge italiana comprenderebbe la prassi della Commissione CEE nell'applicazione delle nozioni di carattere tecnico (intesa, pratica concordata) ovvero l'interpretazione di nozioni, quale ad esempio quella di impresa, alla quale l'ordinamento comunitario attribuisce contenuti e finalità diversi rispetto alla nozione codicistica (art. 2082 Cod. civ.)¹². Tale lettura tende ovviamente a sottolineare le peculiarità dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza nell'ambito del nostro ordinamento e quindi ad evitare che la stessa si traduca in un'anonima ed acritica adesione ai principi comunitari.

Sul versante opposto si estende invece il vincolo all'intero *corpus* della normativa comunitaria *antitrust* e si giustifica tale assunto con il principio di supremazia del diritto comunitario sui diritti nazionali de-

¹² In tal senso A. GUARINO, *Sul rapporto tra la nuova legge antitrust e la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1991, 639.

gli Stati membri¹³. Dal momento che nella costruzione comunitaria del diritto della concorrenza l'interpretazione della Corte di giustizia ha svolto un ruolo assolutamente determinante, il rinvio contenuto nell'art. 1.4 della legge nazionale non potrebbe intendersi come limitato al solo testo delle disposizioni del Trattato, ma dovrebbe piuttosto ritenersi esteso all'interpretazione della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità Europee¹⁴.

Su posizioni intermedie si pongono gli interpreti che sottolineano i limiti della soluzione favorevole ad un'acritica e completa adesione ai parametri elaborati dall'ordinamento comunitario in materia di concorrenza e che auspicano piuttosto l'adesione da parte dell'Autorità a criteri di valutazione che siano comunque informati ai canoni ermeneutici del diritto interno¹⁵. Il fine della disposizione sarebbe quello di coniugare le regole nazionali di ermeneutica con i principi del diritto comunitario al fine di farne derivare una disciplina quanto più possibile omogenea e coerente con gli obiettivi dell'integrazione europea. È stato a questo proposito ricordato come l'ingresso della cultura comunitaria della concorrenza, formalizzato dal rinvio contenuto nell'art. 1.4 della legge, possa contribuire a consolidare la funzione che alla concorrenza è attribuita dalle istituzioni comunitarie e dalla stessa Corte di giustizia. La centralità di tale valore è collegata alla prospet-

¹³ È la tesi sostenuta da M.V. BENEDETTELLI, *Sul rapporto fra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza (riflessioni in margine al disegno di legge n. 3755 ed al regolamento comunitario sulle concentrazioni)*, in *Foro it.*, 1990, IV, 235 ss.; M. MEROLA-G. RIZZA BAJARDO, *Tutela della concorrenza nella legge n. 287 del 1990: rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 520.

¹⁴ M. MEROLA-G. RIZZA BAJARDO, *Tutela*, cit., 524; A. MANCINI, *The italian law in defence of competition and the market*, in *European Competition Law Review*, 1991, 1, 45, si chiede come debba essere interpretato l'art. 1.4 alla luce dell'art. 177 del Trattato ed in particolare se dalla prima disposizione si debba dedurre l'esistenza di un obbligo in capo all'autorità giurisdizionale italiana, che si trovi a risolvere una controversia in materia di *antitrust*, di rimettere la questione interpretativa alla Corte di giustizia al fine di dare attuazione a quel vincolo interpretativo. L'autore sembra propendere per la soluzione negativa osservando «it's to be hoped not, as this could have significant impacts on the length of a trial and thus on the effectiveness of an *antitrust* claim» (ivi, 47).

¹⁵ Così F. SAJA, op. cit., 457; in termini analoghi, M. PINNARÒ, op. cit., 434-435.

tiva dell'integrazione europea e sotto tale profilo un'interpretazione delle regole poste a tutela del mercato in linea con i principi della Comunità contribuisce ad evitare interpretazioni «centrifughe» e la produzione di antinomie fra gli ordinamenti¹⁶.

I dubbi interpretativi ora esaminati sono stati risolti dall'Autorità mediante la sostanziale adesione alle tesi intermedie in virtù della necessità di un'interpretazione della legge fondata sulla base dell'armonico coordinamento e della reciproca integrazione fra i principi comunitari e quelli del diritto interno. Nella prima Relazione sull'attività svolta presentata al presidente del Consiglio dei Ministri il Garante *antitrust* ha affermato tale principio generale accanto ad una serie di criteri specifici idonei a risolvere i problemi di interpretazione della legge.

In primo luogo l'interpretazione delle regole poste nel Titolo I della legge, disciplinanti figure di comportamento concorrenziale vietato sulla falsariga di quelle contenute nei Trattati comunitari, dovrà essere effettuata in base ai principi comunitari ricavabili, oltretutto dalle norme, dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia e dalle decisioni della Commissione CEE. A tale recepimento si attribuisce il pregio di rendere esplicite le nozioni tecniche di intesa o di posizione dominante accanto all'introduzione del principio della *rule of*

¹⁶ Così G. BERNINI, *Un secolo*, cit., 320. Insiste sulla importanza del vincolo interpretativo nel quadro di una sorta di «uniformazione» del diritto quantomai obbligatoria in seno ad una Comunità fondata sul mercato interno, A. FRIGNANI, *Articolo 1*, in *Diritto antitrust*, cit., 106: l'autore individua infatti tre importanti effetti positivi derivanti dal principio dell'art. 1.4 che contribuirebbe non solo all'effetto dell'uniformazione di cui sopra, ma anche alla formazione nel nostro ordinamento di una cultura pro-concorrenziale ed alla individuazione delle regole di comportamento per le imprese che sono poi i destinatari della legge. Secondo M. ORLANDI, *La legge per la tutela della concorrenza e del mercato*, in *Giur. merito*, 1992, IV, 495, la ratio dell'art. 1.4, che derogherebbe all'art. 12 delle preleggi sui criteri di interpretazione della legge, risponde ad una pluralità di esigenze quali la garanzia del diritto ed il miglioramento del coordinamento fra la normativa nazionale e quella comunitaria (ivi, 502). Dubita invece che la norma possa sortire effetti positivi, R. ALESSI, *Articolo 1*, in R. ALESSI e G. OLIVIERI, *La disciplina*, cit., 13, il quale ritiene che il travaso di principi e regole dal diritto comunitario a quello nazionale sarebbe comunque avvenuto anche senza l'ultimo comma dell'art. 1, consentendo allo stesso tempo di evitare la rigidità di un rinvio in bianco ai «principi» del diritto comunitario.

reason, del principio cioè in base al quale i comportamenti sospettati di violare le regole della concorrenza non sono vietati in sé, ma sono piuttosto l'oggetto di un giudizio volto a verificare in concreto la struttura del mercato prima e dopo l'attuazione dell'accordo.

1.3. *L'adesione ai parametri comunitari nel rispetto delle peculiari esigenze di apertura del mercato nazionale alla concorrenza*

Ai fini della presente ricerca l'aspetto di maggior interesse riguarda l'individuazione di un parametro di giudizio fondato sulle diverse finalità delle normative *antitrust* interna e comunitaria: a questo proposito l'Autorità ha ricordato che, mentre le norme del Trattato di Roma relative alla tutela della concorrenza sono finalizzate all'eliminazione delle barriere che impediscono lo svolgimento delle libertà fondamentali e quindi l'integrazione del mercato interno, la legge n. 287 del 1990 opererebbe all'interno di un mercato nazionale ed integrato¹⁷. Vi è nelle proposte interpretative del Garante *antitrust* la volontà di mantenere in una posizione di equilibrio le istanze e le specificità del sistema economico italiano con il ruolo che al mercato si riconosce in ambito comunitario. La necessità di garantire tale armonizzazione costituisce d'altro canto la maggiore preoccupazione delle interpretazioni che ab-

¹⁷ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale al Presidente del Consiglio dei Ministri per il 1990*, cit., 181. La distinzione viene riproposta da M. ORLANDI, op.cit., 497, che vede nelle deroghe di cui all'art. 4 la fonte di un potere discrezionale che consente al Garante di limitare la concorrenza tenendo conto della necessità di mantenere la competitività delle imprese sul piano internazionale. Con riferimento all'ampiezza dei poteri discrezionali concessi all'Autorità in virtù della genericità della formula adottata dall'art. 4, D. DA EMPOLI, *The italian law for the protection of competition and the market*, in *Economia delle scelte pubbliche*, 1990, n. 2/3, 71, sottolinea la distinzione di funzioni fra la Commissione che è tenuta a garantire la libera circolazione delle merci e dei servizi fra gli Stati membri e l'Autorità garante che deve preoccuparsi di favorire l'interesse nazionale. Tale separazione non va tuttavia assolutizzata dal momento che autorevole dottrina sottolinea l'importanza del ruolo svolto dalla legge italiana rispetto al buon funzionamento del mercato comune: in tale senso, C. MENIS, *Les rapports entre le droit communautaire et la nouvelle loi italienne relative à la protection de la concurrence*, in *Economia delle scelte pubbliche*, 1990, n. 2-3, 90; G. CHARRIER, *Parallèle entre la loi italienne et le système français*, ibid., 103.

biamo definito intermedie: esse appaiono infatti indirizzate verso un'adesione «ragionata» ai principi del mercato comunitario. Si sottolinea quindi la necessità di mantenere un equilibrio fra i due principi fondamentali dell'art. 1 della legge: l'ingresso della logica comunitaria della concorrenza, così come consolidata attraverso trenta anni di giurisprudenza della Corte di giustizia e di attività della Commissione, dovrà avvenire nel rispetto dei valori contenuti nell'art. 41 della Costituzione ed in particolare con il valore dell'utilità sociale posto dal comma 2 come limite alla libertà economica¹⁸.

La necessità dell'armonizzazione fra i principi comunitari in materia di concorrenza con la costruzione costituzionale di una libertà economica «limitata» non deve tuttavia svolgersi sulla base della assoluta inadeguatezza ovvero dell'insensibilità del legislatore comunitario nei confronti dei valori sociali ed individuali espressi dall'art. 41 della Costituzione. L'identificazione del modello comunitario con il modello economico liberista porta generalmente a considerare tale sistema del tutto incompatibile con i valori e gli interessi di natura sociale non riconducibili all'esigenza dell'efficiente allocazione delle risorse e della produttività¹⁹.

Occorre però a tale proposito richiamare il quadro dei principi della Costituzione economica comunitaria tracciato nel capitolo precedente, principi che, come abbiamo in più occasioni ricordato, riflettono l'interpretazione della Corte di giustizia e la prassi della Commissione oltreché le direttive contenute nelle Relazioni sulla politica di concorrenza. Il consolidamento dei principi fondamentali della Comunità sulla base dei valori di libertà posti alla base del funzionamento del mercato interno appartiene alla «storia» dell'integrazione comunitaria: tale processo appare tuttavia come il frutto di una tensione dinamica fra l'integrazione negativa fondata sul valore della libertà economica intesa come strumento di eliminazione degli ostacoli e dei vincoli che allontanano la prospettiva del mercato unico, e la consapevolezza della necessità di derogare, nelle forme consentite dal Trattato, alla logica della concorrenza al fine di favorire interessi di natura diversa.

Risulta in realtà sempre più sterile il paragone fra un sistema comunitario «totalmente insensibile» all'istanza sociale ed un ordinamento interno fondato sul valore assoluto della dimensione «sociale». Se il sistema comunitario fosse unicamente fondato sulla politica di concorrenza non avrebbero alcuna ragione di esistere i dubbi sollevati dalla dottrina esaminata nel capitolo precedente in ordine all'ambiguità di un ordinamento in cui convive la logica dell'integrazione e dell'armonizzazione con la logica dell'intervento normativo diretto a regolare situazioni in base a parametri diversi da quelli del mercato concorrenziale. Non avrebbe neppure ragione di esistere il principio fondamentale della neutralità del Trattato: in realtà, abbiamo visto come la politica comunitaria di concorrenza mantenga la sua centralità all'interno di una trama di interazioni reciproche e di bilanciamento con le altre politiche comunitarie.

Se questi due aspetti non possono essere disconosciuti occorre allora prendere atto di questa complessa realtà fondata sulla logica del bilanciamento fra la cultura della concorrenza e le finalità di natura sociale che pure sono state ribadite nella formulazione dell'art. 2 successiva al Trattato di Maastricht ove allo sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche si unisce l'idea della crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, nonché l'elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri.

Se questi due aspetti non possono essere disconosciuti occorre allora prendere atto di questa complessa realtà fondata sulla logica del bilanciamento fra la cultura della concorrenza e le finalità di natura sociale che pure sono state ribadite nella formulazione dell'art. 2 successiva al Trattato di Maastricht ove allo sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche si unisce l'idea della crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, nonché l'elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri.

Il richiamo ai principi comunitari di cui all'art. 1.4 della legge nazionale potrebbe allora essere interpretato come un rinvio alla logica del bilanciamento fra la politica di concorrenza e le politiche che esprimono la necessità dell'integrazione sociale, logica che in ambito comunitario si traduce nell'attivazione del meccanismo delle esenzioni contenute nell'art. 85, § 3 del Trattato.

La verifica delle forme attraverso le quali questa tecnica viene appli-

¹⁸ M. PINNARÒ, *Diritto di iniziativa*, cit., 436, richiama l'attenzione sul concreto rapporto fra i due principi affermati dal primo e dal quarto comma dell'art. 1 della legge 287 del 1990: l'adesione ai principi comunitari della concorrenza non potrà essere esaltata al punto di conseguire il ridimensionamento dei contenuti, dei limiti e delle sollecitazioni contenute nella legge.

¹⁹ Secondo R. ALESSI, *Articolo 1*, cit., 14, la formulazione dell'art. 1.4 peccherebbe di eccessiva disinvolture in quanto non sembra tener conto del fatto che l'ordinamento comunitario riflette un'idea del sistema economico di matrice molto più liberale rispetto a quella accolta dalla nostra Costituzione, ove all'art. 41 si dà rilievo a motivi di «utilità sociale» rimasti estranei al Trattato CEE.

cata non può essere tuttavia svolta sulla base della formulazione della disposizione: occorre piuttosto verificare qual è l'uso e la frequenza con la quale si invocano le deroghe in questione e soprattutto la motivazione che accompagna l'eventuale diniego o la concessione delle medesime da parte dell'Autorità. Il problema del bilanciamento fra le regole della concorrenza e gli interessi di natura non economica introduce in realtà sia il discorso sulle funzioni (tecnica decisoria, valutazione degli interessi etc.) che sulla struttura dell'Autorità indipendente (natura dell'indipendenza, imparzialità etc.) che opera da cinque anni al fine di adeguare attività economiche private nonché disposizioni normative e regolamentari alle regole del mercato concorrenziale.

2. La difesa del mercato concorrenziale e l'intervento pubblico nei rapporti economici. Intervento pubblico e regolazione del mercato

Prima di esaminare l'organizzazione e le funzioni dell'Autorità *antitrust* è opportuno premettere alcune considerazioni sul modello della regolazione del mercato. Un'adeguata precisazione delle nozioni di regolazione, regolamentazione ed intervento pubblico, spesso utilizzate indifferentemente, aiuta a comprendere le peculiarità di quella forma di intervento pubblico che si traduce nell'adozione di forme istituzionali di garanzia del funzionamento concorrenziale del mercato, alle quali appartengono le norme *antitrust*.

La riconduzione di tale strumento nel quadro della genesi della *regulation* permette inoltre di distinguere la regolamentazione di settore dalla logica dell'*antitrust*: su queste basi dovrebbe apparire più chiara l'impostazione della tecnica decisionale utilizzata dall'Autorità nella valutazione del grado di concorrenzialità del mercato e la stessa natura di tale autorità indipendente.

Poiché una delle forme tipiche di regolazione si svolge mediante l'introduzione di agenzie pubbliche ed è a questo modello che si ispirano le nostre autorità amministrative indipendenti, l'analisi del significato e dell'uso delle politiche di regolamentazione contribuisce a porre in evidenza alcune caratteristiche proprie della forma «storica» di regolazione economica condotta mediante la normativa *antitrust*. Questo profilo costituisce la necessaria premessa per affrontare il tema degli interessi sottostanti alla *economic regulation* ed in particolare

quello della regolazione del mercato condotta secondo il parametro delle norme poste a garanzia della concorrenza e del mercato.

La «necessità» del mercato regolato è una diretta ed immediata conseguenza dell'impostazione ideologicamente orientata secondo cui il mercato che si autoregola contiene al suo interno i germi della propria autodistruzione: solo un intervento dall'esterno garantirebbe il mantenimento di condizioni di pacifica competitività. L'alternativa storica del dibattito in materia di scelte economiche è sempre stata quella di decidere se fosse opportuno lasciare il mercato competitivo libero di funzionare ovvero si dovesse perseguire l'efficienza e la giustizia sociale attraverso sistemi alternativi rispetto a quello di mercato²⁰.

Il tema della regolazione è strettamente collegato con le inefficienze o fallimenti del mercato: si ricorre alla regolazione laddove il potere di mercato si dimostri insufficiente a garantire l'efficienza economica. Il problema è capire le finalità della regolazione, il suo rapporto con le regole del mercato e le eventuali differenze rispetto alle diverse forme di intervento pubblico nell'economia.

2.1. Le tecniche della regolazione normativa del mercato: l'esistenza di interventi normativi adesivi o neutrali rispetto alle regole del mercato

Il primo dato che va chiarito, anche alla luce della complessità dei rapporti fra ordinamento giuridico ed organizzazione di mercato descritta nella prima parte, è proprio la biunivocità del rapporto che lega la regolazione normativa del mercato ed il sistema giuridico. Il termine intervento riferito al mercato assume tradizionalmente il significato di un intervento esterno da parte dell'ordinamento giuridico con il quale si correggono ovvero si sostituiscono le regole del mercato. È stato a questo proposito acutamente posto in risalto come proprio dalla disciplina legislativa così come dalla giurisprudenza e dagli interventi amministrativi derivino forme di intervento volte a regolare determinati

²⁰ Così D. HELM, *I confini economici dello stato*, in AA.VV., *Regolazione e/o privatizzazione*, Quaderno n. 18 di *Problemi di amministrazione pubblica*, Bologna, 1992, 33.

mercati che non si esauriscono nella imposizione di regole esterne sul mercato, ma che comprendono anche gli interventi adesivi o neutrali rispetto alle regole del mercato²¹. Se è inconcepibile pensare al meccanismo di mercato come ad un meccanismo che si sviluppa all'interno di un sistema privo di norme, sarebbe altrettanto improprio descrivere il mercato come mero soggetto passivo delle regole poste dall'ordinamento giuridico; in altri termini, il fatto che il mercato operi all'interno di un sistema normativo non implicherebbe automaticamente l'antagonismo del diritto rispetto al mercato, ben potendo sussistere nella realtà concreta forme di intervento adesive o neutrali rispetto alla struttura delle regole proprie del mercato.

Nella direzione diritto *versus* mercato si collocano ad esempio le decisioni della Corte costituzionale con le quali si allargò la nozione della espropriazione a tutte quelle forme di vincoli di inedificabilità imposti dalla pubblica amministrazione a tempo indeterminato: per evitare la cessazione di tutti i vincoli posti dal piano regolatore, il legislatore è successivamente intervenuto fissando un limite di cinque anni per la legittimità delle occupazioni. Il meccanismo avviato dalla giurisprudenza costituzionale ed i successivi interventi legislativi avrebbero contribuito a definire i diversi mercati delle aree non soggette a vincolo, delle aree sottoposte a vincoli non ancora scaduti e delle aree con vincoli ormai scaduti rispetto ai quali si impose l'intervento dei giudici amministrativi al fine di «definire» la legittimità di eventuali reiterazioni del vincolo da parte dell'amministrazione.

In direzione opposta si muove invece la giurisprudenza ordinaria nell'ambito dei contratti con i consumatori: tanto l'intervento del legislatore che quello dei giudici sarebbero ispirati dal principio dell'adesione alle regole del mercato. L'esempio sarebbe fornito dalla giurisprudenza sull'applicazione degli artt. 1341-1342 Cod. civ., disciplinanti rispettivamente l'adesione alle condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti e la conclusione dei contratti stipulati mediante formulari. L'orientamento prevalente tenderebbe ad un sindacato formale sulle clausole contenute nei contratti per adesione e

²¹ È la tesi sostenuta da G. ALPA, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole del mercato*, in *Conte imp.*, 1989, 368 ss.

quindi ad un sostanziale avallo della posizione (abusiva) del contraente più forte²².

Sulla base dei risultati di questa indagine è possibile individuare un primo significato del termine di regolazione estendendolo a tutti gli interventi normativi di diritto privato che generano nei rapporti interprivati la pluralità di effetti sopra descritti. Le norme di diritto privato unitamente al filtro dell'applicazione giurisprudenziale sono quindi in grado di determinare l'assetto, talora innovandolo, dei rapporti di mercato così come possono mantenerlo sostanzialmente intatto mediante discipline normative sostanzialmente neutrali rispetto alla struttura delle relazioni economiche.

2.2. La regolazione nel quadro delle funzioni amministrative

Nell'ambito del diritto pubblico il problema centrale della regolazione diventa quello della natura delle attribuzioni da parte del legislatore di funzioni di controllo sull'attività dei privati e sui rapporti di diritto privato. Per rispondere a questo interrogativo di fondo si è di recente sviluppato in seno alla dottrina amministrativistica il filone degli studi sulla regolazione.

Attraverso tali contributi è stato possibile definire le funzioni di una sempre più vasta legislazione che delega ad autorità indipendenti le funzioni di controllo, indirizzo ovvero di registrazione dei rapporti economici privati.

I risultati di questa ricerca conducono verso l'individuazione di alcune tipologie fondamentali di rapporti definiti dal legislatore nei confronti del potere pubblico. La prima forma sarebbe quella della funzione regolativo-amministrativa che si fonda sul ruolo centrale dell'amministrazione nell'attuazione del precetto normativo; la seconda si limiterebbe a prevedere l'attuazione diretta della norma da parte del giudice; la terza forma di regolazione pubblica si fonderebbe, infine, sull'autoregolazione dei privati operanti in un determinato settore²³.

²² Così G. ALPA, *Strumenti privatistici*, cit., 373 e 382.

²³ Sulla base di queste categorie, G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del*

Il contenuto dell'attività regolativo-amministrativa, i contorni della quale definirebbero il modello di funzionamento delle autorità indipendenti, e quindi anche dell'Autorità *antitrust*, è definito da una serie di interventi volti a garantire la conformità dell'azione delle singole imprese alle regole fissate dal legislatore ed a mantenere il corretto funzionamento di un intero apparato economico di settore²⁴.

La definizione suddetta utilizza la nozione di intervento per distinguere l'attività regolativo-amministrativa dalle altre forme di regolazione: la sua principale caratteristica riguarda il rapporto fra l'autorità pubblica titolare di funzioni di regolazione e gli interessi dei privati. Rispetto a questi ultimi l'attività pubblica non porrebbe obiettivi o programmi in grado di indirizzare o addirittura vincolare l'attività dei privati al raggiungimento di determinati fini. La regolazione opererebbe in una posizione di terzietà rispetto agli interessi suddetti, limitandosi l'azione pubblica a verificare la corretta applicazione dei principi e delle regole contenute nella legge.

In realtà, accanto a questa funzione che potremmo definire «arbitrale» ovvero quasi-giurisdizionale di accertamento della corretta applicazione delle norme di legge la nozione di regolazione comprenderebbe anche una funzione attiva di natura direttiva mediante

mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative, Padova 1993, 259 ss., distingue la disciplina regolativo-amministrativa dalle regole poste nelle codificazioni di diritto privato e dalle regolazioni che si fondano sull'autoregolazione dei rapporti interprivati. La caratteristica della funzione regolativo-amministrativa è nel ruolo indefettibile dell'organismo pubblico per l'applicazione e la concretizzazione del precetto normativo, attuazione che nelle codificazioni di diritto privato è rimessa all'autorità giurisdizionale. In una posizione mediana si porrebbe la disciplina regolativa fondata sull'autoregolazione dei privati operanti nel settore. All'interno di quest'ultima tipologia l'autore colloca la disciplina della concorrenza e del mercato introdotta dalla legge n. 287 del 1990. Ad analoghe conclusioni giunge L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, passim, che riprende la distinzione fra la regolazione dei rapporti interprivati dagli interventi che definiscono gli obiettivi dell'azione privata elaborata da S. CASSESE, *Dal mercato guidato al mercato regolato*, in *Id.*, *È ancora attuale la legge bancaria del 1936? Stato, banche e imprese pubbliche dagli anni '30 agli anni '80*, Roma, NIS, 1987, 104 ss.

²⁴ Così G. VESPERINI, *La Consob*, cit., 283.

la quale l'Autorità contribuirebbe a mantenere la complessiva capacità di funzionamento dell'intero settore economico controllato²⁵.

Le caratteristiche suddette si estenderebbero anche all'Autorità posta a difesa della concorrenza e del mercato: essa infatti vigila sul rispetto delle condizioni poste dalle regole *antitrust* a garanzia del mantenimento di un mercato concorrenziale svolgendo un'attività di controllo, di verifica e di sanzione dei rapporti interprivati; al tempo stesso rientrerebbero nel novero delle sue funzioni attività discrezionali, quale ad esempio quella di concessione dell'autorizzazione in deroga ai divieti in materia di intese.

Rinviando ai successivi capitoli per la concreta definizione della posizione di indipendenza e di terzietà propria dell'Autorità *antitrust* e del significato che in questo quadro assume l'adozione di provvedimenti discrezionali, è opportuno fin da ora tentare di chiarire meglio i contorni delle diverse forme di intervento sul mercato.

È evidente come la categoria dell'intervento pubblico utilizzata nel senso sopra descritto con riferimento all'attività delle autorità indipendenti, e quindi anche dell'Autorità *antitrust*, sia strettamente connessa con le ragioni storiche dell'introduzione di questa formula di organizzazione pubblica: l'espansione, non più sostenibile già a partire dagli anni ottanta, dell'impresa pubblica e delle forme di direzione pubblica dell'iniziativa privata è una delle ragioni fondamentali che hanno favorito il ricorso a tale formula organizzatoria.

Il termine di regolazione pubblica è stato riferito alle forme di intervento pubblico dirette ad incidere, in diverse forme e con diversa intensità, nei rapporti economici privati: è in questo senso che si utilizza il termine di regolazione pubblica al fine di descrivere l'intervento

²⁵ Secondo G. VESPERINI, *La Consob*, cit., 283, l'attività di regolazione si colloca a metà strada fra la vigilanza di polizia economica e la direzione. Essa ripeterebbe infatti dall'attività di polizia le azioni preventive e repressive volte ad evitare o sanzionare l'inosservanza dei divieti posti dal legislatore; l'attività regolativa si arricchirebbe quindi dei contenuti propri dell'attività direttiva in quanto contribuisce a definire la regolamentazione complessiva del settore. Nell'ambito di questi poteri attivi l'amministrazione sarebbe titolare di poteri di conformazione, in virtù dei quali stabilisce con provvedimenti amministrativi o con atti generali le caratteristiche e le condizioni in presenza delle quali una determinata facoltà può essere concretamente esercitata.

conformativo, gli interventi finalistici nonché quelli di tipo condizionale. Apparterrebbero alla prima categoria le norme del Codice civile sulle società per azioni; alla seconda si riconducono invece le pianificazioni, mentre all'intervento condizionale si uniformano le disposizioni con le quali il legislatore fissa le cd. «regole del gioco».

Come abbiamo già spiegato, a quest'ultima tipologia si dovrebbe ricondurre la normativa *antitrust* in quanto fondata su norme poste a garanzia della trasparenza e della visibilità dei mercati. In una formula più generale questi interventi normativi sarebbero finalizzati non ad orientare il mercato, quanto piuttosto a conservare e rafforzare una sua regola, ovverosia la concorrenza²⁶.

La differenza che separa quest'ultima forma di intervento da quella di tipo finalistico sotto il profilo dell'impatto sulle regole del mercato deve far riflettere sul valore effettivo dell'utilizzazione generalizzata del termine intervento rispetto alle diverse forme e contenuti che la legislazione economica può assumere e quindi alle diverse reazioni della stessa sulla struttura di mercato.

Abbiamo peraltro già osservato come anche nell'ambito della normativa di diritto privato siano state isolate diverse categorie di norme capaci di assumere le forme di una normativa distorsiva, correttiva o adesiva rispetto alle dinamiche del mercato. Dal momento che ciò accade anche nell'ambito della normativa di rilievo pubblicistico, occorre sottolineare come sia quantomeno fondato il dubbio che l'uso del termine intervento riferito al mercato possa celare vicende fra loro assai differenti. Sotto questo profilo appare allora assai più significativo collocare l'intervento pubblico all'interno di due distinte categorie: la prima riguarderebbe proprio l'intervento di carattere regolativo che trova nel mercato il proprio punto di riferimento, mentre l'altra si riferisce alle ipotesi in cui le attività da regolare non si trovano più sul mercato.

La finalità dell'intervento con funzioni regolatorie è quella di garantire l'eguaglianza e la libertà dei soggetti che operano all'interno del

²⁶ Così S. CASSESE, *Dal mercato guidato al mercato regolato*, cit., 106; sulle diverse forme di intervento pubblico fondate sulle diverse tipologie di regolazione normativa, si veda da ultimo S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 1995, 125.

mercato attraverso il mantenimento della regola della concorrenza; la seconda forma di intervento presuppone un'attività che non può essere proficuamente portata sul mercato e che impone all'amministrazione di salvaguardare interessi pubblici esterni rispetto al funzionamento del mercato e che si può estrinsecare attraverso attività imprenditoriali pubbliche, lo sviluppo dell'assistenza o della ricerca scientifica²⁷.

Risulta allora evidente come il termine intervento riferito alla struttura di mercato abbia il significato di una mera formula riassuntiva all'interno della quale è possibile individuare diverse tipologie di regolazione pubblica.

La disciplina regolativa è *market oriented*; le altre forme di regolazione presuppongono situazioni ed attività esterne rispetto all'organizzazione di mercato. L'intervento regolativo del primo tipo presuppone una particolare tipologia di strumenti e di autorità: esso si traduce in una legge dotata della generalità ed astrattezza e attraverso l'affidamento all'amministrazione di funzioni paragiurisdizionali.

Ciò non preclude di considerare la regolazione come forma di intervento: occorre però precisare che solo la regolazione in senso lato, in termini cioè di regolamentazione normativa, può coincidere con la nozione di intervento pubblico.

2.3. *L'interpretazione restrittiva della nozione di intervento pubblico: la distinzione fra intervento pubblico e regolazione del mercato mediante legge antitrust*

Se invece si accoglie, come sembra più corretto, l'idea che l'intervento pubblico in senso stretto è solamente quello che comprende gli interventi diretti del settore pubblico sul mercato mediante l'imposizione di regole di natura amministrativa volte a condizionare la dinamica del mercato, si può concretamente restringere l'area della regolamentazione e riferirla più propriamente agli interventi indiretti volti a

²⁷ Così B. DENTE, Prefazione a R. PARRIS, *Una burocrazia costituzionale. L'evoluzione dell'amministrazione centrale inglese dal Settecento a oggi*, Milano, 1979, 31.

modificare gli incentivi, quali tasse e sussidi, oltre agli interventi di natura istituzionale volti a garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale, quali appunto le leggi *antitrust*²⁸.

Gli interventi regolamentativi finalizzati al miglior funzionamento delle regole del mercato introdotte da fonti legislative devono dunque ritenersi interventi di regolazione istituzionale che dell'intervento pubblico avrebbero solo il *nomen*, visto che l'intervento in senso stretto riguarda piuttosto la sostituzione ovvero il condizionamento delle regole del mercato attraverso l'ingresso diretto del potere pubblico nell'organizzazione economica di mercato.

La necessità di distinguere le diverse forme di intervento diretto dalla regolazione svolta mediante l'attuazione della politica della concorrenza è stata del resto sottolineata anche da quegli autori che hanno su tale base isolato diversi modelli di politica economica. All'intervento in senso stretto corrisponderebbe, infatti, la politica industriale fondata sulla presenza massiccia dello Stato che offre una serie di sostegni e di incentivi a difesa dell'industria nazionale, favorendo il suo rafforzamento, assegnando alle grandi imprese spazi esclusivi di mercato ovvero praticando nei loro confronti una politica protezionistica. Sul versante opposto vi sarebbe la politica di concorrenza, imposta dal processo di integrazione europea, con la quale (sulla base di leggi generali) lo Stato impone alle imprese ed a sè stesso regole per il corretto funzionamento del mercato concorrenziale, vietando quegli accordi internazionali o quelle fusioni che nascondano abusi di potere economico e curando di salvaguardare il principio della parità fra impresa pubblica ed impresa privata rispetto alla regola generale della concorrenza²⁹.

²⁸ In tal senso A. PERA (a cura di), *Regolamentazione, efficienza, mercato. Contributi per l'analisi del caso italiano*, Milano, 1991, 13.

²⁹ H. DUMEZ e A. JEUNEMAITRE, *Lo Stato e il mercato europeo: verso uno Stato di diritto economico*, in *Probl. amm. pubbl.*, 1993, n. 2, 243 ss., riconduce agli interventi di politica industriale il modello dell'economia politica di mercato caratterizzata dal complesso intreccio fra forma e contenuto delle politiche di intervento sul mercato perseguite dallo Stato, mentre la politica di concorrenza sarebbe propria del modello dello Stato di diritto economico. Generalmente la politica è indotta a compiere scelte del primo tipo sulla base di quattro principi che tendono ad eliminare, ovvero a considerare non opportuna la concorrenza: si tende a sottolineare la peculiarità di taluni

La differenza fra l'intervento pubblico in senso stretto caratterizzato dalle finalità definite di politica industriale e la regolazione del mercato attraverso la politica di concorrenza riguarda sia la sostanza che la forma dell'intervento. Sotto il primo profilo l'intervento diretto è sostenuto da valutazioni del caso singolo, ovvero del particolare settore produttivo, della particolare natura del servizio nonché della specialità del prodotto oggetto della produzione; alle decisioni settoriali proprie della politica industriale si oppongono gli interventi generali di tipo istituzionale fra i quali appunto si colloca la politica antimonopolistica. La regola della concorrenza viene così ad essere garantita da disposizioni di legge la cui applicazione è riservata ad amministrazioni indipendenti che agirebbero in veste di «quasi-giurisdizioni» (da ciò l'importanza riservata alle procedure ed il carattere formale dell'istruttoria) e che sono spesso soggette al controllo delle giurisdizioni stesse³⁰.

Da questa contrapposizione emerge la necessità teorica di tenere distinta la nozione di intervento pubblico dalle altre forme di intervento regolativo al fine di evitare che all'interno di una formula riassuntiva siano considerate indifferentemente scelte pubbliche che hanno invece un impatto diverso sulle regole e sulla struttura di mercato. In particolare, il problema delle forme dell'intervento suggerisce un'ulteriore riflessione sulle radici della regolazione ed in particolare della regolazione del mercato condotta mediante la politica di concorrenza: questa appare infatti fondarsi sulla generalità

settori industriali (ad. es., cinema, editoria, alte tecnologie) ovvero a ritenere un certo settore essenziale per l'interesse nazionale, nonché a favorire le grandi concentrazioni ovvero a deprecare gli sprechi della concorrenza in nome dell'efficienza. Allo Stato di diritto economico appartenerebbero invece le politiche di concorrenza che vedono lo Stato impegnato nel mantenimento all'interno dei diversi mercati di condizioni concorrenziali in grado di mantenere il buon funzionamento dell'economia. Al carattere individuale delle decisioni adottate in seno alla logica della politica industriale questo modello contrappone la logica delle regole generali, degli interventi adottati con legge, la cui applicazione è riservata ad autorità amministrative indipendenti che agiscono come «quasi-giurisdizioni» spesso soggette al controllo delle giurisdizioni stesse.

³⁰ Cfr. H. DUMEZ e A. JEUNEMAITRE, *Lo Stato e il mercato europeo*, cit., 250.

della previsione normativa e sulla quasi-giurisdizionalità degli organismi preposti all'applicazione della legislazione stessa.

2.4. *La regolazione ed il modello della regulation: alle origini del rapporto fra la regolazione del mercato ed il rango legislativo della normativa regolatrice*

La descrizione della regolazione ora svolta è in realtà quella più vicina al corrispondente istituto, appartenente alla tradizione di *common law*, della *regulation*. La forma più tipica di *regulation*, sulla quale si è sviluppato nel nostro paese il modello delle Autorità indipendenti, è appunto quello della *public agency regulation*³¹.

Per comprendere il ruolo di questa forma di intervento pubblico occorre considerare che esso si inserisce all'interno di sistemi istituzionali di *common law*: in particolare, il ricorso alle *public agencies* è stato efficacemente sintetizzato nel passaggio dalla *common law* al diritto legislativo³².

La forma legislativa adottata per l'introduzione nell'ordinamento americano delle *agencies* è elemento fondamentale per comprendere questa evoluzione: sotto il profilo teorico la forma legislativa del provvedimento si ricollega al dibattito dottrinale aperto da A. Smith e sviluppato da von Hayek in ordine alla necessità che solo provvedimenti generali ed astratti potessero introdurre limiti all'evoluzione spontanea dell'organizzazione di mercato a garanzia non solo della libertà dei singoli, ma anche dell'eguaglianza e della giustizia nei rapporti economici.

³¹ V. WRIGHT, *The administrative system and market regulation in western Europe: continuities, exceptionalism and convergence*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1026, individua quattro diverse forme di regulation: la *nazionalizzazione*, la *public agency regulation*, la *self-regulation* e la *regulation within private firms or groups*.

³² Così M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, cit., 122: il passaggio dal *common law* al diritto legislativo trova un corrispondente negli ordinamenti di *civil law* nel passaggio dal diritto privato al diritto pubblico. Ovviamente – precisa l'autore – questi passaggi non devono essere concepiti come il prodotto di un processo irreversibile: a tutt'oggi del resto si può sostenere che nel sistema americano il *common law* continua ad avere un ruolo fondamentale e lo *statute law* gioca un ruolo altrettanto importante, talora in concorrenza con il primo, talora integrandolo.

Nella cultura del mercato maturata in seno al liberalismo classico e filtrata dal neoinstituzionalismo di Hayek e dal contrattualismo di Buchanan la legittimazione della legislazione *antitrust* era in larga misura collegata alla non eticità di un sistema economico tollerante nei confronti delle diseguaglianze e dai privilegi derivanti dalle formazioni monopolistiche sul mercato. Rispetto a tale pericolo la generalità della disciplina regolativa appariva una garanzia anche nei confronti delle eventuali disparità di trattamento nella valutazione e nella sanzione delle diverse forme di monopolio.

Il collegamento fra la regolazione del mercato ed il rango legislativo della normativa regolativa accompagna in realtà la nascita del sistema fondato sulle *independent regulatory commission*: l'oggetto della *regulation* è infatti contenuto in una delega legislativa in favore di agenzie amministrative indipendenti dall'esecutivo³³. Con l'introduzione di questi organismi si sviluppa il primo nucleo del diritto amministrativo le cui caratteristiche vanno puntualizzate al fine di comprendere la natura di queste autorità. Il «nucleo duro» del diritto amministrativo in un sistema di *common law* sarebbe rappresentato proprio dalle regole procedurali che le agenzie devono osservare nello svolgimento della funzione di regolazione. Attorno alle regole procedurali si è sviluppato il diritto amministrativo sostanziale derivante dal complesso dei principi elaborati dalla prassi delle commissioni. La scelta della *public authority regulation* avrebbe in sostanza generato, da un lato, un procedimento amministrativo e, dall'altro, una pluralità di *policies* amministrative, tante quanti sono i settori delle *authorities*: la specializzazione dell'attività di questi organi e l'importanza del consolidarsi di regole procedurali volte a limitare la discrezionalità delle loro decisioni hanno assunto con il tempo un rilievo tale da condurre, intorno alla metà del novecento, ad interventi legislativi con i quali sono state definite le regole del procedimento e si è al contempo favorita la giurisdizionalizzazione dell'attività amministrativa delle *agencies*. Il potere legislativo interveniva quindi a garantire il principio del *due process*

³³ Sulla genesi delle *independent regulatory commission* nell'ordinamento costituzionale americano si vedano P. TESAURO, *Le «independent regulatory commission». Organi di controllo dei servizi pubblici negli Stati Uniti*, Napoli, 1966; M. PATRONO, *Sistema dei «regulatory powers» e Corte Suprema federale*, Milano, 1974.

all'interno di quella parte di funzioni delle agenzie incidenti sui diritti e sugli interessi individuali³⁴.

La dimensione processuale dell'attività delle *agencies* che giustifica l'affermazione ricorrente secondo cui gli organi della *regulation* opererebbero secondo parametri quasi-giurisdizionali si traduce nel rispetto delle regole del contraddittorio, delle formalità per lo svolgimento delle *hearings* e dell'acquisizione di elementi di prova necessari nella fase istruttoria che precede l'eventuale irrogazione delle sanzioni previste dalla legge istitutiva.

2.5. La convivenza fra il sistema della public agencies regulation e le regole del mercato

Se è indubbio che con la nascita delle *authorities* e lo sviluppo del diritto legislativo il sistema americano ha riconosciuto la necessità di rendere visibile e concretamente operante l'interesse pubblico, quest'ultimo si inserisce nella dinamica del mercato e convive con essa: in fondo, la stessa esigenza di fissare regole processuali per l'attività di *adjudication* è una forma di limitazione della discrezionalità assunta dalle sempre più numerose ed importanti istituzioni di regolazione del mercato. La tecnica processuale del contraddittorio introduce nella gestione dell'interesse pubblico, di cui la normativa sulla regolazione si rende garante, gli interessi di parte, quegli stessi interessi, cioè, che interagiscono all'interno degli scambi di mercato.

Occorre del resto considerare che il modello della *public agency regulation* si inseriva in una società, quale appunto quella statunitense, fondata sull'idea forte dell'autoregolazione sociale e quindi sulla fiducia nell'ordine negoziale e individuale tipico del mercato. Il modello di società autoregolata è stato descritto proprio muovendo dall'immagine dell'ordine spontaneo elaborato da Hayek e dalla contrapposizione

³⁴ M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, cit., 205 ss., ricorda che con l'introduzione dell'*Administrative Procedure Act* del 1946 si introduceva la nozione di *adjudication* e si ponevano le condizioni procedurali per garantire i diritti dei singoli interessati all'attività suddetta. Accanto a questa attività vi è poi quella di *rulemaking*, nell'ambito della quale le agenzie svolgono un'attività di sublegislazione in virtù della delega conferita dal Congresso.

posta dall'autore fra *nomos* e *taxis*, ovvero fra il diritto della libertà ed il diritto prodotto dal legislatore: il modello americano è chiaramente spostato verso il primo polo, verso cioè il diritto della libertà che si materializza in un sistema giuridico in larga misura di natura giurisprudenziale. Da questa ricostruzione non si deve tuttavia dedurre che l'ordinamento americano non si sia trovato nella situazione di dover riconoscere il potere centrale e burocratico: è stato piuttosto ricordato come la struttura moderna degli Stati Uniti sia il frutto della costante tensione e competizione fra i due poli della libertà-potere pubblico, dell'individualismo-interesse pubblico e quindi del mercato-Stato³⁵.

Questa dinamica spiega in realtà anche le diverse forme di legittimazione che nell'ordinamento statunitense hanno accompagnato la comprensione dell'evoluzione dei meccanismi di regolazione, a cominciare dalla legislazione *antitrust*.

Questo processo di evoluzione e di integrazione fra *common law* e *legislative law*, fra diritti individuali e interessi sociali, fra esigenze di efficienza e di giustizia non deve essere interpretato come un processo fondato sulla tensione fra opposti inconciliabili. È del resto opinione comune che proprio con l'introduzione della normativa *antitrust* il sistema americano avrebbe inteso conciliare le esigenze dell'efficienza con quelle dell'interesse pubblico che legittima l'intervento statale.

³⁵ Così L. COHEN TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, 1985, 9 ss.; nella contrapposizione fra la cultura delle regole statali che si impongono alla società, tipica dell'ordinamento francese, ed il modello americano di società autoregolata osserva come «selon les catégories théoriques énoncées par un Hayek, le modèle autorégulé américain serait plutôt du côté de l'«ordre spontané» et son système juridique largement jurisprudentiel, serait proche du «droit de la liberté» ou *nomos*, tandis que le modèle français serait clairement orienté vers l'«organisation» et sa régulation, produite par la «loi du législateur» ou *thesis*. Ciò, tuttavia, non significa che l'ordinamento americano non riconosca il potere burocratico e che sia quindi impossibile una convivenza fra i due poli: in realtà, il motore dell'evoluzione degli Stati Uniti sarebbe da ravvisare proprio nella continua tensione fra questi due modelli opposti: «la complexité des Etats Unis est telle que les deux pôles des divers systèmes d'opposition développés dans ce livre (centralisation/ décentralisation, Etat-marché, public-privé, Hobbes-Locke, Kant-Rousseau), coexistent au sein même du système américain, voire au sein de chacune de ses institutions, et d'une concurrence entre ces deux pôles».

Dalla consapevolezza della necessità di proteggere la concorrenza, e quindi la stessa sopravvivenza del mercato, deriverebbe la scelta della soluzione legislativa dello *Sherman Act* adottato nel 1890. A questo atto di rango legislativo seguiva un atto espressione del diritto amministrativo: con l'istituzione della *Federal Trade Commission* si riconosceva infatti il valore di interesse pubblico proprio della protezione del sistema dalle pratiche anticoncorrenziali.

Tale riconoscimento nasconde in realtà una serie complessa di finalità. Da un lato, l'ingresso della legislazione e la scelta dell'*authority* testimonierebbe il riconoscimento del diritto della collettività a fruire dei vantaggi derivanti dalla libertà di concorrenza; dall'altro, vi sarebbe l'ammissione della difesa dello stesso mercato, del suo diritto a sopravvivere nella forma di struttura realmente concorrenziale.

Alla base della filosofia *antitrust* vi sarebbe pertanto la compresenza di interessi pubblici connessi alla regolamentazione legislativa ed alla scelta dell'autorità amministrativa indipendente e l'obiettivo dell'efficienza inteso come mantenimento del funzionamento concorrenziale del mercato³⁶.

2.6. La regulation fra le ragioni del mercato e la sfera degli interessi sociali

La coesistenza in quest'area delle ragioni del mercato e di quelle dell'interesse pubblico espresso dalla *economic regulation* finalizzata al mantenimento della libera concorrenza trova una conferma nella evoluzione storica del processo regolativo. Nell'invocare la distinzione fra

³⁶ Sulla base di queste valutazioni M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato*, cit., 197, conclude sostenendo che proprio l'esperienza dell'*antitrust* testimonierebbe il superamento della contrapposizione fra esigenze pubbliche e ragioni del mercato e che in questo ambito «ragioni del pubblico interesse e ragioni del mercato coincidono e giustizia ed efficienza vengono perseguite entrambe dall'intervento amministrativo che si fatuttore dello stesso mercato, oltre che della comunità civile». Ricorda M. PATRONO, *Sistema*, cit., 121, che le radici dell'intervento pubblico nell'ordinamento americano risalgono al 1890 e quindi all'introduzione della normativa *antitrust* sebbene si perseguissero a quel tempo finalità essenzialmente «ripristinatrici» del principio liberista.

economic regulation e *social regulation* occorre premettere il contesto storico in cui le due politiche si collocano. Il processo regolativo statunitense può essere infatti suddiviso in due momenti: la prima fase, che copre i primi quarant'anni della storia americana e che comprende l'evoluzione ed il perfezionamento della cultura antimonopolistica, può essere definita come la *regulation* dalla parte del mercato in quanto finalizzata a garantire il mantenimento di condizioni di concorrenzialità del mercato. Diversa è la logica della *regulation* degli anni sessanta e settanta, nota come *social regulation*, dal momento che essa appare decisamente spostata verso la politica: al suo interno prevarrebbe cioè l'opposizione ed il conflitto fra gli interessi della categoria imprenditoriale e le ragioni dei consumatori³⁷. Secondo un'analoga evoluzione storica, dalla prima ondata di *regulation* nella *progressive era*, che coprirebbe i primi quindici anni del novecento e quindi gli interventi normativi volti a rendere concretamente vigente la normativa *antitrust* dello *Sherman Act* (*Clayton Act* del 1914), si dovrebbe distinguere la fase del *New Deal* (1933-1940): a partire dagli anni sessanta fino a tutti gli anni ottanta si parla infine di «*new social regulation*». L'elemento che caratterizza tale passaggio della regolazione in seno alla politica è il progressivo arricchimento delle motivazioni che hanno accompagnato la proliferazione delle agenzie regolative. Come è noto, il movimento culturale della regolazione, soprattutto nella seconda fase, appare caratterizzato dalla volontà di correggere le imperfezioni del mercato derivanti da informazioni imperfette, rendite ingiustificate, esternalità, concorrenza distruttiva: con l'avvento della *social regulation* emergono in realtà ulteriori giustificazioni quali la riprovazione morale nei confronti di attività socialmente dannose, il valore del pluralismo cultu-

³⁷ Sulla distinzione fra *economic regulation* e *social regulation* v., fra gli altri, G. MAJONE-A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, in Riv. trim. scienza dell'amm., 1991, 31; M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato* cit., 268 ss. Per una rassegna delle ragioni sociali che conducono ad una sempre maggiore richiesta di *regulation* alternata alla riduzione della stessa negli Stati Uniti si veda R. VALIANI, *L'economia della deregolamentazione*, in S. CASSESE-E. GERELLI (a cura di), *La deregolamentazione amministrativa e legislativa*, Milano, 1985, 19 ss. Per un'esauriente ricostruzione delle diverse tappe della *regulation* cfr. R.L. RABIN, *Federal regulation in historical perspective*, in *Stanford law Rev.*, 1986, vol. 38, 1189 ss.

rale, la crescita individuale e il solidarismo sociale, o ancora l'equità distributiva e lo sviluppo delle funzioni educative³⁸.

È sufficiente considerare tale pluralismo di motivazioni per comprendere quanto sia impreciso l'uso del termine regolazione per tradurre una complessa vicenda in cui le ragioni dell'interesse pubblico, garantito dal diritto legislativo che ha prodotto il sistema delle *public agency regulation*, si confrontano continuamente con le ragioni e le regole negoziali del mercato.

La «scoperta» dell'interesse pubblico che caratterizza il processo della regolazione e che lo spinge a ritagliarsi spazi sempre più ampi soprattutto nel secondo ed intenso periodo della *social regulation*, coeva al *New Deal* roosveltiano, deve essere posta a confronto con la giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo che si traduce nella necessaria presenza di tutti gli interessi che sul mercato si confrontano secondo le regole del giusto processo. Proprio il valore della partecipazione, della compresenza degli interessi coinvolti nel procedimento fornisce una chiave di lettura ed una soluzione teorica al problema dell'effettiva legittimazione nel sistema americano di un sistema di regolazione che ha assunto fino agli anni ottanta dimensioni considerevoli per effetto di quel processo di ampliamento e di diversificazione delle finalità che lo hanno sostenuto.

In un ordinamento quale quello americano fondato su un'idea di libertà che non conosce la filosofia statualista europea, né la reazione nei confronti dello Stato assoluto³⁹, il riconoscimento dell'interesse pubblico sotteso alla *regulation* si ispira al modello del «governo limitato» in cui proprio grazie alla giurisdizionalizzazione del procedimento la presenza dell'interesse pubblico non si impone dall'esterno, non ha alcuna pretesa di essere assoluto, ma si confronta continuamente con gli interessi individuali che di volta in volta vengono coinvolti dagli interventi regolativi⁴⁰.

³⁸ In tal senso G.D. MAJONE e A. LA SPINA, «*Deregulation*» e privatizzazione: differenze e convergenze, in *Stato e mercato*, 1992, 252.

³⁹ Sulle radici del modello americano di libertà, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, 74 ss.

⁴⁰ L'individuazione della fonte di legittimazione della *regulation* nella partecipazione, o verosimilmente in una legittimazione di tipo procedurale che le *agencies* hanno gra-

Dal quadro ora tracciato dovrebbero emergere almeno due spunti di riflessione. Il primo attiene alla trasposizione della nozione di *regulation* all'interno del nostro sistema politico-amministrativo: il problema si estende quindi alla stessa legittimazione del sistema delle *public agency regulation* in un sistema strutturato su principi diversi dall'idea del potere pubblico e di libertà individuale propria del modello sociale americano. Dal complesso problema ora richiamato interessa ai nostri fini isolare il meccanismo che garantisce la presenza degli interessi nel procedimento che si sviluppa dinanzi alle *agencies* per anticipare un problema teorico che verrà affrontato alla luce della prassi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'altro spunto di riflessione riguarda i meccanismi di composizione degli interessi che si sviluppano dinanzi a questa autorità, meccanismi che possono essere letti come espressione di una tecnica giudiziale di soluzione del conflitto fra l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato concorrenziale ed altri valori di natura diversa.

Le garanzie procedurali per la compresenza dei diversi interessi coinvolti dalle pratiche restrittive della concorrenza oggetto del giudizio dell'Autorità assicurano la convivenza e l'interazione fra l'obiettivo del mantenimento del mercato concorrenziale con finalità anche di carattere non economico.

Ciò implica che la traduzione della regolazione del mercato nella formula generale dell'intervento pubblico si limita a descrivere l'esistenza di un'Autorità pubblica che si interpone fra la legge *antitrust* ed i rapporti interprivati che si svolgono all'interno del mercato: il fatto

dualmente acquistato nella misura in cui il procedimento innanzi ad esse riusciva a garantire la presenza di tutti gli interessi coinvolti, sarebbe stata favorita secondo M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 91, proprio dalla struttura del modello sociale americano e soprattutto dall'idea secondo la quale l'interesse pubblico non può essere assolutizzato in quanto esso appare come la sommatoria degli interessi individuali. Da questa concezione «matematica» dell'interesse pubblico deriverebbe la difficoltà di concepire la pubblica amministrazione come portatrice di valori assoluti: essa appare piuttosto come l'arbitro di una contesa che si svolge direttamente tra le parti interessate. Sul rapporto fra le trasformazioni procedurali del processo amministrativo che si svolge dinanzi alle *agencies* e la ricerca di una «legittimacy of agency decision making by expanding the number of groups and interest represented in the decision making process» si veda S. BREYER, *Regulation and its reforms*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1982, 350 ss.

però che sotto il profilo funzionale il modello delle *agencies* abbia fornito la struttura esteriore per tecniche e finalità di intervento assai diverse ci spinge a riflettere sulla collocazione delle regole *antitrust* nel quadro della regolamentazione in senso lato.

3. Il rapporto fra la regolamentazione del mercato in senso lato e la legislazione antitrust: regolamentazione e public services

La complessità dei dati che emergono già da questo primo quadro della cultura della *regulation* impone un'ulteriore approfondimento del rapporto fra la regolazione del mercato operata attraverso interventi di tipo istituzionale, quali appunto l'*antitrust*, e la regolamentazione settoriale, nozione che comprende tradizionalmente la gestione dei servizi pubblici e, più in generale, la regolamentazione dei cd. settori sensibili (salute, protezione dell'ambiente, tutela del consumatore).

Se si guarda ancora una volta alla genesi del processo regolativo statunitense è doveroso notare come contestualmente all'istanza della regolamentazione generale del mercato, perseguita mediante l'introduzione di un'apposita *authority* che rende operanti le norme *antitrust* introdotte nell'ordinamento americano già alla fine dell'ottocento, la *regulation* si sia storicamente sviluppata all'interno della gestione dei servizi pubblici. L'evoluzione della complessità dei rapporti sociali e l'esigenza di sempre nuovi interventi nell'economia rese necessaria una delega di funzioni dal potere legislativo nei confronti di questi organismi indipendenti, proprio allo scopo di snellire le funzioni dell'esecutivo in quei settori dell'economia in cui forte era la richiesta della presenza pubblica a tutela degli interessi della collettività⁴¹.

⁴¹ P. TESAURO, *Le «independent regulatory commission»*, cit., 65, ricorda come la nascita di questi organismi abbia comportato la sottrazione al potere esecutivo del controllo diretto su larga parte dei principali servizi pubblici, servizi che proprio per la sempre crescente rilevanza economica, potevano prestarsi ad essere ampiamente sfruttati a fini politici. Sull'origine storica di tali autorità nell'ordinamento statunitense, cfr. l'attenta ricostruzione di M. PATRONO, *Sistema*, cit., 87, nt. 102. Fra i contributi più recenti, M. SHAPIRO, *Agenzie indipendenti: Stati Uniti ed Unione Europea*, in *Diritto pubblico*, 1996, 667 ss.; A. SCALIA, *Le Independent Regulatory Agencies nel*

Questo riferimento «storico» alle origini della *regulation* in relazione all'ingresso della politica nel mercato strategico dei servizi pubblici deve essere adeguatamente considerato: non è infatti casuale che proprio con riferimento al settore dei servizi pubblici si continua a parlare della necessità di regolamentare il mercato.

Se in termini molto generali, ma imprecisi, si può considerare la *regulation* come espressione di un processo istituzionale di ridimensionamento della libertà di mercato, certo è che diverse sono le anime della regolazione: vi è infatti la prospettiva efficientistica, quella dell'equità e quella che guarda alle esternalità.

L'ultima prospettiva è quella che tradizionalmente si invoca proprio con riferimento alla necessità di regolamentare i servizi pubblici: essa muove, infatti, dalla valutazione dei limiti o fallimenti del mercato, di cui le esternalità costituiscono una componente importante, per affermare la necessità che determinate aree economiche siano sottratte alle regole del mercato. Il dibattito, particolarmente attuale anche nel nostro ordinamento, si articola per lo più sulla necessaria regolamentazione del mercato: occorre a questo punto introdurre alcuni elementi di valutazione che consentano di distinguere la categoria generale della regolazione istituzionale del mercato dalla regolamentazione di settore.

L'analisi economica che ha approfondito le ragioni dei limiti del mercato all'interno di determinate aree tende a distinguere lo strumento della regolamentazione da quello dell'intervento istituzionale finalizzato a correggere le distorsioni del mercato concorrenziale.

Nonostante che la *economic regulation* muova storicamente dall'introduzione delle regole del mercato per arrivare alla creazione di autorità di controllo e di vigilanza sulla gestione di interessi «sociali», secondo l'evoluzione storica sopra richiamata, la regolamentazione è uno strumento che va ricondotto al problema della gestione dei *public services*. La regolamentazione dei servizi pubblici si riferisce ad un'area economica caratterizzata da un mercato assente o in grave difficoltà: per la regolazione operata attraverso l'applicazione della normativa an-

l'ordinamento statunitense, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Atti del Convegno di studi, Roma, 2-3 febbraio 1996, Milano, 1996, 31 ss.

titrust si tratta di rendere effettive le regole del mercato, di correggere le eventuali distorsioni del suo funzionamento ripristinando la concorrenza nei rapporti economici.

3.1. La differenza fra gli strumenti della regolazione del mercato e l'applicazione delle regole antitrust

Gli effetti dell'introduzione di regole *antitrust* possono essere assimilati a quelli della regolamentazione solo a condizione di precisare che, sotto il profilo sostanziale, i divieti suddetti hanno una capacità assai meno invasiva delle procedure di regolamentazione fondate per lo più sulla tecnica dei *commands* e dei *control*, sulla fissazione autoritativa di tariffe uniformi nonché sulla definizioni di *standards* nell'erogazione del servizio.

In particolare, deve essere evidenziata la differenza fra i divieti di pratiche anticoncorrenziali e la regolamentazione ottenuta attraverso l'imposizione di obblighi positivi derivanti dalla fissazione delle condizioni di accesso ad un servizio in relazione ai costi sostenuti per fornirlo. Altrettanto si può dire della tecnica dei controlli su prodotti o produttori al fine di fissare gli *standards* accettabili di rischio di un determinato bene che implica generalmente un obbligo di fare, cioè di un comportamento positivo che può essere più o meno vincolato⁴². Tanto la fissazione degli *standards* che i controlli che la determinazione delle tariffe costituiscono i contenuti tipici dell'attività di regolazione avente ad oggetto la fornitura di servizi pubblici ovvero la tutela degli interessi collettivi

⁴² Così G.D. MAJONE-A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, cit., 26 ss.: nella fissazione degli *standards* ovvero sia nella determinazione delle regole di produzione di determinati prodotti ovvero delle regole che dovranno essere osservate dai produttori, i regolatori individuano i cd. *performance standards* con i quali indicano il requisito richiesto nei termini di un risultato (ad es. una data economia di carburante o la quantità di emissioni consentite o la tossicità delle sostanze impegnate) ed i cd. *design* o *specification standards* con i quali si indicano invece i materiali e le sostanze da impiegare. A metà strada si pongono i cd. *engineering standards* i quali individuano livelli di performance tali da poter essere rispettati solo con l'uso di certi materiali o tecnologie.

riconducibili entro le forme della protezione della salute, della salubrità dell'ambiente o della tutela del consumatore.

Rispetto a questo ambito di funzioni tipiche in cui si è sviluppata la *policy of regulation* la normativa *antitrust* è stata collocata all'esterno in una posizione quantomeno atipica proprio in virtù del differente impatto di quest'ultima sulla struttura e sul funzionamento delle regole del mercato.

Il ricorso alla normativa *antitrust* può infatti essere giustificato in presenza di pratiche ed accordi sospetti di essere lesivi dell'assetto concorrenziale del mercato; nell'applicare tali regole si ricorre al principio della *rule of reason* che impone alle Corti di condannare quelle pratiche e quegli accordi che siano in grado di produrre significative restrizioni della concorrenza. Il ricorso alla normativa *antitrust* presupporrebbe quindi che un «*workable competitive marketplace will achieve a more efficient allocation of sources, greater efficiency in production, and increased innovation*». Qualora l'*antitrust* non sia in grado di mantenere una «*workable competition*» ovvero lo stesso funzionamento del mercato sia inadeguato, si ricorrerà alle forme classiche di regolamentazione. La logica conclusione è che l'*antitrust* rappresenta una forma particolare di intervento governativo che preclude il ricorso alle altre forme di *regulation*, sempre che sussistano i presupposti oggettivi ora richiamati⁴³.

A questa impostazione è stato tuttavia opposto un criterio di natura soggettiva per l'individuazione della attività di regolamentazione: quest'ultima comprenderebbe qualsiasi forma di intervento pubblico svolto attraverso una *agency*. Resterebbero quindi fuori dalla nozione

⁴³ S. BREYER, *Regulation and its reforms*, cit., 156 ss., esclude che la normativa *antitrust* possa essere inclusa all'interno delle categorie della regolamentazione: nella stessa misura in cui gli obblighi di informazione sui beni e sui servizi offerti appaiono all'autore estranei alla natura degli interventi di regolamentazione, dal momento che l'obbligo di informare sarebbe rivolto al miglioramento delle condizioni concorrenziali, anche la normativa *antitrust* sarebbe preposta ad analoga funzione di correzione delle deviazioni dal meccanismo concorrenziale: «*disclosure, like antitrust, can be viewed as augmenting the precondition of a competitive marketplace rather than substituting regulation for competition*». La *regulation* viene dunque definita come «*an alternative to antitrust, necessary when antitrust cannot successfully maintain a workably competitive marketplace or when such a marketplace is inadequate due to some other serious defect*» (ivi, 158).

di regolamentazione così intesa tutti gli obblighi derivanti da disposizioni legislative. A differenza dell'applicazione giudiziale degli obblighi derivanti da norme di legge, l'attività di regolamentazione non si esaurirebbe nell'atto di applicazione, ma implicherebbe un processo continuo di osservazione dell'attività oggetto di regolamentazione mediante una continua ponderazione degli interessi in gioco⁴⁴. Sulla base di questa seconda impostazione anche l'applicazione della normativa *antitrust* nella misura in cui viene riservata ad un'Autorità indipendente dovrebbe essere considerata come attività di regolamentazione.

L'assunzione del criterio soggettivo nell'individuazione della funzione di regolazione non sembra però tener conto, da un lato, del polimorfismo assunto dalle *agencies* e quindi della pluralità delle finalità e delle motivazioni che hanno accompagnato l'evoluzione dell'applicazione di tale modello; dall'altro, non sembra neppure considerare l'oggettiva differenza riferita alla situazione di mercato che giustifica il ricorso alla legislazione antimonopolistica ed alla regolamentazione nei settori economici per i quali può essere impraticabile la struttura del mercato concorrenziale, sia per l'assenza strutturale della competizione che per i suoi eccessi.

I due profili del problema sono in realtà fra loro collegati: il dibattito sull'introduzione della legislazione *antitrust* è stato anche nel nostro sistema accompagnato dalla preoccupazione delle giustificazioni, ovvero sia dalla ricerca delle finalità e dei valori dalla stessa effettivamente garantiti. A tutt'oggi è assai diffusa l'interpretazione secondo la quale le motivazioni legate alla difesa del pluralismo culturale e della protezione degli interessi dei consumatori le quali, come abbiamo sopra rilevato, caratterizzano più propriamente la politica regolativa americana a partire dagli anni cinquanta, siano i reali valori oggetto di tutela diretta ed immediata da parte della legislazione antimonopolistica. L'analisi critica di queste soluzioni interpretative sarà oggetto dell'ultima parte della ricerca condotta alla luce delle delibere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: ciò che si vuole qui chiarire è il rapporto fra la correzione del meccanismo concorrenziale e la regolamentazione intesa in termini generali come soluzione praticabile all'interno delle

⁴⁴ Così G. MAYONE e A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, cit., 20 ss.

aree economiche in cui il mercato non esiste in quanto l'introduzione delle sue regole sarebbe fallimentare.

3.2. I luoghi tipici della regolamentazione: il monopolio naturale e le inefficienze del mercato. Il rapporto fra la normativa antitrust e le alterne vicende della regolamentazione

Uno dei casi tipici in cui ricorre la situazione ora descritta riguarda proprio l'area dei servizi pubblici ed in particolare quelli che sono caratterizzati da una situazione di monopolio naturale⁴⁵.

Le condizioni del monopolio naturale si riferiscono generalmente all'impresa che opera in settori caratterizzati da economie di scala così elevate da scoraggiare i potenziali concorrenti ad entrare in quel mercato (produzione di energia elettrica ovvero gestione dei servizi telefonici): l'intervento regolamentativo si fonda sulla sfiducia nei confronti del monopolista e mira a garantire una distribuzione più equa delle entrate e soprattutto ad evitare la discriminazione nei prezzi o nei servizi a danno dei consumatori. Il rapporto fra la regolamentazione e le condizioni di monopolio naturale non è in realtà fisso: è importante ricordare infatti che la natura di monopolista naturale di una data industria non è immutabile nel tempo. Trasformazioni nel processo tecnologico ovvero aumenti della domanda possono giustificare il venir meno dell'intervento regolamentativo: laddove permanessero, nonostante le mutate condizioni suddette, le barriere all'entrata ci troveremmo di fronte ad una degenerazione della regolazione in quanto l'interesse privato del regolato avrebbe prevalso sull'interesse pubblico⁴⁶.

Accanto alle condizioni proprie del monopolio naturale, e con i limiti ora richiamati, vi sono altri casi in cui il mercato può generare inefficienze. Un'ipotesi ampiamente studiata è quella dei costi delle esternalità: allorché il prezzo di un prodotto non riflette i costi, costi

⁴⁵ Così G. MAJONE e A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, cit., 20.

⁴⁶ C. BENTIVOGLI-S. TRENTO, *Economia e politica della concorrenza*, cit., 280, rilevano in proposito come troppo spesso la regolamentazione pubblica e quindi i divieti all'entrata di nuovi concorrenti persistono anche quando una certa industria ha cessato di essere un monopolio naturale.

che peraltro assai spesso gravano sulla società, ad esempio sotto forma di inquinamento atmosferico, è giustificato il ricorso alla regolamentazione ambientale. Essa si traduce generalmente in un controllo sul processo di produzione del bene in questione mediante la fissazione di standards ai quali le imprese sono obbligate ad adeguarsi.

Altro luogo «tipico» della regolamentazione è quello della carenza di adeguate informazioni che spesso si traducono in un danno per il consumatore. Oltre a queste forme di inefficienze per difetto, derivanti cioè dai limiti strutturali del mercato, vi sarebbe l'estremo opposto della competizione eccessiva alla quale sarebbero, ad esempio, soggetti i trasporti pubblici ed in particolare le compagnie aeree: la lotta per la riduzione dei prezzi alimentata dalla assoluta libertà di concorrenza produrrebbe effetti devastanti in seno alle imprese minori favorendo così la sopravvivenza di pochi grandi gruppi che finirebbero per operare in condizioni di sostanziale monopolio.

L'approfondimento delle ragioni del fallimento del mercato e del rimedio tradizionalmente identificato nella regolamentazione è stato sempre legato al tema, esattamente speculare, della *deregulation*, problema che ha ancora una volta occupato la dottrina pubblicistica italiana attenta agli stimoli provenienti dal processo di deregolamentazione americano degli anni ottanta ed al processo di liberalizzazione dei servizi pubblici sviluppatosi all'interno dell'ordinamento comunitario.

Utilizzando le prospettive teoriche elaborate nell'ambito del dibattito su *deregulation*, mercato e privatizzazioni è possibile chiarire ulteriormente le ragioni del distinguo fra la legislazione *antitrust* e le politiche di regolamentazione-deregolamentazione. L'obiettivo era quello di porre in evidenza come la nozione di deregolamentazione intesa come ritorno ad un mercato assolutamente libero e privo di regole⁴⁷ non

⁴⁷ Fa giustamente rilevare G. AMATO, *Problemi di governo e della deregulation*, in S. CASSESE-E. GERELLI, *Deregulation*, cit., 161 ss., come la formula *deregulation* sia stata caricata di diversi significati, il primo dei quali sarebbe quello della riscoperta del mercato: la sua applicazione nel nostro ordinamento non dovrebbe comportare meno regolamentazioni, quanto piuttosto regolamentazioni diverse, più semplificate, meno intricate, meno discrezionali: la richiesta della deregolamentazione nel nostro paese sembra essere una richiesta di minore burocratizzazione e di una maggiore responsabilità delle istituzioni.

avesse in realtà mai trovato un'applicazione concreta: ciascun processo di deregolamentazione sarebbe sempre accompagnato da un necessario processo di riregolazione. La riregolazione si riferisce a quel processo inevitabile di controllo successivo per il mantenimento dell'assetto potenzialmente concorrenziale del mercato interessato dal processo di *deregulation*; quest'ultima sarebbe in larga misura collegata al venir meno, nell'area dei servizi pubblici, delle ragioni che giustificavano il ricorso alla regolamentazione, magari per effetto dell'innovazione tecnologica che riduce le forti economie di scala tipiche del monopolio naturale. Una volta innescato il meccanismo della deregolamentazione si rende opportuno un intervento regolativo volto a rendere effettivi i benefici derivanti dalla liberalizzazione del settore ed a garantire al suo interno il rispetto delle regole della concorrenza.

Esiste dunque un processo circolare fra regolamentazione, deregolamentazione e politica di concorrenza: proprio nel nucleo storico della regolamentazione, e cioè nei servizi pubblici, emerge chiaramente il rapporto dialettico fra la logica della regolamentazione e quella della regolazione. Una volta che siano venute meno le ragioni strutturali che sorreggono il ricorso alla regolamentazione del settore e si sia quindi optato per una liberalizzazione dello stesso, può rendersi opportuno l'ingresso della regolazione intesa appunto come intervento per la concorrenza, secondo la filosofia delle leggi *antitrust*. Se dunque di riregolazione si vuole parlare occorre specificare che essa interviene in una situazione diversa rispetto a quella che giustifica all'origine l'intervento regolamentativo: quest'ultimo appare infatti legato alla oggettiva impossibilità di creare una struttura di mercato (per l'assenza strutturale o l'eccesso di concorrenza), mentre la riregolazione vale a mantenere le condizioni di concorrenza in una situazione che con la liberalizzazione si è aperta al mercato. Ecco quindi che la funzione tipica dell'*antitrust* diventa quella di rendere competitivo un mercato privo di regole.

Sviluppando l'idea che la legislazione *antitrust* non interverrebbe nelle condizioni che giustificano il ricorso alla politica della regolamentazione e quindi muovendo dalla differenza fra le due forme di intervento pubblico si è giunti a configurare le norme *antitrust* come strumento di una politica idonea a correggere i limiti mostrati dalla politica di deregolamentazione soprattutto nei settori delle

telecomunicazioni e del trasporto aereo interessati fin dagli anni settanta dal processo di deregolamentazione statunitense⁴⁸.

4. Il ruolo autonomo delle regole antitrust all'interno dei mercati regolamentati

L'autonomia della funzione propria della normativa *antitrust* non riguarda dunque la sola dinamica della liberalizzazione come reazione ai limiti della regolamentazione, ma si estende alla prospettiva opposta, all'ipotesi cioè in cui si utilizza lo stimolo concorrenziale per correggere i limiti della regolamentazione e garantire che la stessa fornisca una valida alternativa alla soluzione della privatizzazione e della deregolamentazione.

Il ruolo essenziale della dinamica concorrenziale è stato in particolare ribadito da quella dottrina economica che esclude che la privatizzazione rappresenti l'unico ed inevitabile rimedio alle inefficienze della gestione dei servizi pubblici.

All'interno del processo di regolamentazione è stata analizzata l'opportunità di creare le condizioni per un'effettiva concorrenza, considerata come la vera alternativa a quella del fallimento della regolamentazione dei servizi pubblici ed al possibile ricorso alla *deregulation*. Secondo questa impostazione la regolamentazione non sarebbe di per sé elemento sufficiente a garantire un'efficiente gestione del servizio pubblico: occorre piuttosto, al fine di superare gli inconvenienti del modello, procedere ad alcune correzioni. Fra le soluzioni proposte tre sembrerebbero centrali: l'eliminazione delle barriere all'entrata di nuovi operatori sul mercato, la riduzione dei costi sommersi ed infine le misure volte a correggere comportamenti anticoncorrenziali.

Sappiamo che la regolamentazione si fonda sulla convinzione che la concorrenza in quel determinato mercato non sia sostenibile: l'analisi

⁴⁸ In tal senso, S. BREYER, *Regulation*, cit., 161: accanto all'*antitrust* l'autore analizza altre forme di intervento che rappresenterebbero un'alternativa alla regolamentazione classica, quali la gestione delle informazioni, la tassazione, la regolamentazione delle contrattazioni o la nazionalizzazione, definita come l'alternativa alla regolamentazione «less popular in the United States than elsewhere in the world» (ivi, 181).

dei mercati soggetti a regolamentazione ha mostrato l'esistenza di barriere all'ingresso di nuovi operatori, barriere che divengono nel lungo periodo la causa di una fallimentare allocazione delle risorse per rimediare alla quale occorrerebbe intervenire liberalizzando l'accesso al mercato di nuovi competitori e modificando il meccanismo della determinazione autoritativa delle tariffe.

L'altra soluzione potrebbe consistere nella riduzione dei cd. costi sommersi. Poiché alla base del monopolio naturale vi è l'eccesso di costi iniziali che scoraggia l'investimento privato, si potrebbe ovviare a tale oggettiva difficoltà riducendo la regolamentazione, o la presenza dell'impresa pubblica, alla sola gestione delle infrastrutture, lasciando invece alla libera concorrenza tra privati la produzione del servizio⁴⁹.

La terza via consisterebbe nella eliminazione degli ostacoli alla competizione derivanti dal comportamento degli operatori: è con riferimento a questa ipotesi che emerge l'autonoma funzione dell'*antitrust* all'interno di un mercato regolamentato. Una delle forme per garantire la competitività in questi mercati sarebbe rappresentata dall'applicazione delle regole *antitrust*: in tal modo si sottoporrebbe l'attività dei regolatori ad una verifica di legittimità e si eviterebbero le barriere all'ingresso di nuovi operatori limitando eventuali comportamenti strategici da parte delle imprese dominanti. È del resto noto il fatto che nell'ambito della politica di concorrenza comunitaria l'applicazione delle regole *antitrust* (artt. 85 e 86 del Trattato CE) sia stata utilizzata anche al fine di colpire i comportamenti anticoncorrenziali consentiti da leggi nazionali di regolamentazione⁵⁰.

4.1. Mercati regolamentati e mantenimento della concorrenza: la garanzia della concorrenzialità potenziale del mercato

La centralità del meccanismo competitivo posta in evidenza dalle so-

⁴⁹ Riflettono tale tipo di soluzione i progetti di privatizzazione dell'energia elettrica e delle ferrovie in Gran Bretagna citati da A. PERA, *Introduzione*, cit., 59: mentre la gestione delle infrastrutture rimarrebbe in regime di monopolio, la produzione, che non è un monopolio naturale, potrebbe essere frammentata stimolando così la competitività fra i diversi produttori (*yardstick competition*).

⁵⁰ Si vedano in proposito i casi richiamati da A. PERA, op. ult. cit., 60, nt. 29 e 30.

luzioni sopra richiamate si fonda in realtà sulla teoria dei mercati contendibili mediante la quale è stata dimostrata la possibilità di creare all'interno della regolamentazione le condizioni per il mantenimento della concorrenza, unica condizione realmente necessaria per recuperare l'efficienza nella gestione dei servizi.

Questa teoria dimostrerebbe come l'efficienza all'interno della gestione regolamentata dei servizi pubblici sia un obiettivo realizzabile sempre che permangano condizioni tali da non scoraggiare l'ingresso di nuovi competitori.

La contendibilità di questi mercati non è altro che la garanzia della loro potenziale concorrenzialità⁵¹; a questo processo sarebbe collegato l'effettivo raggiungimento degli obiettivi di efficienza invocati e sostenuti dai fautori della *deregulation* e delle privatizzazioni.

I fallimenti della proprietà pubblica e della politica di regolamentazione risiederebbero proprio nel mancato rispetto di questo principio fondamentale: la potenziale entrata sul mercato, anche se per un breve periodo, di nuovi competitori o anche la sola minaccia di tale ingresso dovrebbe essere sempre mantenuta viva al fine di evitare le inefficienze della gestione dei servizi pubblici. Proprio perché la trasformazione del soggetto da pubblico a privato o la deregolamentazione pura e semplice non sono rimedi in grado di garantire automaticamente la sopravvivenza del meccanismo competitivo e l'efficienza del servizio, è preferibile mantenere sempre vive le condizioni per il mantenimento della concorrenza affinché la stessa fornisca lo stimolo al mantenimento di livelli accettabili di produttività. La regolamentazione del servizio pubblico può mantenere un suo ruolo purché accanto alla stessa si riesca a mantenere un accettabile livello di concorrenzialità del mercato⁵². La regolamentazione può quindi trarre giovamento dalla concorrenza, intesa come garanzia dell'ingresso, sia pur breve, di

⁵¹ Per una sintesi della teoria dei mercati contendibili cfr. R. VAN DEN BERGH, *Introduzione. L'analisi economica del diritto della concorrenza*, cit., 41.

⁵² Così A. BOITANI, *Servizi pubblici: deregulation, privatizzazione e politiche per la concorrenza*, in A. DI MAJO (a cura di), *Le politiche di privatizzazione in Italia*, Bologna 1989, 23 ss.: l'assunto dal quale muove questa impostazione è che si può accettare l'idea ricorrente secondo cui la proprietà privata darebbe maggiori garanzie di efficienza solo se si considera che gli incentivi della gestione privata diventano effettivi a condizione che si operi all'interno di un ambiente effettivamente concorrenziale.

nuovi operatori all'interno del mercato regolamentato: in condizioni realmente concorrenziali all'attività dei regolatori si apre la possibilità di svolgere in condizioni migliori la loro funzione. Essi potranno infatti in un ambiente realmente concorrenziale disporre di un maggior numero di informazioni, utilizzare i meccanismi che incentivino l'efficienza facendo giocare le imprese l'una contro l'altra⁵³.

La competizione appare pertanto un elemento che interviene a garantire il successo del ricorso alla regolamentazione: viene in tal modo riservato un ruolo essenziale al meccanismo del mercato concorrenziale all'interno del quadro della regolamentazione dal momento che il primo appare in grado di salvaguardare e migliorare lo svolgimento delle funzioni tipiche del regolatore. Accanto alle funzioni tipiche di quest'ultimo è necessario che sia garantito l'ingresso, anche solo potenziale, di nuovi competitori all'interno del mercato: da questa possibilità trae beneficio la stessa funzione di regolamentazione in quanto la presenza di una pluralità di competitori contribuirebbe al mantenimento di livelli di efficienza nel rapporto fra costi ed offerta del servizio.

È possibile allora dedurre che esiste un'autonomia teorica e pratica del meccanismo competitivo rispetto alla regolamentazione, meccanismo che opera, ovvero dovrebbe operare, sia all'interno di un quadro di liberalizzazione dei mercati, sia all'interno della regolamentazione dal momento che l'efficienza di quest'ultima sarebbe da ricondurre al grado di competitività del mercato regolamentato. Nel quadro delle deregolamentazione il rapporto che lega le diverse politiche potrebbe essere sintetizzato nella sequenza «regolamentazione-deregolamentazione-rischio di monopoli-applicazione della normativa *antitrust* per garantire la concorrenza».

⁵³ Secondo A. BOITANI, *Servizi pubblici*, cit., la stessa regolamentazione finisce per trarre giovamento della concorrenza, sia perché i regolatori avrebbero a disposizione numerose fonti di informazioni, sia perché potrebbero utilizzare meccanismi che incentivino l'efficienza facendo giocare le imprese l'una contro l'altra, sia perché, infine, la «cattura» dei regolatori da parte di un'impresa o di un gruppo di pressione risulta assai più difficile. Sotto il profilo dell'efficienza gestionale non sarebbe dunque necessario privatizzare né deregolamentare, dal momento che un minimo di regolamentazione sarebbe comunque necessaria per favorire l'efficiente allocazione delle risorse, quanto piuttosto un'autentica politica per la concorrenza.

4.2. Legislazione antitrust e regolamentazione di settore nell'esperienza italiana

Alla luce delle considerazioni svolte si comprende l'attualità e l'importanza del richiamo al mantenimento di condizioni concorrenziali all'interno della politica di regolamentazione avviata nel nostro ordinamento contestualmente al (faticoso) processo di privatizzazione: il collegamento fra la privatizzazione e la creazione di un sistema di regolamentazione dei servizi pubblici, portato a termine con l'adozione della legge n. 481 del 14 novembre 1995⁵⁴, è solo uno degli aspetti di questa trasformazione del sistema di gestione dei servizi pubblici. È stato a questo proposito sottolineato come l'utilizzazione della nozione di regolamentazione riferita alla introduzione delle *authorities* dovrebbe spiegare solo il primo momento di questa trasformazione. La regolamentazione dovrebbe cioè esprimere il momento pubblicistico della programmazione e del coordinamento: nel momento dell'effettiva gestione del servizio dovrebbe piuttosto soccorrere la nozione di regolazione intesa come forma di intervento che agisce sul mercato facendo rispettare la regola della competitività mediante l'applicazione di regole generali che si applicano a tutti i soggetti privati che operano in quei mercati. Dalla separazione teorica fra regolamentazione e regolazione deriverebbe il risultato concreto del mantenimento di un'adeguata distinzione fra la gestione del servizio e la sfera delle scelte politiche: in altri termini, la gestione fondata sulla regolazione garantirebbe il passaggio dalla funzionalità in nome del potere alla funzionalità in nome del rispetto delle regole del mercato ed in particolare della libera concorrenza⁵⁵. Dalle funzioni attribuite dalla legge del 1995 alle

⁵⁴ La legge 14 novembre 1995 n. 481 è stata pubblicata nel Suppl. n. 136 alla G.U., n. 270 del 18.11.1995.

⁵⁵ È la chiave di lettura proposta da R. ANNIGNONI, *Regolazione e gestione delle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 87 ss.: la coerenza della trasformazione in atto nel nostro ordinamento nel settore delle privatizzazioni con i principi elaborati in ambito comunitario in materia di liberalizzazione dei servizi pubblici si misurerebbe proprio in relazione alla capacità di tenere separato il momento pubblico della regolamentazione dal momento della gestione che dovrebbe essere garantito da una regolazione volta all'affermazione delle regole del mercato con-

autorità indipendenti si nota innanzitutto il profondo legame delle stesse alle strutture ministeriali. L'attributo dell'indipendenza è più nominale che reale: proprio nell'ambito di uno dei poteri più delicati per il funzionamento concorrenziale di un mercato regolamentato, e cioè nella valutazione dei tempi e delle condizioni per il rilascio delle concessioni, la potestà di contrattazione del Ministro interessato pone l'agenzia di settore all'interno del circuito delle scelte di natura economico-finanziaria direttamente imputabili all'indirizzo politico del Governo. Le responsabilità delle scelte connesse al bilanciamento fra la durata delle concessioni ai privati e l'andamento del processo di privatizzazione nel settore dei servizi pubblici essenziali è stata dalla legge ripartita fra l'autorità di settore, competente a formulare proposte in merito, ed il Ministro che può aderire a queste proposte ovvero contrapporre soluzioni alternative. Il fatto che l'eventuale contrasto debba essere risolto in seno al Consiglio dei Ministri, dimostra come la scelta della regolamentazione dei servizi pubblici contenga anche nell'esperienza italiana un forte radicamento nelle scelte politiche e dunque negli apparati amministrativi tradizionali. Per ciò che attiene alle funzioni, i poteri attivi e di controllo sugli operatori privati riconosciuti alle autorità di regolazione nel settore dei servizi pubblici essenziali riproducono le funzioni tipiche della regolazione fondata su *commands and control*, sulla fissazione autoritativa di tariffe uniformi, sulla definizione di standards nell'erogazione del servizio, su una serie cioè di interventi che finiscono per conformare i presupposti dell'attività economica del privato gestore e successivamente controllano il rispetto dei parametri imposti.

Alla luce di questa collocazione istituzionale e delle funzioni attribuite alle autorità indipendenti istituite nel 1995 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha riproposto il problema centrale sopra esaminato della separazione, pratica oltreché teorica, fra le funzioni di regolazione e l'intervento *antitrust*. In occasione della Rela-

correnziale. Il problema del rapporto fra la regolamentazione di settore e l'applicazione delle regole *antitrust* era stato oggetto di una segnalazione al Parlamento da parte dell'AUTORITÀ, *Agenzie di regolamentazione* del 17.2.1994, in *Boll.* n. 7/1994, con la quale si ponevano in evidenza alcuni limiti del d.d.l. sulle Authorities nei servizi pubblici, in parte accolti dal legislatore in sede di approvazione della legge 14 novembre 1995, n. 481.

zione dedicata ai problemi della regolamentazione nei servizi di pubblica utilità l'Autorità *antitrust* ha valutato con favore la prospettiva di un'effettiva collaborazione da parte delle agenzie di regolazione al fine di garantire il mantenimento della concorrenza all'interno dei mercati di riferimento. Sulla base del carattere dinamico e mutevole dei rapporti di mercato l'Autorità ha infine suggerito al legislatore l'introduzione nella legge di un obbligo di tempestiva comunicazione da parte delle agenzie di eventuali violazioni della legge *antitrust*, non senza aver ribadito l'importanza di meccanismi periodici di valutazione del grado di concorrenza dei singoli mercati⁵⁶. La logica della collaborazione in funzione di prevenzione è del resto una soluzione «imposta» dalla stessa struttura dei mercati regolamentati nei quali la presenza di imprese che operano in regime di monopolio, spesso sostenute da regimi normativi che rafforzano la loro posizione dominante, potrebbe vanificare gli accertamenti *ex post* sulla violazione divieti posti dalla normativa *antitrust*.

⁵⁶ Così AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Concorrenza e regolamentazione nei servizi di pubblica utilità*, Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri, Roma, luglio 1994, 22. Insiste sulla necessità teorica di distinguere la logica dell'*antitrust* dalla regolazione di settore, M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 ss., 540. Per una rassegna dei possibili conflitti fra le autorità di regolazione dei servizi pubblici e l'Autorità *antitrust*, F. VASSALLI, *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici nei rapporti con le altre autorità indipendenti*, in AA.VV., *Attività regolatorie*, cit., 19 ss.

CAPITOLO II

LA DIFESA DELLA CONCORRENZIALITÀ DEL MERCATO ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

SOMMARIO: 1. Le attribuzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: le funzioni consultive e la legittimazione dell'Autorità *antitrust* nel sistema costituzionale. – 1.1. Il dossier sul mercato della distribuzione commerciale. – 1.2. Le distorsioni del mercato concorrenziale derivanti dai regimi autorizzatori. – 1.3. La rottura del monopolio nella gestione dei servizi pubblici in regime di concessione *ex lege* ad imprese con capitale prevalentemente pubblico. – 1.4. La diffusione della logica del mercato concorrenziale nel tessuto dell'ordinamento costituzionale. – 2. Il valore della concorrenzialità del mercato nelle decisioni dell'Autorità: il rapporto fra mercato e concorrenza nell'applicazione dei divieti in materia di intese, di abuso di posizione dominante e di concentrazioni. – 2.1. La nozione di mercato rilevante. – 2.2. La dimensione geografica del mercato. – 2.3. Il potere dell'impresa sul mercato. – 2.4. L'importanza della definizione del mercato rilevante nella valutazione del comportamento anticoncorrenziale. – 3. La concorrenzialità del mercato fra regole nazionali e vincoli comunitari. – 4. La posizione di terzietà dell'Autorità nella risoluzione delle controversie in materia di intese e di abuso di posizione dominante. – 4.1. Il ruolo delle autorizzazioni in deroga ai divieti in materia di intese: espressione di un potere discrezionale ovvero limite ad una regola generale? – 4.2. La motivazione dei provvedimenti di autorizzazione in deroga: l'importanza della struttura del mercato di riferimento. – 4.3. Le autorizzazioni in deroga alle intese vietate come limite all'apertura del mercato concorrenziale. – 4.4. Il rapporto fra il modello comunitario dell'art. 85, § 3 del Trattato CE ed il sistema nazionale delle autorizzazioni in deroga: il carattere puntuale ed individuale delle deroghe nazionali. – 4.5. Difesa dei consumatori, tutela di valori sociali e finalità di una legge *antitrust*. – 5. I caratteri del controllo sulle operazioni di concentrazione. – 5.1. La valutazione tecnica dei dati relativi al mercato di riferimento. La distanza delle decisioni in materia di concentrazioni dai provvedimenti autorizzatori. – 5.2. I limiti dell'interpretazione estensiva dei poteri di intervento in materia di concentrazioni.

1. *Le attribuzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: le funzioni consultive e la legittimazione dell'Autorità antitrust nel sistema costituzionale*

La normativa nazionale *antitrust* contiene strumenti di intervento a difesa della concorrenzialità del mercato aventi finalità e forme diverse.

La legge n. 287 del 1990 attribuisce all'Autorità strumenti di controllo e di sanzione nei confronti degli atti e dei comportamenti anti-

concorrenziali vietati dagli artt. 2 e 3 (intese, accordi e abuso di posizione dominante) e delle operazioni di concentrazione che presentino i caratteri previsti dagli artt. 5 e 6. Su una posizione diversa, ma non certo meno importante, si collocano gli interventi di tipo consultivo volti ad individuare i settori normativi ispirati a regole anticoncorrenziali e ad indirizzare la produzione normativa in corso di approvazione verso soluzioni il più possibile conformi e coerenti con il mantenimento del mercato concorrenziale (art. 21 e 22; art. 12 e art. 24). Nonostante il carattere non vincolante degli atti adottati nell'ambito dei poteri consultivi nei confronti degli organi politici ai quali sono indirizzati, carattere che rafforza la garanzia dell'indipendenza dell'Autorità dalla sfera della politica, la diffusione e la pubblicità dei pareri e delle segnalazioni costituisce uno strumento efficace di diffusione delle regole concorrenziali e quindi rappresenta una forma di legittimazione all'interno del pluralismo democratico della cultura della concorrenza. I poteri consultivi attribuiti dalla legge istitutiva al Garante *antitrust* contribuiscono a porre l'Autorità in una posizione che le consente di monitorare l'atteggiamento dei pubblici poteri nei confronti della cultura della concorrenza, completando ed integrando, attraverso l'attivazione di un dialogo con le altre istituzioni, la funzione arbitrale svolta nell'applicazione dei divieti disciplinati nella prima parte della legge.

In realtà, attraverso lo svolgimento delle funzioni consultive l'Autorità proietta il problema della concorrenzialità del mercato in una prospettiva istituzionale. Nella chiara consapevolezza della necessità di correggere il quadro normativo e regolamentare vigente, l'Autorità ha infatti coinvolto nei suoi pareri, nelle sue relazioni e nelle numerose segnalazioni istituiti e forme di intervento tipiche dello Stato programmatore, dello Stato imprenditore e dello Stato finanziatore¹.

¹ L'incompatibilità fra il modello dello Stato interventista proprio del sistema ad economia mista voluto dalla nostra Costituzione e la garanzia della libera concorrenza sarebbe talmente forte da far sostenere a M. COMBA, *Relazione in AA.VV., Linee per una legislazione antimonopolistica*, cit., 343, che essendo i pubblici poteri ad imporre il maggior numero dei vincoli all'entrata delle imprese in diversi settori del mercato, una legislazione nazionale *antitrust* avrebbe dovuto assumere a modello non le regole comunitarie dirette alle imprese (artt. 85-86 del Trattato CE), ma piuttosto quelle indirizzate agli Stati (artt. 92-94) e volte a scoraggiare la concessione di aiuti e di sovvenzioni da parte dei singoli stati alle imprese nazionali in virtù degli effetti ne-

I poteri consultivi generali sono descritti negli artt. 21 e 22: accanto ad essi la legge ha individuato direttamente nell'art. 24 alcuni specifici settori normativi per i quali sembra valere una sorta di «presunzione» di incompatibilità con le regole della concorrenza e del mercato.

L'art. 21 si riferisce alle segnalazioni mediante le quali l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento nonché atti amministrativi generali producono distorsioni del mercato e indica la presenza di situazioni distorsive al Parlamento ed al Presidente del Consiglio dei Ministri, se le stesse derivano da provvedimenti legislativi, e, nel caso di fonti diverse, al Presidente del Consiglio, ai ministri competenti ed agli enti locali interessati. L'art. 22 consente al Garante *antitrust* di inserirsi, in via discrezionale o su richiesta di amministrazioni e di enti pubblici interessati, nel processo di approvazione di iniziative legislative o regolamentari qualora le stesse abbiano per effetto di sottomettere l'esercizio di un'attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative, di stabilire diritti esclusivi su certe aree ovvero di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita.

L'art. 24 individua, poi, nei settori degli appalti pubblici, della distribuzione commerciale e delle imprese concessionarie l'oggetto di altrettante indagini finalizzate alla formulazioni di proposte idonee ad adeguare quei settori alla regola della concorrenza.

Sempre in questo ambito svolgono un ruolo importante di supporto della stessa individuazione di comportamenti anticoncorrenziali le indagini conoscitive che l'Autorità può avviare anche d'ufficio nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata (art. 12).

Lo svolgimento della funzione consultiva, nonostante il carattere non vincolante delle segnalazioni e dei pareri, è destinato ad assumere un ruolo significativo all'interno del nostro ordinamento se si considerano le caratteristiche strutturali del mercato italiano nel quale

gativi che tali forme di intervento statale avrebbero sul funzionamento del mercato.

le distorsioni della concorrenza sono in larga misura legittimate proprio da provvedimenti di natura legislativa².

Tanto le indagini nei settori individuati dalla legge istitutiva che i pareri e le segnalazioni che si inseriscono nel procedimento di formazione delle leggi, oltre ad offrire un quadro sempre aggiornato delle tendenze alla regolazione strutturale del mercato da parte del legislatore, contribuiscono ad attivare un dialogo con gli altri pubblici poteri essenziale per la formazione ed il mantenimento di un quadro legale che favorisca le dinamiche della concorrenza.

1.1. *Il dossier sul mercato della distribuzione commerciale*

Assai interessante è a tale proposito la vicenda della distribuzione commerciale: in un *dossier* pubblicato nel 1993, in attuazione del disposto dell'art. 24, l'Autorità forniva un quadro assai puntuale in ordine alle restrizioni derivanti dal regime della pianificazione commerciale nel settore della distribuzione commerciale e dalla previsione normativa di limiti nella definizione degli orari di apertura degli esercizi commerciali³.

Le restrizioni in questo settore sono state ricondotte al sistema dei piani commerciali che condizionerebbero l'esercizio dell'attività economica in quanto la sua attivazione resta subordinata al rilascio di un'autorizzazione che la legge n. 426 del 1971 subordina alle previsioni ed alle finalità del piano. Il meccanismo dell'autorizzazione fondata sulle previsioni contenute nel piano è apparsa all'Autorità fonte di una regolazione in via autoritativa dell'offerta e della domanda di esercizi

² In tal senso, R. ALESSI, *Artt. 21, 22, 23 e 24*, in R. ALESSI-G. OLIVIERI, *Commento*, cit., 129 ss.; per una prima analisi dell'attività consultiva e conoscitiva svolta nei primi due anni di attività dell'Autorità, AA.VV., *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità garante*, raccolti da G. GHIDINI, B. LIBONATI, P. MARCHETTI, Milano, 1993, n. 1/1993, 247.

³ AUTORITÀ GARANTE, *Regolamentazione della distribuzione commerciale e concorrenza. Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri*, Roma, gennaio 1993, pubbl. in Suppl. al Boll. n. 1/1993; l'altro rapporto fino ad oggi adottato in attuazione dell'art. 24 è nel dossier *Appalti pubblici e concorrenza. Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri*, Roma, luglio 1992, in *Boll. Ed. speciale*.

commerciali: da ciò deriverebbe la natura di un intervento sulla struttura del mercato incompatibile con i principi ispiratori della legge nazionale *antitrust*. Il condizionamento dell'iniziativa economica privata nel settore del commercio riguarda sia il momento iniziale (apertura di nuovi esercizi) che le modifiche in corso di svolgimento della stessa (trasferimento di esercizi ed ampliamento di quelli già esistenti).

L'obiettivo della pianificazione di settore era all'origine quello di favorire un più razionale sviluppo dell'apparato distributivo ovviando alla frammentazione e la polverizzazione degli esercizi commerciali che caratterizzava il mercato in questione prima della legge del 1971⁴: su queste basi si fondava l'intervento programmatico attuato con l'intento di evitare la formazione di squilibri fra le diverse zone del mercato e coordinare l'apertura dei nuovi esercizi entro i limiti e le previsioni dettate dal piano. Proprio sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione in ordine alla dimensione del mercato prefigurata nel piano si sono appuntati i rilievi contenuti nel *dossier* dell'Autorità che ha esplicitamente auspicato l'abbandono del sistema dei piani regolato dagli artt. 11 e 12 della legge del 1971. Nel ridisegnare la normativa compatibile con il mantenimento della concorrenza è stata proposta l'eliminazione degli aspetti attinenti alla conformazione pubblica dell'organizzazione e della gestione dell'esercizio, quali ad esempio i vincoli di natura merceologica o le limitazioni nella fissazione degli orari di apertura del medesimo. In luogo del controllo pubblico di tipo finalistico esteso alla definizione dell'area dell'iniziativa economica, alle modalità del suo svolgimento ed alla predeterminazione degli equilibri fra la domanda e l'offerta, l'Autorità suggeriva la creazione di un sistema di controlli ancorato al sistema della pianificazione urbanistica in grado di tutelare dall'esterno una serie di interessi pubblici senza definire in via autoritativa la struttura del mercato della distribuzione commerciale. Il silenzio del legislatore dinanzi agli stimoli ed ai suggerimenti proposti dall'Autorità è stato interrotto solo da un'iniziativa referendaria fondata sul principio del superamento del sistema della pianificazione commerciale e della predeterminazione normativa degli orari di apertura dei negozi auspicato dall'Autorità due anni prima. Il

⁴ Sul problema si veda G. MORBIDELLI, *Libertà di iniziativa economica e pianificazione commerciale*, in *Impr. amb. e pubbl. amm.*, 1976, 165.

referendum ha superato il vaglio della Corte costituzionale ma la normativa abroganda è stata poi «salvata» dalla consultazione referendaria del giugno 1995. L'intera vicenda conferma, da un lato, la difficoltà oggettiva che la logica della concorrenza incontra, evidentemente non solo all'interno delle aule parlamentari; dall'altro lato, evidenzia la possibilità che le analisi svolte in sede consultiva attivino meccanismi di coinvolgimento di ampi settori dell'organizzazione pubblica e privata⁵. L'esempio della distribuzione commerciale è quello che ha avuto più ampia eco proprio per effetto del referendum, ma vi sono altri settori caratterizzati da forme di pianificazione settoriale in cui il provvedimento autorizzatorio diventa lo strumento privilegiato per la definizione del contenuto della libertà economica e per la conformazione in via autoritativa dell'assetto del mercato di riferimento⁶.

1.2. Le distorsioni del mercato concorrenziale derivanti dai regimi autorizzatori

I principi elaborati in occasione del *dossier* sulla distribuzione commerciale sono stati riproposti per quei sistemi normativi fondati sulla programmazione numerica delle autorizzazioni che vengono utilizzate come strumento di regolamentazione autoritativa del rap-

⁵ Per un'analisi della vicenda referendaria sulla distribuzione commerciale alla luce dei principi formulati dall'Autorità, cfr. L. CASSETTI, *I referendum sulla distribuzione commerciale fra gli indirizzi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la riforma legislativa del settore*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 173 ss.

⁶ Occorre ricordare che proprio sulla natura costitutiva delle autorizzazioni commerciali si fonda una delle forme di svilimento del contenuto dell'iniziativa economica privata: v. in proposito R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative*, cit., 158, M.P. CHITI, *Licenze commerciali*, cit., 887, richiamato da F. MASTRAGOSTINO, *Le autorizzazioni amministrative all'esercizio del commercio*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, cit., vol. III, 605, nonché A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 624.

porto fra domanda ed offerta di talune attività commerciali⁷ o professionali⁸.

⁷ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Agenzie di pratiche automobilistiche*, segnalazione del 7.10.1993, in *Boll. n.* 29/93, avente ad oggetto la legge 8.8.1991, n. 264 che ha introdotto la figura del consulente per la circolazione dei mezzi di trasporto; sul regime delle autorizzazioni per l'apertura delle sale cinematografiche, cfr. *Disciplina dell'apertura delle sale cinematografiche*, Segn. del 12.12.1994 relativa alla legge 1.3.1994 n. 153 e sul D.P.R. 8.9.1994 regolante le modalità per il rilascio dell'autorizzazione suddetta, in *Boll. n.* 47/94; sempre nel settore del cinema è stata avviata nel 1992 un'indagine conoscitiva i cui risultati sono contenuti nella relazione pubbl. in *Suppl. al Boll. n.* 41/94. La determinazione strutturale del mercato ad opera del provvedimento autorizzatorio è stata rilevata anche all'interno delle leggi regionali che introducono tale criterio nell'organizzazione delle agenzie di viaggio: v. la segn. del 30.6.1995, *Agenzie di viaggio e turismo*, in *Boll. n.* 25/95, in cui si precisa che le uniche forme di intervento pubblico sul mercato delle agenzie di viaggio, di cui le regioni dovranno tener conto nel dare attuazione alla legge-quadro, sono quelli finalizzati alle verifiche tecniche, di professionalità e di sicurezza mentre devono ritenersi incompatibili con i principi della legge *antitrust* valutazioni discrezionali in ordine all'opportunità dell'autorizzazione. In data 11.10.1995, l'Autorità ha reso un parere sulle *Autorizzazioni all'approdo per i servizi di linea con le isole*, nel quale lamentava la totale discrezionalità dell'Autorità marittima nel fissare il numero degli approdi giornalieri nel porto dalla quale deriverebbe un consistente restringimento della concorrenza da parte di imprese che potrebbero acquisire un elevato numero di autorizzazioni – che poi non verrebbero utilizzate – solo al fine di impedire l'ingresso di nuovi operatori. Insiste sulla idoneità del regime autorizzatorio e concessorio ad alterare le regole della concorrenza, G. AMATO, *Le Autorità antitrust e l'internalizzazione dell'attività d'impresa*, in BANCA D'ITALIA, *Per un diritto della concorrenza*, Perugia, giugno 1996, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale, nr. 43 – Roma, 1996, 329 ss..

⁸ L'attività di segnalazione sulle restrizioni amministrative che limitano e selezionano l'ingresso di nuovi operatori sul mercato è stato esteso ad alcune professioni ed in particolare alle funzioni dei relativi ordini: in occasione del parere su un disegno di legge relativo all'introduzione dell'*Albo degli amministratori di stabili in condominio*, del 5.10.1993, in *Boll. n.* 29/93, l'Autorità ha stabilito che in linea di principio l'iscrizione all'albo per l'esercizio di un'attività professionale dovrebbe divenire eccezionale e riservata alle sole professioni le cui prestazioni sono suscettibili di arrecare svantaggi di tale rilevanza per i consumatori da giustificare la preclusione del loro svolgimento in regime di libero mercato; analoghe considerazioni sono state svolte nel parere sulla istituzione dell'*Albo nazionale costruttori* del 4.3.1993, in *Boll. n.* 5/93 ed in occasione del riconoscimento giuridico della professione di spedizioniere doganale con il parere, *Nuovi compiti per gli spedizionieri doganali*, del 12.12.94, in *Boll. n.* 48/94. Nel parere sui *Consulenti tributari* del 26.6.1995, in *Boll. n.* 24/95, è stata de-

L'elemento comune ai pareri ed alle segnalazioni che attengono al rapporto fra i provvedimenti autorizzatori e la conformazione autoritativa del mercato incompatibile con la regola della concorrenza deriva in realtà dalle modalità con le quali si inserisce nei procedimenti autorizzatori la valutazione di interessi pubblici quali la sicurezza e la professionalità dell'attività soggetta al regime autorizzatorio: l'ampiezza della discrezionalità con la quale l'amministrazione concede o revoca tale tipo di provvedimento è legata alla prevalenza dell'interesse pubblico, di cui il piano sarebbe l'espressione più coerente, rispetto al valore della concorrenza la cui compressione ingiustificata legittima l'intervento dell'Autorità⁹.

Alla logica del giudizio di prevalenza degli interessi pubblici i pareri resi dall'Autorità oppongono una valutazione che tiene conto della salvaguardia di quegli interessi in una misura che sia compatibile e comparabile con l'interesse al mantenimento della libera concorrenza.

nunciata l'ingiustificata discriminazione introdotta da una legge in materia di accertamenti tributari che esclude dalle funzioni di apposizione del visto di conformità formale intere categorie di operatori solo per il fatto di non essere iscritti ad alcun ordine professionale, senza invece considerare l'effettivo possesso della necessaria competenza tecnica. Su criteri analoghi si fonda la segnalazione in materia di *Formazione professionale* del 13.7.1995, in *Boll.* n. 27-28/95, inviata anche ai Presidenti dei Consigli regionali di tutte le Regioni ed avente ad oggetto il regime discriminatorio introdotto dalla legge quadro n. 845 del 1978, e quindi in una serie di leggi regionali attuative della medesima, nella parte in cui riserva ad imprese «non profit» l'organizzazione e la gestione dei corsi di formazione professionale, senza introdurre piuttosto criteri trasparenti per la verifica degli standard e quindi del livello del servizio offerto.

⁹ Osserva in proposito G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità fra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 21, come sia al limite possibile conciliare una programmazione nazionale in un sistema ispirato al valore del mercato ma solo a condizione che essa sia fondata sulla concertazione e non su prescrizioni autoritarie; in questa ottica, ad esempio, anche i prezzi amministrati potrebbero mantenere un carattere di legittimità ma solo a condizione che siano applicati a settori determinati o per periodi limitati; T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, in *Lo stato delle istituzioni italiane: prospettive di riforma*, Milano 1994, 281 ss., sottolinea invece come l'adeguamento del nostro sistema ai vincoli posti dall'Unione europea passa anche attraverso un sistema che non sopprima o paralizzi il meccanismo della libera formazione dei prezzi che di un'economia di mercato costituisce l'intelligenza.

Il parametro adottato nei confronti dei provvedimenti autorizzatori sopra esaminato è stato utilizzato nei rilievi aventi ad oggetto taluni regimi concessori fondati su un disegno di programmazione di interi settori: allo strumento della concessione l'Autorità oppone il ricorso allo strumento dell'autorizzazione intesa, però, non come provvedimento condizionale del diritto di accesso dell'impresa sul mercato, ma piuttosto come strumento di controllo da parte dell'amministrazione al fine di salvaguardare esigenze connesse con l'ordinato assetto urbanistico, la sicurezza e la tutela dei consumatori¹⁰.

1.3. *La rottura del monopolio nella gestione dei servizi pubblici in regime di concessione ex lege ad imprese con capitale prevalentemente pubblico*

Se le censure rivolte alle diverse forme di programmazione settoriale contenute nella legislazione in materia di distribuzione commerciale, di organizzazione di taluni servizi pubblici come pure nella disciplina di determinate attività commerciali o professionali si fondano sul rifiuto del modello di «regolazione finalistica» e si oppongono alla logica della predeterminazione del fine dell'attività economica all'interno di un disegno programmatico, gli interventi dell'Autorità hanno anche svelato forme indirette di gestione pubblica di servizi all'interno di mercati strutturalmente concorrenziali, attraverso il meccanismo della concessione in esclusiva affidata a società con prevalente capitale pubblico.

La realizzazione del modello dello Stato-imprenditore, attraverso la mediazione della società con le caratteristiche suddette, è infatti al centro di due filoni di interventi che hanno interessato dapprima i servizi in materia portuale, oggetto di un'indagine conoscitiva avviata ai

¹⁰ In tal senso la segnalazione resa in materia di *Distribuzione di carburanti per autotrazione* del 7.7.1993, in *Boll.* n. 14/93, 61: in questa sede l'Autorità ha proposto l'abrogazione del vincolo posto con il DPCM 11.9.1989 che ha introdotto un limite quantitativo al numero dei punti vendita che possono commercializzare solo GPL e l'eliminazione delle disposizioni che impongono alcune condizioni per il rilascio di autorizzazioni necessarie per il potenziamento degli impianti, lasciando piena autonomia agli operatori.

sensi dell'art. 12 al fine di verificare il grado di concorrenza nel settore portuale¹¹ e, successivamente, hanno coinvolto diversi servizi aeroportuali svolti in regime di sostanziale monopolio dalle imprese a prevalente capitale statale. Queste società erano infatti titolari di una concessione in esclusiva, in virtù cioè di una riserva posta dal legislatore, per la gestione dei principali aeroporti italiani¹².

¹¹ L'indagine conoscitiva nel *Settore dei servizi portuali* è stata avviata con provv. n. 766 del 4.11.1992, in *Boll.* n. 21/92: la posizione dominante detenuta dal Provveditorato al Porto di Venezia è stata sanzionata con il provv. n. 3211, *Nuova Italiana Coke/Provveditorato Porto di Venezia*, in *Boll.* n. 31-32/95, in virtù del diniego dallo stesso Provveditorato opposto al rilascio di alcune autorizzazioni necessarie per lo svolgimento di attività portuali. I settori interessati ad indagini conoscitive attengono per lo più alla gestione di servizi pubblici (*Settore dell'energia elettrica*, avviata con provv. n. 1472 del 24.9.93, in *Boll.* n. 27-28/93; *Settore del gas metano*, provv. n. 1714 del 10.1.94, in *Boll.* n. 1-2/94), all'organizzazione del trasporto e dei servizi ferroviari ed aeroportuali (*Settore dell'Alta velocità*, provv. n. 1062 del 31.3.93, in *Boll.* n. 6/93; *Settore del materiale rotabile*, provv. n. 914 del 20.1.93, in *Boll.* n. 2/93; *Tariffe aeree nazionali*, provv. n. 1527 del 20.10.93, in *Boll.* n. 31/93), al *Settore della radiotelefonía mobile cellulare* la cui relazione finale si può leggere nel *Suppl.* al *Boll.* n. 15-16/93, al *Settore della trasmissione dati*, chiusa con il provv. n. 3145 del 13.7.95, in *Boll.* n. 26/95, fino a coinvolgere settori della produzione di beni di largo consumo, come nel caso dell'indagine sul settore del latte, conclusasi con una relazione pubbl. in *Suppl.* al *Boll.* n. 1-2/1994 ovvero nel *Settore della distribuzione di GPL per riscaldamento*, chiusa con provv. n. 2853 del 2.3.95, in *Boll.* n. 9/95. Anche il *Settore farmaceutico* è stato coinvolto da un'indagine avviata con provv. n. 2293 del 2.9.94, in *Boll.* n. 35-36/94; nel 1995 sono infine state avviate indagini relative al *Settore bieticolo-saccarifero* (provv. n. 3058 del 18.6.95, in *Boll.* n. 20/95 ed al *Settore dei servizi di finanza aziendale*, (provv. n. 3160 del 6.7.95, in *Boll.* n. 27-28/95).

¹² L'Autorità è intervenuta a sanzionare la posizione dominante della società SEA relativamente alla situazione degli aeroporti milanesi con il provv. n. 1845 del 16.3.94, *Ibar/SEA*, in *Boll.* n. 11/94 con il quale è stata introdotta una sostanziale liberalizzazione nel settore dei servizi di *handling*; per quanto riguarda gli abusi contestati alla soc. Aeroporti di Roma, titolare di una concessione *ex lege* in esclusiva per la gestione degli aeroporti di Fiumicino e Ciampino, cfr. provv. n. 1587 del 17.11.93 Gruppo di sicurezza/Aeroporti di Roma, in *Boll.* n. 35/93; provv. n. 1017 del 17.3.93, *Ibar/Aeroporti di Roma*, in *Boll.* n. 6/93 nonché il provv. n. 2854 del 2.3.95, *De Montis Catering/Aeroporti di Roma*, in *Boll.* n. 9/95, i quali hanno consentito l'apertura alla concorrenza nel settore dei servizi di sicurezza negli aeroporti, nei servizi di *handling* ed in quello del *catering* in passato gestiti, in una situazione di sostanziale monopolio «legale», dalla società titolare della gestione delle infrastrutture e dell'organizzazione degli aeroporti romani.

Negli interventi del Garante *antitrust* si sottolinea la necessità di mantenere in capo all'autorità pubblica le sole funzioni di controllo e di coordinamento per consentire l'ingresso degli operatori privati in regime di libera concorrenza all'interno del mercato dei servizi connessi alla gestione portuale ed aeroportuale: tale processo di liberalizzazione del mercato dei servizi portuali ed aeroportuali presupporrebbe in primo luogo l'abbandono dell'esclusiva a favore delle compagnie e dei gruppi operanti all'interno di quei mercati fondata sul regime concessorio. Dalla concessione deriva infatti in capo all'ente gestore una posizione di sostanziale monopolio nella disponibilità delle aree il cui sfruttamento è essenziale per consentire lo svolgimento di una serie di attività ben distinte dalla gestione delle infrastrutture: dall'abbandono del sistema concessorio deriverebbe una ragionevole limitazione del potere discrezionale nel rilascio delle autorizzazioni ai privati che volessero intraprendere quel tipo di attività¹³.

1.4. La diffusione della logica del mercato concorrenziale nel tessuto dell'ordinamento costituzionale

Sulla falsariga tracciata dalle numerose aree normative coinvolte dall'attività consultiva svolta nei primi cinque anni dall'autorità *antitrust* è dunque possibile ricostruire il quadro degli interventi normativi riconducibili ai parametri dello Stato programmatore ovvero dello Stato imprenditore; l'altro elemento che emerge da questa indagine appartiene al modello di regolazione che potrebbe, coerentemente con le finalità della legge nazionale *antitrust*, correggere le deviazioni poste in luce dalle segnalazioni e dai pareri citati.

Il modello è ancora quello della comparazione fra gli obiettivi della concorrenza con le ragioni della correttezza, della competenza professionale, della sicurezza dei consumatori generalmente invocate a soste-

¹³ In sede di attività consultiva ex art. 22, l'Autorità è intervenuta nel procedimento di approvazione della legge n. 537 del 1993 al fine di censurare i principi per il riordino della gestione aeroportuale, lamentando in particolare l'eccessiva durata delle rinnovande concessioni aeroportuali (*Gestione aeroportuale*, parere del 4.11.93, in *Boll.* n. 33/93).

gno di quelle forme di intervento statale che l'Autorità giudica inadeguate e addirittura fonti di forti distorsioni del regime concorrenziale: il principio generale è in fondo quello stesso valore dell'eguaglianza (contrapposta ai privilegi odiosi del monopolio) che Adam Smith riconduceva al modello concorrenziale considerato come l'unica forma di organizzazione dei rapporti economici in grado di mantenere e salvaguardare l'eticità del mercato.

Il principio della parità delle condizioni fra gli operatori economici garantito dalla scelta della concorrenza si inserisce così, grazie anche al dialogo diretto con le istituzioni favorito dall'attribuzione delle funzioni consultive, in quel disegno di affermazione della cultura del mercato concorrenziale che l'Autorità tenta di perseguire attraverso le declaratorie di nullità e di sanzione degli accordi e dei comportamenti vietati ai sensi del Capo I della legge¹⁴. Il valore dell'eguaglianza attraverso la concorrenza vale non solo a mantenere l'eticità del mercato, secondo quel prezioso insegnamento che ci riporta alle origini della teoria liberale, ma contribuisce ad inserire il «fatto culturale» del mercato all'interno del pluralismo dei valori e delle situazioni giuridiche tutelate che deve caratterizzare la gestione dei pubblici poteri nelle moderne democrazie.

Il profilo delle funzioni e quello della collocazione dell'Autorità nel sistema costituzionale sono dunque intimamente collegati dal momento che le modalità del controllo sullo svolgimento dell'attività economica dei privati costituiscono il riflesso sul piano funzionale della struttura di un organismo la cui organizzazione si fonda sui principi dell'autonomia e dell'indipendenza.

L'applicazione all'Autorità *antitrust* della nozione di regolazione dei rapporti interprivati deve tener conto del rapporto fra mercato e concorrenza dal quale ha preso le mosse la ricerca del valore pubblicistico di queste nozioni svolta nella prima parte; una volta esaminato tale profilo si potranno analizzare le singole funzioni *antitrust* in relazione

¹⁴ Sull'importanza delle funzioni consultive dell'Autorità *antitrust* per l'affermazione della cultura della concorrenza e del mercato insiste, da ultimo, M. CLARICH, *Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella politica della concorrenza*, Relazione al Convegno internazionale organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *La tutela della concorrenza*, cit., in *Boll. Ed. spec.*, ottobre 1996, 259 ss.

alle situazioni in cui il valore del mercato concorrenziale si confronta con altri interessi pubblici. È infatti dall'esame di queste situazioni che emerge la dinamica fra il valore della concorrenza e gli interessi non riconducibili alla conservazione della struttura concorrenziale del mercato di riferimento: l'analisi della motivazione che accompagna il diniego ovvero la concessione delle autorizzazioni dell'operazione in deroga ai divieti posti dalla legge consente di accertare se ed in quale misura nella logica regolatoria dell'Autorità si inseriscano elementi tipici di un bilanciamento fra interessi di natura diversa. Sui risultati di tale ricostruzione si fondano le soluzioni interpretative proposte nell'ultimo capitolo avente ad oggetto la natura dell'Autorità e la sua collocazione nel sistema costituzionale.

2. Il valore della concorrenzialità del mercato nelle decisioni dell'Autorità: il rapporto fra mercato e concorrenza nell'applicazione dei divieti in materia di intese, di abuso di posizione dominante e di concentrazioni

Le regole dettate dal legislatore a garanzia del mantenimento della concorrenza si traducono nella fissazione di taluni parametri la violazione dei quali trasforma le manifestazioni di autonomia contrattuale delle imprese in comportamenti distorsivi od elusivi della concorrenza.

L'area di intervento di tali regole sulla libertà contrattuale va in realtà oltre le manifestazioni tipiche della libertà contrattuale: l'art. 2, in linea con quanto disposto dall'art. 85 del Trattato CE, ricomprende nel concetto di «intesa» gli accordi e le pratiche concordate tra le imprese nonché le deliberazioni adottate da consorzi, da associazioni di imprese e da altri organismi simili¹⁵. La *ratio* che è alla base di tale

¹⁵ Ai sensi dell'art. 85 del Trattato CE, sono incompatibili con il mercato comune e sono quindi vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'impresa, tutte le pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio fra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. La norma prosegue poi indicando alcune fattispecie tipiche consistenti nella fissazione autoritativa dei prezzi (lett. a), nella limitazione della produzione, degli sbocchi e dello sviluppo tecnico e degli inve-

elenco di situazioni rilevanti è evidentemente quella di individuare uno spettro sufficientemente ampio di fattispecie sanzionabili al fine di garantire l'uniforme applicazione della legge anche nelle ipotesi in cui un comportamento palesemente scorretto non sia stato formalizzato in un accordo o in un contratto tipico¹⁶. In particolare, la norma specifica le fattispecie rientranti nelle deliberazioni adottate in attuazione di disposizioni statutarie o regolamentari non solo da parte di associazioni di imprese ed altri organismi similari: proprio con riferimento alle deliberazioni di consorzi l'Autorità è giunta a colpire una serie di attività anti-concorrenziali in un settore, quale quello della produzione di calcestruzzo, particolarmente interessato da una serie di pratiche distorsive della concorrenza, poste peraltro in luce da una delle prime indagini conoscitive avviate dal Garante in attuazione dell'art. 12.1 della legge¹⁷. Nel sanzionare le deliberazioni adottate dagli organi di un consorzio di imprese con le quali si condizionava pesantemente il comportamento sul mercato delle imprese consorziate, l'Autorità ha sottolineato la necessità di ribadire la portata innovativa della legge n. 287

stimenti (lett. b), nella ripartizione dei mercati e degli approvvigionamenti (lett. c), nell'applicazione di condizioni di contratto dissimili per le stesse operazioni (lett. d) ed infine nella subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari estranee all'oggetto del contratto (lett. d). Al n. 3 l'art. 85 proclama i suddetti accordi o decisioni *nulli di pieno diritto*.

¹⁶ G. BERNINI, *Un secolo*, cit., 320, nel commentare l'art. 2 ricorda che anche per il legislatore italiano, come già per la normativa *antitrust* americana e comunitaria, non è tanto la veste giuridica dell'intesa quanto la sostanza della pratica che si intende colpire in vista del suo oggetto o del suo effetto: delle tre fattispecie individuate dalla norma, la prima (accordi) ha natura contrattuale, la seconda (la pratica concordata) si traduce in un comportamento di fatto, mentre la terza riguarda le deliberazioni e quindi un atto collegiale adottato da un organismo collettivo che la legge n. 287 del 1990 sembrerebbe definire in modo più preciso rispetto all'art. 85 del Trattato CE.

¹⁷ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, prov. n. 116 del 17.7.1991, *Indagine conoscitiva nel settore del calcestruzzo*, in *Boll.* n. 5 del 1991: è opportuno ricordare che la gran parte delle decisioni di nullità di accordi stipulati dalle società consortili esistenti in questo settore hanno avuto origine proprio dal quadro emerso da tale indagine che, peraltro, si è conclusa alla fine del 1993 ed i cui risultati sono stati pubblicati nel Supplemento al *Boll.* n. 37 del 1993.

del 1990 rispetto alla disciplina codicistica in materia di consorzi poiché diversa è l'idea di mercato che la prima esprime¹⁸.

Il giudizio dell'Autorità si fonda sulla verifica della sussistenza di intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante. In particolare, la sussistenza delle condizioni generali sopra ricordate e delle condizioni specifiche attraverso le quali tale distorsione può essere attuata (quali la fissazione autoritativa dei prezzi o la limitazione degli accessi e degli

¹⁸ In tal senso, AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, provv. n. 422 del 11.3.92, *Pro-Cal.*, in *Suppl. Boll.* n. 8/93 e in Allegato D alla Relazione annuale, Roma, 1993, 63; nell'ambito del settore del calcestruzzo cfr. anche i provv. n. 376 del 12.2.92, *Consorzio Abruzzo conglomerati cementizi*, ivi, 10; nel prov. n. 377 del 12.2.92, *Cons. prod. calcestruzzi Perugia*, ivi 14, si dichiarano nulle le delibere adottate in attuazione di disposizioni statutarie e regolamentari contenenti statuizioni in ordine alla determinazione del prezzo di vendita del calcestruzzo, al contingentamento della produzione mediante la ripartizione *pro quota* tra le imprese consorziate delle forniture di calcestruzzo, nonché alla previsione di sanzioni per le inadempienze da parte delle imprese stesse; prov. n. 378 del 12.2.92, *Consorzio Sciacca Terme*, ivi, 18; provv. n. 411 del 4.3.92, *Cons. Edile Marsicano*, ivi, 29; prov. n. 508 del 15.5.92, *Cementir/Sacci*, ivi, 41, con il quale vengono colpiti accordi relativi alla cessione e scambio di clientela che evidenziavano la volontà di ripartire i mercati in grado di falsare il libero incontro della domanda e dell'offerta e quindi di orientare la politica di acquisto degli utilizzatori in modo da realizzare gli interessi commerciali concordati dei produttori in contrasto con l'art. 2, lett.c) della legge. Nel campo delle associazioni di imprese vietate cfr. prov. n. 1047 del 31.3.93, *Federazione Nazionale Spedizionieri*, *ibid.*, 118. Nel primo anno di attività, l'Autorità si è espressa in merito a 9 intese tra imprese: in 6 casi non è stata avviata l'istruttoria, in 2 casi l'istruttoria si è chiusa rispettivamente con la constatazione della rimozione delle fattispecie potenzialmente lesive della concorrenza e con la mancata concessione dell'autorizzazione in deroga richiesta. (*Assirevi*, prov. n. 140 del 26.8.91, in *Boll.* n. 7/91); il numero di casi è aumentato sensibilmente nel corso del 1992, anno in cui sono state definiti 25 casi di denunciata violazione dell'art. 2. In 14 casi è stata avviata formale istruttoria ed in 12 casi è stata dichiarata la nullità degli atti e dei comportamenti denunciati. In otto procedimenti decisi nel corso del 1993 è stata constatata la violazione dell'art. 2; per il 1994 sono stati riscontrati 5 casi, mentre fino all'ottobre 95 la violazione dell'art. 2 è stata pronunciata con il prov. n. 2881 del 14.3.95, *Titanus Distribuzione/Cinema*, in *Boll.* n. 11/95, mentre è stata negata la violazione suddetta nel prov. n. 3163 *Ram, Rifornimenti Aerei Milanesi*, in *Boll.* n. 29/95. L'indice delle decisioni adottate dall'Autorità, aggiornato al 31.3.1995, è contenuto nell'Allegato A alla *Relazione annuale al Presidente del Consiglio dei Ministri*, Roma 30.4.1995.

sbocchi al mercato, la ripartizione del mercato, le disparità di trattamento contrattuale di cui all'art. 2.2 lett.a-e) costituiscono il primo passaggio logico della soluzione adottata dall'Autorità.

La costruzione della decisione sul punto dell'accertamento della violazione contestata segue in realtà uno schema pressoché costante ed uniforme sia per gli interventi in materia di comportamenti ed atti illeciti o sospetti di abuso di posizione dominante, sia per il sindacato sulla legittimità delle concentrazioni comunicate dalle imprese all'Autorità.

Fondamentale è il ruolo svolto dalle valutazioni in ordine al mercato geografico ed al mercato rilevante: trattasi di nozioni indispensabili per la corretta ed esaustiva motivazione della decisione sull'illecito contestato.

Nel caso in cui il sospetto coinvolge un'intesa è essenziale verificare la consistenza della restrizione tenendo conto di una serie di fattori, primo fra tutti l'incidenza dell'intesa sulle dimensioni del mercato all'interno del quale i contraenti si trovano ad operare. Le restrizioni devono risultare tali da introdurre una sensibile restrizione della concorrenza nel mercato di riferimento: il valore della concorrenza, d'altro canto, è oggetto di tutela non in maniera assoluta ed automatica poiché è estranea alla logica del modello comunitario l'idea di una concorrenza perfetta in base alla quale qualsiasi restrizione debba essere di per sé condannata¹⁹.

Dal momento che la legge parla di restrizioni su una parte consistente del mercato è alla prassi applicativa che occorre guardare per stabilire quale sia il parametro adottato nella definizione del giudizio sulla lesività della intesa. L'Autorità ha a questo proposito spiegato come il mercato geografico di riferimento vada determinato in relazione alle caratteristiche dei prodotti oggetto dell'intesa sospetta ed alle abitudini dei consumatori. Ciò significa che, ad esempio, in presenza di beni altamente deperibili l'operazione deve essere valutata in relazioni a porzioni assai piccole del mercato nazionale, talora circo-

¹⁹ È interessante la ricostruzione di G. BERNINI, *Un secolo*, cit., 321, che sulla continua tensione fra *rule of reason* e *per se condemnation* traccia la storia delle vicende alterne che l'applicazione delle regole antimonopolistiche ha avuto negli Stati Uniti.

scritte alla dimensione regionale, talaltra addirittura alla dimensione locale²⁰. È secondo questi parametri che la qualificazione delle caratteristiche del mercato contribuisce a definire il quadro entro il quale è possibile giudicare il comportamento delle imprese vietato ai sensi dell'art. 2.

2.1. La nozione di mercato rilevante

In realtà, la nozione di mercato rilevante, ovverosia del mercato di riferimento rispetto al quale si valuta l'atto o la posizione sospetta, rappresenta una formula di sintesi che comprende i soggetti in esso operanti, l'area interessata, la qualità dei prodotti, dei loro prezzi e le caratteristiche dei prodotti. Il carattere funzionale della previa definizione del mercato di riferimento non riguarda ovviamente le sole intese, ma si estende ai divieti di abuso di posizione dominante di cui all'art. 3 ed alle concentrazioni vietate dall'art. 6 della legge.

Si ritiene che per le intese vietate dall'art. 2 la necessità di colpire anche il cd. illecito di pericolo, di colpire cioè anche quei comportamenti che potrebbero in futuro cagionare limitazioni della concorrenza, rende possibile un accertamento di massima del mercato interessato. Per l'accertamento dell'abuso di posizione dominante il giudizio sul mercato rilevante coinvolge una valutazione di effetti già in atto e dunque immediatamente constatabili nel corso dell'istruttoria, men-

²⁰ Questi principi sono stati fissati nella *Relazione annuale al Presidente del Consiglio*, Roma, 1992, 22-23. Sull'importanza dell'individuazione dell'ambito merceologico del mercato ai fini della valutazione della consistenza della limitazione, R. PARDOLINI, *Art. 2*, in *Diritto italiano antitrust*, cit., vol. I, 198; l'Autorità antitrust sembra sotto questo profilo privilegiare la definizione di sottosettori o addirittura di segmenti produttivi al fine di rendere quantopiù corretta l'individuazione del mercato di riferimento in relazione alla specificità del prodotto o del servizio prestato: tale tendenza si dimostra tanto più utile ed efficace allorché si tratti di definire le rispettive aree di mercati assai contigui. Sulla base di tale parametro è stato possibile distinguere ad esempio il mercato dell'*handling* da altri due mercati assai vicini, quali quello dei servizi di sicurezza (avente ad oggetto il controllo radioscopico dei bagagli, il controllo dell'accesso all'aereo etc.) e quello del *catering* (comprendente le operazioni di rifornimento e di caricamento a bordo delle vettovalie); sulla vicenda della progressiva erosione delle concessioni aeroportuali, v. *supra* al par. 1.3.

tre per le concentrazioni la verifica ha la funzione di effettuare una prognosi degli effetti pro futuro che l'operazione di fusione, appena comunicata dalle parti, potrebbe in seguito generare.

Le ipotesi di abuso di posizione dominante, i cui indici rivelatori vanno dall'imposizione autoritativa di prezzi di acquisto o di vendita, alla limitazione degli accessi o degli sbocchi al mercato, all'applicazione con altri contraenti di condizioni diverse per prestazioni equivalenti; alla imposizione nei rapporti contrattuali di prestazioni supplementari, devono essere valutate in relazione agli effetti che producono all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante. La nozione di mercato rilevante contiene la definizione della sua estensione materiale, geografica e temporale²¹.

La dimensione materiale del mercato si riferisce alle caratteristiche oggettive del bene prodotto: dal momento che la concorrenza presuppone la possibilità di scelta fra prodotti fra loro intercambiabili saranno considerati appartenenti allo stesso mercato quei prodotti che per le loro caratteristiche, per il prezzo ovvero per l'uso al quale sono destinati sono indifferentemente fruibili da parte dei consumatori. In base a questa delimitazione oggettiva è possibile verificare la permanenza dal lato dei consumatori (domanda) di effettive possibilità di soluzioni alternative: la sussistenza del comportamento abusivo deriverà quindi dall'impossibilità per la presunta vittima dello stesso di sottrarsi a quel tipo di offerta.

2.2. La dimensione geografica del mercato

Il ricorso alla nozione di mercato geografico è essenziale per comprendere se sussiste un'area all'interno della quale la "vittima" può rivolgersi verso altre offerte ed eludere così i maggiori oneri imposti dall'impresa denunciata.

La definizione di questo parametro dipende ovviamente dalla natura, dal modo di produzione del prodotto ed anche dalle abitudini del consumatore: ad esempio, è evidente come la difficoltà di conserva-

²¹ Così A. FRIGNANI, *Articolo 3*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, cit., vol. I, 322 ss..

zione di un bene determini un mercato geografico assai circoscritto, così come le oggettive abitudini dei consumatori ostili a prodotti «nuovi» possano influenzare la definizione della dimensione geografica del mercato.

Anche il fattore tempo svolge un ruolo importante: l'estensione temporale del mercato è legata al costo praticato per l'erogazione del servizio in determinati periodi dell'anno (servizi alberghieri) o della giornata (erogazione di energia elettrica) ed impone quindi un'analisi differenziata dei comportamenti sospetti anche in relazione al periodo in cui quei fatti si sono verificati.

Nella prassi, i parametri suddetti sono talora di difficile individuazione data la parziale intercambiabilità che vi può essere fra prodotti in relazione a determinate utilizzazioni, ad una categoria di consumatori o in relazione ad un certo prezzo: è ovviamente altrettanto importante osservare il comportamento complessivo dell'impresa per verificare in quale misura la stessa riesca a sottrarsi alla regola del mercato concorrenziale ed imporre magari unilateralmente i suoi prezzi senza avere la minima cura delle reazioni dei suoi concorrenti²².

2.3. Il potere dell'impresa sul mercato

Una volta definita l'area di mercato, la posizione dominante al suo interno si deduce sulla base di una serie di indici sia strutturali che comportamentali: i primi si riferiscono alla quota di mercato «conquistata» dall'impresa, mentre i secondi attengono all'aspetto dinamico delle relazioni ed in particolare al potere di mercato ovvero all'influenza dell'impresa sul funzionamento del mercato medesimo.

La nozione di quota di mercato consente di definire in concreto la posizione dell'operatore privato rispetto alla dimensione del mercato: tale elemento viene valutato alla luce di dati obbiettivi quale l'indice del fatturato realizzato nel mercato nazionale dall'impresa sospetta e dai suoi concorrenti: non rileva a tal fine la presenza di un'unica im-

²² A. FRIGNANI, *Articolo 3*, cit., 336 ed ivi ulteriori richiami alla dottrina americana.

presa all'interno del mercato nazionale di un prodotto quando ad esempio il volume delle importazioni sia così elevato da mantenere il mercato di quel prodotto in condizioni concorrenziali. Esistono in realtà degli indici di riferimento che la Corte di Giustizia ha individuato al fine di stabilire la soglia critica della quota di mercato occupata: se la produzione dell'impresa è tale da superare l'80% dell'offerta vi sono buone ragioni per ritenere la stessa in posizione dominante, anche se tale parametro è suscettibile di variazione in relazione alle dimensioni ed alla forza delle imprese concorrenti. È evidente che in una situazione di mercato caratterizzata da una pluralità di piccoli imprenditori, numerosi ma di ridotte dimensioni non potrà essere elevata la quota di mercato detenuta dall'impresa perché le si possa attribuire una posizione di dominanza.

Ancora una volta, dunque, la struttura e le dimensioni del mercato contribuiscono a definire il ruolo svolto dall'impresa al suo interno: ruolo che si materializza poi sotto il profilo dinamico in una serie di atti che definiscono l'abuso della situazione di potere conquistata dalla stessa.

La definizione del potere di mercato dell'impresa è infine essenziale nella valutazione delle operazioni di concentrazione, dal momento che il contenimento del potere di mercato rappresenta il fine primario del controllo delle concentrazioni²³. A differenza di quanto avviene nel controllo sull'abuso di posizione dominante, non è possibile utilizzare questo parametro nel diritto delle concentrazioni: non è quindi possibile desumere il comportamento abusivo sulla base del rapporto fra offerente e richiedente e quindi dell'esistenza di eventuali alternative fra più fornitori ai quali l'impresa possa liberamente rivolgersi. In questo ambito la ricerca della quota di mercato diventa allora essenziale: essa si costruisce sulle caratteristiche strutturali del mercato del prodotto e di quello geografico²⁴. Trattandosi di un giudizio proiettato nel futuro, nel senso che compito dell'Autorità è quello di verificare *ex*

²³ Così C. OSTI, *Artt. 5-7*, in *Diritto antitrust italiano*, cit., vol. I, 535.

²⁴ C. OSTI, op. cit., 647, sottolinea come la dimostrazione di un abuso sanzionabile ai sensi dell'art. 3 non possa essere ritenuto sufficiente per dimostrare l'esistenza di una posizione dominante ai sensi dell'art. 5; in altri termini, nel campo delle concentrazioni gli aspetti comportamentali sembrerebbero meno significativi degli aspetti più propriamente strutturali.

ante, cioè nel momento della comunicazione della volontà di procedere ad una delle operazioni di cui all'art. 5, sarà quantomai opportuno procedere con cura all'analisi della situazione di mercato esistente e quindi alla verifica di eventuali barriere all'ingresso, dell'andamento della domanda e dell'offerta nonché delle possibili efficienze della concentrazione.

Per quanto riguarda la definizione del mercato del prodotto, essa deve tener conto, oltre che del comportamento (soggettivo) dei consumatori, anche delle condizioni generali di mercato: si impone cioè un giudizio di tipo prognostico sull'astratta idoneità di quel gruppo di prodotti a soddisfare il bisogno che l'interprete giunge a considerare «oggettivamente» rilevante²⁵.

Altrettanto importante è l'individuazione del mercato geografico rilevante: la situazione di mercato deve, ai sensi dell'art. 5, essere valutata tenendo conto di una serie di fattori sia oggettivi, come l'esistenza di barriere all'ingresso, che soggettivi, quali ad esempio il comportamento dei consumatori e la loro eventuale fedeltà nei confronti di determinate categorie di marchi, nomi e segni distintivi. È evidente il ruolo svolto in questo ambito dalla posizione dell'impresa sul mercato: una volta definito il mercato rilevante sulla base degli indici sopra richiamati, la determinazione della quota di mercato rappresenta il dato di partenza rispetto al quale gli altri fattori si riducono spesso ad una funzione ausiliaria.

2.4. *L'importanza della definizione del mercato rilevante nella valutazione del comportamento anticoncorrenziale*

Nell'applicazione degli articoli 2, 3 e 5 l'Autorità utilizza, sulla falsariga della giurisprudenza elaborata dalla Commissione e dalla Corte di giustizia, una serie di parametri che consentono la definizione della situazione di mercato e, nel caso delle concentrazioni vietate, la definizione della struttura di mercato.

Nello svolgimento di queste delicate valutazioni si è visto come la di-

²⁵ Insiste sul carattere oggettivo della determinazione del mercato rilevante ai fini del giudizio sulle concentrazioni, C. OSTI, op. cit., 673 ss.

mensione del mercato, più volte usata in termini generali nel corso della ricerca, acquista una serie di connotati che sono al tempo stesso oggettivi, in quanto si riferiscono a delimitazioni territoriali o produttive dell'area dello scambio, e soggettivi poiché sono connessi, in misura più o meno diretta, ai comportamenti dei consumatori e degli utilizzatori che si muovono all'interno della struttura di mercato. L'importanza della definizione in termini oggettivi del mercato rilevante è testimoniata dalla necessità che le decisioni dell'Autorità siano sul punto adeguatamente motivate al fine di rendere espliciti i passaggi logici che hanno condotto all'accertamento del comportamento anticoncorrenziale. A questo proposito è stata rilevata una certa genericità e stringatezza della motivazione che di volta in volta ha accompagnato le decisioni in materia di concentrazioni²⁶. La carenza della motivazione sul punto della determinazione del mercato rilevante potrebbe infatti nascondere un eccesso di discrezionalità nella definizione della nozione in questione: da tale libertà di valutazione conseguirebbe una eccessiva disinvoltura dell'Autorità nel combattere o legittimare la formazione di posizioni di potere sul mercato. A questa possibilità si riferivano d'altro canto le perplessità ed i timori di von Hayek sul possibile uso improprio di una, sia pur necessaria, legislazione *antitrust* nelle cui applicazioni si celasse una scelta assolutamente discrezionale ed incontrollata fra monopoli buoni e monopoli da combattere²⁷.

Il quadro dinamico della situazione di mercato che viene fotografato in ciascuna delibera dell'Autorità fornisce la cornice essenziale per il sindacato sul mantenimento dell'equilibrio concorrenziale: per questa ragione è indispensabile che la cornice evidenzi in modo trasparente la concreta situazione del mercato.

Per ciò che attiene alla valutazione in ordine al contenuto e quindi alla sanzionabilità del comportamento occorre sottolineare come la perseguibilità del comportamento stesso sia legata all'effetto di impedire, restringere o falsare **in maniera consistente** il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante nel

²⁶ Così A. NIUTTA, *Il mercato rilevante*, in *Concorrenza e mercato*, n. 2/1994 cit., 112.

²⁷ Sulla posizione di F.A. VON HAYEK in ordine all'opportunità dell'introduzione di una legislazione *antitrust* cfr. Parte I, Capitolo I.

caso delle intese vietate dall'art. 2; ad analoga formula ricorre il legislatore nell'art. 3 in cui la sanzione si riferisce all'**abuso** di una posizione anticoncorrenziale. Anche la valutazione delle concentrazioni vietate è legata alla constatazione dell'acquisizione di una posizione dominante sul mercato nazionale tale da ridurre **in modo sostanziale e durevole** la concorrenza (art. 6.1). Il riferimento alla «consistenza» della lesione della concorrenza costituisce una costante della normativa italiana che in ciò riproduce formule presenti nelle regole *antitrust* comunitarie.

3. La concorrenzialità del mercato fra regole nazionali e vincoli comunitari

La necessità di valutare di volta in volta la sostanza dell'abuso e quindi di quantificare la lesione del bene concorrenza deve essere ricondotta all'interno del quadro teorico sulla pluralità delle forme di concorrenza che possono essere oggetto di tutela all'interno di un ordinamento.

Nella prima parte di questo lavoro abbiamo ricordato le diverse configurazioni che la cultura sociologica ed economica hanno elaborato intorno al modello concorrenziale: in quella sede si è ribadito il valore meramente teorico del modello concorrenziale perfetto, al pari del modello opposto del monopolio puro. La cultura comunitaria è parimenti distante da questi due modelli estremi, sia per il fatto di porre la condizione della *sostanziale* riduzione della concorrenza, ovvero dell'*abuso* del potere di mercato, o ancora nel fatto di aver regolamentato il fenomeno delle concentrazioni in base a criteri che siano in grado di conciliare le efficienze allocative con le inefficienze produttive che spesso si accompagnano alle formazioni di poteri oligopolistici.

Ciò significa che il modello comunitario non è quello della concorrenza perfetta²⁸, ma della concorrenza come valore che deve essere

²⁸ Secondo V. DONATVI, *Introduzione* in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, cit., 78, il fatto che l'art. 85, § 3 del Trattato CEE consenta le esenzioni, sia individuali che per categoria, nei confronti delle intese che ricadano nell'ambito del divieto generale

tendenzialmente salvaguardato in relazione al fine dell'obiettivo dell'integrazione nel mercato unico. La centralità del valore concorrenza non è da queste regole posto in discussione in nome di un ordine pubblico fondato sul mercato la cui difesa sarebbe inaccettabile per l'interprete delle regole antimonopolistiche italiane: l'esegesi di tale normativa deve infatti essere condotta nel quadro dei valori costituzionali all'interno dei quali non troverebbe alcuno spazio la dimensione oggettiva del mercato e dell'efficienza economica²⁹.

Il fatto che le lesioni della concorrenza per essere oggetto di sanzione da parte dell'ordinamento comunitario debbano essere consistenti o comunque tali da limitare in misura considerevole il corretto funzionamento del mercato non significa necessariamente che la concorrenza è in questo ordinamento ridotta al rango di mero strumento in vista dell'unico obiettivo rappresentato dalla costruzione del mercato unico. La possibilità che nella valutazione in sede comunitaria dei comportamenti o degli atti anticoncorrenziali intervengano elementi di giudizio esterni rispetto al funzionamento del meccanismo concorrenziale appartiene piuttosto alla tecnica ed alla logica del bilanciamento fra le diverse politiche comunitarie esaminata nella seconda parte di questo lavoro.

La valutazione dei comportamenti potenzialmente lesivi della con-

contenuto nel § 1, dovrebbe essere letto come una conferma del radicale superamento delle posizioni espresse dalla teoria economica classica secondo la quale il massimo sociale sarebbe riconducibile solo a situazioni di concorrenza perfetta. Il modello comunitario sarebbe piuttosto quello della *workable competition*, ovvero della concorrenza effettivamente praticabile, già elaborata dalla cultura *antitrust* americana. Tale affermazione va in realtà letta alla luce della ricostruzione svolta nella Parte II, al Cap. III e, in particolare, del principio di neutralità del Trattato dal quale consegue la tendenza del sistema comunitario a porre la logica delle regole antimonopolistiche in un quadro di armonico bilanciamento con le altre politiche comunitarie.

²⁹ È questa la chiave interpretativa utilizzata da R. NIRO, *Profili costituzionali*, cit., 167 ss, nell'analisi delle regole *antitrust* comunitarie: soprattutto nella disciplina delle concentrazioni l'ampiezza dei poteri riservati alla Commissione potrebbe trasformare il diritto della concorrenza in uno strumento di politica industriale attraverso il quale in luogo delle ragioni della concorrenza intesa come valore individuale prevalgano le ragioni del progresso economico svincolate dalle considerazioni delle sfere di libertà dei soggetti, e quindi prevalga la logica della efficienza del mercato oggettivamente inteso, criterio estraneo allo spirito della Carta costituzionale italiana.

correnza descritti dalla legge nazionale *antitrust* dovrebbe in realtà tenere conto del complesso dei principi elaborati in ambito comunitario: a meno che non si voglia svuotare di significato il vincolo interpretativo posto nell'art. 1.4 della legge n. 287, sarà quantomai opportuno tenere conto, da un lato, del ruolo della concorrenza nel sistema dei principi della Costituzione economica comunitaria e, dall'altro, sottolineare le distanze che separano la politica di concorrenza comunitaria dalle esigenze di apertura del mercato nazionale.

4. La posizione di terzietà dell'Autorità nella risoluzione delle controversie in materia di intese e di abuso di posizione dominante

È in questo contesto teorico che va collocata l'analisi delle singole competenze dell'Autorità, a cominciare dalla indagine sui poteri della stessa in ordine ai divieti posti dall'art. 2 e dalla verifica della supposta natura «discrezionale» delle deroghe ai divieti medesimi disciplinate nell'art. 4³⁰.

Nell'applicazione delle fattispecie di divieto contemplate nell'art. 2 l'Autorità, qualora l'istruttoria confermi gli estremi della violazione denunciata, dichiara la **nullità** delle intese o delle pratiche concordate poste in essere in violazione della legge *antitrust*.

La declaratoria di nullità non sembra avere la sostanza di un provvedimento risultante dall'esercizio di un potere di amministrazione attiva: l'assenza di una ponderazione e di un bilanciamento degli interessi coinvolti è confermata dall'assenza di una motivazione nelle decisioni adottate ai sensi dell'art. 2. Gli interessi sarebbero cioè determinati dal legislatore e l'applicazione del divieto si traduce in un sostanziale accertamento della corrispondenza tra fatti e norme. L'Autorità applica dunque i parametri legislativi attraverso un giudizio in cui le prove sono utilizzate per verificare la corrispondenza dei fatti ai divieti posti dal legislatore. La sanzione della **nullità di pieno diritto** per le intese vietate ai sensi dell'art. 2 è stata del resto interpretata come la

³⁰ In tal senso, G. AMORELLI, *La motivazione dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità garante*, n. 2/1994, 27.

fonte di un potere che porrebbe l'Autorità nelle condizioni di adottare una decisione assai più simile sul piano strutturale alla declaratoria giurisdizionale di nullità del contratto per i vizi dell'art. 1418 del Codice civile³¹

Non dissimile è il modello delle decisioni adottate in materia di pubblicità ingannevole ai sensi del d.lgs. n. 74 del 1992: anche in questo caso l'Autorità non svolgerebbe alcuna funzione di amministrazione attiva in senso stretto dal momento che l'accertamento della corrispondenza del comportamento denunciato all'ipotesi normativa che definisce l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario non coinvolge una concreta ponderazione di interessi³².

4.1. *Il ruolo delle autorizzazioni in deroga ai divieti in materia di intese: espressione di un potere discrezionale ovvero limite ad una regola generale?*

Il rapporto fra l'applicazione dei divieti e la valutazione degli interessi ora descritto non è del resto contraddetto dall'art. 4, dalla disposizione cioè che individua alcuni interessi in nome dei quali l'Autorità potrebbe disporre deroghe ai divieti posti dall'art. 2.

L'art. 4 consente infatti l'adozione per un tempo limitato di provvedimenti che autorizzano intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2, sempreché dalle stesse derivino miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria

³¹ M. CLARICH, *Per uno studio*, cit., 130, identifica l'elemento caratterizzante dei poteri dell'Autorità nell'accertamento della corrispondenza tra fatti e norme; contra, G. VOLPE, *Indagine sulle funzioni dell'Autorità antitrust: verso un «governo tecnico di settore»*, in Scritti in on. di A. Predieri, Milano, 1996, vol. II, 1545 ss., in part. 1550.

³² Così M. CLARICH, op. ult. cit., 136; ID., *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 149 ss.; in termini sostanzialmente conformi è la ricostruzione di G. AMORELLI, *La motivazione dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV., *Concorrenza e mercato*, n. 2/1994, Milano, 1994, 25.

concorrenzialità sul piano internazionale e siano connessi con l'aumento della produzione o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico e tecnologico.

Le autorizzazioni in questione devono inoltre osservare due limiti negativi: deve trattarsi di restrizioni che siano strettamente necessarie al conseguimento delle finalità sopra elencate e la loro ammissione non deve generare la totale eliminazione della concorrenza da una parte sostanziale del mercato. Quanto alle modalità del rilascio dell'autorizzazione in deroga è previsto espressamente un potere di revoca nel caso in cui l'impresa violi le condizioni alle quali la deroga era subordinata o nell'ipotesi in cui vengano meno le condizioni per l'autorizzazione. Nonostante gli espliciti limiti entro i quali tale potere di deroga è stato configurato, larga parte dei commentatori individua all'interno dello stesso «un potere discrezionale di dispensa», che appare peraltro in contrasto con la struttura giudiziale dell'accertamento dei divieti in materia di intese³³.

L'affermazione della discrezionalità del potere di deroga è stato inoltre utilizzato da parte della dottrina costituzionalista come «prova» dell'inesistenza di una neutralità dell'Autorità nella valutazione della concorrenzialità del mercato e del suo temperamento con gli interessi di natura diversa: gli interessi in questione non sarebbero dunque esplicitati dalla legge, ma sostanzialmente definiti dall'Autorità attraverso un'operazione di bilanciamento dalla quale è possibile dedurre il loro peso specifico³⁴.

Sulla base di questa ricostruzione si giunge a ritenere che la garanzia della libera concorrenza, seppure direttamente discendente dall'art. 41 Cost. e quindi dalla libertà dell'iniziativa economica privata, rappresenterebbe nel nostro ordinamento non un valore, ma piuttosto uno strumento funzionale alla realizzazione di interessi riconducibili

³³ M. CLARICH, *Per uno studio*, cit., 135-136, definisce tale potere discrezionale assolutamente incongruente ed incoerente rispetto ai poteri attribuiti all'Autorità e scarsamente in linea con la posizione neutrale ad essa riservata.

³⁴ È la conclusione di M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., 148.

al valore della persona, della sua sicurezza e dignità nonché di valori sociali, quali l'interesse e la protezione dei consumatori³⁵.

Nella seconda parte della ricerca abbiamo però posto in luce i limiti della logica del bilanciamento ineguale e la difficoltà di escludere in via di principio che diritti fondamentali relativi quali l'iniziativa economica e quindi la libertà di concorrenza possano confrontarsi con gli altri diritti fondamentali.

In realtà, questa ipotesi ricostruttiva, oltre ad essere stata superata dalla giurisprudenza costituzionale, non sembra trovare conferma neppure nella prassi dell'Autorità *antitrust*.

Vale la pena di ricordare innanzi tutto la presenza nell'art. 4 di precise condizioni positive e negative. Le condizioni «positive» per il rilascio dell'autorizzazione in deroga si sostanziano nella presenza di interessi di natura sociale, quale il beneficio per i consumatori, ovvero di natura economico-sociale, nel senso che il miglioramento della qualità della produzione o lo sviluppo tecnico si traducono poi in un incremento qualitativo dell'offerta sul mercato. Le condizioni negative si riferiscono alla garanzia del mantenimento delle condizioni generali di concorrenzialità del mercato interessato dall'operazione di autorizzazione in deroga.

4.2. *La motivazione dei provvedimenti di autorizzazione in deroga: l'importanza della struttura del mercato di riferimento*

L'analisi delle motivazioni che accompagnano le valutazioni svolte dall'Autorità nelle ipotesi di richiesta dell'autorizzazione in deroga possono contribuire a chiarire le modalità con le quali, sulla base del modello comunitario, l'interesse al mantenimento delle condizioni concorrenziali si confronta con istanze di natura diversa. Dinanzi alla richiesta, formulata dalla parte nei confronti della quale è stata aperta un'istruttoria per presunta violazione dell'art. 2, l'Autorità ha individuato alcuni parametri di valutazione.

³⁵ Così R. NIRO, *Profili costituzionali*, cit., 133, che aderisce alla ricostruzione dei rapporti fra la libertà economica e la dignità della persona formulata da M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 378.

Nei primi casi in cui la richiesta è stata avanzata l'Autorità ha assunto come dato preliminare il giudizio sugli effetti che l'intesa denunciata era in grado di produrre rispetto agli equilibri del settore di mercato coinvolto; solo a seguito di tale sindacato è stato possibile verificare la sussistenza delle ragioni addotte dalle parti a fondamento della richiesta di autorizzazione in deroga. Nei casi in cui la decisione è stata negativa, il rifiuto appare fondato sulla constatazione della mancanza dei presupposti, sia sostanziali che temporali, imposti dal legislatore. In questa sede l'Autorità ha avuto cura di precisare inoltre che la concessione della deroga non potrebbe essere utilizzata al fine di stravolgere la *ratio* della legge sulla base di un assunto, non dimostrato, secondo cui la regolazione proposta dalle parti sarebbe in grado di tutelare meglio i singoli e la collettività di quanto non sia in grado di fare un mercato concorrenziale.

Non vi potrebbe essere in altri termini una priorità assoluta di valutazione degli interessi indicati dall'art. 4 per la semplice ragione che l'eventuale sussistenza dei presupposti ivi indicati può integrare in via successiva la valutazione complessiva, ma non può certo sovrapporsi al giudizio sull'idoneità dell'intesa a limitare effettivamente la concorrenza.

In applicazione di questi parametri è stata concessa nel 1993 la prima autorizzazione in deroga in occasione di un accordo di collaborazione tra l'INA e la Banca di Roma nel quale erano previste clausole di reciproca esclusiva fra l'ente creditizio e l'impresa di assicurazione con riferimento alla distribuzione presso gli sportelli bancari di servizi assicurativi. L'intesa, valutata sulla base delle quote di mercato detenute dalle parti contraenti, era tale da restringere in modo consistente la concorrenza nel mercato della distribuzione di prodotti assicurativi e quindi nella produzione delle polizze: nonostante ciò, l'Autorità ha ritenuto prevalente il beneficio per i consumatori derivante dalla creazione di un canale distributivo delle polizze, quello appunto delle banche, in grado di ridurre i costi dell'intermediazione. La deroga è stata però autorizzata sotto condizione: sono state cioè prescritte nel provvedimento le condizioni in grado di ridurre al minimo le restrizioni alla concorrenza³⁶.

³⁶ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, Prov. n. 1501 del

Nel corso del 1994 l'Autorità ha autorizzato in altri tre casi intese vietate ai sensi dell'art. 2. Accanto alla valutazione dei benefici per i consumatori derivanti dalla possibilità di un aumento della produzione a costi più contenuti la motivazione dei provvedimenti in questione contiene una rigorosa dimostrazione in ordine ai presupposti negativi: ciò che in particolare consente di giustificare le autorizzazioni in questione sarebbe proprio la constatata insussistenza di alternative valide in un regime concorrenziale. Il settore interessato dalle deroghe si riferiva del resto alla produzione di beni per i quali gli enormi costi di investimento iniziale che le imprese del settore dovevano sostenere per potere entrare su quel tipo di mercato rendevano la formazione del consorzio una soluzione pressoché inevitabile. La difficoltà oggettiva derivante dal fatto che non sussistevano nel settore della produzione ed erogazione del gas tecnici ad uso industriale le condizioni necessarie ad incentivare la realizzazione individuale degli investimenti integra nella decisione dell'Autorità la condizione «negativa» dell'insussistenza di valide alternative alla compressione della concorrenza per effetto della deroga.

Da un lato, l'iniziativa economica individuale è stata giudicata fortemente depotenziata e naturalmente debole in virtù degli alti costi e quindi dei tempi lunghi di recupero degli investimenti che orienterebbero la scelta degli operatori verso investimenti in impianti caratterizzati da elevate economie di scala produttive in grado di garantire il necessario livello di capacità produttiva dell'impianto; dall'altro lato, la presenza sullo stesso mercato di imprese di rilevanti dimensioni è stata ritenuta condizione idonea ad assicurare un sufficiente grado di concorrenza³⁷.

La terza autorizzazione in deroga concessa nel 1994 ha invece interessato il settore delle assicurazioni obbligatorie contro i rischi agricoli: la presenza di un consorzio obbligatorio al quale la legge attribuisce una serie di compiti relativi al funzionamento del mercato dell'assicurazione contro la grandine, pur essendo in contrasto con il principio

13.10.1993, *Ina-Banca di Roma*, in *Boll.* n. 30/93: per una sintesi della vicenda cfr. *Id.*, *Relazione annuale sull'attività svolta*, Roma, 1994, 89 ss.

³⁷ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, prov. n. 1794 del 21.2.1994, *Sapio-Igi-Siad/Chemgas* e prov. n. 1797 del 21.2.1994, *Son-Igi-Siad/Igat*, in *Boll.* n. 8/94.

della concorrenza fra le imprese operanti all'interno di tale settore, è stata giustificata sulla base di considerazione attinenti alla necessità di accompagnare il passaggio dal regime del consorzio unico alla concorrenza fra più consorzi voluta dalla recente legge n. 185 del 1992. Il carattere transitorio dell'assetto del mercato delle assicurazioni in questione e la progressiva liberalizzazione del settore sono stati posti a confronto con la oggettiva difficoltà della transizione dal consorzio unico alla competizione fra diversi consorzi prefigurata dal legislatore. L'autorizzazione in deroga si giustifica così in nome della aleatorietà e della transitorietà della situazione esistente nel passaggio da un preesistente regime normativo monopolistico all'apertura alle nuove dinamiche concorrenziali del mercato³⁸.

4.3. *Le autorizzazioni in deroga alle intese vietate come limite alla apertura del mercato concorrenziale*

Da queste prime applicazioni concrete del potere di autorizzare deroghe emergono alcuni principi di fondo. I presupposti indicati dall'art. 4 svolgono una funzione integrativa del giudizio sulla violazione dell'art. 2 nel senso che gli elementi addotti dalle parti a sostegno della richiesta di deroga arricchiscono la valutazione in ordine agli effetti della eventuale restrizione della concorrenza collegata ad una «sospensione» del divieto sulle intese collusive. Proprio perché gli elementi di valutazione introdotti nel corso dell'istruttoria hanno questa funzione di integrazione non è possibile ridurre il sistema delle deroghe alla valutazione discrezionale da parte dell'Autorità: tale valutazione deve in-

³⁸ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, prov. n. 2401 del 26.10.1994, *Assicurazione rischi agricoli* in *Boll.* n. 43/94.: allo stato attuale si può ragionevolmente sostenere che le attività poste in essere dal CIRAS, fino a che si manifestino gli effetti conseguenti alla modifica della normativa speciale (...), conseguono un miglioramento delle condizioni di offerta del servizio assicurativo nel ramo grandine e si presentano come strettamente indispensabili al funzionamento del mercato (ivi, p.40 della motivazione): la preoccupazione manifestata dall'Autorità derivava dal fatto che nella fase transitoria, l'immediata cessazione dell'attività del consorzio unico avrebbe potuto cagionare serie difficoltà per gli agricoltori nel reperire una controparte istituzionale per la stipulazione dei contratti di assicurazione.

fatti essere rapportata ai principi generali poiché in assenza di questi ultimi il meccanismo delle deroghe condurrebbe ad una sostanziale e generalizzata disapplicazione della stessa logica sottostante alla legge posta a tutela della concorrenza e del mercato.

Il principio che sorregge la deroga è quello di consentire l'ingresso nella valutazione del comportamento di elementi di fatto (quali ad es. la struttura del mercato del prodotto, i costi di produzione etc.) o di circostante di diritto (quale ad esempio il graduale passaggio da una normativa protezionistica ad una liberalizzatrice del mercato) ovvero di circostanze oggettive tali da modulare, per un tempo limitato e talora anche sotto condizione, gli effetti delle regole di concorrenza, senza eliminarle del tutto. L'Autorità si preoccupa del resto di valutare in concreto, seppure in via di mera previsione, l'impatto della restrizione sul mercato interessato: questa preoccupazione è stata fugata proprio in virtù della riscontrata presenza all'interno dell'area di riferimento di imprese sufficientemente solide da concorrere con la formazione di raggruppamenti di imprese legittimati dal provvedimento di deroga³⁹. Uno dei principi generali ai quali l'Autorità sembra ispirarsi nella valutazione della richiesta di autorizzazione in deroga è dunque l'assetto del mercato di riferimento ed in particolare il «presumibile» mantenimento di un livello minimo di concorrenzialità al suo interno.

Dovendo sintetizzare il ruolo che lo svolgimento del potere di deroga svolge e svolgerà in futuro nella dinamica degli interessi collegati all'applicazione dei divieti è ragionevole sostenere che in virtù del rinvio ai principi elaborati in ambito comunitario contenuto nell'art. 1.4 della legge nazionale *antitrust* l'applicazione del sistema delle deroghe, sia pure entro i limiti e con la «parsimonia» con cui l'Autorità ha mostrato fino ad oggi di farne uso, sembra in grado di riproporre nel nostro ordinamento l'idea, elaborata in ambito comunitario, dell'equilibrio all'interno della cultura del mercato fra interessi economici e valori diversi dalla concorrenza.

Tale conclusione non deve tuttavia far ritenere che si possano ripro-

³⁹ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, prov. n. 1794 del 21.2.1994, cit., in cui la decisione di autorizzare un accordo per produzione di gas chimici nell'area di Brindisi si fonda anche sulla constatata presenza in quell'area di grandi imprese come l'ILVA in grado di offrire sul mercato, grazie ai propri esuberanti, prodotti allo stato liquido a prezzi competitivi.

durre in modo acritico quelle valutazioni discrezionali che sono strettamente collegate alla strategia comunitaria di integrazione nel mercato interno ed al principio di neutralità che guida lo svolgimento delle diverse politiche della Comunità⁴⁰.

4.4. *Il rapporto fra il modello comunitario dell'art. 85, § 3 del Trattato CE ed il sistema nazionale delle autorizzazioni in deroga: il carattere puntuale ed individuale delle deroghe nazionali*

Entro i limiti logici e strutturali ora richiamati si può dunque immaginare una «trasposizione» della logica comunitaria delle esenzioni legittimate dall'art. 85, § 3 del Trattato CE.

Rispetto all'interpretazione accolta, peraltro supportata dai dati emersi dalla prassi dell'Autorità, appare eccessiva la tesi della divaricazione fra il ruolo della concorrenza in ambito comunitario e la garanzia costituzionale della libertà di concorrenza. Secondo questa ricostruzione, l'inconciliabilità fra i due modelli troverebbe conferma proprio all'interno della formulazione dell'art. 4: il fatto che il legislatore abbia ricondotto il sistema delle deroghe ai miglioramenti delle condizioni di

⁴⁰ Esclude che l'applicazione dell'art. 4 possa tradursi in un'acritica estensione della prassi comunitaria fondata sull'art. 85, § 3, R. ALESSI, *Articolo 2*, in R. ALESSI e G. OLIVIERI, *Commento*, cit., 19. Secondo R. PARDOLESI, *Articolo 4*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, cit., 399 ss., è difficile prevedere se attraverso l'art. 4 l'Autorità riuscirà ad acquisire l'ampia discrezionalità di cui gode la Commissione nell'applicazione dell'art. 85, § 3: certo è che i vantaggi offerti dall'accordo restrittivo dovranno essere valutati sulla base dei criteri fissati dal legislatore comunitario. I vantaggi suddetti dovranno cioè rilevare sul piano dell'incremento produttivo, dell'evoluzione del progresso tecnico e tecnologico, nonché della necessaria concorrenzialità internazionale delle imprese italiane. I benefici in questione devono inoltre essere canalizzati in modo da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e ad essi non deve corrispondere comunque l'eliminazione della concorrenza in una parte sostanziale del mercato (ivi, 409). F. BORTOLOTTI, *La legge antitrust: ambito di applicazione e status delle intese compatibili con la libertà di concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1991, 597, solleva qualche perplessità sull'estensione automatica delle categorie di accordi esentati dai divieti a livello comunitario in virtù del fatto che le norme CEE perseguirebbero, accanto alla finalità della concorrenza, una serie di politiche fondate sulle libertà di circolazione delle persone, delle merci e dei capitali. Sul tema v., *amplius*, Parte II, Cap. III.

mercato ovvero della produzione al parametro del sostanziale beneficio dei consumatori confermerebbe l'accoglimento da parte delle istituzioni nazionali di una lettura dell'*antitrust* non certo unilateralmente rivolta alla garanzia oggettiva del mercato, quanto piuttosto subordinata ai valori fondamentali della dignità e sicurezza della persona nonché dell'utilità sociale. Al di là dell'apparente somiglianza nelle impostazioni delle due disposizioni si sottolinea piuttosto l'opportunità di dubitare della compatibilità del modello comunitario con il sistema delle garanzie costituzionali: a differenza del bilanciamento fondato sulla disposizione comunitaria che imporrebbe di commisurare la concorrenza con gli altri interessi economici funzionali all'integrazione nel mercato, l'art. 4 starebbe piuttosto a testimoniare l'importanza di veder limitata la libertà di concorrenza in nome degli interessi individuali e sociali riconducibili alla formula riassuntiva della protezione dei consumatori⁴¹. L'intervento dell'Autorità in esecuzione del potere di revoca attribuito dall'art. 4 confermerebbe pertanto la sostanziale lontananza, al di là dell'innegabile assunzione del modello comunitario in sede di produzione del diritto *antitrust* italiano, dalla stessa cultura comunitaria ed in particolare dalla logica della prevalenza della prospettiva oggettiva della garanzia di funzionamento del mercato, rispetto all'unica forma di tutela compatibile con i principi costituzionali rappresentata dalla garanzia soggettiva della concorrenza.

Questa chiave di lettura si ricollega evidentemente ad una lettura dell'art. 41 Cost. in cui trova piena legittimazione il principio della libertà di concorrenza, intesa appunto come coesistenza in condizioni di parità delle singole libertà economiche individuali, ma che al tempo stesso rifiuta la nozione di mercato, secondo quella discutibile ottica di separazione delle due nozioni, dalla quale ha preso le mosse la presente indagine.

La spiegazione della libertà di concorrenza in termini di valore che all'interno del mercato opera in un quadro di altri valori costituzionalmente tutelati e che in nome di questi può subire una serie di compressioni legittimate dall'art. 4 della legge nazionale *antitrust* pone tale normativa in una posizione di estraneità rispetto al parametro comunitario sulla base della presunta unilateralità degli obiettivi comunitari in

nome dell'unico valore del mercato rispetto al quale la concorrenza sarebbe degradata a mero strumento.

Abbiamo già spiegato come questo assunto non tenga conto della costante tensione delle nozioni di mercato e di concorrenza, che pure sono menzionate fra gli strumenti dell'azione comunitaria elencati nell'art. 3 del Trattato CE, fra il ruolo di mezzo e quello di fine: con il Trattato di Maastricht l'economia di mercato **aperta** ed in **libera concorrenza** è stata addirittura elevata ad obiettivo fondamentale, il cui valore risulta rafforzato dal fatto che lo stesso opererebbe non solo nei confronti delle istituzioni comunitarie, ma anche alla stessa politica economica degli Stati membri⁴².

In realtà, sarebbe stato più opportuno sottolineare la distanza del sistema nazionale dal modello comunitario per effetto della difficoltà di riprodurre all'interno del nostro ordinamento l'istituto delle esenzioni per categoria. Il problema del rapporto fra l'art. 85, § 3 ed il sistema nazionale *antitrust* sembra peraltro essere stato definitivamente risolto nella direzione ora indicata: l'art. 54 della legge n. 62 del 1996 (Legge comunitaria per il 1994), nel riconoscere la competenza dell'autorità nazionale ad applicare direttamente le norme comunitarie, ha limitato tale applicabilità diretta ai soli artt. 85, comma 1 e 2 ed 86. La scelta del mantenimento del «monopolio comunitario» in materia di individuazione ed applicazione delle esenzioni per categoria, disciplinate dall'art. 85, § 3, è ovviamente legata al ruolo che questa disposizione ricopre rispetto agli obiettivi dell'integrazione e dell'equilibrio fra le politiche comunitarie, obiettivi che caratterizzano esclusivamente l'impianto della Costituzione economica comunitaria.

Dall'analisi della tecnica decisoria utilizzata nelle autorizzazioni in deroga ammesse dall'Autorità si può desumere, a mò di conclusione, il sostanziale rispetto del carattere *derogatorio-individuale* della disposizione contenuta nell'art. 4: le dimensioni numericamente ridotte della sua applicazione ed il carattere condizionato delle autorizzazioni rilasciate suggeriscono di ricondurre il fenomeno all'interno dei parametri

⁴¹ Così R. NERO, *Profili costituzionali*, cit., 223.

⁴² Sul significato dell'art. 3 A del Trattato di Maastricht si vedano da ultimo, le considerazioni dell'Autorità nella *Relazione annuale sull'attività svolta*, Roma, 30 aprile 1996, 8: il principio del mercato aperto ed in libera concorrenza renderebbe la stessa concorrenza «oltretutto uno strumento per raggiungere i fini del trattato, un espresso e autonomo principio di riferimento per l'azione comunitaria».

generali che presiedono all'accertamento oggettivo dei fatti ed all'applicazione delle regole che caratterizzano l'applicazione dell'art. 2 descritta nei paragrafi precedenti. Piuttosto remota sembra dunque l'ipotesi teorica della deroga come provvedimento autoritativo fondato sulla ponderazione assolutamente discrezionale degli interessi in gioco e quindi sulla logica della necessaria ed automatica prevalenza degli obiettivi di natura sociale, ipotesi che, qualora fosse effettivamente realizzata, finirebbe in concreto per dare voce a quelle preoccupazioni sollevate da autorevole dottrina in ordine all'eterogeneità dei fini e delle aspettative attribuite al corretto funzionamento di una normativa *antitrust*⁴³.

4.5. Difesa dei consumatori, tutela di valori sociali e finalità di una legge antitrust

La difficoltà di costruire sul potere di deroga riconosciuto all'Autorità un modello di bilanciamento ineguale fra interessi di natura economica, da un lato, e di valori sociali, dall'altro, riflette d'altro canto la difficoltà di far rientrare nelle finalità dell'*antitrust* una molteplicità di garanzie.

Il tema riporta immediatamente alla memoria il discusso e contestato ruolo della tutela del consumatore intesa come fine precipuo della normativa *antitrust* al quale si ispirava uno dei disegni di legge dai quali ha avuto origine la legge nazionale *antitrust*: l'assunzione della libertà del consumatore a principio-guida della legge suddetta conferma la tendenza alla impostazione della tutela *antitrust* in chiave soggettiva alla quale si ricollegerebbe la tendenza a subordinare il funzionamento del mercato alle scelte al suo interno operate⁴⁴.

Se è chiaro che in linea di principio un sistema di mercato funzio-

⁴³ Così G. BERNINI, *Un secolo*, cit., 325-26.

⁴⁴ In tal senso, M. GARIBOLDI, *Tutela della concorrenza*, cit., 547; secondo G. ROSSI, *Relazione in AA.VV., Linee per una legislazione antimonopolistica in Italia*, in *Dir. econ.*, 1988, II, 319, ritiene che il problema dell'*antitrust* sia unicamente quello della salvaguardia di una struttura di mercato concorrenziale dal momento che il bilanciamento fra interessi economici e interessi sociali appartiene alla discrezionalità politica.

nante è in grado di generare vantaggi in capo ai consumatori, la teoria dei fallimenti ha chiarito il ruolo dei cd. costi di transazione sopportati dagli operatori per entrare in relazione all'interno del mercato, costi che possono essere compensati solo da un aumento degli oneri gravanti sui consumatori⁴⁵.

A conferma di tali rilievi, appartenenti ormai alla storia dell'*antitrust*⁴⁶, è stato osservato come le stesse regole comunitarie sulla concorrenza non siano definite in funzione della realizzazione degli interessi dei consumatori e quindi della collettività: esse non rappresentano, nella logica degli equilibri cui si ispira il Trattato CE, un valore assoluto ed irrinunciabile, valore che invece le competerebbe qualora la concorrenza fosse realmente posta a garanzia di quegli interessi⁴⁷. Alla base della filosofia dell'*antitrust* comunitario vi sarebbe piuttosto l'idea della concorrenza sostenibile alla quale si ricollega non la repressione della posizione dominante sul mercato, quanto piuttosto l'abuso della stessa, così come in quest'ottica va letto il ritardo con cui la Comunità si è dotata di una normativa (regolamento CEE n. 4064 del

⁴⁵ V. DONATIVI, *Introduzione*, cit., 253.

⁴⁶ Vale la pena di considerare che lo stesso diritto *antitrust* continua ad essere oggetto di severe critiche da parte di alcune scuole di pensiero americane: in particolare si veda F. DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1988, 5 ss.; P. BIANCHI, *Politiche della concorrenza e monopolizzazione*, in *AA.VV., Antitrust e gruppi industriali*, a cura di P. BIANCHI, Bologna, 1988, 17, ricostruisce le linee della politica *antitrust* americana definendola «sussultoria ed apparentemente contraddittoria, perché alterna fasi ed attitudini diverse nei confronti dell'accenramento del potere di mercato, rifiutando certo le pratiche restrittive e le forme più blande ed esterne di monopolizzazione, ma accettando e talvolta favorendo anche sostanziali concentrazioni per riequilibrare i poteri esistenti o per rispondere, nelle fasi di crisi, alle sfide esterne» (ivi, 44).

⁴⁷ G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977, 96, ritiene piuttosto che quel sistema contenga strumenti volti a tutelare la grande impresa piuttosto che il consumatore: tale conflittualità, connessa all'affermazione del capitalismo avanzato, può spingere verso forme reali di difesa del consumatore che si realizzano non attraverso le regole di concorrenza, strumento in mano alle grandi imprese per regolare il mercato, ma attraverso il controllo sociale delle imprese che si traduce in un controllo sulla produzione e sulla distribuzione, sul modello delle legislazioni inglesi, nordamericane e svedesi sui diritti dei consumatori, controllo esperibile nel nostro ordinamento attraverso gli strumenti civilistici del risarcimento del danno (art. 2043) o della tutela del contraente debole (art. 1341).

1989) volta a reprimere e limitare la formazione delle concentrazioni di imprese⁴⁸.

Il meccanismo dei divieti e delle deroghe si uniforma ad una logica incompatibile con l'assunzione unilaterale sia del valore assoluto della concorrenza che dell'utilità del consumatore a presupposti legittimanti l'introduzione di una normativa *antitrust*: in quest'ottica si comprende il già citato principio della *rule of reason*, che si traduce nella ragionevole tutela della concorrenza all'interno del sistema degli equilibri fra divieti ed esenzioni⁴⁹.

La tecnica utilizzata dall'Autorità in sede di valutazione positiva delle condizioni legittimanti l'autorizzazione in deroga sembrerebbe dunque confermare l'opportunità che il bilanciamento fra interessi diversi sia condotto sulla base di una valutazione dei vantaggi oggettivi tali da compensare gli svantaggi derivanti da restrizioni della concor-

⁴⁸ A. CANTARO-M. CARRIERI, *Percorsi di democrazia economica*, in *Dem. dir.*, 1988, 105, ricordano come la necessità di favorire lo sviluppo ed il rafforzamento del sistema industriale europeo sia alla base del Trattato CEE e che tale finalità sia stata raggiunta attraverso un sistema di deroghe ai divieti in funzione dell'esigenza del miglioramento «della produzione e della distribuzione» ovvero «del progresso tecnico ed economico» (ivi, 111).

⁴⁹ N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità Europee*, Milano, 1975, 505, eleva il regime delle esenzioni di cui all'art. 85, § 3 del Trattato a criterio ispiratore dell'intero sistema comunitario; A. FRIGNANI-M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, 1983, sostengono che la logica dei divieti posti dagli artt. 85 e 86 del Trattato avrebbe subito una forte compressione ad opera dell'interpretazione della Commissione e della Corte di giustizia in ordine alla possibilità di concedere esenzioni generali o individuali in applicazione dell'art. 85, § 3 del Trattato. Nella ricostruzione di G. BERNINI, *La tutela della libera concorrenza ed i monopoli (Studio di diritto comparato)*, Milano, 1963, vol. II, 176, le restrizioni legittimabili sulla base dell'art. 85, § 3, sarebbero espressione della filosofia di compromesso che caratterizza la legislazione *antitrust* comunitaria. Sul ruolo della Corte di giustizia nel consolidamento di tale tendenza, G. GUGLIEMMETTI, *Politiche comunitarie e Corte di giustizia: sviluppi giurisprudenziali recenti in tema di concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 1986, 5 ss. Le deroghe ammesse ai sensi dell'art. 85, § 3 non potranno in ogni caso essere concesse in considerazione dei benefici apportabili ai singoli contraenti, quanto piuttosto in relazione al raggiungimento di vantaggi oggettivi tali da compensare gli svantaggi derivanti dalla limitazione della concorrenza: le più importanti pronunce della Corte di giustizia sul sistema comunitario delle deroghe sono riportate da A. PAPPALARDO, *La politica di concorrenza*, in *Manuale di diritto comunitario*, a cura di E. PENNACCHINI, R. MONACO, L. FERRARI BRAVO cit., II, 377.

renza e soprattutto in modo da evitare lo snaturamento della logica del mantenimento di un ragionevole livello di difesa del meccanismo concorrenziale.

Rispetto agli equilibri comunitari in nome dell'integrazione nel mercato interno il modello della concorrenza «ragionevole» costituirà per l'Autorità italiana un parametro di riferimento nella ricerca di un assetto di mercato che non può identificarsi nel modello comunitario o in altri modelli teorici possibili: sarà piuttosto il mantenimento di un minimo di competizione, anche nelle situazioni riconducibili alla *ratio* dell'art. 4, a garantire l'apertura della struttura di mercato.

5. I caratteri del controllo sulle operazioni di concentrazione

L'indagine sulla presenza nel sindacato sui divieti in materia di intese di valutazioni discrezionali in grado di giustificare la presenza di una sostanziale ponderazione degli interessi fissati dal legislatore deve essere ora estesa ai controlli sulle operazioni di concentrazione.

Anche in questo caso è utile muovere dalla costruzione della motivazione del provvedimento con il quale l'Autorità valuta l'eventuale violazione dei parametri legislativi. Nell'analisi dei presupposti per l'apertura dell'istruttoria volta ad accertare l'eventuale costituzione o rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale tale da ridurre o eliminare in modo sostanziale e durevole la concorrenza (art. 6), l'Autorità motiva il provvedimento finale sulla base di parametri tecnici in larga misura mutuati dalla prassi comunitaria. L'elemento che collega il sindacato sulle quote di mercato e sull'eventuale debolezza delle imprese concorrenti è la natura «prognostica» del giudizio in ordine agli effetti derivanti dall'accertata compresenza delle diverse condizioni.

Il giudizio dell'Autorità si fonda infatti sulla necessità di antivedere gli effetti e l'impatto dell'operazione di concentrazione soggetta all'obbligo di comunicazione sul futuro assetto della struttura di mercato interessata dall'operazione stessa. A differenza delle decisioni che accertano la corrispondenza dei fatti denunciati alle fattispecie di divieto contenute negli artt. 2 e 3, in cui come abbiamo visto la motivazione è pressoché inesistente, la corrispondenza tra le caratteristiche della concentrazione e gli effetti restrittivi della concorrenza deve essere og-

getto di una articolata dimostrazione. Soprattutto nelle ipotesi in cui la concentrazione è connessa con l'acquisizione di posizioni di controllo e soprattutto quando tale condizione sia deducibile dalla presenza di «diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, la possibilità di esercitare un'influenza dominante sulle attività di un'impresa», particolare attenzione deve essere riservata alla scelta degli indici alla luce dei quali l'Autorità valuta l'assetto prevedibile dei rapporti di mercato fra le imprese interessate. L'accertamento della posizione delle singole imprese deve inoltre essere svolto alla luce dei parametri posti dall'art. 6, comma 1, ossia in relazione alle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, alla posizione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti ed all'andamento della domanda e dell'offerta dei servizi in questione. La motivazione deve contemplare ciascuno di questi parametri di riferimento per essere immune da illogicità o da incoerenza⁵⁰.

5.1. *La valutazione tecnica dei dati relativi al mercato di riferimento. La distanza delle decisioni in materia di concentrazioni dai provvedimenti autorizzatori*

L'obbligo di motivazione su ciascun indice posto dal legislatore non nasconde, tuttavia, un potere di valutazione discrezionale in senso stretto: non ci sono interessi da bilanciare, ma elementi tecnici da valutare sulla base delle risultanze istruttorie. In altri termini, l'Autorità non avrebbe propriamente la disponibilità degli interessi connessi all'operazione di concentrazione sottoposta al suo controllo: in questo senso sembra essere del resto orientata la giurisprudenza del T.A.R. Lazio che in una delle prime pronunce su questa materia ha escluso la riconducibilità del controllo sulle operazioni di concentrazione entro lo schema dei provvedimenti autorizzatori. In questa decisione i giudici amministrativi hanno infatti sottolineato il carattere perentorio del termine di trenta giorni, decorrenti dalla comunicazione dell'operazione di concentrazione, entro i quali l'Autorità può avviare l'istrutto-

ria⁵¹. L'impresa ricorrente lamentava l'illegittimità dell'apertura di un'istruttoria da parte del Garante per la radiodiffusione e l'editoria nell'applicazione delle norme *antitrust* in materia di concentrazioni editoriali avvenuta ben oltre il termine di trenta giorni dalla notifica della comunicazione relativa all'operazione di concentrazione. Il giudice amministrativo ha accolto le censure sollevate dalla ricorrente fornendo un'interessante lettura dell'ambito dei poteri di controllo sulle concentrazioni.

Al centro della motivazione della sentenza è l'affermazione della perentorietà del termine per l'avvio dell'istruttoria: tale qualificazione è in realtà sorretta da un'interpretazione restrittiva delle condizioni, disciplinate nel settimo comma dell'art. 16, in presenza delle quali è ammessa una dilazione del termine in questione. Essa deve ammettersi solo quando sussistano alcune lacune tali da far ritenere le informazioni rese in prima battuta «gravemente inesatte, incomplete o non veritiere». Del resto, a giudizio del collegio giudicante, non si potrebbe parlare, nonostante la formula utilizzata dal legislatore, di un provvedimento autorizzatorio: la concentrazione sarebbe cioè soggetta semplicemente ad un controllo di comunicazione al quale si ricollega l'eventualità dell'avvio dell'istruttoria formale a conclusione della quale l'Autorità può anche imporre le condizioni volte ad evitare o limitare gli effetti negativi dell'operazione. Dall'obbligo di comunicazione non discenderebbe quindi una degradazione della posizione giuridica delle parti interessate dal momento che non sarebbe corretto parlare di un provvedimento autoritativo di tipo autorizzatorio.

Degna di rilievo è la logica che sostiene tale ragionamento: sarebbe la natura dei rapporti all'interno di un mercato aperto e concorrenziale a rendere talora necessario il ricorso a forme di concentrazione ed a richiedere quindi all'autorità pubblica controlli da svolgere in tempi rigorosamente circoscritti «per non esporre accordi ed iniziative che sono espressione tipica di autonomia negoziale a provvedimenti distruttivi o, comunque, invasivi, per un periodo di tempo indeterminato».

⁵¹ T.A.R. Lazio, sez. I, 23 febbraio 1993, n. 497, in *Dir. amm. proc.*, 1994, 128 ss. con nota di A. ZITO, *Controllo delle concentrazioni ed inerzia dell'amministrazione*, ivi, 133 ss.

⁵⁰ Così G. AMORELLI, *La motivazione*, cit., 23.

La dinamicità e la mobilità delle relazioni di mercato fondate sulla concorrenza sembrerebbero dunque rifuggire dalla logica della disponibilità dell'interesse privato connessa ad una valutazione discrezionale degli interessi sui quali si fonda il provvedimento autorizzatorio.

5.2. I limiti dell'interpretazione estensiva dei poteri di intervento in materia di concentrazioni

I rilievi formulati dal giudice amministrativo forniscono elementi di valutazione in ordine alla necessità di definire la funzione di regolazione neutrale degli interessi coinvolti dalle operazioni di concentrazione secondo un modello decisorio che appare più articolato rispetto alla tecnica giudiziale utilizzata nei giudizi sulle intese. Al tempo stesso, però, tale forma di regolazione va adeguatamente distinta dalle varie forme di regolazione di tipo direzionale dell'attività economica privata.

L'esercizio di funzioni amministrative da parte delle Autorità competenti a valutare l'impatto delle concentrazioni vietate ai sensi dell'art. 6 deve pertanto essere guidato dalla consapevolezza che la scelta, peraltro tipica di tutti i paesi europei, di un'autorità indipendente garante delle regole del mercato concorrenziale deve mantenersi lontana dai pericoli di determinazione autoritativa delle condizioni di mercato, pericoli espressi dal timore, prontamente manifestato da von Hayek, che un'autorità amministrativa preposta alla tutela della concorrenza e del mercato potesse arbitrariamente separare le concentrazioni «buone» da quelle «cattive»⁵².

La diversa estensione dei poteri attribuiti all'Autorità nell'ambito dei controlli sulle concentrazioni sembrerebbe peraltro trovare conferma in una recente analisi dalla quale emergono le differenti finalità dei provvedimenti sanzionatori e cautelari attribuiti all'Autorità nell'ambito delle diverse funzioni. La distinzione si riferisce al potere di comminare sanzioni amministrative pecuniarie nonché di intimare, in caso di ripetuta inottemperanza, la sospensione dell'attività in rela-

zione alla constatata infrazione dei divieti in materia di intese e di abuso di posizione dominante (art. 15, Diffide e sanzioni) ed il potere di sospensione temporanea dell'operazione di concentrazione in attesa della conclusione dell'istruttoria (art. 17) al quale si aggiungono i poteri di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per l'inottemperanza all'obbligo di comunicazione delle operazioni di concentrazione (art. 19).

I provvedimenti disciplinati nell'art. 15 sarebbero riconducibili alla categoria delle sanzioni interdittive, di quelle misure cioè preposte al corretto svolgimento dei controlli sul modo di esercizio di un'attività a rilevanza pubblica. La finalità di questo tipo di sanzioni sarebbe quella di ottenere la desistenza dal comportamento vietato: i margini di valutazione discrezionale nell'irrogare tale sanzione sarebbero assai limitati così come la stessa sospensione sembrerebbe aver la funzione di stimolo ad un puntuale adempimento degli obblighi di legge⁵³.

Per le sospensioni irrogabili dall'Autorità nell'ambito dei procedimenti in materia di concentrazioni l'obiettivo sarebbe invece diverso: non vi sarebbe cioè una sanzione legata ad un illecito già accertato, come nel caso delle violazioni sulle intese e abuso di posizione dominante, quanto piuttosto una misura cautelare volta ad impedire, nelle more dell'istruttoria, il prodursi di eventuali distorsioni nel meccanismo concorrenziale. Nella sospensione dell'operazione di concentrazione e nel divieto, conseguente all'accertamento della violazione dell'art. 6, si dovrebbe leggere l'esercizio di una potestà di tutela indiretta di interessi pubblici i quali potrebbero subire compressioni per effetto dei comportamenti delle imprese sul mercato⁵⁴.

La preminente finalità cautelare che caratterizza i provvedimenti sanzionatori disposti nell'ambito del controllo sulle concentrazioni si ricollega del resto con il valore prognostico del giudizio sull'impatto della concentrazione oggetto di comunicazione: l'elemento della previsione che caratterizza tale procedimento sposta l'interesse pubblico sulla necessità di prefigurare e quindi prevenire gli effetti negativi di una concentrazione di potere privato all'interno del mercato di riferimento.

⁵³ In tal senso, R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1965, 644.

⁵⁴ Così R. LOMBARDI, *Autorità amministrative*, cit., 646 ss.

⁵² F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 460.

L'elemento che va in ogni caso ribadito è il rapporto fra gli strumenti cautelari in materia di concentrazioni e gli interessi sottesi al provvedimento: non si sarebbe cioè in presenza di finalità di tipo conformativo dei comportamenti privati, ma piuttosto di una forma di intervento riconducibile al modello del controllo-regolazione volto a mantenere la funzionalità del settore⁵⁵.

Il riferimento alle tecniche di regolazione che convivono con le tecniche giudiziali di risoluzione delle controversie fra privati ci introduce nell'analisi del rapporto fra le funzioni *antitrust* e la struttura istituzionale della stessa ed in particolare nell'indagine sul significato della sua neutralità ed indipendenza e quindi nella collocazione della stessa nella dinamica dei poteri dello Stato.

⁵⁵ È la conclusione accolta da R. LOMBARDI, op. ult. cit., 656: il controllo-regolazione si porrebbe a garanzia della funzionalità dei settori «presidiati» secondo una logica distante tanto dal controllo di vigilanza, consistente in meri atti di polizia economica ai quali conseguono solo ordini di adempimento e di conformazione, che dal controllo-direzione tipico degli ordinamenti sezionali mediante i quali vengono materialmente influenzate e dirette le scelte degli operatori privati operanti all'interno dell'ordinamento stesso.

CAPITOLO III

LA POSIZIONE COSTITUZIONALE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

SOMMARIO: 1. L'applicazione delle regole *antitrust* e l'esercizio di funzioni amministrative: il significato della paragiurisdizionalità dell'accertamento dei comportamenti anticoncorrenziali. - 1.1. Il rinvio alla nozione di funzione pubblica neutrale come criterio-guida nella «sistemazione» delle diverse competenze dell'Autorità *antitrust*. - 1.2. Le applicazioni della categoria della funzione pubblica neutrale: l'attività consultiva del Consiglio di Stato e l'attività di riscontro della Corte dei Conti. - 2. Titolarità di funzioni pubbliche neutrali e idoneità a sollevare questione di legittimità costituzionale. L'Autorità *antitrust* come organo legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale. - 2.1. Il presupposto oggettivo per l'individuazione del giudice *a quo*: i caratteri dell'applicazione delle regole *antitrust*. - 2.2. (segue) Il presupposto soggettivo: l'Autorità come giudice *a quo* ed il divieto costituzionale di istituire giudici speciali (art. 102 Cost.). - 2.3. L'impugnabilità dei provvedimenti dell'Autorità: l'insussistenza del presupposto relativo al carattere definitivo e non altrimenti giustiziabile degli atti adottati dall'organo legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale. - 3. Il dibattito sulle relazioni fra la funzione regolativo-amministrativa e l'applicazione delle norme *antitrust*. - 3.1. Verso la valorizzazione della posizione istituzionale di neutralità e di indipendenza dell'Autorità. - 4. Il rapporto fra la garanzia costituzionale della concorrenzialità del mercato e l'imparzialità dell'amministrazione: la non parzialità riferita alla ponderazione fra l'interesse pubblico al mantenimento della concorrenza e gli interessi di natura diversa. - 4.1. La peculiarità delle funzioni *antitrust*: la valutazione imparziale riferita ai fatti oggetto del controllo. - 4.2. L'imparziale valutazione dei fatti oggetto del controllo *antitrust* ed il carattere dinamico del meccanismo concorrenziale. - 5. L'Autorità *antitrust* come potere dello Stato alla luce della giurisprudenza costituzionale sui conflitti sollevati nei confronti del Garante per la radiodiffusione e l'editoria. - 5.1. Il rilievo costituzionale delle attribuzioni. Il ruolo della legge ordinaria nella definizione delle competenze. - 5.2. L'Autorità *antitrust* come potere dello Stato: il pericolo della degradazione del tono costituzionale del conflitto. - 6. Il significato costituzionale dell'indipendenza attribuita all'Autorità *antitrust*. Il ruolo del conflitto nella difesa dell'indipendenza dall'Esecutivo-governo. - 7. La titolarità di funzioni di regolazione amministrativa e la garanzia dell'indipendenza dal Governo. - 8. Il conflitto come possibile luogo del confronto fra l'evoluzione delle dinamiche concorrenziali e le scelte politiche a tutela di interessi esterni alla concorrenzialità del mercato.

1. *L'applicazione delle regole antitrust e l'esercizio di funzioni amministrative: il significato della paragiurisdizionalità dell'accertamento dei comportamenti anticoncorrenziali*

L'analisi delle diverse forme di controllo mediante le quali l'Autorità *antitrust* vigila sul mantenimento dell'assetto concorrenziale del mer-

cato costituisce la premessa dalla quale muovere per tentare di dare un contenuto alla sensazione, piuttosto diffusa fra gli osservatori delle trasformazioni in atto all'interno dell'organizzazione dei pubblici poteri, di insoddisfazione nei confronti della formula riassuntiva «autorità amministrativa indipendente».

L'obiettivo dell'ultima parte della ricerca è proprio quello di verificare le formule ricostruttive in grado di esprimere la difficoltà, generalmente avvertita dai commentatori, di mantenere l'attività *antitrust* entro gli schemi dell'amministrazione, soprattutto per quelle attività di accertamento dei comportamenti anticoncorrenziali in cui sembra prevalere la tecnica giudiziale di risoluzione delle controversie.

Il carattere semicontenzioso della valutazione dei fatti che caratterizza i procedimenti in materia di intese e di abuso di posizione dominante è stato dalla dottrina ricondotto all'interno dello svolgimento di funzioni amministrative di tipo paragiurisdizionale.

In tal modo, l'ancoraggio alla funzione amministrativa resta garantito dalla riproduzione nel regolamento di procedura, adottato con il D.P.R. n. 461 del 1991, delle garanzie della cd. amministrazione partecipata (legge n. 241 del 1990). Il carattere semicontenzioso delle procedure in materie di intese avviate dall'*Antitrust* su denuncia di parte (che può essere una parte privata o un'associazione di natura pubblicistica) è stato quindi connesso con la garanzia del contraddittorio nelle forme della partecipazione degli interessati, in particolare nella fase dell'acquisizione delle prove¹.

¹ Sulle funzioni semicontenziose dell'Autorità *antitrust* v., da ultimo, i rilievi di M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, cit., 159. Sulla centralità dell'amministrazione partecipata e del ruolo del procedimento per la comprensione delle funzioni paragiurisdizionali dell'*Antitrust* cfr. G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle authorities*, Relazione al Convegno su *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 16 febbraio 1996. L'autore appare tuttavia consapevole della necessità di distinguere in seno all'attività dell'Autorità *antitrust* le funzioni paragiurisdizionali o meramente dichiarative dalle funzioni propriamente amministrative svolte in funzione del pubblico interesse: all'interno di questa seconda categoria annovera le decisioni sulla concessione delle autorizzazioni in deroga ex art. 4 e le autorizzazioni alle operazioni di concentrazione ex art. 25. All'interno di questi procedimenti esisterebbero spazi per gli accordi procedurali fra pubblica amministrazione e privati: forme di collaborazione di questo tipo sarebbero rese possibili proprio per effetto dell'intervento nel procedimento dei con-

Su posizioni diverse si colloca quella dottrina che tende piuttosto a contrapporre all'«amministrazione partecipata» l'«amministrazione contenziosa» ed a ricostruire attorno a questo secondo modello gli interventi dell'Autorità *antitrust* a difesa della concorrenzialità del mercato². L'amministrazione contenziosa rappresenterebbe la forma tipica di espressione, sotto il profilo delle funzioni, dell'indipendenza organizzativa di cui godono le autorità indipendenti: il contraddittorio non sarebbe cioè una modalità del procedimento, come avviene nell'amministrazione partecipata, ma esprimerebbe una relazione fra soggetti privati la cui conflittualità può essere risolta proprio grazie all'intervento di un'autorità che, in quanto indipendente, sarebbe in grado di imporsi alle parti³.

L'amministrazione si organizzerebbe in luogo della definizione dei conflitti interpretati secondo precise formule organizzative. All'origine di tale funzione amministrativa vi sarebbe una ben precisa struttura organizzativa dell'autorità amministrativa: la prima forma di amministrazione contenziosa si inserisce in un'organizzazione di tipo gerarchico, organizzazione alla quale corrisponde il modello dei ricorsi amministrativi, primo fra tutti il ricorso gerarchico. La crisi del ricorso gerarchico, legata all'evoluzione della giurisdizione amministrativa,

trointeressati e dei richiedenti consentito dall'art. 10, comma 4 del d.P.R. n. 461. Questa ricostruzione considera tuttavia la possibilità che soprattutto per l'Autorità *antitrust*, in quanto organo dotato di funzioni chiaramente paragiurisdizionali, si arrivi ad una riforma legislativa che di contro privilegi i profili garantistici e releggi in secondo piano gli interessi «collaborativi» (ivi, p.55). Un primo passo verso questa razionalizzazione e comprensione della complessità delle anime che convivono all'interno della tutela delle regole del mercato affidata ad un unico soggetto amministrativo può essere mosso nella direzione proposta nei paragrafi che precedono. Dalla difficoltà di considerare le autorizzazioni in deroga come provvedimenti espressione di un bilanciamento discrezionale di interessi pubblici e dalla altrettanto improbabile valutazione dei controlli sulle concentrazioni in termini di provvedimento autorizzatorio dovrebbe prendere le mosse una più ampia riflessione volta ad isolare all'interno delle funzioni attribuite alle autorità «cd. indipendenti» le aree riconducibili alla nozione di funzione pubblica neutrale. Questa ipotesi di ricerca contribuirebbe quantomeno a dare una forma alla difficoltà, ormai generalmente ammessa, di qualificare con sicurezza come amministrative le autorità indipendenti.

² È la ricostruzione proposta da A. PAYNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI, *I garanti*, cit., 107 ss.

³ Così A. PAYNO, *L'esercizio*, cit., 118.

non avrebbe però fatto scomparire il modello organizzativo dell'amministrazione contenziosa. Il superamento dell'organizzazione di tipo gerarchico sarebbe in realtà all'origine del proliferare delle nuove forme di organizzazione fondate sulla pluralità di autorità dotate di indipendenza: è in questo nuovo fermento di formule organizzative che, grazie al presupposto dell'indipendenza e quindi alla garanzia di neutralità del soggetto amministrazione, avrebbe ripreso vigore il modello dell'amministrazione contenziosa. Le trasformazioni strutturali ed organizzative dell'amministrazione, ed in particolare il proliferare delle amministrazioni indipendenti, avrebbero così favorito la «rinascita» della funzione amministrativa di risoluzione dei conflitti⁴.

L'espressione tipica del modello di amministrazione contenziosa viene identificata proprio nell'attività dell'Autorità *antitrust*: se nella logica dell'amministrazione partecipata il momento dell'unificazione delle diverse funzioni svolte dalle autorità indipendenti è il procedimento amministrativo partecipato, l'amministrazione contenziosa viene invece assunta ad elemento che unifica i procedimenti in materia di intese, di abuso di posizione dominante e di concentrazione in quanto tali decisioni coinvolgono un'attività di risoluzione di un conflitto, anche solo potenziale⁵.

In realtà, anche quest'ultima ricostruzione non sembra tener conto delle sostanziali differenze che abbiamo precedentemente posto in luce con riferimento alle procedure di accertamento delle intese, da un lato, ed ai controlli sulle concentrazioni, dall'altro.

Il carattere semicontenzioso del procedimento si attegga cioè in forme assolutamente diverse nelle diverse competenze dell'Autorità *antitrust*: si tratta ora di verificare se sussistano gli spazi teorici per comprendere e giustificare la peculiarità delle funzioni *antitrust* e la posizione esterna di alcune di esse rispetto alla funzione amministrativa.

Occorre quindi verificare se sia possibile razionalizzare le ragioni della differenza e sistamarle secondo categorie concettuali che siano in grado di comprendere la possibilità che all'interno di una autorità pubblica riconducibile ad un potere, in questo caso amministrativo,

possano convivere funzioni non riconducibili a quell'organizzazione. Per questa via si potrebbe fornire un fondamento oggettivo alla comune constatazione che riconduce all'istituzione di autorità indipendenti la rottura del principio della separazione tra i poteri.

1.1. Il rinvio alla nozione di funzione pubblica neutrale come criterio-guida nella «sistemazione» delle diverse competenze dell'Autorità antitrust

L'obiettivo di questa ultima parte dell'indagine è quello di valorizzare le funzioni giustiziali di una struttura complessa che contiene al suo interno anche funzioni di regolazione amministrativa e funzioni consultive.

Il punto di partenza è rappresentato dal richiamo alla categoria delle «funzioni pubbliche neutrali»: all'interno di questa composita categoria può essere interessante verificare la configurazione di alcune particolari competenze della Corte dei conti, organo costituzionale a struttura binaria in quanto strutturato come giurisdizione, ma al contempo titolare di funzioni amministrative di controllo⁶.

La nozione di funzione pubblica neutrale è stata teorizzata con riferimento a quelle aree di attività poste al confine fra le funzioni amministrative e quelle propriamente giurisdizionali: l'elemento comune alle diverse attività ricondotte entro tale categoria è quello dell'attuazione

⁶ Cfr. A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. process.*, 1964, 200 ss.; ID., *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1979, 33 ss.. Sul carattere neutrale delle funzioni in questione cfr. V. CAIANIELLO, *Problemi di coordinamento tra l'attività consultiva del Consiglio di Stato e l'attività di controllo della Corte dei conti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 49 ss.; ID., *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 341 ss., sottolinea l'analogia fra le «funzioni neutrali a garanzia della collettività» svolte da tali organi indipendenti di rilevanza costituzionale e le autorità indipendenti le quali non troverebbero più la loro dimensione istituzionale all'interno dello Stato-persona, ma nello Stato-comunità «dovendo in una posizione di terzietà garantire il rispetto delle regole nei confronti di tutti i soggetti che siano portatori di interessi, sia generali che settoriali o particolari» (p. 365). Sul tema del rapporto fra l'indipendenza dell'Autorità *antitrust* e la idoneità della medesima ad essere parte nei conflitti fra poteri dello Stato v. *amplius* ai parr. 7 e 8 di questo capitolo.

⁴ A. PAYNO, op. ult. cit., 127.

⁵ Così A. PAYNO, *L'esercizio*, cit., 135.

obiettiva delle regole. Questo è in realtà uno dei caratteri che consentono l'assimilazione parziale della funzione pubblica neutrale alla funzione giurisdizionale: entrambe presuppongono infatti un'autorità non dipendente gerarchicamente da altri soggetti e l'indifferenza dell'attività di accertamento agli interessi oggetto di regolazione. È corretto parlare di assimilazione parziale con la funzione giurisdizionale proprio perché la funzione pubblica neutrale non produce un atto dotato delle caratteristiche della sentenza: l'elemento proprio della giurisdizione sarebbe infatti dato proprio dalla capacità della sentenza di resistere a qualsiasi atto successivo che non presenti le sue stesse caratteristiche. La «forza passiva rinforzata» del prodotto della funzione giurisdizionale sarebbe l'elemento in grado di distinguere l'esercizio dell'attività giurisdizionale dallo svolgimento delle funzioni pubbliche neutrali, la cui autonomia concettuale deriva proprio dal fatto di non essere assimilabili in toto alla prima, pur condividendone alcuni elementi tipici.

L'affermazione dell'autonomia della funzione pubblica neutrale rappresenta in un certo senso l'accettazione e la consapevolezza del superamento delle distinzioni radicali fra le tre funzioni tipiche e quindi della possibilità che funzioni diverse possano essere svolte da soggetti operanti all'interno dello stesso potere. L'esempio classico è quello del pubblico ministero la cui posizione di indipendenza, costituzionalmente garantita, all'interno dell'ordinamento giudiziario non impedisce che sotto il profilo funzionale non si possa parlare né di funzione giurisdizionale, né di funzione amministrativa, ma sia ben più congrua la categoria della funzione pubblica neutrale in quanto esplicita unicamente in funzione della tutela dell'ordinamento generale dello Stato e quindi in difesa dell'interesse comunitario al rispetto della legge⁷.

⁷ Così A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali*, cit., 207; dalla qualificazione del P.M. come soggetto titolare di funzioni pubbliche neutrali B. CARAVITA, *Tra crisi e riforme*, Torino, 1994, desume la possibilità teorica di considerare applicabile al suo operato il principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

1.2. Le applicazioni della categoria della funzione pubblica neutrale: l'attività consultiva del Consiglio di Stato e l'attività di riscontro della Corte dei Conti

La logica delle funzioni pubbliche neutrali è stata in realtà ricondotta ad alcune particolari competenze di quegli organi che la Costituzione qualifica come ausiliari: il Consiglio di Stato e la Corte dei conti. Dalla posizione di indipendenza di tali organi, dalle regole che devono applicare e dal carattere dell'attività svolta è stata desunta la natura di funzione pubblica neutrale per l'attività consultiva del Consiglio di Stato e per quella di riscontro della Corte dei conti: gli elementi suddetti porrebbero siffatte attività su di un piano non molto distante da quello dell'attività giurisdizionale⁸.

Per ciò che attiene alle competenze della Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione del bilancio dello Stato l'assimilabilità di tale funzione a quella giurisdizionale è stata indirettamente affermata dalla sentenza n. 165 del 1963 con la quale è stata decisa una questione di legittimità costituzionale sollevata dalle Sezioni Riunite nell'ambito del giudizio di parificazione dei rendiconti delle Amministrazioni della Cassa Depositi e Prestiti e degli Istituti di previdenza. Il passaggio al merito della questione, relativo alla legittimità costituzionale della sottrazione del rendiconto della Cassa DD. e PP. e degli Istituti di previdenza all'ingerenza della Ragioneria generale dello Stato ed alle norme sulla contabilità generale in materia di approvazione di bilanci e di conti consuntivi, è avvenuto sulla base del rigetto delle eccezioni di inammissibilità fondate sull'impossibilità di configurare l'organo rimettente come «giudice» ed il procedimento di parificazione come giudizio: sono stati così ritenuti sussistenti i presupposti sia soggettivi che oggettivi per l'instaurazione in via incidentale di un giudizio di legittimità costituzionale⁹. Il riconoscimento della natura di giudice *a quo* alle Sezioni riunite nell'ambito dei giudizi sulla parificazione del

⁸ A.M. SANDULLI, op. ult. cit., 207.

⁹ Corte cost., sent. 19.12.1963 n. 165, in *Giur. cost.*, 1963, 1614, con oss. di S. BUSCEMA, *Il Parlamento e i rendiconti della Cassa DD. e PP. e degli Istituti di previdenza*, ivi, 1616 ss.: l'autore sottolinea come la Corte non abbia colto l'occasione per distinguere il profilo processuale da quello sostanziale del riconoscimento alla Corte dei Conti in sede di parificazione del bilancio della natura di autorità giurisdizionale.

bilancio è stato successivamente esteso al controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo. In entrambe le motivazioni è evidente il richiamo al principio dell'assimilabilità di quelle specifiche funzioni per le particolari condizioni poste dalla legge alla funzione giurisdizionale, sia pure, come osserva puntualmente la Corte, al limitato fine di evitare che si debba obbligare un organo costituzionale ad applicare una disposizione della cui legittimità costituzionale dubita¹⁰. Al di là dell'affermazione di principio, la Corte ha analizzato in quelle occasioni sia le caratteristiche processuali che sostanziali dei procedimenti di controllo svolti dalla Corte dei conti al fine di individuare al loro interno le aree in cui prevalenti apparivano i caratteri propri della giurisdizione. Tale giudizio di prevalenza è stato giustificato sulla base della tecnica decisoria utilizzata dalla Corte in particolare nello svolgimento del controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo. In questa ipotesi, infatti, il risultato del giudizio non sembra contenere i caratteri della funzione amministrativa di controllo, quanto piuttosto quelli dell'applicazione giudiziale della norma, fondata sulla congruenza dei fatti alle norme del diritto oggettivo¹¹.

Mentre infatti sembra incontestabile che sotto il primo profilo il giudizio di parificazione sia svolto nelle forme del processo, non altrettanto si potrebbe affermare dal punto di vista sostanziale, dato che la parificazione, oggettivamente considerata, sarebbe piuttosto la sintesi del controllo e della vigilanza. Nella successiva sent. 19.12.1966 n. 121, in *Giur. cost.*, 1966, 1617 ss., la Corte ha equiparato il giudizio di parificazione sul rendiconto generale dello Stato a quello svolto dalla stessa Corte dei conti sul rendiconto generale della Regione Sicilia riconoscendo ad entrambi i caratteri formali del processo: la motivazione della Corte è apparsa peraltro assai sbrigativa e discutibile in quanto fondata proprio sulla non linearità della giurisprudenza costituzionale relativa alla nozione di giudice *a quo*. La Corte infatti motiva la sua decisione ricordando che il riconoscimento della natura di giudice *a quo* per i procedimenti di giurisdizione volontaria e per i ricorsi elettorali pendenti dinanzi ai Consigli comunali e provinciali è avvenuto nonostante che in dottrina fossero stati sollevati dubbi non meno sostanziosi di quelli avanzati in ordine alla giurisdizionalità della parificazione del bilancio. Cfr. sul punto le osservazioni critiche di V. ONIDA, *Note critiche in tema di legittimazione del giudice «a quo» nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi (con particolare riferimento alla Corte dei Conti in sede di controllo)*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 232 ss.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 226 del 1976, in *Giur. cost.*, 1976, 1823 ss.

¹¹ Nella sentenza n. 226 del 1976, cit., la Corte definisce il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti come «*rigorosamente neutrale e disinteressato, volto*

Vale la pena di ricordare che entrambe le decisioni non hanno mancato di sollevare numerosi dubbi soprattutto da parte di quella dottrina che ha puntualmente sottolineato l'inopportunità di dilatare l'interpretazione dei presupposti soggettivi ed oggettivi del radicamento del giudizio sulle leggi in via incidentale¹². Rispetto alle aperture consentite dalla sent. n. 83 del 1966, in cui si affermò nella sostanza la sufficienza di uno dei due presupposti e quindi il carattere alternativo della sussistenza di un soggetto titolare di funzioni giurisdizionali rispetto alla presenza di un processo, la giurisprudenza costituzionale successiva sembrerebbe invece aver ricondotto ad unità i due profili, avendo cura di dimostrare di volta in volta che il giudice rimettente fosse realmente tale, fosse cioè un soggetto radicato nell'ordinamento giudiziario¹³.

In realtà, la qualificazione della Corte dei conti in sede di parificazione del bilancio è apparsa arbitraria e carente sotto entrambe i profili. Da un lato, si è contestato che il procedimento di controllo sul bilancio presentasse le caratteristiche di un procedimento giurisdizionale e che dal controllo medesimo derivasse un atto in nessun caso dotato dei caratteri della sentenza; dall'altro, si è parimenti dubitato della sussistenza nella fattispecie del fondamentale presupposto soggettivo. Se si muove infatti dall'idea che la presenza di un giudice debba essere riconosciuta a soggetti appartenenti alla magistratura ordinaria o, al massimo, ad un organo qualificato dall'ordinamento come giurisdizione speciale, risulta ben difficile inserire in questo quadro la posizione della Corte dei Conti. Quest'ultima svolgerebbe infatti anche funzioni giurisdizionali, rappresentando sotto tale profilo un esempio di giurisdizione speciale (artt. 102, comma 3; 111, comma 3 Cost.), ma

unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo, che si differenzia pertanto nettamente dai controlli c.d. amministrativi, svolgentisi all'interno della pubblica Amministrazione» (punto 3. della motivazione in diritto).

¹² Cfr. V. ONIDA, op. ult. cit., 264.

¹³ Sul sostanziale *self-restraint* mostrato dalla Corte successivamente alla sentenza n. 83 del 1966, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1985, II, 2, 269 ss.; per un'accurata analisi della giurisprudenza più recente cfr. R. ROMBOLI, *Poteri decisori e istruttori. Funzioni amministrative o giurisprudenziali. Legittimazione del giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 1986, 756 ss.

sarebbe al tempo stesso titolare di una serie di funzioni di controllo, tradizionalmente ritenute espressione di funzioni non giurisdizionali.

Anche l'elemento della definitività del controllo sulla parificazione del bilancio, sul quale la Corte sembra fondare la dimostrazione della natura giurisdizionale del procedimento di controllo in sede di parificazione, è d'altro canto apparso agli occhi di attenti commentatori come un elemento del tutto ininfluenza ai fini della individuazione dell'attività giurisdizionale¹⁴.

L'analisi critica delle decisioni con le quali la Corte ha isolato nell'ambito dei controlli, di natura amministrativa, svolti dalla Corte dei conti un'area in cui la prossimità con le funzioni giurisdizionali è tale da legittimare l'attribuzione a quest'ultima della funzione di introduttore del giudizio sulle leggi va in realtà inserita nel più ampio contesto della definizione soggettiva ed oggettiva della funzione giurisdizionale.

2. Titolarità di funzioni pubbliche neutrali e idoneità a sollevare questione di legittimità costituzionale. L'Autorità antitrust come organo legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale

Le difficoltà e le perplessità sopra rilevate hanno in effetti una comune matrice: qualsiasi tentativo di individuare in astratto gli elementi tipici della giurisdizione è destinato a fallire, non sussistendo certezza alcuna in ordine agli elementi che definiscono l'«essenza» della giurisdizione.

Consapevole di tale difficoltà, Zagrebelsky ha riproposto il problema in termini concreti: la logica è quella della definizione degli elementi necessari e sufficienti per il riconoscimento in capo ad un'autorità, anche se non incardinata nell'ordine giudiziario, della capacità di essere giudice *a quo*. L'analisi si è così spostata dalla ricerca dell'es-

¹⁴ V. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 226, dubita che l'essenza della giurisdizione sia nella presenza di un contraddittorio, rilevando come nella volontaria giurisdizione, che pure è esercizio di funzioni giurisdizionali, il contraddittorio sia allora del tutto assente.

senza della giurisdizione, alla verifica della sussistenza dei presupposti necessari per avere un soggetto legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice delle leggi.

Sulla base di questa autorevole premessa occorre quindi chiedersi se le ragioni che ci hanno condotto verso la linea interpretativa della distinzione fra le funzioni dell'Autorità *antitrust* nell'applicazione dei divieti posti negli artt. 2 e 3 e nello svolgimento dei controlli in materia di concentrazioni possa essere concretizzato attraverso l'estensione della qualifica di giudice *a quo* all'Autorità nell'ambito degli interventi del primo tipo.

L'ipotesi dell'Autorità *antitrust* operante in veste di giudice *a quo*, enunciata dal Presidente Amato nella Relazione conclusiva al Convegno dedicato a F.Saja¹⁵, è stata in passato formulata per altre autorità indipendenti. L'ampliamento della nozione di giudice *a quo* è stata auspicata con riferimento alla posizione di indipendenza e di neutralità di cui godrebbero la Consob od il Garante per la radiodiffusione e l'editoria¹⁶. La proposta è stata in realtà formulata nella prospettiva teorica, oltretutto pratica, della opportunità di allargare l'area dell'accesso alla Corte costituzionale. Se dall'occasione contingente si passa però a verificare l'aspetto operativo e quindi a verificare la sussistenza dell'effettivo grado di indipendenza delle autorità in questione, ci si rende subito conto di come una simile ipotesi, riferita ad organi quali la Consob, finirebbe per scontrarsi con una realtà di poteri e di competenze in cui la terzietà dell'organo è assai più ridotta e sfumata rispetto ai po-

¹⁵ G. AMATO, *Relazione conclusiva al Convegno Internazionale La tutela della concorrenza. Regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, 1995, in *Boll. Ed. spec.*, ottobre 1996, 298; l'ipotesi è stata approfondita all'interno di un paragrafo della Relazione annuale sull'attività svolta nel 1995, Roma 1996, 15; sul tema si veda G. STAZI, *Cinque anni di antitrust*, in *Biblioteca delle libertà*, 1995, n. 132, 51 ss.

¹⁶ Così S. BARTOLE, *Rimedi de jure condendo e de jure condito in materia di accesso al giudizio della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 158. Accenna alla possibilità di valorizzare le funzioni delle autorità indipendenti attraverso la verifica delle funzioni in grado di dare vita ad un giudizio ai fini del promovimento della questione di legittimità costituzionale di leggi in contrasto con i valori oggetto di tutela da parte delle singole autorità, G. GRASSO, *Spunti per uno studio sulle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)*, in *Quad. reg.*, 1993, 1303 ss.

teri diretti a conformare e dirigere le posizioni soggettive dei privati, poteri che sono tipici della autorità operanti all'interno di settori di mercato oggetto di regolazione.

Ben diverso è invece il significato di questa ipotesi qualora la si riferisca all'Autorità *antitrust* dal momento che la definizione normativa dei poteri attribuiti alla stessa consente di isolare nell'intervento *antitrust* profili ricostruttivi autonomi rispetto alla regolamentazione di settori di mercato.

La stessa costruzione del precetto normativo conduce non soltanto verso la distinzione fra l'intervento *antitrust* e la regolamentazione di settore, ma impone anche un'ulteriore distinzione all'interno delle diverse competenze riservate all'Autorità. I divieti sulle intese e sull'abuso di posizione dominante appaiono precetti in sé completi per i quali non si pone la necessità di alcuna integrazione da parte dell'organo chiamato ad applicarli¹⁷. Non sembra peraltro ragionevole opporre a tale constatazione il fatto che, ad esempio, per la condanna dell'abuso della posizione dominante la formula legislativa presupponga l'accertamento e la misurazione della «consistenza» della limitazione della concorrenza: il collegamento fra l'accertamento del fatto e la definizione degli effetti non sembra intaccare nella sostanza la tecnica giudiziale dell'accertamento. Non si può del resto non sottolineare come l'applicazione giudiziale delle norme sia ormai assolutamente lontana dal modello classico della stretta interpretazione del dato normativo, ben potendo l'interpretazione del giudice coinvolgere un margine di apprezzamento discrezionale in presenza di elementi non sempre rigorosamente definiti nella fattispecie normativa interna, o magari ricavabili da fonti esterne¹⁸.

Diversa è la situazione delle concentrazioni nell'ambito delle quali il giudizio sulla ricorrenza dei parametri e quindi la decisione in ordine all'autorizzazione o al divieto dell'operazione contiene una valutazione

¹⁷ Così C. MALINCONICO, *L'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV., *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, cit., 167.

¹⁸ Sulle trasformazioni della tecnica decisoria dei giudici v. le osservazioni di B. CARAVITA, *Tra crisi e riforme*, cit., 135; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, 88 osserva come l'idea del giudice come mero portavoce della legge sia stata in larga misura abbandonata dalle Corti di quasi tutti i paesi.

di tipo prognostico, tendente cioè a prefigurare nel futuro l'impatto che l'operazione avrà sugli equilibri concorrenziali del mercato di riferimento. Seppure si deve escludere che ciò equivalga ad una valutazione discrezionale degli interessi coinvolti nell'operazione e che quindi tale controllo implichi una qualche disponibilità da parte dell'amministrazione in ordine alla conformazione finale degli assetti di mercato, è evidente come in questo ambito di competenze la norma sia costruita in modo tale da riservare all'amministrazione un potere di valutazione, sia pure di natura non discrezionale.

Occorre a questo punto chiedersi se la natura binaria delle funzioni attribuite all'Autorità *antitrust* legittimi un'operazione interpretativa analoga a quella che ha condotto la Corte a ritagliare all'interno delle funzioni di controllo amministrativo attribuite alla Corte dei Conti isole di neutralità, di attività cioè sostanzialmente equiparabili alla funzione giurisdizionale, al fine di consentire all'organo di sollevare questione di legittimità costituzionale qualora si appalesi il minimo dubbio di dover applicare disposizioni incostituzionali. Abbiamo in proposito ricordato come uno dei canoni utilizzati in quelle occasioni dai giudici costituzionali attenga non soltanto al carattere processuale delle garanzie della partecipazione e del contraddittorio, ma anche alla tecnica decisoria: l'assimilabilità allo svolgimento di funzioni giurisdizionali, al limitato fine della attribuzione all'organo di controllo della funzione di giudice *a quo*, è stata infatti motivata in relazione ad una rigorosa verifica della conformità degli atti oggetto del controllo alle norme del diritto oggettivo, verifica dalla quale esulerebbe qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine giuridico¹⁹.

2.1. Il presupposto oggettivo per l'individuazione del giudice a quo: i caratteri dell'applicazione delle regole antitrust.

Passando ora a verificare l'ipotesi teorica dell'estensione di tali presupposti ai procedimenti che si svolgono dinanzi all'Autorità *antitrust*,

¹⁹ In questi termini la Corte ha ricostruito nella sent. n. 226 del 1976 i caratteri del controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo svolto dalla Corte dei conti.

occorre distinguere i profili attinenti al giudizio dalle caratteristiche soggettive dell'organo medesimo.

Per ciò che attiene al presupposto oggettivo, ovverosia alla presenza di un procedimento di tipo giurisdizionale, sarebbe assai difficile sostenere che la declaratoria di nullità delle intese vietate non si svolga secondo la tecnica giudiziale di applicazione e di valutazione dei fatti rispetto alla fattispecie astratta definita dal legislatore: accanto alla tecnica decisoria già illustrata, parte della dottrina ritiene che nell'applicazione dei divieti di cui agli artt. 2 e 3 della legge 287 l'attività dell'Autorità sia tale da poter concorrere, ferma restando l'autonomia dei diversi strumenti, con l'accertamento giudiziale delle cause di nullità di un contratto (che presentasse le caratteristiche descritte negli artt. 2 e 3) da parte del giudice ordinario. Tanto l'iniziativa dell'Autorità, ovvero la denuncia di parte proposta dinanzi ad essa, che l'azione giudiziaria sono strumenti finalizzati al perseguimento dell'illecito concorrenziale e debbono pertanto essere concepiti in funzione di cooperazione²⁰. Ciò presuppone che si possa andare dinanzi al giudice senza dover necessariamente attendere la conclusione dell'istruttoria e quindi l'eventuale accertamento dell'illiceità del comportamento da parte dell'Autorità. È vero che l'oggetto dell'accertamento da parte dell'Autorità garante estende il profilo dell'illiceità del comportamento agli effetti che lo stesso ha sul mercato, ma ciò rileva ai fini della qualificazione nell'ordinamento dell'intervento *antitrust* e non vale a precludere o limitare l'accertamento del giudice in materia di comportamenti anticoncorrenziali.

Il fatto poi che le azioni di nullità proposte dinanzi al giudice possano operare in concorrenza con l'iniziativa dell'Autorità *antitrust*, sia pure con le diverse dimensioni del giudizio ora ricordate, fornisce un argomento valido a sostenere che la posizione di intermediazione dell'Autorità rispetto agli interessi di parte presenti elementi in comune con le funzioni svolte da un giudice. Il passaggio successivo della attribuzione all'Autorità del ruolo di giudice *a quo*, quale conseguenza della riscontrata natura sostanzialmente giudiziale dell'accertamento dei fatti e dell'applicazione dei divieti posti dagli artt. 2 e 3, si fonderebbe proprio sull'interposizione di un'autorità pubblica nella defini-

²⁰ È la conclusione di C. MALINCONICO, *Le impugnazioni*, cit., 167 ss.

zione e nella tutela di interessi di terzi estranei all'amministrazione. Sempre che si collochino in questa posizione e purché di fronte ad essi «si discuta (se non necessariamente si controverta) di posizioni soggettive di terzi estranei all'amministrazione», anche «organi imparziali della pubblica amministrazione», potrebbero in realtà essere riconosciuti come soggetti idonei a sollevare questione di legittimità costituzionale²¹.

2.2. (segue) Il presupposto soggettivo: l'Autorità come giudice a quo ed il divieto costituzionale di istituire giudici speciali (art.102 Cost.).

Se sotto il profilo dell'accertamento dei fatti e delle modalità di svolgimento nonché delle garanzie per le parti private il giudizio dell'Autorità *antitrust* in materia di intese e di abuso di posizione dominante contiene elementi che giustificano l'assimilazione al giudizio, assimilazione che è strettamente funzionale e dunque limitata al riconoscimento della proponibilità di una questione di legittimità costituzionale in via incidentale, non si può certo trascurare la facile obiezione che tale attribuzione potrebbe porsi in contrasto con il divieto di istituire giudici speciali posto dall'art.102 della Costituzione.

La dottrina che ha con maggiore forza sottolineato la necessità di tener distinte le diverse competenze dell'Autorità e che ha espresso imbarazzo dinanzi alla prospettiva dell'unificazione delle stesse nel quadro delle funzioni amministrative ha del resto espressamente richiamato l'opportunità di introdurre nel testo della Costituzione un principio in grado di superare il vincolo posto nell'art.102 Cost. e quindi di riconoscere la peculiare natura di un'Autorità che partecipa al contempo delle funzioni giurisdizionali e di quelle amministrative²².

Qualora si trovasse a dover decidere di una questione sollevata dal-

²¹ L'elemento della intermediazione è uno dei presupposti che G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 179-180, ha individuato per giustificare l'iniziativa incidentale, al fine di superare le questioni puramente concettualistiche sulla nozione astratta di giurisdizione, che appaiono all'autore destinate comunque al fallimento, data la relatività di ciascun parametro di volta in volta assunto dalla dottrina per dimostrare la presenza di una funzione giurisdizionale.

²² Sul tema v., da ultimo, l'intervento di G. MILITELLO, *La natura e i programmi*

l'Autorità *antitrust* nell'ambito delle funzioni «neutrali» poste al confine fra l'esercizio della giurisdizione e dello svolgimento di funzione amministrativa la Corte avrebbe a disposizione varie soluzioni.

Potrebbe innanzitutto dichiarare la questione inammissibile per carenza del presupposto soggettivo: una decisione di questo tipo porrebbe però i giudici costituzionali a confronto con un orientamento giurisprudenziale sulla definizione di «giudice» e di «giudizio a quo» non certo lineare e privo di contraddizioni²³. Il carattere relativistico della nozione di giurisdizione e di giudice trova del resto conferma nei criteri che la Corte continua ad applicare anche nei confronti di se stessa. Vale la pena ricordare in proposito che la Corte, pur avendo in passato riconosciuto a se stessa il ruolo di giudice «a quo», in una recente decisione ha chiaramente escluso la sua assimilazione ad organi giudiziari, siano essi ordinari o speciali, al fine di precludere al giudice delle leggi il potere di rinvio alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE²⁴.

Se la logica del riconoscimento della natura di giudice ai limitati fini della logica del giudizio in via incidentale è strumentale alla finalità del più ampio controllo sulla costituzionalità delle leggi, non si comprende come mai questa logica non debba essere estesa quantomeno a quelle autorità, come appunto l'*Antitrust*, realmente indipendenti sotto il profilo organizzativo e realmente dotate di poteri decisori di questioni attinenti a soggetti terzi rispetto all'amministrazione.

Sempre sotto il profilo dei requisiti soggettivi la Corte potrebbe però spingersi fino a valutare il problema della definizione del valore dell'eguaglianza nel godimento della libertà economica e quindi della garanzia della libera concorrenza attraverso un bilanciamento fra l'attribuzione all'Autorità di poteri quasi giudiziali funzionali

dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in AA.VV., *Antitrust fra diritto nazionale*, cit., 99 ss.

²³ Già alla fine degli anni settanta C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di «potere» e di «conflitto» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, 110 ss. poneva il parallelo fra le incertezze della giurisprudenza costituzionale nella definizione del potere giurisdizionale in sede di conflitto di attribuzioni con la non linearità della stessa in tema di legittimazione del giudice *a quo*.

²⁴ Cfr. Corte cost., ord. n. 536 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, 4459 ss.

alla garanzia di quei principi ed il rispetto del divieto costituzionale di creare giudici speciali (art.102 Cost.).

Una soluzione del conflitto in questione fondata sull'incompatibilità radicale fra i poteri dell'Autorità *antitrust* ed il vincolo posto nell'art.102 potrebbe apparire eccessiva, vista la premessa dalla quale prende le mosse l'idea di collegare lo svolgimento di alcune funzioni *antitrust* alla possibilità di qualificare l'Autorità come giudice *a quo*: il riconoscimento di tale attributo non si fonderebbe sul riconoscimento della qualità di giudice, operazione di per sé assai difficile vista l'inesistenza di parametri sicuri ed univoci per l'identificazione in astratto della giurisdizione, quanto piuttosto sull'isolamento all'interno delle funzioni in materia *antitrust* di un nucleo riconducibile allo svolgimento di funzioni pubbliche neutrali, di funzioni che partecipano, cioè, di alcuni dei caratteri propri della giurisdizione.

Se il punto di partenza nell'analisi delle funzioni fosse rappresentato dall'ambivalenza dei poteri dell'Autorità *antitrust*, i «vantaggi» che ne deriverebbero in termini di chiarificazione del dibattito sulle autorità indipendenti sarebbero considerevoli. Da un lato, si darebbe finalmente corpo all'inquietudine diffusa che accompagna l'inquadramento dell'azione delle autorità indipendenti all'interno dell'amministrazione per autorità realmente indipendenti e non dotate di poteri conformativi o di regolamentazione di settore, qual è appunto l'Autorità *antitrust*; dall'altro lato, si potrebbe muovere dall'accettazione della complessità delle funzioni proprie dell'Autorità *antitrust* per valutare le caratteristiche di quelle organizzazioni dei pubblici poteri che al di là del *nomen* di di autorità indipendente appaiono assai lontani dalla tecnica decisoria e dalle forme di controllo tipiche dell'applicazione della normativa *antitrust*.

2.3. L'impugnabilità dei provvedimenti dell'Autorità: l'insussistenza del presupposto relativo al carattere definitivo e non altrimenti giustificabile degli atti adottati dall'organo legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale.

Non va tuttavia dimenticata la difficoltà di arrivare a costruire l'Autorità *antitrust* come giudice *a quo* qualora si assuma ad elemento realmente discriminante il fatto che, secondo una linea giurisprudenziale

sufficientemente consolidata, il giudizio dell'organo al quale si vuole riconoscere l'idoneità a sollevare questione di legittimità costituzionale non deve essere suscettibile di riforma e, soprattutto, non deve essere sindacabile in altra sede²⁵. Poiché tutti i provvedimenti dell'Autorità, ivi compresi quelli adottati nell'ambito delle funzioni che abbiamo ri-compreso entro la categoria delle funzioni pubbliche neutrali, sono soggetti al sindacato giurisdizionale amministrativo, si potrebbe ritenere insussistente il pericolo che a fronte della definitività ed insindacabilità del giudizio si precluda la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale su una disposizione che l'Autorità è chiamata ad applicare.

La garanzia sarebbe infatti assicurata dalla concreta possibilità che nel corso di un giudizio amministrativo nel quale sia impugnata una decisione dell'Autorità, la stessa autorità giurisdizionale possa sollevare in quella sede questione di legittimità costituzionale. Di questa possibilità è ovviamente ben consapevole l'Autorità che nella Relazione annuale presentata nel 1996 si è impegnata espressamente a rendersi «parte diligente nei procedimenti aventi ad oggetto sue decisioni davanti al giudice amministrativo al fine di chiedere al giudice l'impugnativa davanti alla Corte costituzionale di leggi eventualmente contrarie alla concorrenza»²⁶.

3. Il dibattito sulle relazioni fra la funzione regolativo-amministrativa e l'applicazione delle norme antitrust.

L'accettazione della complessità delle funzioni dell'Autorità *anti-trust* attraverso la valorizzazione delle funzioni assimilabili a quelle giurisdizionali, nelle forme e con i limiti ora evidenziati, si pone in una

²⁵ V., da ultimo, Corte cost., sent. 5.11.1986 n. 387, in *Giur. cost.*, 1996, fasc. 6, 3600 ss., con oss. di F. RIGANO, *Rimane chiusa la porta della Corte costituzionale agli organi che non esercitano la giurisdizione*. Sottolinea l'importanza di tale fondamentale requisito R. CHIEPPA, *Ancora sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente dalla Corte dei conti (sezione di controllo)*, in *Giur. cost.*, 1976, 2010 ss., 2011.

²⁶ AUTORITÀ GARANTE, *Relazione annuale sull'attività svolta*, Roma 30 aprile 1996, 15.

prospettiva teorica esattamente opposta a quella accolta dall'analisi comparata della legislazione sulle autorità indipendenti: tale comparazione presuppone infatti l'idea che le stesse non siano altro che espressione generalizzata del polimorfismo delle formule organizzative della pubblica amministrazione²⁷. Al modello dell'amministrazione indipendente si riconducono i poteri di intervento riconosciuti all'autorità nel settore al quale è preposta ed il principio organizzativo al quale si ispira è quello del controllo a fini multipli, tale cioè da comprendere, oltre alla verifica delle attività svolte da altri soggetti, la definizione delle linee generali di indirizzo²⁸. La dimensione del controllo tipica di queste strutture autonome ed indipendenti consentirebbe in realtà di constatare il superamento della contrapposizione fra potere privato e potere pubblico: le amministrazioni indipendenti si porrebbero come luogo e come strumento di mediazione fra l'interesse della pubblica amministrazione e la pluralità degli interessi privati²⁹.

²⁷ Da queste premesse muovono le prime analisi sistematiche del fenomeno: cfr. C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549; N. LONGOBARDI, *Le «amministrazioni indipendenti»: profili introduttivi*, AA.VV., in *Scritti per M. Nigro*, Milano, 1991, vol. II, 173; M. CLARICH, *Per uno studio*, cit., 115 ss. All'interno di questa ottica sembra collocarsi anche il progetto elaborato da C. FRANCHINI, *Uno «statuto» per le autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, n. 5, 487 ss.: il tentativo di sistemazione del variegato, e talora contraddittorio, panorama delle autorità indipendenti sembra infatti muovere dalla razionalizzazione della legislazione esistente, più che essere ispirato dalla altrettanto importante necessità teorica di distinguere i differenti gradi di autonomia e di indipendenza delle diverse *authorities* e quindi di descrivere le loro differenti collocazioni nel sistema costituzionale. Sul carattere riduttivo di una siffatta interpretazione si veda G. GRASSO, *Spunti per uno studio sulle autorità amministrative indipendenti*, cit., 1303 ss.

²⁸ Così C. FRANCHINI, *Le autorità*, cit., 563.

²⁹ A. MASSERA, «Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 451, riconduce al processo di pluralizzazione dello Stato-persona il proliferare delle autorità indipendenti: queste tendono a gestire l'interesse pubblico secondo le esigenze di istituzioni, gruppi e collettività presenti all'interno dell'ordinamento (ivi, 487). Insiste sulla frammentazione dei poteri pubblici e sul conseguente policentrismo degli ordinamenti generali, policentrismo in grado di mettere in crisi la nozione di ente pubblico, S. CASSESE, *Il posto dei poteri indipendenti nell'ordinamento*, Relazione al Convegno internazionale organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma 20-21 novembre 1995, in

Proprio sulla funzione del controllo pubblico di attività economiche private si fonderebbe un nuovo modello di regolazione pubblica: al suo interno si distingue la regolazione finalistica o imperativa dalla regolazione condizionale³⁰. Nella prima ipotesi l'interesse pubblico si identifica nell'obiettivo da raggiungere: l'attività amministrativa si svolge attraverso comandi e imperativi e quindi il controllo è finalizzato alla verifica della corrispondenza fra il comando e la sua esecuzione³¹. Sul fronte esattamente opposto si colloca il modello della regolazione condizionale: l'interesse pubblico è in questo ambito riflesso nel senso che si identifica nel controllo sul rispetto delle «regole del gioco» da parte degli operatori privati³². Il rispetto di tali regole garantirebbe la soddisfazione dell'interesse pubblico indipendentemente dai risultati che le attività private intendono conseguire³³.

Boll. Ed. spec., ottobre 1996, 249 ss.. G. BERTI, *Enti pubblici in Italia*, in *Foro it.*, 1992, V, 1 ss., guarda al modello delle amministrazioni indipendenti come ad un modello di amministrazione più agile di quella tradizionale e come tale capace di adeguarsi meglio al processo di integrazione europea; F. RAMPINI, *Amministrazione francese: passaggio in Europa*, in *Queste istituzioni*, 1991, 3 ss., riconduce la nascita delle autorità amministrative indipendenti ad una visione «arbitrale» dello Stato dal momento che le funzioni ad esse attribuite non sono funzioni di prestazione al pubblico, ma di regolazione dello sviluppo di settori sensibili, nel tentativo di conciliare i diversi interessi in campo.

³⁰ Cfr. L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 31 ss., fonda la sua ricostruzione teorica della funzione di controllo sulla necessità teorica di dare finalmente attuazione al modello del controllo indicato dall'art. 41, comma 3 Cost. come strumento, accanto al programma, per indirizzare e coordinare a fini sociali l'attività economica pubblica e privata.

³¹ L. TORCHIA, *Il controllo*, cit., 431, assume come esempio di regolazione finalistica nell'ambito della finanza privata i provvedimenti amministrativi in materia di stabilità sistemica aventi conseguenze immediate e dirette per i singoli intermediari finanziari i quali potranno invocare solamente il rispetto da parte dell'amministrazione del principio di legalità e di imparzialità.

³² L. TORCHIA, *Il controllo*, cit., 441, sottolinea come in questa fattispecie l'interesse pubblico coinciderebbe con il puntuale rispetto delle regole legislative secondo quanto avviene nell'applicazione delle regole *antitrust*, sia generale che speciale. Al centro della regolazione vi sarebbe un rapporto fra situazioni soggettive diverse ed in particolare fra la posizione di quanti sono tenuti al rispetto di regole di comportamento sul mercato e la situazione di coloro per i quali le regole sono state introdotte.

³³ Cfr. G. AMORELLI, *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di di-*

All'interno di questo modello di regolazione si collocherebbe l'Autorità *antitrust*: l'interesse pubblico al mantenimento di un mercato concorrenziale si esprimerebbe proprio attraverso la funzione neutrale ed imparziale svolta da questo organo nel controllo sul rispetto della legge da parte degli operatori privati³⁴.

La neutralità, intesa come carattere funzionale di un'attività svolta in posizione di equidistanza dagli interessi delle parti private, e la terzietà, intesa come carattere dell'organizzazione di un soggetto pubblico, sarebbero i presupposti di base della funzione regolativo-amministrativa. Nella ricostruzione della teoria della regolazione, la funzione regolativo-amministrativa si caratterizzerebbe per la necessaria interposizione dell'amministrazione nell'attuazione delle regole poste dal legislatore: la tutela della concorrenza attribuita ad un'Autorità indipendente si porrebbe ad integrazione delle funzioni regolative di diritto privato svolte dalle norme codicistiche in materia di concorrenza sleale³⁵.

Un siffatto modello di neutralità della posizione dell'amministrazione indipendente fondata su questo tipo di rapporti fra interesse pubblico ed interessi privati è stato però ritenuto non applicabile alle autorità indipendenti ed in particolare al modello «puro» incarnato dall'Autorità *antitrust*. Si esclude, in altre parole, che la funzione arbitrale fondata sulla posizione neutrale dell'amministrazione rispetto agli

disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1991, 943, ed in particolare, S. LICCIARDELLO, *Sulle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. Italia e Francia a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 92 ss. evidenzia la neutralità dell'Autorità *antitrust* rispetto agli interessi privati coinvolti nel procedimento. Nonostante ciò l'Autore continua a qualificare l'*Antitrust* come organo amministrativo, ancorché indipendente dall'esecutivo (ivi, 96-97).

³⁴ Così L. TORCHIA, *Il controllo*, cit., 442; in termini sostanzialmente conformi gli autori citati alla nota precedente.

³⁵ G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, 1993, 262 ss., distingue la regolazione amministrativa dalla regolazione di diritto privato, in cui vi sarebbe l'attuazione diretta del precetto normativo e la cd. autoregolazione fondata sull'interesse dei privati: l'unica funzione in materia *antitrust* riconducibile a quest'ultimo modello sarebbe quella della pubblicità ingannevole. Contra M. CLARICH, *Contributo*, cit., 130, che accomuna la tecnica giudiziale di risoluzione delle controversie in materia di intese all'applicazione dei divieti in materia di pubblicità ingannevole.

interessi pubblici che dovrebbero essere considerati tutelati solo indirettamente, ovvero attraverso il mantenimento di condizioni di parità nelle relazioni interprivate, possa essere utilizzata per spiegare il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, così come delle altre autorità dotate di una analoga indipendenza dall'Esecutivo.

L'obiezione si fonda, in realtà, proprio sulla tecnica di individuazione e di bilanciamento fra l'interesse alla concorrenzialità del mercato e gli altri interessi pubblici che si confrontano nell'applicazione delle deroghe ai divieti sulle intese nelle ipotesi disciplinate dall'art. 4 della legge nazionale *antitrust*. Abbiamo visto come nell'analisi di questa importante disposizione parte della dottrina ritenga che l'indicazione di interessi di natura sociale debba essere oggetto di definizione e di specificazione da parte dell'Autorità. A questa impostazione è legata la contestazione del modello della neutralità intesa come garanzia istituzionale di separazione rispetto alle scelte dell'esecutivo-governo: la neutralità intesa come l'elemento in grado di spiegare la posizione di indipendenza dell'*Antitrust* viene così rifiutata in nome della discrezionalità della funzione di ponderazione fra il valore della concorrenza e gli altri interessi pubblici³⁶. La necessità di una valutazione discrezionale di questi interessi si rifletterebbe in un bilanciamento fra interessi pubblici in cui il mantenimento della concorrenza appare destinato per lo più a recedere. Il rifiuto del ruolo arbitrale inteso come proiezione della indipendenza di cui goderebbe l'Autorità *antitrust* viene pertanto a ricongiungersi con quella logica del bilanciamento fra la concorrenza e gli altri diritti fondamentali che abbiamo esaminato criticamente nella seconda parte e che abbiamo richiamato nella descrizione delle funzioni di accertamento dei divieti sulle intese.

Per la stessa ragione per la quale abbiamo criticato la logica del bilanciamento ineguale fra la libertà economica e quindi la libertà di concorrenza ed i valori costituzionali riconducibili alla sfera dei diritti dell'uomo e dei diritti sociali e, successivamente, abbiamo escluso che tale logica conduca in sede di applicazione del meccanismo delle deroghe ad una valutazione discrezionale degli interessi medesimi ci sem-

³⁶ Così M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., 146 che aderisce alla ricostruzione del potere di concessione delle deroghe ex art. 4 proposta da R. NIRO, *Profili costituzionali*, cit., 226.

bra opportuno ribadire l'importanza di valorizzare la posizione di neutralità e di indipendenza di cui gode effettivamente l'Autorità *antitrust*, al di là della categoria della paragiurisdizionalità intesa come caratteristica del procedimento che dinanzi ad essa si svolge³⁷.

3.1. Verso la valorizzazione della posizione istituzionale di neutralità e di indipendenza dell'Autorità.

L'esigenza di valorizzare l'aspetto giudiziale dell'applicazione della normativa *antitrust* appare peraltro ormai chiara al giudice amministrativo ed è alla base della ridefinizione dell'organizzazione interna del processo istruttorio e decisionale tentata dall'Autorità nell'ambito dell'autonomia organizzativa che la legge istitutiva le riconosce.

Per quanto riguarda la posizione del giudice amministrativo, occorre sottolineare l'importanza di una pronuncia resa dal Consiglio di Stato in sede consultiva con la quale l'attributo dell'imparzialità è stato riferito all'organizzazione ed alla posizione dell'Autorità, che viene appunto definita come soggetto titolare di «una posizione di imparzialità assimilabile a quella di un giudice»³⁸.

Nella stessa direzione si muove la scelta dell'Autorità di dotarsi di un regolamento sull'organizzazione interna nell'ambito del quale si tenta di separare le funzioni istruttorie e provvedimentali dell'apparato amministrativo (Uffici) da quelle decisionali del Collegio. La separazione si fonderebbe sul principio in base al quale a conclusione della fase istruttoria svolta dall'Ufficio titolare della medesima ed il responsabile del procedimento sono esclusi dalla fase deliberativa riservata al

³⁷ M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., 138, ammette la presenza del modello di neutralizzazione limitatamente alle funzioni paragiurisdizionali svolte dall'Autorità *antitrust* nell'ambito della pubblicità ingannevole e dal Garante per la radiodiffusione e l'editoria in materia di rettifiche. Nell'interpretazione di M. CLARICH, *Contributo*, cit., 130, la paragiurisdizionalità sarebbe invece propria dei giudizi in materia di intese oltreché dell'applicazione del decreto legislativo sulla pubblicità ingannevole: in particolare, l'autore esclude che la natura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato possa essere tranquillamente ricondotta al modello dell'amministrazione, sia pur dotata delle garanzie di autonomia e di indipendenza. La neutralità dell'Autorità sembrerebbe piuttosto rispondere alle caratteristiche della giurisdizione.

³⁸ CONS. STATO, Comm. speciale, parere n. 51 del 22.6.1995.

Collegio. È stata esclusa la relazione finale ovvero l'illustrazione della posizione dell'Ufficio espressa dal responsabile del procedimento: sarà piuttosto il relatore a dover esporre i termini della questione e prospettare al *plenum* le possibili soluzioni³⁹. La scelta dell'isolamento del momento decisionale, riservato al Collegio, dalla fase istruttoria sembrerebbe sottolineare il ruolo quasi-giurisdizionale svolto nella fase deliberativa dal Collegio; la garanzia della difesa verrebbe inoltre rafforzata dalla audizione delle parti prima della chiusura del procedimento nell'ipotesi di contestazione delle risultanze probatorie raccolte dagli Uffici nel corso dell'istruttoria. Tale contraddittorio si svolgerà dinanzi al Collegio ed è inoltre prevista la partecipazione del capo dell'apparato amministrativo, del Segretario generale, del responsabile della direzione istruttoria competente e del responsabile del procedimento. Laddove le parti lo invocano si apre un contraddittorio sulla formazione delle prove svolta dall'Ufficio secondo le regole della trasparenza e della partecipazione al procedimento. L'eventualità di questo contraddittorio mira a porre il Collegio in una posizione di terzietà fra l'apparato amministrativo titolare dell'istruttoria e le parti private.

La vicenda del regolamento interno esprime in verità la difficoltà di «contenere» il funzionamento di organismi indipendenti come l'Autorità *antitrust* nel quadro del polimorfismo dell'amministrazione e di considerare la paragiurisdizionalità come attributo esclusivamente procedimentale, privo cioè di conseguenze sotto il profilo dell'organizzazione.

Per questa ragione occorre muovere dal rapporto fra la nozione funzionale e strutturale di imparzialità per analizzare le forme che tale parametro assume con riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

4. Il rapporto fra la garanzia costituzionale della concorrenzialità del mercato e l'imparzialità dell'amministrazione: la non parzialità riferita alla ponderazione fra l'interesse pubblico al mantenimento della concorrenza e gli interessi di natura diversa.

L'insufficienza della prospettiva d'indagine che tende a semplificare

³⁹ Così l'art. 25 del Regolamento dell'Autorità, pubblicato in un'edizione speciale del *Bollettino* del 29.5.1995 ed entrato in vigore il giorno successivo a quello della pubblicazione.

la vicenda delle autorità indipendenti all'interno delle trasformazioni dell'amministrazione può essere dimostrata muovendo proprio dal rapporto che lega l'imparzialità dell'amministrazione con la scelta organizzativa di un'autorità indipendente investita delle funzioni di controllo sul mantenimento degli equilibri concorrenziali del mercato.

Secondo una recente ricostruzione di tale rapporto, l'imparzialità non potrebbe essere desunta automaticamente dalla posizione di indipendenza garantita dal legislatore all'Autorità nazionale *antitrust*: essa rappresenterebbe piuttosto il parametro della funzione amministrativa di controllo sugli atti e sui comportamenti potenzialmente lesivi del valore della libera concorrenza⁴⁰.

La tesi muove dall'assunto del carattere dinamico, e non predefinito in astratto, dell'assetto concorrenziale del mercato: alla naturale incertezza delle relazioni di mercato non può che corrispondere un intervento pubblico di tipo indiretto, qual è appunto quello garantito dall'applicazione delle regole *antitrust*. La richiesta di un'amministrazione imparziale sarebbe espressione della impossibilità, connaturata con l'apertura delle relazioni di mercato, di predefinire *ex ante* i confini ed i parametri del mercato concorrenziale. L'indipendenza strutturale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato non potrebbe essere intesa unicamente nel senso della garanzia dell'imparzialità intesa come terzietà dell'organo giudicante e garanzia del rispetto del contraddittorio⁴¹.

Viene in tal modo privilegiato il profilo funzionale dell'imparzialità: al di là dell'indipendenza-imparzialità garantita all'Autorità, l'imparzialità opererebbe in qualità di parametro nello svolgimento delle funzioni proprie dell'Autorità *antitrust*. L'imparzialità viene così elevata a principio-guida dell'intera attività di controllo sul mantenimento della concorrenzialità del mercato: l'imparzialità nello svolgimento delle funzioni *antitrust* garantirebbe così che gli interventi in questione si

⁴⁰ C. PINELLI, Artt. 97-98, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 241 ss.

⁴¹ Sulla distinzione fra l'imparzialità del giudice e l'imparzialità della pubblica amministrazione cfr. A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, 98; sul rapporto funzionale fra l'indipendenza dell'ordine giudiziario rispetto all'imparzialità nello svolgimento della funzione giurisdizionale cfr. C. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, Padova 1981, spec. 69 ss.

ispirino al principio della parità di trattamento. Il valore dell'imparzialità intesa come principio dinamico riferito alla funzione, oltre che all'organizzazione dell'amministrazione, rispetto al fine ultimo di garantire il mantenimento dell'eguaglianza nelle relazioni economiche private, legittimerebbe dunque la necessità teorica di collegare il canone dell'imparzialità alle modalità di svolgimento delle funzioni *antitrust*. L'interpretazione dell'art. 97 Cost. in relazione alla garanzia dell'eguaglianza nel godimento della libertà economica (artt. 3 e 41 Cost.) consentirebbe pertanto di spiegare l'intervento *antitrust* secondo una logica che va oltre il dato strutturale dell'indipendenza di cui gode l'Autorità.

Dal collegamento fra l'art. 97 e la logica dell'intervento indiretto in attuazione della normativa *antitrust* deriverebbe inoltre l'inserimento dell'Autorità nella sfera organizzativa e funzionale della pubblica amministrazione: l'interpretazione sistematica dell'art. 97 in relazione all'art. 41 consentirebbe di conciliare le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa, e quindi il pluralismo delle tipologie di interventi imposti dall'evoluzione dei rapporti economici, con il requisito strutturale dell'indipendenza di cui godono gli organi titolari dei poteri di intervento. L'Autorità *antitrust* dovrebbe pertanto essere considerata l'espressione di una delle formule organizzative della pubblica amministrazione: la sua contiguità con i «poteri forti» imporrebbe l'assunzione dell'imparzialità a principio ispiratore delle funzioni *antitrust*. La non parzialità intesa come garanzia della parità di trattamento nel perseguimento dell'interesse pubblico al mantenimento della libera concorrenza nel mercato si accompagnerebbe così al dato strutturale dell'indipendenza dell'organo amministrativo preposto a tale funzione.

4.1. La peculiarità delle funzioni *antitrust*: la valutazione imparziale riferita ai fatti oggetto del controllo.

Mentre il punto di partenza di questa impostazione appare pienamente condivisibile, la sua conclusione sembra ricomprendere il fenomeno dell'intervento *antitrust* all'interno della funzione e dell'organizzazione amministrativa in senso lato: da tale ricostruzione non emerge, infatti, il profilo del rapporto fra la natura composita delle funzioni attribuite all'Autorità dalla normativa *antitrust* e lo svolgimento delle tradizionali funzioni amministrative.

In altri termini, se è evidente che l'equazione fra l'indipendenza e la neutralità dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato non possa considerarsi elemento sufficiente per ritenere automaticamente garantita l'imparzialità della funzione, secondo il modello proprio dell'organizzazione della giurisdizione, può essere interessante verificare come l'imparzialità riferita alla funzione di garanzia dell'assetto concorrenziale del mercato si atteggi all'interno dei diversi procedimenti che sono espressione di quella funzione, alla luce degli spunti ricostruttivi emersi dall'analisi fino ad ora svolta.

La lettura delle funzioni *antitrust* in relazione allo svolgimento di funzioni amministrative ispirate al valore dell'imparzialità non sembra fornire infatti quella visione articolata in grado di rispecchiare la complessa realtà applicativa delle regole nazionali *antitrust*. Non compare in questa interpretazione l'analisi delle trasformazioni che la formulazione e la natura delle regole *antitrust* impone allo svolgimento della funzione amministrativa. È interessante a tal fine porre in relazione il parametro dell'imparzialità con il carattere della funzione pubblica neutrale che abbiamo riscontrato in larga parte delle funzioni svolte nell'applicazione dei divieti relativi alle intese ed ai comportamenti integranti l'abuso di posizione dominante sul mercato.

L'imparzialità intesa come elemento della funzione attribuita ad un'Autorità pubblica di controllo sul mantenimento dell'assetto concorrenziale del mercato deve essere confrontata con le modalità di volta in volta utilizzate dall'Autorità nella valutazione dei fatti e nella conseguente deduzione della corrispondenza dei medesimi alle fattispecie astratte dei divieti contenuti nella legge nazionale.

La valutazione imparziale dei fatti e la verifica della congruenza fra i medesimi e la norma recante il divieto assume connotati diversi nell'applicazione dei divieti relativi alle intese ed all'abuso di posizione dominante e nei controlli sulle operazioni di concentrazione. Come si è già sottolineato, la valutazione imparziale dei comportamenti e degli atti descritti negli artt. 2 e 3 si traduce in una valutazione diretta a ricostruire i fatti e verificare la congruenza del fatto alla norma. Il rinvio alla nozione di funzione pubblica neutrale riferito a questo tipo di applicazione della normativa *antitrust* voleva porre in luce la difficoltà di ricondurre quell'attività alla funzione amministrativa e quindi al parametro dell'imparzialità intesa come criterio per la valutazione degli interessi in gioco nel procedimento. Il carattere dinamico dell'imparzia-

lità e la sua aderenza al modello di un intervento pubblico finalizzato alla ricerca degli equilibri concorrenziali sul mercato va, cioè, posto in relazione con i caratteri che la legge istitutiva imprime al funzionamento dell'Autorità titolare di quelle funzioni.

Nell'applicazione dei divieti relativi posti dagli artt. 2 e 3 l'imparzialità si avvicina a quella propria del giudice per il fatto che quelle funzioni sono più propriamente riconducibili entro l'area delle funzioni pubbliche neutrali la cui caratteristica è proprio quella di partecipare di talune caratteristiche proprie della giurisdizione. Nello svolgimento dei controlli sulle operazioni di concentrazione abbiamo ricordato come il carattere prognostico della valutazione dei fatti impresso dall'art. 5 tenda a riservare all'Autorità spazi più ampi in sede di ricostruzione dell'impatto dell'operazione di concentrazione denunciata sul futuro dell'assetto concorrenziale del mercato di riferimento; occorre precisare che, anche per questo tipo di controlli, il canone dell'imparzialità non può essere invocato per affermare la sussistenza di una scelta ponderata fra gli interessi in gioco dal momento che il controllo sulle concentrazioni non sembrerebbe riprodurre la discrezionalità dei procedimenti autorizzatori⁴².

L'imparzialità si riferisce piuttosto alla necessaria completezza dei fatti oggetto di valutazione finalizzata al giudizio di tipo prognostico in ordine agli effetti dell'operazione in fieri sulla struttura di mercato coinvolta dalla medesima.

In entrambe le aree di competenza l'imparzialità intesa come canone dinamico in grado di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico al mantenimento di condizioni concorrenziali sul mercato non può tradursi in uno strumento di selezione degli interessi coinvolti nel procedimento: il parametro dell'imparzialità accompagna nei giudizi sulle intese e sugli abusi di posizione dominante la valutazione di fatti e circostanze sottoposte al vaglio dell'Autorità, mentre nei controlli sulle concentrazioni dovrebbe condurre verso la completezza dei dati necessari per una ragionevole valutazione degli effetti di un comporta-

⁴² G. AMORELLI, *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 972, ricostruisce le funzioni dell'Autorità *antitrust* ricorrendo al modello dell'autorizzazione implicita che postulerebbe una presunzione *juris tantum* di liceità per il complesso delle attività economiche svolte.

mento non ancora verificatosi nella realtà concreta delle relazioni di mercato.

Tanto la configurazione delle norme sui divieti che il rinvio ai parametri elaborati in ambito comunitario dalla Commissione e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che la stessa «giurisprudenza» dell'Autorità sembrerebbero escludere che il risultato dell'esercizio imparziale delle funzioni *antitrust* si traduca in un bilanciamento di interessi sostanziali di cui siano portatori le parti ovvero gli interessati ammessi ad intervenire nel procedimento.

L'imparzialità appare piuttosto uno strumento-guida nella ricostruzione e nella successiva valutazione dei fatti dai quali ha preso le mosse l'indagine avviata, d'ufficio o su istanza di parte, dall'Autorità: il principio dell'imparzialità può essere quindi interpretato alla luce delle finalità proprie di una legislazione *antitrust* non senza però dimenticare gli effetti che la particolare struttura della normativa in questione determina sullo svolgimento della funzione amministrativa.

4.2. *L'imparziale valutazione dei fatti oggetto del controllo antitrust ed il carattere dinamico del meccanismo concorrenziale.*

La valutazione imparziale riferita al momento della ricostruzione dei fatti e dei comportamenti tangibili, come nel caso delle intese e degli abusi di posizione dominante, ovvero degli atti e dei fatti oggetto di comunicazione ai fini del controllo sulle concentrazioni, rappresenta la principale garanzia del rispetto non solo dell'inconoscibilità del mercato quanto della corrispondente non predefinibilità della stessa nozione di concorrenza, qualunque sia il rango che a tale diritto si voglia riconoscere. L'incertezza delle relazioni di mercato, in relazione alla quale la dottrina esaminata giustifica il ricorso ad un'amministrazione imparziale con poteri di intervento indiretto, va in realtà connessa al carattere dinamico della concorrenza.

Troppo spesso infatti si insiste sulla non conoscibilità della struttura di mercato senza ricordare che lo stesso problema riguarda il valore della concorrenza: il carattere dinamico delle relazioni di mercato è infatti strettamente collegato al carattere dinamico della concorrenza, che proprio per la sua capacità di ricercare continuamente la definizione dei rapporti fra gli operatori economici garantisce l'apertura del

mercato. La garanzia del mantenimento della concorrenzialità del mercato è dunque legata in primo luogo alla corretta definizione dei fatti ai quali applicare le sanzioni poste dalla normativa *antitrust*: è in questa fase che emerge con evidenza il ruolo garantista ed è su questi profili che si fondano le censure dinanzi all'organo giurisdizionale competente al riesame delle delibere dell'Autorità⁴³.

Sulla base di queste considerazioni relative allo svolgimento imparziale delle funzioni *antitrust* si può esaminare l'ultimo aspetto della posizione costituzionale dell'Autorità e verificare le relazioni con il potere esecutivo ed in particolare il rapporto fra l'indipendenza dall'Esecutivo-governo e la possibilità teorica di configurare il potere Esecutivo-amministrazione come potere diffuso.

⁴³ Sembrerebbe questo l'orientamento dei giudici amministrativi nel sindacare i vizi dell'istruttoria svolta dall'Autorità garante in occasione della vicenda decisa con la sent. T.A.R. Lazio, I sez., 5 maggio 1994, n. 652, in T.A.R. 1994, I, 1709 ss.: critica la riduzione del sindacato del giudice amministrativo a quello di legittimità, G. AMORELLI, *La motivazione*, cit., 17 nt. 12; la scelta del legislatore di attribuire la cognizione delle decisioni adottate dall'Autorità *antitrust* al giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione esclusiva è accolta con largo consenso da F. PELLIZZER, *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza e del mercato*, Trento 1993. Nell'interpretazione di C. MALINCONICO, *L'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV., *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, cit., 155 ss, la soluzione della giurisdizione esclusiva sarebbe legata alle caratteristiche di un settore in cui convive il diritto alla libertà di iniziativa economica privata con le posizioni di interesse legittimo collegate all'esercizio di un potere amministrativo: quest'ultimo sarebbe prevalentemente di qualificazione della fattispecie già prevista dalla legge, ma comporterebbe l'esercizio, quanto meno di una potestà di valutazione tecnico-discrezionale. In realtà questa conclusione non sembra propriamente in linea con l'articolazione delle competenze e delle funzioni dell'Autorità *antitrust* che abbiamo tentato di porre in luce nel corso della presente ricerca. È quantomeno dubbio che dalle decisioni in materie di intese emerga l'integrazione della fattispecie normativa attraverso l'esercizio di una discrezionalità tecnica: per una valutazione critica di questa impostazione tradizionale fondata sul rapporto fra poteri autoritativi ed interesse legittimo in materia di *antitrust* cfr., l'intervento di F. ADAVASTRO, *Diritti soggettivi, interessi legittimi e posizioni soggettive di fronte all'esercizio dei poteri autoritativi dell'Autorità garante*, in AA.VV., *Antitrust fra diritto nazionale*, cit., 255 ss.

5. *L'Autorità antitrust come potere dello Stato alla luce della giurisprudenza costituzionale sui conflitti sollevati nei confronti del Garante per la radiodiffusione e l'editoria.*

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte nelle decisioni con le quali è stata dichiarata l'inammissibilità dei conflitti sollevati dal Comitato promotore dei referendum in materia di distribuzione commerciale, di elezioni comunali e di contributi sindacali, dichiarati ammissibili dalla Corte con le sentt. n. 3, 4, 10 e 13 del 1995, nei confronti del Garante per la radiodiffusione e l'editoria forniscono lo spunto per individuare i presupposti soggettivi ed oggettivi di un eventuale conflitto in cui sia parte l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e completare in tal modo la ricostruzione della posizione costituzionale di tale organo. Il primo conflitto aveva ad oggetto alcuni provvedimenti adottati dal Garante in attuazione dell'ennesima reiterazione del decreto sulla *cd. par condicio*: lo stesso Comitato aveva del resto sollevato il conflitto sia nei confronti del Governo che del Garante con riferimento al decreto-legge n. 83 del 1995 che aveva fornito la base legale per altrettanti provvedimenti del Garante in materia di parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie. Il ricorso nei confronti del Governo è stato dichiarato ammissibile dalla Corte con l'ordinanza n. 118 del 1995; la successiva sentenza n. 161 decideva quindi nel merito il conflitto disponendo che non spettava al Governo adottare per le campagne referendarie il divieto di trasmissione di spot pubblicitari nei trenta giorni che precedono la consultazione elettorale (art. 3, comma 6). L'annullamento di quest'ultima disposizione si fonda sull'analisi delle peculiarità della propaganda elettorale referendaria rispetto alla campagna elettorale per le politiche: l'irragionevolezza della disposizione deriva quindi dal fatto che la stessa struttura binaria del quesito referendario renderebbe assai sfumata la distinzione fra vera propaganda elettorale e pubblicità. In questa occasione la Corte non ha in realtà deciso in ordine alla legittimazione soggettiva del Garante dal momento che il provvedimento da questo adottato in attuazione del decreto-legge n. 83 del 1995 non fu ritenuto in grado di incidere sulla disciplina della campagna referendaria e come tale non su-

scettibile di ledere direttamente la sfera di attribuzioni del Comitato ricorrente⁴⁴.

Con l'ordinanza n. 226 del 1995 i giudici costituzionali si sono invece pronunciati sulla sussistenza dei presupposti soggettivi di un successivo conflitto sollevato nei confronti del Garante: le disposizioni della legge ordinaria n. 223 del 1990 disciplinanti le attribuzioni di tale autorità indipendente non avrebbero *uno specifico rilievo costituzionale* e dal livello di indipendenza alla stessa attribuito dal legislatore non si potrebbe dedurre l'idoneità dell'organo a dichiarare in via definitiva la volontà di uno dei poteri dello Stato⁴⁵. Rigorosamente ancorata ad una visione tradizionale della divisione tra i poteri dello Stato la Corte ha quindi escluso l'attribuibilità di un'autonoma legittimazione processuale e sostanziale al Garante per la radiodiffusione e l'editoria.

Dalla sintetica motivazione della decisione non emergono valutazioni in ordine alla natura ed alla effettiva estensione dell'indipendenza del Garante, né tantomeno all'interpretazione dei suoi effettivi rapporti con il potere esecutivo. I giudici costituzionali non sembrano infatti aver tenuto conto di uno dei pochi «punti fermi» del dibattito in materia di autorità indipendenti ovvero sia del principio secondo cui

⁴⁴ Nell'ordinanza 7.4.1995 n. 118, *ibid.*, 942 ss., la Corte non aveva preso in considerazione il profilo soggettivo dell'ammissibilità del conflitto sollevato dal Garante, sottolineando l'assenza del presupposto oggettivo in virtù dell'inidoneità dell'atto del Garante in relazione al quale il conflitto era stato promosso: il provvedimento adottato in data 22 marzo 1995, in attuazione del decreto-legge n. 83 del 1995, non sembrò alla Corte in grado di incidere sulla disciplina della campagna referendaria e fu quindi ritenuto incapace di ledere la sfera di attribuzioni dei ricorrenti. Per un'ampia ed articolata critica del criterio restrittivo adottato in questa decisione rispetto alla definizione della sfera di efficacia del provvedimento del Garante v. G.M. SALERNO, *I profili soggettivi nei conflitti di attribuzione relativi alla par condicio*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano, 1997, in particolare p. 40 ss. La sent. n. 161 del 10.5.1995, è in *Giur. cost.*, 1995, 1346 ss. con oss. di C. PINELLI e di P. VERONESI. Per un'attenta ricostruzione della vicenda, cfr. E. BETTINELLI, *Par condicio. Regole, opinioni, fatti*, Torino, Einaudi, 1995, 109 ss.; F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, cit.

⁴⁵ Così Corte cost. ord. 2.6.1995, n. 226, in *Giur. cost.*, 1995, 1658 ss., con osservazioni di G. GEMMA, S. NICCOLAI e M. PASSARO, Il Comitato promotore ha successivamente rinunciato al ricorso: cfr. Corte cost., sent. 25.7.1995, n. 383, in *Giur. cost.* 1995, 2788 ss.

qualsiasi valutazione dell'indipendenza delle autorità in questione non può essere assunta in termini assoluti. Non si dovrebbe pertanto parlare genericamente di autonomia o di indipendenza, quanto piuttosto di gradi e di forme diverse di questi due caratteri per ciascuna delle autorità comprese, per lo più a fini meramente descrittivi, nel *genus* delle autorità indipendenti.

L'altro nodo importante che andava invece esaminato è proprio quello del rapporto fra il grado di indipendenza attribuito all'autorità, il potere nei confronti del quale tale indipendenza viene attribuita dal legislatore e l'inquadramento della medesima all'interno dell'Esecutivo-amministrazione.

Nel tentativo di guardare al di là della soluzione adottata nel caso di specie dalla Corte, la dottrina ha utilizzato argomenti sistematici per dimostrare come non vi fossero ostacoli teorici per sostenere la legittimazione di autorità indipendenti come il Garante per l'editoria ad essere parte nei conflitti. Sulla base di tali rilievi è interessante verificare quali spazi interpretativi si aprano all'eventuale qualificazione dell'Autorità *antitrust* come parte nei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato.

5.1. *Il rilievo costituzionale delle attribuzioni. Il ruolo della legge ordinaria nella definizione delle competenze.*

Tanto per il Garante che per l'Autorità *antitrust* non si potrebbe sostenere in linea teorica l'esclusione dal novero dei poteri in virtù dell'assenza di attribuzioni di sfere di competenza garantite ed individuate da norme di rango costituzionale. In ordine alla distinzione fra il rilievo costituzionale della disposizione che conferisce l'attribuzione, ovvero sia la titolarità del potere, e la disciplina, di rango legislativo o consuetudinario, della competenza, intesa come svolgimento delle funzioni e concreto esercizio del potere, la dottrina costituzionalistica ha anche di recente ricordato che la legittimazione di fonti legislative o consuetudinarie ben potrebbe fornire il parametro del conflitto dal momento che le modalità fissate dalla legge che disciplina la compe-

tenza finiscono per riflettersi sulla natura dell'organo come potere⁴⁶. Il presupposto del rango costituzionale dell'attribuzione, oltre ad essere stato oggetto di relativizzazione da parte della dottrina⁴⁷, appare del resto inconciliabile con la stessa giurisprudenza della Corte che, in virtù del principio dello svolgimento dei poteri indicati nell'art.75 Cost., ha ritenuto ammissibili conflitti sollevati dal Comitato promotore del referendum, organo disciplinato esclusivamente dalla legge ordinaria n. 352 del 1970⁴⁸. In realtà, il collegamento fra la previsione costituzionale delle attribuzioni in materia referendaria e lo svolgimento attraverso la legge ordinaria delle competenze, ovvero sia delle forme di esercizio dell'attribuzione, non è però sempre altrettanto diretta ed agevole. È emblematico sotto questo profilo il caso del conflitto tra il C.S.M. ed il Ministro di Grazia e giustizia sul concerto richiesto dalla legge n.195 del 1958 per il conferimento di uffici direttivi

⁴⁶ Così A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992, 317-318.

⁴⁷ A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 155 ss, sottolinea come siano piuttosto le leggi ordinarie, le norme regolamentari e consuetudinarie a darci, nella generalità dei casi, la configurazione concreta delle attribuzioni in contestazione (ivi, 166-167).

⁴⁸ In tal senso, G. GEMMA, *Garante per la radiodiffusione*, cit., 1667: sulla base di questi precedenti giurisprudenziali, l'autore sostiene che si possano ben configurare quali soggetti ai sensi dell'art. 37, comma 1, legge n. 87 del 1953, anche organi previsti solo da leggi ordinarie. F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, n. Riv. trim. dir. pubbl., 1967, 705, spiega come ai fini della determinazione dell'oggetto del conflitto non sia affatto necessario che le norme costituzionali di competenza siano formalmente costituzionali, potendo anche essere consuetudinarie ovvero contenute in leggi ordinarie; l'argomentazione è stata di recente riproposta da G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle Authorities*, cit., 32 del dattiloscritto: l'autore riconosce la sussistenza del presupposto oggettivo del conflitto dichiarato inammissibile dall'ord. n. 226 del 1995, ammettendo tuttavia la difficoltà teorica di individuare l'elemento soggettivo. Per poter arrivare a configurare un'autorità indipendente come potere dello Stato occorrerebbe sostenere o che le stesse sono incostituzionali, in quanto espressione di un potere del tutto separato dal Governo, ovvero che, tutelando interessi di rilievo costituzionale, le stesse devono poter difendere le loro attribuzioni. Per una lucida ed attenta ricostruzione di tali problematiche si veda ora M. MANETTI, *Il garante della par condicio: potere illegittimo, Autorità amministrativa indipendente o potere dello Stato?* in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, cit., 67 ss. in particolare, pp. 98 ss.

fra il Ministro stesso e la speciale commissione del Consiglio. In questo caso l'oggetto del conflitto coincideva con la configurazione legislativa di quell'atto e quindi coinvolgeva direttamente il bilanciamento operato dal legislatore in ordine alle prerogative del Consiglio in materia di decisioni sullo *status* dei magistrati (art.105 Cost.) ed alle funzioni del Ministro in tema di organizzazione dei servizi relativi alla giustizia (art.110 Cost.): la Corte si è dovuta quindi pronunciare su un episodio che aveva visto in crisi proprio la definizione legislativa del bilanciamento fra le attribuzioni suddette⁴⁹.

Al di là della relatività dell'argomentazione fondata sul rango, direttamente o indirettamente, costituzionale del conflitto e del collegamento fra la norma costituzionale e la disciplina legislativa di attuazione, la ricerca del parametro posto a fondamento delle attribuzioni doveva essere piuttosto impostata sul rapporto fra il principio costituzionale di riferimento degli interessi oggetto di regolazione e la disciplina normativa che ne definisce le funzioni. Non esistendo, infatti, nella Costituzione menzione alcuna delle cd. autorità indipendenti, la verifica del «tono costituzionale» del conflitto, che è poi la ragione concreta per la quale la dottrina ha tentato di individuare criteri di collegamento fra la disciplina legislativa e lo svolgimento delle attribuzioni fissate nella Costituzione⁵⁰, avrebbe dovuto essere condotta dalla Corte sulla base di un'approfondita analisi del rapporto fra il valore costituzionale di riferimento e le caratteristiche delle competenze e della struttura impressa a tali autorità dal legislatore. Adattando così il problema della definizione del parametro e quindi la verifica dei presupposti del conflitto alla concreta realtà delle autorità indipendenti la Corte avrebbe potuto fornire spunti interessanti in ordine al rango costituzionale del valore del pluralismo nell'informazione.

È peraltro evidente come il pluralismo dell'informazione e la garanzia della concorrenzialità del mercato siano principi immediatamente

⁴⁹ Così R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, 123-124.

⁵⁰ Secondo A. CERRI, *La «mano pubblica» e la gestione in forma privata di attività economica*, in *Giur. cost.*, 1993, 2829, non sarebbe determinante il rilievo costituzionale della materia disciplinata da legge ordinaria e che il conflitto sarebbe inammissibile ogni volta che la stessa fosse indifferente rispetto ai valori protetti in Costituzione.

riconducibili a ben precisi valori costituzionali e cioè alla libertà di manifestazione del pensiero e dell'informazione (art. 21) ed alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41).

5.2. *L'Autorità antitrust come potere dello Stato: il pericolo della degradazione del tono costituzionale del conflitto.*

Al proposto collegamento fra il rilievo costituzionale del principio in base al quale si fonda l'istituzione delle autorità indipendenti e la disciplina legislativa che definisce le competenze di siffatti organismi non si potrebbe, d'altro canto, opporre il timore dell'eccessivo proliferare dei centri di potere e quindi il pericolo dello scadimento del «tono costituzionale» del conflitto.

Il rilievo costituzionale del conflitto è peraltro un parametro mobile e non predeterminabile in astratto dal momento che sono le dinamiche dei *checks and balances* che contribuiscono a ridefinire le attribuzioni dei poteri, la loro concreta attuazione e quindi gli ambiti di possibili conflitti⁵¹. L'individuazione «necessaria» di uno stretto nesso di collegamento fra il rilievo costituzionale delle attribuzioni e la disciplina legislativa delle competenze è del resto operazione che, come abbiamo visto, non è affatto agevole e non trova neppure conferme nella casistica della Corte che ha in alcuni casi costruito il parametro proprio sul bilanciamento fra diverse attribuzioni di rango costituzionale operato dal legislatore. Nel caso in cui, poi, non esiste la norma costituzionale che conferisce l'attribuzione del potere e tuttavia sussiste una legge ordinaria, che, come nel caso dell'Autorità *antitrust*, si autodefinisce attuativa di un principio costituzionale (art. 41) è compito della Corte verificare se la disciplina in questione, per il modo in cui organizza ed istituzionalizza la regolazione di interessi privati aventi immediati riferimenti all'interno delle libertà costituzionali, sia in grado di porsi in

⁵¹ R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 115, giunge a tale conclusione muovendo dall'assunto che i parametri posti dalla legge n. 87 del 1953 per la definizione dei poteri non sono in grado di definire la fisionomia del conflitto. Non sarebbero pertanto predeterminabili i presupposti del conflitto, ma sarebbero piuttosto gli equilibri determinati dal meccanismo concreto dei *checks and balances* a moltiplicare all'infinito le occasioni ed i luoghi del conflitto.

relazione con gli altri poteri dello Stato. Il pluralismo istituzionale e la polverizzazione dei poteri sono del resto i fenomeni che spiegano il proliferare delle forme istituzionali indipendenti; tale processo non potrebbe essere misconosciuto dalla Corte in nome di un presunto affievolimento del rango costituzionale del conflitto. Nel caso delle autorità indipendenti, che non sono direttamente disciplinate dalla Costituzione, il collegamento con i principi costituzionali andava piuttosto ricostruito sulla base del valore costituzionale di riferimento ed è evidente come sulla base di tale ragionamento non solo si sarebbe dovuto legittimare al conflitto il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, ma si sarebbe potuto chiarire il significato istituzionale dell'indipendenza attraverso la definizione di uno dei possibili luoghi del conflitto.

6. *Il significato costituzionale dell'indipendenza attribuita all'Autorità antitrust. Il ruolo del conflitto nella «difesa» dell'indipendenza dall'Esecutivo-governo.*

Qualora il problema del collegamento fra la norma costituzionale e l'attribuzione legislativa dell'indipendenza fosse stato impostato nei termini proposti, la Corte avrebbe potuto affrontare nel merito i riflessi istituzionali del riconoscimento dell'indipendenza medesima. Attraverso la valutazione del profilo organizzativo e di quello funzionale l'elemento dell'indipendenza avrebbe così assunto una dimensione concreta e su questa base i giudici costituzionali avrebbero potuto fondare la decisione in ordine all'effettiva congruenza fra il grado e la natura dell'indipendenza attribuita all'autorità e la legittimazione della stessa ad essere parte di un conflitto fra poteri.

Seguendo questo schema argomentativo è interessante verificare le ragioni che potrebbero fondare l'ammissibilità sotto il profilo soggettivo ed oggettivo di un conflitto in cui sia parte l'Autorità *antitrust*, ovvero sia l'organo che più si avvicinerrebbe al modello «ideale» di autorità indipendente, la cui indipendenza si afferma innanzitutto nei confronti dell'Esecutivo-governo.

Tale profilo ci consente di precisare ulteriormente la posizione costituzionale di tale Autorità e di individuare quindi le relazioni istituzionali che la tutela della concorrenzialità del mercato è in grado di attivare.

L'indipendenza dell'Autorità *antitrust* deve essere intesa in termini di separazione dal circuito delle decisioni di governo non solo in virtù delle caratteristiche tecniche dei divieti in materia di intese e di abuso di posizione dominante per i quali prevale, secondo la ricostruzione proposta, la tecnica giudiziale di applicazione della legge, ma anche nell'ambito delle decisioni in materia di concentrazioni. Abbiamo più volte ricordato come la costruzione normativa del giudizio dell'Autorità sulla formazione di centri di potere economico privato dia vita ad una valutazione di tipo prognostico, avente cioè ad oggetto il sindacato *pro futuro* del comportamento o dell'atto denunciato sugli equilibri del mercato interessato dall'operazione di concentrazione.

La scelta di attribuire ad un'unica autorità indipendente da ogni altro potere il controllo sulle formazioni di potere economico privato attraverso le operazioni di concentrazione è funzionale all'esigenza di mantenere un controllo costante ed uniforme sulle dinamiche di mercato, controllo che, per le ragioni svolte, non si traduce nell'attribuzione di un potere assolutamente discrezionale di pianificazione dell'assetto complessivo di un determinato mercato.

Analogo discorso andrebbe esteso alla interpretazione dei poteri che l'art. 25, l. n. 287 del 1990 attribuisce al Governo. La norma rappresenta in verità una delle sedi del compromesso fra le diverse «anime» che si sono confrontate nel corso del dibattito parlamentare ed esprime quindi il tentativo di conciliare contrapposte visioni della logica *antitrust*. La propensione a considerare l'applicazione della normativa antimonopolistica in materia di concentrazioni come uno strumento di politica economica sembra emergere con evidenza dall'attribuzione al Consiglio dei Ministri del potere di fissare i criteri in base ai quali l'Autorità potrebbe in via eccezionale autorizzare, in presenza di rilevanti interessi generali dell'economia nazionale e nell'ottica dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione altrimenti vietate. La norma pone in realtà un congruo contrappeso a tale potere ed utilizza la formula già esaminata con riferimento al potere di deroga alle intese vietate di cui all'art. 4: si sottolinea cioè la necessità che queste scelte non comportino restrizioni che non siano strettamente giustificate dagli interessi generali sopra richiamati. La disposizione sembra inoltre affidare un potere attivo all'Autorità anche nell'evenienza estrema in cui si siano prodotti tali effetti negativi: essa può infatti adottare tutte

le misure necessarie al fine di ristabilire condizioni di piena concorrenza all'interno dell'area di mercato interessata dalla deroga.

Ci si chiede a questo punto quale principio potrebbe impedire di estendere all'Autorità *antitrust* la facoltà di entrare in contraddittorio con le scelte del Governo ovvero con l'inattività dello stesso attraverso lo strumento del conflitto di attribuzioni: in virtù della discrezionalità che per legge dovrebbe accompagnare una decisione di autorizzazione in materia di concentrazioni l'ipotesi del conflitto non sembra favorire la «strumentalizzazione» o l'«abuso» del rimedio e quindi generare aree di conflittualità costituzionalmente irrilevanti. L'indipendenza di cui gode l'Autorità *antitrust* potrebbe essere al centro di un contenzioso con il Governo vista la possibilità, implicita nella formulazione dell'art. 25, di un'invasione delle sfere di competenza ad essa riservata per effetto di eventuali interpretazioni estensive da parte del Consiglio dei Ministri del potere di definizione dei parametri entro i quali l'Autorità sarebbe abilitata al rilascio di autorizzazioni in deroga ai divieti in materia di concentrazione.

Lo strumento del conflitto appare piuttosto l'unico strumento per vagliare, nelle more del procedimento, la correttezza dell'uso di siffatto potere da parte del Governo: vale la pena di sottolineare la possibilità che un potere del genere ha di modulare, in relazione alle linee di politica economica elaborate dal circuito politico, fenomeni di dilatazione delle concentrazioni di potere economico. L'importanza che il «contraddittorio» attivato dall'apertura di un conflitto avrebbe nel sensibilizzare i centri del potere politico è tanto più percepibile se si considera che proprio il circuito della decisione politica appare assai indifferente ai numerosissimi segnali provenienti dall'attività consultiva svolta in questi cinque anni dall'Autorità allo scopo di denunciare la responsabilità di numerose scelte legislative e regolamentari, non solo statali, ma anche regionali e locali, rispetto alla perdurante difficoltà di garantire la concorrenzialità del mercato all'interno del nostro ordinamento⁵². Non deve peraltro essere sottovalutata la possibilità di un conflitto da menomazione delle competenze connesso alla perdu-

⁵² Sul significato dell'attività consultiva svolta dall'Autorità *antitrust* cfr. l'intervento di M. CLARICH, *Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella politica di concorrenza*, al Convegno Internazionale, cit., 259 ss..

rante inattività del Governo nella definizione dei parametri e dei criteri generali entro i quali potrebbe esplicarsi la competenza dell'Autorità *antitrust* in materia di deroghe alle operazioni di concentrazioni vietate. Accanto a queste fattispecie particolari andrebbero inoltre attentamente considerate le numerose ipotesi di conflitti aventi ad oggetto leggi e decreti-legge contenenti norme di organizzazione di settori economici in contrasto con la garanzia del mantenimento della concorrenzialità del mercato, ipotesi alle quali peraltro ha fatto esplicito riferimento il Presidente dell'Autorità *antitrust* in occasione della Presentazione della Relazione Annuale per il 1996.

L'ampiezza delle fattispecie ora richiamate impone di approfondire il problema dell'ammissibilità di un conflitto in cui sia parte un organo titolare di particolari funzioni amministrative ed al tempo stesso dotato di un elevato grado di indipendenza dall'Esecutivo-governo.

7. La titolarità di funzioni di regolazione amministrativa e la garanzia dell'indipendenza dal Governo.

Il problema è quello della compatibilità di organi amministrativi indipendenti nell'ambito della struttura costituzionale del potere esecutivo: vi sono in altri termini spazi per ipotizzare che, nonostante che l'esecutivo-governo continui ad essere considerato come un potere a struttura complessa con tendenza a ricondurre i conflitti di organi individuali all'interno del Consiglio dei ministri, il potere esecutivo-amministrazione sia invece configurabile come potere diffuso e quindi in grado di comprendere organi indipendenti dall'Esecutivo-governo?

Il dilemma è stato riproposto proprio in occasione del dibattito aperto dalla ordinanza della Corte n. 226 del 1995 con riferimento alla negata legittimazione processuale del Garante per la radiodiffusione e l'editoria.

La dottrina è apparsa divisa proprio sulla possibilità teorica che la Corte potesse, legittimando il Garante ad essere parte nel conflitto sollevato dal Comitato promotore di alcuni dei referendum del 1995, superare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui i conflitti sollevati da organi individuali del governo, quali i singoli ministri che sono anche organi di vertice dell'amministrazione, devono essere ricondotti entro la sfera della collegialità di governo e che quindi

titolare della legittimazione processuale deve restare il Consiglio dei ministri⁵³.

È indubbio che, pur non essendo formalizzata nella nostra Carta costituzionale la necessaria responsabilità del governo per l'amministrazione statale, quest'ultima sia in misura considerevole «soggetta al superiore imperio del Governo»⁵⁴.

La rottura di questo vincolo di soggezione potrebbe tuttavia essere avviata attraverso la legittimazione al conflitto di autorità dotate di elevato livello di indipendenza e che al tempo stesso sono considerate organi espressione del potere esecutivo-amministrazione⁵⁵. A sostegno di questa possibilità è stato rilevato come dal disposto dell'art. 95, comma 2 della Costituzione non si possa desumere un divieto di introduzione di moduli organizzativi della pubblica amministrazione diversi da quello ministeriale; al contrario, l'esperienza e l'evoluzione della no-

⁵³ A conferma di questa tendenza si porrebbe la soluzione adottata anche di recente dalla Corte nell'ammettere il conflitto sollevato nei confronti di un atto del Ministero dell'Interno nella vicenda risolta dalla sent. n. 420 del 1995, in *Giur. cost.*, 1996, con le oss. di L. PESOLE, P. VERONESI e P. OLIMPIERI. Sulla difficoltà di costruire il singolo ministro come parte sostanziale nei conflitti si veda S. NICCOLAI, *Fluidità delle relazioni infragovernative e legittimazione del ministro al conflitto tra poteri*, in *Giur. cost.*, 1987, 1879: l'operazione interpretativa di considerare il potere giudiziario come potere diffuso non potrebbe essere estesa al Governo dal momento che in questo ambito costituzionale la Corte si trova dinanzi ad un dato normativo fluido che solo marginalmente orienterebbe la realtà ed il cui ambito materiale sarebbe coperto dal «politico». La tendenza della Corte a privilegiare la legittimazione del Presidente del Consiglio era stata già posta in evidenza da C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di «potere» e di «conflitto» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, 116. Nella ricostruzione di A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Milano, 1992, 239-40, emerge una certa apertura verso la configurabilità di ipotesi di lesioni di attribuzioni costituzionali di un singolo ministro, ad esempio laddove il Presidente della Repubblica violasse l'obbligo di controfirma sancito dall'art. 89 Cost.

⁵⁴ Così G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, 85.

⁵⁵ È la tesi sostenuta da G. GEMMA, *Garante per la radiodiffusione e l'editoria e conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1995, 1661 ss. G.M. SALLERNO, *I profili soggettivi*, cit., 60, configura invece il Garante come potere a sé stante, «distinto dagli altri poteri dello Stato, anche e soprattutto perché costituzionalmente non formalizzato, ma al quale comunque l'ordinamento conferisce la titolarità e l'esercizio di funzioni pubbliche costituzionalmente rilevanti e garantite».

stra forma di governo e la complessità delle moderne democrazie pluralistiche sembrerebbe piuttosto far riscoprire il valore della separazione fra politica ed amministrazione⁵⁶. Decisamente contrario alla ammissibilità di un conflitto con il Governo che veda protagonisti le autorità indipendenti è quell'orientamento dottrinale, che, opponendosi a qualsiasi forma di neutralizzazione dell'amministrazione ed al proliferare di centri di regolazione di interessi economici carenti di una legittimazione proveniente dal circuito Parlamento-Governo⁵⁷, interpreta il ruolo dell'Autorità *antitrust* in termini di bilanciamento discrezionale fra l'interesse al mantenimento della concorrenzialità del mercato e gli altri interessi pubblici posti dal legislatore a fondamento del potere di deroga ai divieti in materia di intese.

La divaricazione fra le due prospettive di indagine è evidentemente radicale per il fatto che, da un lato, si accentua l'elemento della indipendenza dall'Esecutivo-governo e quindi la neutralità rispetto alla definizione degli interessi già effettuata dal legislatore⁵⁸ e, dall'altra, si

⁵⁶ In tal senso G. GEMMA, op. cit., 1671; da sempre sostenitore di una maggiore autonomia dell'amministrazione dalla sfera delle decisioni politiche di governo è G. BOGNETTI, *La separazione dei poteri*, cit., 85 il quale ricorda come la Costituzione italiana non lasci molti spazi al riconoscimento di «snodi di autonomia» nel seno dell'amministrazione. L'autore rileva in proposito che la via auspicabile per ottenere questa apertura non sia quella della formalizzazione del principio nel testo della Costituzione essendo sufficiente talora una lettura intelligente del testo costituzionale: il riferimento è all'interpretazione di F. MERUSI, *La posizione costituzionale della Banca centrale in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1081 ss., che sulla base dell'interpretazione dell'art. 47 giunge a riconoscere alla Banca d'Italia il ruolo di organo costituzionale in virtù dei poteri che la Costituzione gli riconosce. Il problema del rapporto fra l'introduzione di autorità amministrative indipendenti ed il principio della subordinazione dell'amministrazione al controllo del Governo e, tramite questo, al Parlamento, è al centro del dibattito sulle autorità indipendenti in Francia: v., fra gli altri, C. TEITGEN-COLLY, *Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution*, in C.A. COLLIARD-G. TMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1982, 21 ss., 50.

⁵⁷ Cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., passim; ID., *Il garante*, cit., 101 ss.

⁵⁸ Sul tema v., da ultimo, l'acuta ricostruzione di V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti*, cit., 366: le autorità indipendenti andrebbero considerate come nuovi poteri pubblici non più preposti, al pari delle strutture amministrative tradizionali, alla cura di un interesse pubblico e come tali «dovrebbero assumere quel carattere arbitrale che deve essere necessariamente esercitato al riparo da ogni influenza politica,

auspica il recupero, soprattutto in una prospettiva *de jure condendo*, di forme di collegamento e di responsabilità fra i centri della decisione politica ed i luoghi della regolazione economica e sociale mediante autorità indipendenti⁵⁹ in nome della discrezionalità e quindi della politica nella ponderazione degli interessi da parte delle stesse.

8. Il conflitto come possibile luogo del confronto fra l'evoluzione delle dinamiche concorrenziali e le scelte politiche a tutela di interessi esterni alla concorrenzialità del mercato.

L'analisi fin qui condotta ha in realtà posto in relazione il requisito strutturale dell'indipendenza dell'Autorità *antitrust*, che proprio per

perché altrimenti la confluenza nel comune mercato degli interessi pubblici (...) finirebbe paradossalmente per determinare l'assoggettamento anche di questi interessi che prima di allora non lo fossero, attraverso gli organismi di regolazione, alla direzione politica del governo». Il rischio al quale l'autore fa riferimento è in definitiva quello che da un processo di liberalizzazione volto a far confluire gli interessi in un libero gioco fra di loro all'interno di un unico mercato regolato si produca al contrario un ampliamento del mercato «amministrato» questa volta da parte dell'autorità indipendente. Vale la pena di aggiungere che l'entità di questo rischio non va sottovalutata soprattutto in considerazione della «facilità» con la quale il legislatore è ricorso negli ultimi sei anni all'istituzione di organismi recanti il *nomen* di «autorità indipendenti». È allora evidente come il primo passo per un approfondimento di questi problemi che appartengono al futuro dell'organizzazione amministrativa e, più in generale, alla dinamica dei poteri dello Stato, consista nel rilevare le differenze e le distanze fra le singole autorità cd. indipendenti, magari assumendo come punto di riferimento le peculiarità delle funzioni del controllo *antitrust* esaminate nel corso di questa ricerca.

⁵⁹ M. MANETTI, op. ult. cit., 226 auspica che l'investitura parlamentare di siffatti organismi indipendenti non sia finalizzata al raggiungimento della neutralità, quanto piuttosto lo strumento primo dell'integrazione tra i soggetti istituzionali e/o le forze politiche e che l'apertura alla società sia massima attraverso il ricorso ad un tipo di procedimento (non tanto garantistico quanto) partecipativo. Le argomentazioni utilizzate dalla MANETTI sono state da ultimo riprese da S. NICCOLAI, *Quando «nasce» un potere*, in *Giur. cost.*, 1995, 1673, la quale non manca peraltro di sollevare dubbi anche in ordine alla possibilità che la rottura fra la politica ed i centri dell'organizzazione amministrativa possa essere compiuto dalla Corte in sede di legittimazione al conflitto di autorità indipendenti quali il Garante per la radiodiffusione e l'editoria.

questo continua ad essere considerata la più prossima ad un modello puro ed astratto di autorità indipendente, con il carattere della neutralità riferita alla posizione dell'Autorità rispetto agli interessi oggetto di regolazione e con quello della terzietà in nome del quale si è ritenuto di poter applicare alla stessa la categoria delle funzioni pubbliche neutrali, di quelle funzioni poste cioè al confine con l'esercizio imparziale delle funzioni giurisdizionali.

In nome di una neutralità che potremmo definire consustanziale all'applicazione della normativa *antitrust* si comprende la necessità che la stessa debba essere garantita nei confronti delle decisioni politiche di governo anche attraverso lo strumento del conflitto. Non vi sarebbe in questo caso il pericolo, più volte latente nelle decisioni di inammissibilità del conflitto, di coinvolgere il Governo in vicende di basso profilo costituzionale poiché la definizione degli ambiti di competenza dell'Autorità preposta alla garanzia della concorrenzialità del mercato è contenuta in una legge che si autoproclama attuativa del principio costituzionale contenuto nell'art. 41 della Costituzione. Alla legittimazione dell'Autorità *antitrust* ad esser parte di conflitti con il Governo-esecutivo non si potrebbe neppure opporre la tesi dell'incostituzionalità dell'istituzione di Autorità amministrative sottratte alla responsabilità governativa e dotate al tempo stesso di poteri normativi: l'assenza di poteri normativi in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è infatti una delle sostanziali peculiarità del controllo *antitrust* che si aggiunge a quelle esaminate nel corso di questa ricerca.

L'inserimento dell'Autorità fra i luoghi del conflitto costituzionale ben si concilia peraltro con la *ratio* della logica concorrenziale: il significato della garanzia di questo valore deve infatti essere sempre valutato in una prospettiva dinamica. Se è certo che la ricerca del mantenimento della concorrenzialità del mercato coinvolge l'applicazione imparziale delle regole poste nella legge *antitrust*, il prodotto finale di questa attività non deve essere mai considerato come uno *status* raggiunto una volta per tutte all'interno dell'ordinamento. Il ruolo attivo che la concorrenza svolge nella definizione dell'assetto di mercato stimola inevitabilmente il confronto fra la sede istituzionale preposta alla garanzia della dinamica concorrenziale e le sedi politiche, prime fra tutte il Governo, in cui il processo

concorrenziale può subire limitazioni, sospensioni o menomazioni⁶⁰.

⁶⁰ G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle authorities*, cit., 32 (del dattiloscritto), insiste sulla opportunità di legittimare le Autorità indipendenti ad essere parti nei conflitti di attribuzione anche per il fatto che questa soluzione aprirebbe la strada al conflitto «menomativo», ipotesi che appare all'autore come quella più ricorrente.