



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO COSTITUZIONALE

CICLO XXIII

COORDINATORE Prof. Andrea Pugiotto

LA CONCORRENZA NEGLI ORDINAMENTI
COSTITUZIONALI.

PROFILI DI COMPARAZIONE TRA ITALIA E STATI UNITI D'AMERICA

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

Dottoranda

Dott.ssa Elisabetta Lanza

Tutore

Dott. Marco Giampieretti

Anni 2008/2010

Ai miei genitori

INDICE

CAPITOLO I

DALLA LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA ALLA LIBERTÀ DI CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

1. Introduzione del tema e finalità del lavoro.....	1
2. L'ineliminabile libertà di iniziativa economica privata	8
3. Il mercato in Assemblea costituente: “malato da curare o fonte della malattia?” ...	12
4. Sull'esistenza del fondamento costituzionale del principio di concorrenza	22
5. Il primo comma dell'articolo 41 e l'implicita ammissione della libertà del mercato	27
6. L'«utilità sociale» e l'interesse alla tutela del mercato	32
7. La «rivoluzione comunitaria»: la spinta propulsiva della concorrenza	36
8. Proposte di riforma dell'art. 41 della Costituzione.....	45

CAPITOLO II

IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN MATERIA DI TUTELA DELLA CONCORRENZA

1. La Corte costituzionale e l'affermazione del principio di concorrenza.....	53
2. La giurisprudenza costituzionale anteriore alla legge n. 287 del 1990: dalla concorrenza come rischio alla concorrenza come vantaggio?	54
3. L'intervento pubblico “paladino” dell'utilità sociale	56
2.2. Un <i>revirement</i> isolato: la sent. n. 223 del 1982 tra mercato concorrenziale ed interesse collettivo.....	65
2.3. Alla vigilia della legge n. 287 del 1990: la sentenza n. 241 del 1990	67
3. Passi incerti tra legge <i>antitrust</i> e riforma del Titolo V della Costituzione	68
4. La giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V: verso il modellamento della nozione, della collocazione della materia e del principio di concorrenza.....	73
4.1. La trasversalità delle materie tra ambiti materiali ed interessi territorialmente sovraordinati	74
4.2. Le ragioni della “trasversalità” della tutela della concorrenza	79
4.3. L' <i>actio finium regundorum</i> della materia operata dalla giurisprudenza costituzionale	82
5. Settori concorrenziali all'incrocio tra competenze statali e regionali.....	87
5.1. Servizi pubblici locali	87
5.2. Contratti pubblici.....	97
5.3. Orari di apertura degli esercizi commerciali e vendite promozionali.....	103
6. Uniformità, trasversalità e tutela della concorrenza	106

7. Il contenuto della tutela della concorrenza e “l’irrompere del principio nel gioco della concorrenza”	108
7.1. La nozione	108
7.2. Il principio e gli interessi protetti	112
8. L’ “arresto” del caso Alitalia	115

CAPITOLO III

L’AFFERMAZIONE DELLA LIBERTÀ DI CONCORRENZA NELL’ORDINAMENTO COSTITUZIONALE STATUNITENSE ED IL BILANCIAMENTO DEI POTERI

1. Un diritto <i>antitrust</i> che nasce “dal basso”. Le origini dell’avversione ai monopoli	121
2. L’approvazione dello <i>Sherman Act</i>	128
3. L’ <i>antitrust</i> come strumento di protezione delle libertà fondamentali dell’individuo	136
4. Federalismo e <i>antitrust</i>	141
5. La legislazione <i>antitrust</i> e la sua attuazione quale strumento di politica pubblica a favore del cittadino-consumatore.....	148
6. Brevi cenni sull’efficacia dell’azione di classe a tutela della concorrenza. Profili di comparazione.....	154

CAPITOLO IV

LA LIBERTÀ DI CONCORRENZA: ITALIA E STATI UNITI D’AMERICA A CONFRONTO

1. Comparazione tra Italia e Stati Uniti d’America: metodo ed intento	161
2. Concorrenza, informazione e pluralismo.....	162
3. Tutela del consumatore e libertà di concorrenza.....	166
4. Rapporto tra Stati/Federazione e tra Regioni/Stato.....	178
5. Riflessi sulla forma di Stato democratica e osservazioni conclusive.....	187
 RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....	 195

CAPITOLO I

DALLA LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA ALLA LIBERTÀ DI CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

SOMMARIO: 1. Introduzione del tema e finalità del lavoro. – 2. L'ineliminabile libertà di iniziativa economica privata. – 3. Il mercato in Assemblea costituente: “malato da curare o fonte della malattia”?. – 4. Sull'esistenza del fondamento costituzionale del principio di concorrenza. – 5. Il primo comma dell'articolo 41 e l'implicita ammissione della libertà del mercato. – 6. L'«utilità sociale» e l'interesse alla tutela del mercato. – 7. La “rivoluzione comunitaria”: spinta propulsiva della concorrenza. – 8. Proposte di riforma dell'articolo 41 della Costituzione.

1. Introduzione del tema e finalità del lavoro

Parlare di concorrenza quale principio accolto (o da accogliere) in Costituzione è sembrato - a lungo tempo e per molti interpreti - come un “non problema” giuridico, in forza dell'assunto che la forma di mercato adottata dall'ordinamento costituzionale fosse un dato di fatto esterno, rispetto al quale il giurista avrebbe avuto poco da dire. Infatti, secondo l'impostazione teorica tradizionale il giurista non può che prendere atto della superiorità della concorrenza sul monopolio per efficienza allocativa e distributiva e quale migliore sistema per ottenere il benessere della collettività, secondo quanto rilevato dalla scienza economica¹. Si ha monopolio quando l'iniziativa economica di un singolo o di pochi non incontra, nella ricerca della massimizzazione del profitto, i limiti della competizione: ciò arreca, per il suo stesso svolgersi, un danno alla collettività². Invero, la scelta della struttura del mercato³ non può essere relegata all'ambito

¹ Sulla necessità di riconoscere alla concorrenza il ruolo di principio generale accolto nel nostro ordinamento costituzionale, quale disciplina diretta a conciliare le ragioni dell'uguaglianza giuridica reciproca e quelle dell'efficienza economica, si veda A. Zito, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, XXVI, 219.

² G. Di Gaspare, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, 2011, 14.

³ Al fine di tracciare i confini del problema è opportuno riflettere su cosa - sommariamente - si intenda per mercato. Infatti, la libertà di iniziativa economica implica fenomenologicamente il mercato (G. Di Gaspare, *Lavoro ed economia di mercato nella Costituzione della Repubblica*, in *La Costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. Pinelli, T. Treu, Bologna, 2010, 57, 80). Comunemente il mercato è definito quale luogo economico dello scambio, dove il prezzo si costituisce in base all'incontro tra domanda ed offerta. In forza di un metodo empirico, anziché finalistico, F. A. Hayek ha definito il mercato come conquista della conoscenza grazie al processo di *trial and error* (in *The Constitution of Liberty*, Londra, 1960). In generale, esistono due modi per intendere il mercato. Secondo un'accezione ristretta, è il luogo in cui

economico, in quanto adottare un sistema monopolistico o concorrenziale, dirigista o liberista, non è altro che espressione della dialettica tra potere e libertà. La struttura di mercato presente in un ordinamento determina alcune considerevoli conseguenze sulle modalità e sull'esercizio della libertà di agire di tutti gli operatori del mercato, in quanto il principio di libertà economica vale per l'imprenditore, ma anche per il consumatore, per il lavoratore, per il risparmiatore, per l'investitore e l'intermediario e per tutte le altre figure di operatore economico presenti nel complesso moderno sistema economico⁴. Il sistema concorrenziale è stato ritenuto il migliore principio organizzativo delle relazioni di mercato e del modo di composizione degli interessi finalizzato a perseguire il benessere collettivo, perché storicamente si è dimostrato il sistema economico più efficiente, nella misura in cui tendenzialmente garantisce eguali *chances* alle imprese, adeguatamente capaci, che mirino ad entrare in un determinato mercato o a rimanervi⁵.

La concorrenza, invero, oltre ad essere valutata quale strumento di efficienza allocativa e di equità distributiva, può essere letta quale regola del potere, ovvero come una regola relativa alla distribuzione del potere nell'ambito delle relazioni economiche: una regola di neutralizzazione del potere, poiché impedisce a tutti i soggetti coinvolti di influire notevolmente sui processi decisionali e sulle condizioni dello scambio e, conseguentemente, evita ad alcuni di imporre ad altri le proprie decisioni⁶.

Pertanto, intendendo la concorrenza quale principio volto a neutralizzare il potere ci si rende facilmente conto di come esista una incidenza del sistema concorrenziale sul compiuto sviluppo di un sistema democratico, fondato sulla garanzia e sulla tutela delle libertà.

Qualora, appunto, si ritenga che il sistema tendenzialmente concorrenziale sia la forma di mercato che meglio persegue l'obiettivo del benessere collettivo e che non si possa fondare la sua sussistenza sulla capacità autoregolativa del mercato stesso, diventa necessario introdurre un apparato di norme diretto a garantire la concorrenzialità del

concorrono i soggetti che esercitano un'attività economica in regime di concorrenza tra loro e rilevano solo le situazioni giuridiche soggettive degli imprenditori concorrenti. Secondo una lettura più ampia, è il luogo della contrattazione tra soggetti liberi, in base alle norme giuridiche che ne individuano e ne tutelano i rispettivi diritti. Quest'ultima è la concezione propria dell'ordinamento comunitario e da cui non si allontana quella propria dell'ordinamento italiano in cui si tende a dare rilevanza autonoma alle situazioni soggettive di tutti coloro che interagiscono all'interno del mercato, anche i consumatori. Cfr. F. Modugno, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di G. Cocco, Milano, 2010, 24. Pertanto, il mercato è il "processo" mediante il quale l'economia, basata sulla proprietà dei mezzi di produzione e sul meccanismo di distribuzione dei posti di lavoro, sviluppa la produzione nel miglior modo possibile in vista della soddisfazione dei bisogni più urgenti dei consumatori.

⁴ G. Marongiu, *Interesse pubblico e attività economica*, in *Jus*, 1991, 93.

⁵ M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. ammin.*, 2004, n. 4, 705, 707.

⁶ A. Zito, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, 107. Sulla concorrenza quale regola del potere si veda anche A. O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge (MA), 1970.

mercato, attraverso la regolazione e l'eventuale intervento da parte dei pubblici poteri⁷. Di fatti, impedire a tutti i soggetti coinvolti negli scambi di influire autoritariamente nel mercato spiega perché la concorrenza sia qualificata anche come regola del potere, diretta a consentire a tutti i soggetti presenti sul mercato di poter agire liberamente, ovvero di poter determinare la propria azione autonomamente attraverso una scelta compiuta nell'ambito di un insieme di possibilità alternative⁸. La concorrenza è un limite esterno all'autonomia privata, al momento in cui l'esercizio di tale autonomia dia luogo ad abuso di potere ingiustificabile anche sotto il profilo dell'efficienza⁹. La libera concorrenza non è una condizione spontanea e naturale degli assetti economici, bensì un sistema "artificiale", in quanto richiede continui interventi da parte dello Stato per essere stabilita e mantenuta¹⁰. Infatti, il mercato abbandonato a se stesso distrugge la concorrenza: la mano invisibile degenera e crea monopoli, intese anticoncorrenziali, abusi dei forti nei confronti dei deboli¹¹.

Al fine di comprendere quale ruolo spieghi il sistema concorrenziale all'interno dell'ordinamento costituzionale è necessario distinguere tra "concorrenza in senso soggettivo" e "concorrenza in senso oggettivo". Con la prima si intende la libertà di concorrenza quale diritto individuale ad esercitare una attività economica, mentre con la seconda si fa riferimento alla concorrenza "effettiva", quale modo di funzionamento del mercato e quale bene giuridico tutelato. È stato condivisibilmente sostenuto che la concorrenza quale bene giuridico costituzionalmente tutelato esista solo allorquando ricorrano: la mancanza di barriere artificiali all'ingresso al mercato; l'esistenza di un effettivo processo competitivo dinamico, caratterizzato da innovazioni tecniche, commerciali ed organizzative, nonché l'esistenza di una effettiva libertà di scelta dei consumatori¹². Uno degli obiettivi del presente studio è proprio quello di comprendere

⁷ Che la struttura di mercato concorrenziale costituisca il modello più efficace in termini di efficienza allocativa e distributiva non è un dato incontestato. Tale assunto è stato messo in dubbio da studiosi quali J. A. Schumpeter (in *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942), trad.it., Milano, 1955, 98), dai sostenitori della teoria dei costi di transazione (E. O. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, 1975 e *Mercati e Gerarchie*, in R. C. D. Nacamulli, A. Rugiadini, *Organizzazione e mercato*, Bologna, 1988, 161), secondo cui dovendo gli operatori del mercato necessariamente affrontare dei costi di transazione non irrilevanti, i soggetti, mossi dal mero opportunismo dell'azione, saranno indotti a sostituire il principio della competizione degli scambi, ovvero la loro indipendenza, con il principio collaborativo, necessario per diminuire i costi transattivi e rendere l'offerta di beni e servizi più competitiva rispetto ad un sistema di scambi decentrati, quale quello del mercato concorrenziale.

⁸ Così, A. Zito, *Mercato, Regolazione del mercato*, cit., 233 ss.

⁹ A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 93.

¹⁰ Così, il Presidente Ruini in Atti dell'Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, Assemblea, 3940 s.

¹¹ F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 22.

¹² Distinzione chiaramente illustrata da M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, n. 2, 1429 ss., il quale altresì ritiene che la tutela della concorrenza effettiva costituisca un limite alla tutela della libertà di iniziativa economica, sin dall'impostazione originaria dell'art. 41 della Costituzione.

se nel sistema adottato in Italia esista davvero un sistema di concorrenza quale bene giuridico costituzionalmente tutelato. Infatti, la scelta di un sistema dirigitico o concorrenziale è una scelta politico costituzionale: le prime e più importanti regole di qualificazione giuridica del fenomeno sono quelle di carattere costituzionale che appunto esprimono tale scelta¹³. Al fine di perseguire tale obiettivo si impone una rilettura della Costituzione e dei lavori dell'Assemblea costituente, nonché della giurisprudenza costituzionale che si è occupata del tema.

In Italia, la “chiave di volta” dell'insieme delle disposizioni costituzionali inerenti ai rapporti economici, l'art. 41 della Costituzione, statuente la libertà di iniziativa economica¹⁴, non è esplicita espressione del principio di concorrenza e dei principi costitutivi dell'economia di mercato, ma ne costituisce il riferimento costituzionale obbligato¹⁵. L'art. 41 della Costituzione entra a pieno titolo nella c.d. “Costituzione economica”, quella parte del testo costituzionale che – come verrà illustrato nel prosieguo – dimostra più di altre i segni del tempo¹⁶.

In generale, per libertà di iniziativa economica si intende una situazione giuridica soggettiva, avente per contenuto: la scelta delle finalità economiche che il privato intende perseguire, la titolarità dell'attività economica, la protezione di tale situazione giuridica soggettiva da possibili invasioni o turbative, nonché il diritto a non essere vincolati o indotti allo svolgimento di una determinata attività economica¹⁷.

¹³ R. Franceschelli, voce *Concorrenza - I) Libertà di concorrenza*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988, 1.

¹⁴ In Europa la tutela della libertà di iniziativa economica fu introdotta per la prima volta in Francia dalla *loi d'Allarde* del 17 marzo 1791, n. 2, e rafforzata dalla *loi Le Chappelier* del 17 giugno 1791, n. 14, attraverso la formula della c.d. “libertà di commercio e di industria”. Successivamente, con la rivoluzione industriale, per la prima volta nella storia si è affermato quel particolare aspetto della libertà di iniziativa economica privata intesa nel senso di libertà di concorrenza come “valore” in contrasto con l'ideale solidaristico della cultura preindustriale (in L. Buffoni, *La tutela della concorrenza dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istit. del Feder.*, 2003, II, 345, 351).

¹⁵ Genericamente per concorrenza si intende la presenza di una pluralità di operatori che offrono, in una determinata unità di tempo e in un dato spazio, prodotti o servizi omogenei o succedanei all'interno di uno stesso mercato al fine di arrogarsi le migliori condizioni di vantaggio, ovvero l'acquisto della clientela: si compete per ottenere qualcosa che non possa essere attribuito a tutti. Nel sistema della concorrenza l'assetto degli interessi raggiunto per mezzo dello scambio è il risultato dell'interazione di determinazioni autonome. Al contrario, nel monopolio, la totalità dell'offerta di un bene è concentrata nelle mani di un solo produttore e l'interazione di decisioni autonome è sostituita dalla determinazione di uno o pochi soggetti in grado di imporsi sugli altri per disciplinare autoritariamente l'assetto degli interessi realizzato con lo scambio. Nella lettura del diritto commerciale le imprese sono considerate in concorrenza allorché siano in grado di offrire beni o servizi suscettibili di soddisfare nel medesimo ambito di mercato - anche in via succedanea - lo stesso bisogno o bisogni simili o complementari (cfr. R. Franceschelli, voce *Concorrenza I) Libertà di concorrenza*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988, 1143). Nel corso di questo lavoro, per concorrenza e monopolio non si intenderanno le accezioni di concorrenza perfetta e monopolio puro, difficilmente riscontrabili nella realtà, bensì si farà riferimento alla visione più ampia dei modelli, di cui presenteranno comunque le caratteristiche fondamentali di funzionamento.

¹⁶ Così, R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, 546.

¹⁷ Così, F. S. Marini, *Il «privato» e la Costituzione. Rapporto tra proprietà ed impresa*, Milano, 2000, 48, riprendendo la definizione di P. F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991, 255.

L'iniziativa economica consiste nella (continua) attivazione del sistema economico e nella (continua) organizzazione del processo di produzione e di scambio di beni e di servizi: tipiche manifestazioni del libero dispiegarsi di energie umane e, quindi, espressioni di diritti della persona¹⁸.

Non costituisce un collegamento diretto ed immediato l'individuazione nella libertà di iniziativa economica del riconoscimento di una garanzia estesa alla struttura del mercato e, pertanto, di una precisa scelta dei Costituenti per il modello economico del mercato¹⁹. Al contrario, pare che il disegno tracciato dalla Costituzione sia quello di tenere insieme concezioni, tanto assolute quanto parziali, nel tentativo di relativizzarle. L'assetto costituzionale traccia un disegno in cui al riconoscimento delle libertà economiche si affianca la necessità di intervenire per garantire «una protezione sociale contro il potenziale desocializzante del libero mercato»²⁰.

Successivamente, la scelta comunitaria in favore del principio di economia di mercato aperto ed in libera concorrenza e il tardivo accoglimento della legge n. 287 del 1990 (“Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”) hanno contribuito incisivamente affinché il primo comma dell'art. 41 dispiegasse le proprie virtù concorrenziali “nascoste”, ravvisando la libertà di concorrenza come naturale espressione dello svolgimento della libertà di iniziativa economica e come principio dell'ordinamento costituzionale italiano, poi confermato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. Infatti, la riforma del Titolo V della Costituzione ha previsto, da un lato, l'obbligo per i legislatori (statale e regionali) di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea e, dall'altro, ha indicato la tutela della concorrenza tra le materie di competenza esclusiva del legislatore statale. In realtà, come verrà argomentato in seguito, la novella costituzionale non ha introdotto una novità, poiché il riconoscimento della tutela della concorrenza, quale principio di matrice comunitaria, era già avvenuto attraverso la teoria della supremazia dell'ordinamento

¹⁸ In tal senso, A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali. Lezioni, Parte speciale*, Padova, 1992, 472. Pertanto, l'iniziativa economica considerata dall'art. 41 Cost. si estende all'attività imprenditoriale *tout court*. Di contrario avviso, C. Esposito, *La costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, e Id., *I tre commi dell'articolo 41 della costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33, sostenne che la garanzia costituzionale non si estendesse ai modi di svolgimento dell'attività, limitandosi a coprire, oltre che l'inizio dell'attività, anche la sua cessazione. Secondo V. Spagnuolo Vigorita, *La “grande impresa” privata nella Costituzione italiana*, in *Impresa e società. Scritti in memoria di A. Graziani*, vol. V, Napoli, 1968, 1877, 1879, la scelta del Costituente di ricorrere all'espressione iniziativa economica privata, anziché impresa privata, ha consentito di abbracciare anche atti ed operazioni economiche non riconducibili all'unità e continuità dell'organizzazione professionale.

¹⁹ Del necessario ricorso al mezzo esegetico dell'interpretazione sistematica tratta V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 67, il quale afferma che «il primo comma dell'art. 41 non definisce l'iniziativa economica privata se non per quanto possa risultare dai due attributi di “economica” e di “privata”, che inequivocabilmente designano un'attività facente capo a soggetti privati e della specie o categoria economica. Definiti però la sfera dei soggetti e il tipo di attività, niente ancora si dice circa l'ambito dell'attività stessa, e cioè si tace proprio sul punto di maggior rilievo, dalla cui definizione deve risultare la sfera di applicabilità della norma, con le statuizioni di libertà e di vincoli che le sono connesse».

²⁰ M. Dani, *Costituzione e integrazione europea: dalle “limitazioni della sovranità” alla trasformazione del diritto costituzionale*, in *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, a cura di C. Casonato, Torino, 2010, 355.

dell'Unione Europea e la conseguente interpretazione evolutiva dell'art. 41 della Costituzione²¹.

A differenza degli studi privatistici, in cui è stato approfonditamente analizzato il rapporto tra tutela della concorrenza e difesa dei presupposti di un sistema economico di mercato, le riflessioni di impronta costituzionalista sono state ben più caute nel riconoscere il collegamento tra iniziativa economica privata e concorrenza e, conseguentemente, tra iniziativa economica privata e sistema di mercato concorrenziale.

I primi interventi della dottrina e le scarse decisioni della giurisprudenza costituzionale hanno alimentato la possibilità di un “declassamento” del rango costituzionale della libertà di iniziativa economica per tre ragioni. Innanzitutto, per la minore dignità di tale libertà perché concernerebbe più il rapporto tra “uomini e cose” che tra “uomini e uomini”, come invece avviene per i diritti fondamentali. In secondo luogo, il limite dell'utilità sociale gli attribuirebbe un carattere di “diritto funzionale”. In terzo luogo, la libertà di iniziativa economica, secondo questa lettura, si limiterebbe esclusivamente all'atto propulsivo di azione di una attività economica²².

Invero, alla luce del più recente percorso giurisprudenziale e dottrinale appare ormai evidente attribuire alla libertà di concorrenza «valore costituzionale», tanto che autorevole dottrina lo ha ritenuto ormai innegabile sulla scorta di tre invalicabili argomenti: a) il «dato di fatto» del riconoscimento giurisprudenziale, dottrinale e legislativo; b) la struttura della situazione soggettiva tutelata dall'art. 41 Cost. (se tutti sono liberi di esercitare l'iniziativa economica, tutti si trovano in una condizione di concorrenza – appunto – libera); c) il ragionamento *a contrario* in forza del quale non sarebbe stato ammissibile il recepimento del principio di libera concorrenza da parte dell'ordinamento dell'Unione Europea esclusivamente attraverso l'art. 11 Cost., se l'art. 41 avesse sancito un principio opposto e contrario, dato che l'art. 11 acconsente a reciproche possibili limitazioni della sovranità e giammai della forma di Stato²³.

A lungo, in applicazione del principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, della Costituzione è stato ritenuto che l'unico strumento per la realizzazione della

²¹ Come confermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 14 del 2004 (v. *infra*), a seguito della riforma del Titolo V la tutela della concorrenza diventa un parametro costituzionalizzato tra le norme relative al riparto di competenze tra Stato e Regioni: lo Stato, quale titolare della tutela dell'assetto concorrenziale, non può adottare provvedimenti ostativi del funzionamento concorrenziale del mercato. Pertanto, possono essere oggetto del sindacato di legittimità costituzionale le leggi, sia statali che regionali, che alterano la concorrenza del mercato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e). Cfr. L. Casseti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in <http://www.federalismi.it>, n. 5, 2004, 7, la quale, *inter alia*, sostiene che la Corte nei giudizi in cui è chiamata a valutare della proporzionalità dell'intervento pubblico nell'economia concorrenziale dovrebbe avvalersi dei suoi poteri istruttori ex artt. 12 e 13 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, considerando dati statistici, analisi economiche e qualsiasi altro mezzo di prova in grado di “pesare” il carattere invasivo dell'intervento statale o regionale.

²² Per una accurata sintesi delle ragioni del “declassamento” si veda E. Gianfrancesco, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, n. 3, 2209, 2214.

²³ A. Pace, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, n. 5, 2965, 2977, a commento della “disfattista” sentenza della Corte costituzionale n. 384 del 1999.

democrazia economica e di un governo democratico dell'economia fosse esclusivamente la programmazione economica²⁴, inconciliabile con l'adozione di un compiuto sistema *antitrust*. Il riconoscimento di un sistema di politica economica di matrice concorrenziale è il risultato di un percorso articolato, in cui si sono alternate diverse, se non contrapposte, interpretazioni dell'art. 41 della Costituzione, disciplinante la libertà di iniziativa economica privata ed i suoi limiti. L'art. 41 ha rappresentato, pertanto, la linea di demarcazione tra potere pubblico e libertà privata, ovvero il luogo di bilanciamento di interessi pubblici e privati.

Ulteriore obiettivo del presente lavoro è l'individuazione del ruolo dell'*antitrust*, ovvero del sistema di tutela della libertà di concorrenza, nell'ordinamento costituzionale e se - ed eventualmente come - i meccanismi procedurali adottati per ottenere tale tutela perseguano altresì gli interessi dell'individuo, quale consumatore. Infatti, le scelte istituzionali in materia economica solo apparentemente si limitano a disciplinare il flusso delle forze economiche, ma in realtà assumono un decisivo rilievo giuridico costituzionale per l'intera collettività²⁵. La libertà d'iniziativa economica solleva il problema della concorrenza e la concorrenza quello della tutela dei consumatori²⁶.

È opportuno rilevare che oggi gli interessi del consumatore sono visti come una delle frontiere più significative del processo di progressivo allargamento delle situazioni giuridiche soggettive degne di riconoscimento e tutela che accomunano tutti gli ordinamenti giuridici costruiti sul fondamento della protezione delle libertà personali e degli interessi economici e sociali degli individui e dei gruppi²⁷.

A tal fine, l'indagine del primo evoluto sistema di tutela della concorrenza, ovvero quello adottato negli Stati Uniti d'America, consente non solo di ampliare lo sguardo ad un sistema di tutela (*enforcement*) diverso, per procedura ed obiettivi, da quello adottato nel nostro ordinamento, ma anche di comprendere se possano essere raggiunti obiettivi di democrazia economica attraverso un sistema di politica economica marcatamente liberista, in grado di delineare una esatta configurazione e delimitazione costituzionale della libertà di concorrenza, da cui dipenda la definizione stessa della forma di Stato²⁸.

²⁴ Cfr. F. Galgano, *Il Governo democratico dell'economia*, in AA.VV., *Attualità ed attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 142. Sul rapporto tra democrazia economica e programmazione è eloquente quanto contenuto nella Costituzione di Weimar che rappresenta l'approdo costituzionale dell'interventismo statale a fini sociali. Infatti, il Capo V della seconda parte della Costituzione di Weimar detta le regole della vita economica, che deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti una esistenza degna dell'uomo (cfr. C. Mortati, *Introduzione a La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946, 49).

²⁵ G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, n. 1, 64.

²⁶ Così N. Irti, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, IV, 226.

²⁷ A. Zito, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore*, cit., 22; per una prospettiva di più ampio respiro, si veda anche M. S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1996.

²⁸ L. Buffoni, *La tutela della concorrenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 345, 349. Sul collegamento tra libertà di concorrenza e forma di Stato: M. Luciani, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, 1990, 373, 375; V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 50, rileva come «da connessione tra forma di Stato e costituzione economica non

In vista dei suddetti obiettivi è necessario testare la riconducibilità della libertà di iniziativa economica al “genoma costituzionale”, al fine di tracciare il percorso che ha condotto all’affermazione della tutela della concorrenza a livello costituzionale.

2. *L’ineliminabile libertà di iniziativa economica privata*

È stato discusso in dottrina se la libertà di iniziativa economica, oltre ad essere un diritto di libertà ed un diritto della persona, possa altresì essere considerata una libertà inviolabile²⁹.

Il mancato espresso riconoscimento dell’invioabilità di tale libertà e l’imposizione di vincoli più penetranti rispetto a quelli disposti per le altre libertà civili hanno indotto a ritenere che essa fosse una sorta di libertà di rango diverso ed inferiore rispetto alle altre libertà e non configurabile quale diritto fondamentale³⁰. Il dubbio carattere inviolabile della libertà di iniziativa economica e, più in generale, dei diritti in materia economica enucleati in Costituzione si risolve nell’effetto di cedevolezza di tali diritti di libertà davanti ad esigenze di natura sociale, come appare dimostrato dal ricorso a limiti espressi da clausole generali, quali dignità umana, sicurezza e libertà³¹.

richiede di essere sottolineata: se per forma di Stato, infatti, si intende la correlazione fra l’apparato autoritario o di governo ed il sistema di regolamentazione dei rapporti dei singoli e dei gruppi sociali tra loro e con lo Stato, la sua incidenza sul tipo di costituzione economica, e perciò la sua rilevanza ai fini della determinazione e della enucleazione di questa, appaiono per definizione stessa».

²⁹ O. Pollicino, *L’economia nella Costituzione: le scelte dell’Assemblea costituente*, in *Diritto pubblico dell’economia*, a cura di G. F. Ferrari, Milano, 2010, 47, 49, pone in evidenza come la Costituzione repubblicana, per mezzo della sottoposizione a vincoli conformativi e controlli, “deassolutizzi” i diritti di iniziativa economica e di proprietà, i quali, invece, nelle Costituzioni liberali, erano considerati inviolabili.

³⁰ M. Luciani, *La produzione economica privata*, cit., 82 ss. ascrive il principio dell’utilità sociale alla categoria “misteriosa” dei concetti giuridici indeterminati, per mezzo dei quali viene razionalizzata l’irruzione del fatto nel diritto attraverso una previsione normativa “elastica”; cfr. A. Baldassarre, *Le trasformazioni dell’impresa di fronte alla Costituzione*, in *Dem. e dir.*, 1977, 28 e Id., *Iniziativa economica privata*, cit., 596, secondo cui l’iniziativa economica privata è libertà in senso giuridico. Al contrario, non seguita dalla giurisprudenza costituzionale e rimasta minoritaria in dottrina l’opinione di chi ha sostenuto che la libertà di iniziativa economica fosse qualificabile come mera libertà di fatto, tutelabile processualmente solo in caso di suo disconoscimento (in tal senso: F. Bartolomei, *Rapporti economici e garanzie costituzionali*, Milano, 1979). G. di Plinio, *Mutamento costituzionale e libertà economica*, in <http://www.fondazionecristofocolombo.it>, marzo 2011, 12, lo definisce teorema della libertà di “serie B”, e C. Sbailò, *La libertà economica come libertà dimidiata. La parabola dell’articolo 41 della Costituzione tra dirigismo e iperregolamentazione*, in <http://www.fondazionecristofocolombo.it>, marzo 2011, 4, la considera una “libertà dimidiata”, perché costruita in funzione della realizzazione dei fini individuati nell’ambito dei processi di programmazione socio-economica attuati dal decisore politico.

³¹ F. Pedrini, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 18 gennaio 2010, 3. A. Baldassarre, *op. cit.*, 582, 604, sostiene che le “clausole generali costituzionali” sono quegli strumenti normativi «attraverso i quali si istituiscono poteri volti ad adeguare l’ordinamento al continuo evolversi della vita politica e sociale». Infatti, per M. Luciani, *La produzione*, cit., 81, l’Assemblea costituente «cosciente della propria incapacità di prevedere tutto il reale e tutte le forme possibili della sua evoluzione, si rimette a chi deve applicare il diritto per determinare modi e tempi del contrappunto giuridico-normativo del dato sociale».

La libertà di iniziativa economica consiste nell'attivazione del sistema economico e nella continua organizzazione del processo di produzione e di scambio di beni e di servizi. Si tratta, pertanto, di attività in cui si manifesta il libero dispiegarsi delle energie umane con effetto *erga omnes*, e – conseguentemente – tale da poter essere annoverata tra i diritti della persona³². Già nella riflessione di Costantino Mortati emerge il collegamento tra il terzo comma dell'art. 41 e la realizzazione dei diritti fondamentali, individuando un equilibrio tra i diritti fondamentali dell'uomo (nel caso "il valore sociale della persona") e la libertà di iniziativa economica – e, per conseguente estensione, le regole del mercato concorrenziale - in grado di assicurare la pluralità di operatori privati³³.

Secondo un primo orientamento, l'affermazione dell'iniziativa economica privata quale libertà determina che nei confronti dei privati e dell'amministrazione essa rilevi come diritto soggettivo³⁴. Pertanto, la libertà di iniziativa economica nel suo nucleo centrale andrebbe ascritta al novero dei diritti fondamentali, perché costituirebbe un aspetto del diritto fondamentale allo sviluppo della propria personalità ai sensi dell'art. 2 Cost. e, conseguentemente, inviolabile anche quale limite alla revisione costituzionale, perché esplicitazione della forma repubblicana ai sensi dell'art. 139 della Costituzione. Si è altresì sostenuto che essa vada ricompresa nel novero dei diritti fondamentali, di cui all'art. 2 della Costituzione, ancorché non quale diritto assoluto, visti i molteplici limiti posti dalle esigenze sociali³⁵, bensì quale diritto inviolabile "relativo", ovvero come

³² A. Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, 1992, 1605 ss. Per l'Autore, tuttavia, la libertà di iniziativa economica non rientrerebbe tra le libertà civili, perché, a differenza di queste: necessita della capacità giuridica e di agire in quanto si compie precipuamente attraverso atti giuridici; implica la trasmissibilità, rinunciabilità e disponibilità dei vari beni facenti parte dell'attività economica; ed, infine, è limitabile dal legislatore ordinario a fini di utilità sociale ed indirizzabile verso fini sociali. Pertanto, il legislatore può armonizzare la libertà di iniziativa economica con un ordine "ideale", di per sé incompatibile con l'esplicitazione di una libertà civile.

³³ G. Azzariti, *op. cit.*, 11. Secondo M. Dani, *Politiche per la competitività e proiezione comunitaria dei sistemi economici territoriali*, in *Le Regioni*, 2001, n. 5, 973, 975 e ss., la lettura dell'art. 41 Cost. non si limita alla considerazione di una situazione giuridica soggettiva, ma si estende ai rapporti giuridici coi pubblici poteri, di talché la dialettica tra il secondo ed il terzo comma dell'art. 41 Cost. si configura come un "conflitto redistributivo con le parti sociali". In tal senso, si colloca la configurazione della *multi-level governance* delle politiche per la competitività, capace di reintegrare la pluralità di istanze di natura sociale ex art. 41 Cost. in modo da strutturare un rapporto tra competitività e socialità secondo schemi alternativi ai giochi a somma zero.

³⁴ A. Pace, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 1219.

³⁵ P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale: istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1981, 738. Inoltre, L. Carlassare, *Libertà d'iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione*, in *Riv. trim. di dir. pen. dell'econ.*, 1992, 605, 610, condivide l'insostenibilità della qualifica di diritto fondamentale "assoluto", come definito dalla sent. n. 11 del 1956 della Corte costituzionale perché costituente «patrimonio irretrattabile della personalità umana». L'A. abbraccia la lettura della giurisprudenza costituzionale, per cui si tratta di un diritto di libertà costituzionalmente garantito, ancorché non fondamentale, e le cui finalità «vanno considerate insieme, coordinate tra loro, in modo tale che la libertà di iniziativa economica privata, dichiarata nel primo comma dell'art. 41, si svolga in armonia con le altre fondamentali esigenze espresse nei commi secondo e terzo dello stesso articolo» (così, sentenze n. 32 del 1959 e n. 54 del 1962). Tuttavia, esiste un nucleo minimo essenziale della libertà di iniziativa economica tale da non potere essere sacrificato, in quanto sono consentiti solo interventi legislativi «che non siano tali da condizionare le scelte

diritto di libertà che attiene alla sfera dei rapporti etico-sociali ed alla sfera dei rapporti economici e che non può essere considerato alla stregua di un vero e proprio valore³⁶. In forza di tale orientamento la natura della libertà di iniziativa economica non appare diversa da quella di altre libertà costituzionalmente garantite, in quanto anch'essa costituisce un aspetto della libertà umana attraverso cui l'individuo manifesta la sua personalità e, pertanto, meritevole di tutela³⁷.

Per altri, pur essendo la libertà di iniziativa economica un diritto della persona, la sua inviolabilità è contraddetta dalla stessa disciplina a cui la Costituzione la assoggetta. Non è stato condiviso il riconoscimento di diritto fondamentale alla libertà di iniziativa economica per una ragione formale, legata alla sua collocazione nel Titolo III della Parte I della Costituzione e non già nei precedenti titoli³⁸, e per una ragione sostanziale, fondata sulla possibilità che la titolarità dell'impresa possa essere scissa dal suo esercizio, nonché perché si tratta di un'attività sottoposta dalla Costituzione a limiti e controlli³⁹. Infatti, a differenza dei diritti fondamentali annoverati nel Titolo I della Parte I della Costituzione, l'esercizio della libertà di iniziativa economica è sottoposto a dei limiti alla sua espansione, mentre i limiti indicati per le libertà fondamentali sono posti a favore della loro esplicazione. L'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana sono limiti "negativi" all'iniziativa privata, in quanto essa non deve essere diretta al fine di raggiungere simili obiettivi, bensì deve solo evitare di contrastarli⁴⁰.

La possibilità, di cui al comma 2 dell'art. 41, per cui la dignità umana e la libertà di iniziativa economica privata possano entrare in contrasto esclude che quest'ultima sia annoverabile tra i diritti della persona, intesi come espressione della dignità umana⁴¹. Al

imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo, o restringendo in rigidi confini lo spazio o l'oggetto delle stesse scelte organizzative» (sent. n. 548 del 1990).

³⁶ L. Casseti, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 160.

³⁷ F. Galgano, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionale*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Vol. I – Costituzione economica*, diretto da F. Galgano, Padova, 1977, 513.

³⁸ S. Rodotà, voce *Art. 42 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, vol. II, Bologna, Roma, 1982, 118; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 875.

³⁹ A. Pace, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, cit., 1226; G. Morbidelli, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, Roma, 1989, 1; M. Luciani, *op. cit.*, passim.

⁴⁰ F. Cintioli, *op. cit.*, 376.

⁴¹ A. Baldassarre, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, 1971, 599. La considerazione della libertà di iniziativa economica quale diritto inviolabile è sostenuta da: V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 228; L. Cariota Ferrara, *Osservazioni sull'iniziativa economica privata*, in *Riv. giur. ed.*, 1962, II, 195, per il quale il carattere fondamentale ed inviolabile del diritto soggettivo di cui all'art. 41 Cost. è indiscutibile; P. Grossi, *Introduzione allo studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 176; C. M. Mazzoni, voce *Iniziativa economica privata*, in *Nuovissimo Digesto Italiano - Appendice*, vol. IV, Torino, 1983, 273; P. De Carli, *Lezioni ed argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1995, 25. La stessa Corte costituzionale, in una risalente sentenza – la n. 5 del 1962 – ha affermato che la Costituzione ha riconosciuto nell'art. 41 un diritto soggettivo, la cui portata viene contestualmente limitata dal secondo comma.

più l'iniziativa economica potrebbe essere considerata una libertà fondamentale, ma non già la libertà di impresa globalmente considerata, rimanendo esclusivamente una istituzione sociale⁴². Inoltre, è stato osservato che, qualora ricorrano le condizioni di cui ai commi 2 e 3, la libertà di iniziativa economica si possa affievolire da diritto soggettivo ad interesse legittimo⁴³.

Inoltre, vi è chi ha escluso la possibilità di annoverarla tra i diritti fondamentali perché si tratterebbe di una libertà rinunciabile e disponibile, una libertà di rango inferiore ai "valori", alle libertà fondamentali e, perciò, inviolabili⁴⁴. Sicché, andrebbe esclusa una garanzia del suo contenuto essenziale, pur rimanendo la libertà di iniziativa economica un diritto di libertà specificamente garantito dall'art. 41. Ciò nonostante, la natura flessibile della libertà di iniziativa economica consentirebbe, in considerazione degli sviluppi politico-sociali, di leggere differently la distinzione tra diritti inviolabili e diritti non ascrivibili all'inalienabile patrimonio della persona, in grado di cedere di fronte a motivi di ordine economico e sociale ritenuti rilevanti dalla Costituzione⁴⁵.

Appare, però, logicamente coerente ritenere che la libertà economica sia tale a prescindere dai limiti di cui al comma 2, limiti esterni all'attività economica privata e tali da non inficiare l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, anche qualora esso non persegua fini di utilità sociale e non sia diretto allo sviluppo della libertà, della sicurezza e della dignità umana⁴⁶.

Una interpretazione dell'art. 41 funzionale ad un sistema di mercato non può prescindere dal collegamento con le libertà individuali, in quanto l'iniziativa privata ed il mercato non possono svolgersi compiutamente se non in un regime di libertà economica⁴⁷. La libertà di iniziativa economica privata sarebbe, quindi, una libertà costituzionalmente garantita, ma non ascrivibile al novero dei diritti inviolabili, come affermato anche nelle sent. 16 del 1978 e n. 15 del 1990 della Corte costituzionale⁴⁸.

In conclusione, sembrerebbe che ci si trovi davanti ad una libertà sancita costituzionalmente, ma ineliminabile, piuttosto che inviolabile⁴⁹. Infatti, pur volendo annoverare il diritto di iniziativa economica privata nel catalogo dei diritti fondamentali, se non tra quelli originali, almeno tra quelli derivati, o nel novero dei diritti di libertà

⁴² A. Baldassarre, *Le trasformazioni dell'impresa di fronte alla Costituzione*, in *Dem. e dir.*, 1977, 27.

⁴³ A. Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, cit., 1626.

⁴⁴ M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 36 ss.

⁴⁵ G. Grottanelli de' Santi, *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo II, Milano, 1996, 992.

⁴⁶ Cfr. A. Pace, *L'iniziativa*, cit., 1622.

⁴⁷ G. Guarino, *op. cit.*, 39.

⁴⁸ F. Galgano, voce *Art. 41 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, 1982, 15, ascrive la libertà ex art. 41 fra le libertà meno garantite in Costituzione.

⁴⁹ G. Grottanelli de' Santi, *op. cit.*, 981.

della persona, in alcun modo potrebbe essere ammesso che l'attività economica si possa opporre ai diritti inviolabili dell'uomo fino a comprimere il loro nucleo essenziale.

Proprio l'indeterminatezza del disegno e dei vincoli costituzionali, direttamente riferibili ai rapporti economici, determina la necessità di rimarcare che essa non possa svolgersi in contrasto coi principi fondamentali dell'ordinamento e, in specie, al non rinunciabile principio del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo: sull'economia e sul mercato dovranno prevalere il rispetto della tutela dell'uomo e dei diritti inalienabili⁵⁰.

È stato anche riconosciuto un contenuto essenziale della libertà di iniziativa economica quale peso nell'attività di bilanciamento con altri diritti costituzionali operata dalla stessa Corte costituzionale, attraverso le sentenze n. 78 del 1958 e n. 356 del 1993, di cui si tratterà nel capitolo II⁵¹.

3. *Il mercato in Assemblea costituente: "malato da curare o fonte della malattia?"*

Dal lungo e vivace dibattito che ha preceduto l'adozione delle norme costituzionali in materia economica, raccolte all'interno del Titolo III ("Rapporti economici"), definito enfaticamente da taluno come la parte più "rivoluzionaria" della Costituzione⁵², emerge l'impressione che il sistema economico del mercato fosse avvertito come un malato da curare, se non esso stesso come fonte di malattia⁵³.

Nonostante i numerosi riferimenti al pericolo di concentrazioni monopolistiche svolti sia nelle sottocommissioni (II e III), che nelle discussioni nel *plenum* dell'Assemblea, la cultura dell'Assemblea costituente è stata complessivamente estranea all'economia di mercato ed al principio di concorrenza, nei cui confronti ha per lo più dimostrato sfiducia⁵⁴.

La Costituzione, com'è noto, è il risultato dell'incontro delle grandi tradizioni politiche – liberal-radical, cattolica, comunista e socialista – che, tuttavia, non esaurivano il ventaglio delle ideologie del tempo e delle corrispondenti teorie economiche fino ad allora sviluppate e conosciute⁵⁵. I liberali, pur proponendo una

⁵⁰ G. Azzariti, *op. cit.*, 12 ss, sottolinea che, in questi casi, all'ordine giuridico del mercato si sostituisce l'ordine giuridico della persona.

⁵¹ A. Morrone, *Libertà d'impresa nell'ottica dell'utilità sociale*, in *Giur. cost.*, 2001, 1471, 1474.

⁵² Così, il democristiano Piero Malvestiti definì il Titolo III nel suo intervento del 3 maggio 1947 in Assemblea, in *Atti dell'Assemblea costituente*, seduta pomeridiana del 3 maggio 1947, Assemblea, 3502.

⁵³ G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, n. 1, 8.

⁵⁴ L. Buffoni, *op. cit.*, 345, 350. Letture del dibattito in Assemblea costituente sull'introduzione della libertà di iniziativa economica sono proposte, *ex plurimis*, da: I. Musu, *Gli aspetti economici della Costituzione italiana: è superato l'art. 41?*, in *Le Note di Lavoro del Dipartimento di Scienze economiche, Università Ca' Foscari di Venezia*, in <http://www.dse.unive.it/publicazioni/>, 2008, n. 3; O. Pollicino, *L'economia nella Costituzione: le scelte dell'Assemblea costituente*, cit., 47, 54 ss.

⁵⁵ P. De Carli, *Lezioni ed argomenti*, cit., 15. Su come le contrastanti coperture ideologiche abbiano posto le fondamenta di uno Stato a democrazia pluralistica si veda: L. Arcidiacono, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento*, Milano, 1974, 7 ss.

economia di mercato aperta al libero scambio, non sostennero uno smantellamento delle esistenti strutture pubbliche di controllo e di regolazione dell'economia. La sinistra social-comunista dimostrò un approccio pragmatico, in quanto consapevole della inapplicabilità immediata alla realtà italiana di soluzioni di direzione pianificata dell'economia o che, ad ogni modo, presupponessero l'avocazione alla mano pubblica dei mezzi di produzione. I cattolici non condividevano la fiducia dei liberali nel sistema di mercato, ma parimenti erano contrari ad una attribuzione di responsabilità esclusiva allo Stato quale soggetto gestore di attività ed iniziative economiche. Erano portatori di una idea di giustizia sociale, in forza della quale il superamento della condizione del proletariato sarebbe dovuto avvenire per mezzo della estensione delle assicurazioni sociali e della diffusione e redistribuzione della proprietà privata⁵⁶.

Al fine di percorrere lo sviluppo dell'affermazione della libertà di concorrenza nell'ordinamento costituzionale italiano è necessario consultare i lavori dell'Assemblea costituente (da ora in poi, anche, A.C.) in tema di rapporti economici e, nello specifico, soffermarsi su quei momenti del dibattito concernenti il sistema economico che i componenti dell'Assemblea avrebbero desiderato che l'Italia adottasse.

Prima di giungere in Assemblea plenaria il dibattito si svolse nella I Sottocommissione ("diritti e doveri dei cittadini") e nella III Sottocommissione ("diritti e doveri economico-sociali") dell'Assemblea, attraverso i cui lavori si giunse alla formula definitiva dell'art. 41, introduttivo del principio di libertà di iniziativa economica privata, circostanziato dai limiti dell'utilità sociale e del non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana⁵⁷. Al fine di marcare il perimetro dell'iniziativa economica privata l'ultimo comma dell'articolo 41 dispone una riserva di legge per l'introduzione di programmi e controlli volti a coordinare a fini sociali l'attività economica privata e pubblica. In tal senso, la libertà economica è stata ritenuta una libertà non piena, anche se ciò risulta essere inconferente, considerato che non esistono libertà costituzionali incondizionate e piene⁵⁸.

⁵⁶ P. De Carli, *Costituzione ed attività economiche*, Padova, 1978, 125 ss.

⁵⁷ Sul contenuto della locuzione "iniziativa economica" si veda: M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 9 ss.

⁵⁸ In tal senso, A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali*, cit., 460. Secondo l'Autore, vanno confutate le tesi sostenitrici della funzionalizzazione della libertà economica, sia per un dato storico (il fatto che la proposta sia stata respinta in Assemblea costituente), sia per un dato testuale (l'esplicita affermazione della libertà nell'articolo), sia per un dato logico (il riconoscimento giuridico di una libertà rende ontologicamente incompatibile una qualsiasi eventuale "funzionalizzazione"). Nell'opinione di Pace, sin dall'origine, la libera concorrenza ha rappresentato un valore costituzionale: a partire dal momento in cui Luigi Einaudi considerò l'iniziativa economica privata come un diritto di libertà valevole *erga omnes*. Dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica, sia allo Stato che ai privati, discende la proclamazione della libertà di concorrenza nel nostro ordinamento (in A. Pace, *Gli aiuti di stato sono forme di tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2004, 259, 262). A favore della libertà di concorrenza quale conseguenza del riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica, *inter alia*, si ricordano: V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 225; A. Baldassarre, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, 582, 602; F. Galgano, voce *Art. 41 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1, 18; G. Morbidelli, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, Roma, 1989, 1, 6; L. Mezzetti, *Costituzione economica e libertà di concorrenza in Italia*, in *Costituzione economica e libertà di concorrenza*, a cura di L. Mezzetti, Torino, 1994, 211; R. Niro, *Profili*

Secondo taluni, l'Assemblea costituente non aveva maturato una "cultura del mercato", poiché l'apprezzamento delle virtù della concorrenza mancava alle sinistre e, forse ancor di più, alle componenti democristiane: tale assenza di strumenti conoscitivi rese l'Assemblea "sorda" all'adozione esplicita di un sistema economico, quantomeno, misto⁵⁹. Secondo altri l'Assemblea, invece, più che sorda, era diffidente nei confronti di un modello economico di mercato, anche negli stessi momenti in cui lo difendeva, non in quanto tale, bensì perché assimilato al liberalismo politico e quale alternativa all'ancor più temuto regime comunista⁶⁰.

Infatti, la concezione dei rapporti economici di cui all'articolo 41 è il prodotto di molteplici fattori: il ripudio antifascista di qualsiasi elaborazione organicistica e corporativa dell'economia⁶¹; la valorizzazione delle esigenze etiche della persona umana, espressa dalle formule "fini sociali", "utilità sociale" e "dignità umana"; la necessità di prevedere la programmazione economica democratica, pur opponendosi ad una economia di matrice collettivista⁶². L'articolo 41 è il prodotto dello smussamento del realismo comunista⁶³ e della cultura liberale che, per distinte ragioni storiche, dovevano

costituzionali della disciplina antitrust, Padova, 1994, 107; G. Piccioli, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1996, 29, 31; L. Cassetti, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 179; A. Pace, *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 l. n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà d'impresa*, in *Giur. cost.*, 1990, 1482, 1486. *Contra*: N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 1998, 18; G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, n. 3, 981, 987.

⁵⁹ G. Bogneri, *La costituzione economica italiana*, Milano, 1995, 12.

⁶⁰ G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 7 ss.

⁶¹ Tuttavia, il documento programmatico contenente le principali linee-guida della politica sociale fascista, ovvero la Carta del lavoro del 1927, nata in un contesto ancora più liberale di quello in cui fu elaborato l'art. 41, aveva una formulazione in parte simile all'articolo 41 della Costituzione (cfr. L. Paladin, voce *Fascismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, 851, ora anche in *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Bologna, 2008, 57). Infatti, la dichiarazione VII disponeva che "Lo Stato corporativo considera l'iniziativa nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione. L'organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale, l'organizzatore dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva fra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d'opera, tecnico, impiegato od operaio, è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità". La Dichiarazione IX prevedeva che "L'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta". Non è unanimemente condivisa la contrapposizione tra il mercato ed il fascismo, quest'ultimo ritenuto da taluni il figlio naturale del mercato, mentre da altri il frutto aberrante di uno statualismo dirigista e autarchico che, al contrario, aveva schiacciato il mercato (in G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 7). Invero, la deriva autarchica ed il diffuso sistema corporativista del fascismo non possono che indurre a propendere per questa seconda lettura storica. A riguardo, si veda anche: E. Belloni, *La Confindustria e lo sviluppo economico italiano. Gino Olivetti tra Giolitti e Mussolini*, Bologna, 2011.

⁶² G. Bianco, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999, 56-58.

⁶³ Palmiro Togliatti, in occasione del convegno del Partito Comunista Italiano del 1945, dichiarò ai suoi compagni: «nelle condizioni in cui siamo è meglio lasciar fare l'iniziativa privata. Siano i privati a fare la ricostruzione». Infatti, la linea programmatica generale delle componenti comuniste in A.C. era diretta al

necessariamente rivalutare gli approdi delle rispettive teorie⁶⁴. In tale contesto la componente dell'Assemblea fondata sulla dottrina sociale cattolica ha potuto dare espressione ad una concezione equilibrata dei rapporti tra Stato e persona umana anche in ambito economico: lo Stato non sarebbe dovuto intervenire direttamente nella sfera economica, ma avrebbe dovuto svolgere un'attività imperniata sul principio di sussidiarietà. I democristiani erano consapevoli delle virtù di democrazia economica latenti in un sistema di mercato ed erano a favore di correzioni solo parziali del mercato, al fine di costruire un modello di moderna economia sociale⁶⁵.

L'articolo 41 è, quindi, espressione di un rapporto tra economia e diritto connesso al perseguimento del fine generale del benessere economico e spirituale collettivo⁶⁶. Nel corso della redazione di tale norma costituzionale, nonostante le radicali differenze tra i componenti dell'A.C. nel modo di vedere il capitalismo e l'economia di mercato, tutte le forze politiche concordarono nel ritenere che le concentrazioni economiche rappresentassero un grave pericolo per l'Italia e proposero l'adozione di strumenti, dalla nazionalizzazione alla disciplina *antitrust*, che, seppur diversi, fossero mirati ad assolvere la necessità di regolamentare il mercato⁶⁷.

Il testo dell'attuale articolo 41 è il risultato della fusione e del coordinamento di due distinti articoli del progetto (artt. 37⁶⁸ e 39⁶⁹): proprio perché costituisce il risultato

controllo dei monopoli e dei grandi patrimoni privati, più che all'instaurazione di un sistema propriamente socialista.

⁶⁴ Il Presidente Ruini, al momento dell'approvazione dell'articolo 41, osservò: «l'idea base è quella del coordinamento, in quanto nessuna economia può ormai prescindere da interventi statali; il comunismo puro ed il liberalismo puro sono due ipotesi e schemi astratti che non si riscontrano mai nella realtà [...] la realtà è sempre una sintesi, una risultante della vita economica».

⁶⁵ G. Bogneri, *La costituzione economica italiana*, Milano, 1995, 15.

⁶⁶ G. Bianco, *Costituzione ed economia*, cit., 66.

⁶⁷ Per un più esteso e dettagliato commento dello svolgimento dei lavori in Assemblea si rinvia a: M. Giampieretti, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, 2003, n. 4, 439, 491 s.

⁶⁸ L'articolo 37 era così formulato: "Ogni attività economica privata o pubblica deve tendere a provvedere i mezzi necessari ai bisogni individuali ed al benessere collettivo. La legge determina le norme ed i controlli necessari perché le attività economiche possano essere armonizzate e coordinate a fini sociali".

⁶⁹ Il testo dell'articolo 39 disponeva: "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana."

A conclusione dei lavori, la III Sottocommissione aveva approvato gli articoli 11 e 14 volti a disciplinare l'attività economica d'impresa, così costruiti:

Articolo 11: *Impresa*.

"Le imprese economiche possono essere private, cooperativistiche, collettive. L'iniziativa privata è libera. L'impresa privata non può essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. L'impresa cooperativa deve rispondere alla funzione della mutualità ed è sottoposta alla vigilanza stabilita per legge. Lo Stato ne favorisce l'incremento con i mezzi più idonei. Allo scopo del bene comune, quando l'impresa per riferirsi a servizi pubblici essenziali, o a situazioni di privilegio o di monopolio, o a fonti di energia, assume carattere di preminente interesse

di una “cucitura” poco definita è stata considerata la disposizione meno felice della Costituzione⁷⁰. Tale distinzione “geografica” rifletteva due distinte visioni dell’attività economica: da un lato, quella improntata al principio dell’intervento statale, di cui all’articolo 37, per il quale unico fine dell’attività economica era il perseguimento del benessere collettivo e, pertanto, funzionalizzabile a fini sociali; dall’altro lato, la visione liberale resa esplicita dall’articolo 39, ispirato al principio di libertà di iniziativa economica, nei limiti del non recare danno all’utilità sociale⁷¹. Dalla lettura combinata degli articoli 37 e 39 discendeva che ai privati non era garantita una vera e propria libertà in campo economico, bensì una mera attività discrezionale nell’ambito delle finalità che sarebbero dovute essere indicate dalle successive leggi ordinarie⁷². Due distinte letture della funzione dell’attività economica privata che, alla fine dei lavori in Assemblea, si fusero nella formulazione dell’articolo 41 il quale, proprio per questa sua matrice conciliativa, consentiva a “tutti i programmi di attuarsi in seno alla Costituzione”⁷³. In un certo senso, il prezzo dell’accordo a cui pervennero i Costituenti è scontato dalla genericità delle formule adottate e dalla relativa controversa interpretazione.

Dall’esame dei lavori dell’Assemblea e, soprattutto, della III Sottocommissione risulta evidente che il nodo gordiano da recidere non era sul “se” le istituzioni sarebbero dovute intervenire in caso di concentrazione monopolistica, bensì sul “come” avrebbero potuto contrastare l’accentramento di potere economico tale da ostacolare slealmente la concorrenza altrui.

In sede di Assemblea costituente, il liberale Guido Cortese, prendendo la parola durante la seduta pomeridiana del 3 maggio 1947, esordì osservando che il Titolo III della Costituzione è la parte in cui «più che in altre si incontrano esigenze diverse che reclamano conciliazione [...] dove per altro si scontrano ideologie antitetiche, perché questo è il campo dove naturalmente entrano in conflitto ideologie classistiche e non

generale, la legge può autorizzare l’espropriazione mediante indennizzo, devolvendone proprietà ed esercizio, diretto o indiretto, allo Stato o ad altri enti pubblici o a comunità di lavoratori e di utenti.”

Articolo 14: *Controllo sociale dell’attività economica.*

“L’attività economica privata e pubblica deve tendere a provvedere i cittadini dei beni necessari al benessere e la società di quelli utili al bene comune. A tale scopo l’attività privata è armonizzata a fini sociali da forme diverse di controllo periferico e centrale determinate dalla legge” (in Atti dell’Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 26 ottobre 1946, III Sottocommissione, 258 s.).

⁷⁰ Così G. Quadri, *Il diritto pubblico dell’economia*, Padova, 1980, 61.

⁷¹ R. Niro, voce *art. 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 848.

⁷² M. Giampieretti, voce *art. 41 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, V. Crisafulli, L. Paladín, Padova, 2008, 289.

⁷³ Infatti, il liberal-conservatore Roberto Lucifero, opponendosi alla proposta di pianificazione di Palmiro Togliatti, evidenziò la necessità di «consentire a tutti i movimenti politici, qualora fossero un giorno diventati maggioranza, di attuare il loro programma nell’ambito e nella legalità costituzionale, facendo sì che nessun partito democratico debba un giorno essere posto su una posizione anticostituzionale e quindi rivoluzionaria», in Atti dell’Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 3 ottobre 1946, I Sottocommissione, 179 s.

classistiche»⁷⁴. Per quanto riguardava specificamente le disposizioni sulla libertà d’iniziativa economica privata, Cortese, nella convinzione che i monopoli - ed in generale il protezionismo - recassero danni al consumatore, propose il seguente emendamento additivo al testo dell’art. 39: “La legge regola l’esercizio dell’attività economica al fine di difendere i diritti e gli interessi del consumatore”⁷⁵. Cortese argomentava che «monopoli e cartelli, *trust* e *pool* si formano sempre all’ombra di privilegi legali. Se noi volgeremo la nostra legislazione economica a questa finalità, di sopprimere questi privilegi, di impedire che all’ombra di questi privilegi, di questi protezionismi, mediante monopoli, *trust*, brevetti a catena, si possano costituire concentrazioni che, manovrando artificialmente le condizioni del mercato, determinino soprattutto il danno del consumatore, noi potremo ricondurre l’economia di mercato alle sue norme fondamentali; correggendo le degenerazioni del capitalismo, riaffermeremo la economia di concorrenza, e nello stesso tempo non saremo passati ad un’altra concezione economica che non condividiamo». Secondo la tesi di Cortese, solo attraverso un sistema economico fondato sul mercato sarebbe stato possibile non incorrere in degenerazioni lesive degli interessi del consumatore ed, inoltre, essendo la libertà economica collegata alla libertà politica, l’adozione di un sistema di mercato avrebbe evitato che la dittatura economica si trasformasse in dittatura politica. Solo attraverso l’adozione di un sistema di tutela della libertà di concorrenza si sarebbe potuto garantire il benessere della collettività e la difesa del consumatore, ignorato dalle altre disposizioni costituzionali in materia economica⁷⁶.

L’emendamento proposto da Cortese fu poi da egli stesso ritirato per aderire a quello presentato da Luigi Einaudi⁷⁷. In una successiva seduta dell’Assemblea Luigi Einaudi, a fronte del silenzio dei colleghi sul punto, in specie delle componenti

⁷⁴ Atti dell’Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 3 maggio 1947, Assemblea, 3508 s.

⁷⁵ Atti dell’Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 3 maggio 1947, Assemblea, 3513. La proposta di Cortese, ritirata dallo stesso per dare spazio a quella di Einaudi è stata recentemente riproposta come comma additivo all’art. 41 Cost. col disegno di legge costituzionale del luglio 2010 A.S. 2269 (v. *infra*, capitolo IV).

⁷⁶ M. Giampieretti, *Il principio*, cit., 488. L’Autore, altresì, pone in evidenza come Cortese, in Assemblea, abbia enfaticamente evidenziato che «tutti siamo consumatori, tutti i cittadini sono consumatori, e difendere il consumatore significa soprattutto difendere gli interessi delle categorie meno abbienti. La difesa del consumatore si traduce, in altri termini, in una difesa sociale per l’affermazione di una migliore giustizia sociale» (in Atti dell’Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 3 maggio 1947, Assemblea, 3513).

⁷⁷ Atti dell’Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, Assemblea, 3940. L’emendamento, poi non accolto, presentato da Einaudi, così disponeva: “La legge non è strumento di formazione di monopoli economici; ed ove questi esistano li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta”. Lo stesso Einaudi ha affermato che «Di una certa dose di liberismo economico vi è bisogno per garantire la stessa libertà del pensare. Lo spirito, se è libero, crea un’economia varia, in cui coesistono proprietà privata e proprietà di gruppi, di corpi, di amministrazioni statali, coesistono classi di industriali di commercianti, di agricoltori, di professionisti, di artisti, le une dalle altre diverse, tutte traenti da sorgenti proprie i mezzi materiali di vita, capaci di vivere, se occorre, in povertà, ma senza dover chiedere l’elemosina del vivere ad un’unica forza, si chiami questa Stato, tiranno, classe dominante, sacerdozio intollerante alle fedi diverse da quella ortodossa» (B. Croce, L. Einaudi, *Liberismo e liberalismo*, Milano, 1957, 228).

democristiane e comuniste, rimarcò la necessità di introdurre un divieto di monopolio all'interno della redigenda carta costituzionale. A tal fine, Einaudi specificò che per monopolio si dovesse intendere il “rialzo da parte del monopolista dei prezzi rispetto a quelli che esisterebbero in regime di libera concorrenza” e che conseguenza del monopolio fosse l'aumento dei prezzi, per cui «i consumatori devono rinunciare ad una parte dei beni che altrimenti avrebbero consumato, mentre altri che avrebbero potuto essere invogliati a produrre quei beni non li possono produrre per mancanza di domanda»⁷⁸. Einaudi riteneva che i monopoli fossero il danno supremo dell'economia moderna e l'origine dei mali sociali, perché volti a ridurre la quantità dei beni prodotti ed aumentare contestualmente i prezzi degli altri beni e, conseguenzialmente, i monopoli fossero la “vera fonte della disuguaglianza sociale”, la medesima disuguaglianza che in diversi articoli della Costituzione si intendeva eliminare. Einaudi propose di perseguire la tutela della concorrenza attraverso l'introduzione di una riserva di legge “in negativo”, nel senso che la Costituzione avrebbe dovuto vietare la creazione di qualsiasi monopolio per legge⁷⁹ e, qualora essi fossero già esistenti, la legge avrebbe dovuto far in modo che venissero controllati da una amministrazione pubblica o privata.

All'intervento di Einaudi si oppose il Presidente Ruini, sostenendo che la libera concorrenza non fosse una condizione spontanea e naturale degli assetti economici, bensì un sistema “artificiale” (il Presidente preferì ricorrere alle litoti “non spontaneo e non naturale”), in quanto richiedente continui interventi da parte dello Stato per essere stabilita e mantenuta⁸⁰. Secondo Ruini, non solo gli strumenti indicati da Einaudi risultavano essere antiliberisti, perché presupponevano un apparato amministrativo di carattere interventista, ma già nel testo sino a quel momento approvato esistevano mezzi idonei per ostacolare i monopoli, quali il coordinamento ed il controllo a fini sociali.

Prima di procedere alle votazioni che avrebbero bocciato l'emendamento di Einaudi, il democristiano Dominedò, pur premettendo che l'esistenza di monopoli, naturali o volontari, fosse il maggiore ostacolo all'ingresso della democrazia economica negli schemi della democrazia politica, aderì alle conclusioni del Presidente Ruini e rifiutò anch'egli l'emendamento proposto da Einaudi.

Per il democristiano Malvestiti la libertà dei sistemi capitalistici era una falsa libertà e, in un passaggio in cui causa ed effetto risultano confusi, sostenne che lo *Sherman Antitrust Act* statunitense fosse “il frutto di un ritardo della scienza sul fatto concreto”⁸¹. Nella sua filippica contro il capitalismo, citando l'economista francese Gaëtan Pirou, ribadì che «la convergenza dell'attività [del moderno capitalismo] con l'interesse generale è più che dubbia, perché esso vive del monopolio e dello sfruttamento del consumatore,

⁷⁸ Atti dell'Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, Assemblea, 3938.

⁷⁹ Atti dell'Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, Assemblea, 3939.

⁸⁰ Atti dell'Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, Assemblea, 3940.

⁸¹ Atti dell'Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 3 maggio 1947, Assemblea, 3504.

reso possibile da questo monopolio»⁸². Nonostante fosse convinto della pericolosità dei monopoli, Malvestiti riteneva che, pur auspicandone il superamento, il sistema concorrenziale fosse il “modo meno imperfetto di scegliere gli uomini” e che, per creare “una vera e vitale democrazia economica”, fosse necessaria la distruzione dello “sfruttamento dell’uomo sull’uomo senza sostituirvi l’ancor più feroce sfruttamento dello Stato sull’uomo”⁸³.

Dai lavori in Assemblea appare evidente la difficoltà di superare il convincimento che il mercato fosse un luogo di non-regole, in cui per libera concorrenza si dovesse intendere una espressione anarchica del rapporto tra domanda ed offerta, mentre, invece, un sistema di mercato non può che esistere solo per mezzo delle regole imposte dall’autorità pubblica.

Come risultato della diatriba, in Sottocommissione e poi in Assemblea fu, da un lato, espunto l’emendamento comunista volto ad attribuire allo Stato il coordinamento e la direzione di tutta l’attività produttiva secondo un “piano” tale da dare il “massimo rendimento per la collettività” e, dall’altro lato, fu impedito che la libertà d’iniziativa economica venisse ostacolata da piani vincolanti per i privati⁸⁴.

Dell’art. 41 erano soddisfatti tutti i partiti politici presenti in Assemblea: i conservatori ed i liberali per il primo comma, mentre socialisti e comunisti per il terzo comma (e per l’art. 43): ognuno avrebbe potuto trovare la base costituzionale per un proprio programma qualora avesse conquistato la maggioranza politica. Pertanto, la Costituzione non avrebbe adottato alcun modello, avrebbe esclusivamente rimesso al legislatore la decisione se conferire grandi spazi di autonomia alle imprese private o se adottare una politica di dirigismo statale o ancora se lasciare tutti i mezzi di produzione nelle mani dello Stato. Vi è chi, invece, sostiene che il calcolo di convenienza politica il cui prodotto è stato la Costituzione economica, oltre a costituire una “profonda ferita” nel corpo costituzionale, abbia operato una scelta in favore di un modello in cui le libertà economiche occupassero un ruolo centrale e allo Stato competesse l’adozione di politiche differenziate utili a delineare ampi limiti al movimento di tali libertà⁸⁵.

In generale, le disposizioni costituzionali in materia economica presenti nel Titolo III oscillano tra neocorporativismo e attenuato dirigismo, in cui trionfa il mito del produttore autonomo che si confronta sia coi produttori associati che col mercato per intero, in cui la parola *antitrust* non compare mai ed in cui il monopolio è sì un male, ma solo in quanto privato, capace di potere essere sanato solo se reso pubblico⁸⁶.

⁸² Atti dell’Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 3 maggio 1947, Assemblea, 3504.

⁸³ Atti dell’Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 3 maggio 1947, Assemblea, 3508.

⁸⁴ A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali*, cit., 459.

⁸⁵ G. Bognetti, *L’assemblea costituente e le libertà economiche*, in *Valori e principi del regime repubblicano 2. Diritti e libertà*, a cura di S. Labriola, Roma, Bari, 2006, 178.

⁸⁶ G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 12. Ormai si usa correntemente il termine *antitrust*, anziché legislazione antimopolistica, perché, nel mondo giuridico anglo-americano, ha un significato ampio, tale da comprendere non solo il divieto di monopoli, ma anche accordi e pratiche restrittive della concorrenza e del commercio. Invero, attraverso una legislazione *antitrust* bisognerebbe mirare non solo alla

Dall'analisi dei lavori preparatori dell'art. 41 sembra emergere che la parte della Carta fondamentale definita "Costituzione economica"⁸⁷ sia stata elaborata in assenza di

repressione delle formazioni monopolistiche o di determinate pratiche limitative della concorrenza, ma anche alla creazione di un clima tendente al mantenimento di condizioni economiche concorrenziali all'interno di un mercato complesso (I. Palandri, *La legislazione antitrust degli Stati Uniti d'America*, in *Il dir. dell'econ.*, 1988, 245).

⁸⁷ *Leitmotiv* delle esperienze costituzionali moderne è la presenza di un disegno politico che traccia le vicende dell'economia. Infatti, la presenza di norme disciplinanti rapporti economici e di diritto privato riflette una profonda evoluzione nella concezione del potere (S. Ninatti, voce *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. IV, Milano, 2006, 3142; a riguardo, sul rapporto tra economico e politico nel Novecento si veda G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 132 ss.). Secondo F. Coccozza, *Riflessioni sulla nozione di "costituzione economica"*, in *Il dir. dell'econ.*, 1992, 71, 74 ss., l'origine della teorizzazione della "Costituzione economica" risale all'avvento dello Stato democratico-pluralista, nella forma di democrazia sociale ed economica, quale quella fondata dalla parte V della Costituzione di Weimar del 1919. Infatti, la nozione di Costituzione economica deriva dal dibattito giuspubblicistico tedesco, successivo al primo conflitto mondiale, concernente la necessità di coniugare diritto ed economia per affermare la libertà e per assicurare al contempo gli interventi pubblici in economia: è il tentativo di assoggettare alla Costituzione l'economia ed il suo sviluppo, ovvero di rendere governabile e compatibile lo sviluppo economico con un ordine sociale "giusto" (cfr. G. Azzariti, in AA.VV., *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 1999, 5). Criticamente Carl Schmitt (in *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, 149 ss.; cfr. G. Bianco, *op. cit.*, 195 ss.) definì la Costituzione di Weimar "una formazione di fantastica mostruosità" ed oppose un radicale rifiuto alla teoria della Costituzione economica, in quanto «per l'organizzazione e la costituzione politica non sono adoperate formazioni e grandezze economiche in quanto tali [...] ed il singolo cittadino non ha la sua posizione politica ed i suoi diritti civili nella sua qualità di soggetto economico: [...] egli è sempre e soltanto un *citoyen*». Per Schmitt l'insieme dei rapporti economici non può che essere racchiuso esclusivamente nella stessa Costituzione dello Stato: la Costituzione economica deve essere una parte della Costituzione politica in cui si annulla. In Italia per "Costituzione economica" si intende l'insieme degli articoli da 41 a 47 compresi nell'intero Titolo III della Parte I della Costituzione dedicata ai «Rapporti economici», integrato da altre disposizioni quali gli artt. 4, 53, 81 e 99 Cost. L'espressione "Costituzione economica", secondo una prima e più accreditata accezione, è la formula riassuntiva dell'insieme delle norme costituzionali in materia economica. Secondo una lettura minoritaria, invece, la "Costituzione economica" è un complesso normativo autonomo rispetto al resto della Costituzione. Sull'infondatezza di ambedue le letture si veda M. Luciani, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, 1990, 373, per il quale il presupposto di tali tesi è la contrapposizione tra società e politica, tra Stato e mercato, inaccettabile dalle Costituzioni dei moderni Stati sociali, in cui, invece, il modello economico è legato al sistema costituzionale dei rapporti sociali e politici. Per Luciani non è ammissibile una distinzione tra Costituzione politica e Costituzione economica e quest'ultima corrisponderebbe ad un «complesso normativo in qualche misura autonomo rispetto alla Costituzione, della quale peraltro sarebbe il nocciolo essenziale, il dato realmente infungibile attorno al quale finiscono per ruotare i (viceversa) contingenti contenuti delle disposizioni relative ai rapporti politici sociali» (M. Luciani, voce *Economia*, cit., 375). Nel nostro ordinamento, a differenza di quello tedesco in cui è effettivamente possibile delineare una vera e propria Costituzione economica, manca un principio di rango generale sovrastante i vari articoli in materia economica, quale è appunto l'«equilibrio economico generale» per la Costituzione tedesca (cfr. L. Cassetti, *La cultura del mercato*, cit., 184). Più frequentemente la nozione di "Costituzione economica" è stata utilizzata nel senso descrittivo del complesso di norme costituzionali concernenti i rapporti economici (*inter alia*: P. De Carli, *Costituzione ed attività economica*, cit., IX; P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e costituzione "vivente"*, Padova, 1978, 7). Per V. Spagnuolo Vigorita, *op. cit.*, 47, la Costituzione economica è un concetto ampio, coinvolgente le molteplici implicazioni tra ordinamento economico e costituzione politica. L'Autore evidenzia le connessioni tra forma di Stato e Costituzione economica, per la quale rilevano i principi costituzionali relativi ai fini dello Stato ed ai diritti fondamentali dell'individuo come singolo e come parte delle formazioni sociali. Per A. Pizzorusso, *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in *Stato ed economia. Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Milano, 1984, 6, la Costituzione economica sarebbe quel complesso di principi costituzionali relativi ai rapporti economici e dai quali si desume quale modello della società sia stato prefigurato dai Costituenti. Secondo F. Coccozza, *Riflessioni*, cit., 90, la norma di riferimento della Costituzione economica italiana sarebbe l'art. 11 della Costituzione, che, consentendo limitazioni di

una vera e propria “cultura del mercato”, se non di un approccio al mercato quale disvalore⁸⁸. Anzi, l’A.C. non assunse una posizione di avversione nei confronti delle grandi imprese private che godessero di una posizione di preminenza e si ritenne che esse potessero essere utili allo sviluppo della produzione. Tuttavia, i costituenti erano consapevoli – in specie le componenti liberali – che gli accordi tra colossi imprenditoriali avrebbero potuto danneggiare l’economia generale e, pur non introducendo una riserva di legge in favore di una disciplina *antitrust*, prevedero un possibile ricorso alla mano pubblica. Pertanto, il mezzo privilegiato per attuare la lotta contro i monopoli – ad ogni modo, da tutti invocata - non venne individuato nella tutela della concorrenza, ma nel successivo art. 43, ovvero nella possibilità di nazionalizzare i monopoli stessi⁸⁹.

Infine, è stato ritenuto che l’A.C. avesse adottato un modello moderato di economia “sociale”, ancorchè i membri di maggioranza ambissero ad una società civile autonoma, in grado di organizzare da sé l’economia e, conseguentemente, aspirassero ad un modello in cui una tutelata libertà di iniziativa economica privata avrebbe garantito il pluralismo dei produttori, in cui l’incontro nel mercato di produttori e consumatori avrebbe determinato lo sviluppo del sistema ed in cui lo Stato sarebbe potuto intervenire solo per integrare e correggere le scelte della società civile⁹⁰.

Ad adiuvandum, la Costituzione economica si differenzia rispetto ad altre parti della Costituzione, a causa della brevità del tempo a disposizione in A.C. e del mancato coordinamento tra le sottocommissioni, ove, appunto, venne svolta la gran parte dei lavori dell’Assemblea costituente: chi lavorava ai rapporti economici non conosceva i risultati della sottocommissione sui rapporti civili. Infatti, mentre i primi articoli della Costituzione presuppongono un concetto di libertà positiva, ovvero la libertà nelle relazioni sociali, per cui i diritti sociali diventano manifestazione di libertà, così non è per le libertà modellate dalla terza sottocommissione. Quest’ultima, incaricata di redigere la parte concernente i rapporti economici, non ha adottato una lettura della libertà positiva, derivante dalla dicotomia Stato-individuo e diritto pubblico-diritto privato. Nella parte della Costituzione relativa ai rapporti economici, infatti, il “sociale” è riassorbito nello “statale” e la dicotomia tra pubblico e privato persiste⁹¹.

sovranità dello Stato italiano in favore della Comunità europea anche nel campo dei rapporti economici, consente che siano proprio i principi concorrenziali comunitari ad intessere la trama della Costituzione economica italiana.

⁸⁸ Sul punto si veda: G. Amato, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova Costituzione economica*, a cura di G. della Cananea e G. Napolitano, Bologna, 1998, 11. Secondo Amato, all’epoca del testo costituzionale e successivamente, non vi era una cultura del mercato, bensì la necessità di difenderlo dall’alternativa di regime comunista (G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 7, 12).

⁸⁹ Così I. Musu, *op. cit.*, 6.

⁹⁰ G. Boggetti, *L’assemblea costituente e le libertà economiche*, cit., 182.

⁹¹ A. Baldassarre, *Intervento*, in AA.VV., *Dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 1999, 55 ss.

Pertanto, per la Costituente, nonostante la diffidenza verso logiche corporativistiche o dirigistiche, la concorrenza rimane un male non contagioso, se isolato, e non già una cura che, se prescritta, sarebbe in grado di curare dal male del monopolio, sia privato che pubblico. Ciò è ulteriormente provato dal riferimento al monopolio pubblico, di cui all'art. 43 Cost. Infatti, l'art. 43 adotta una soluzione distorsiva della concorrenza attraverso lo strumento dell'espropriazione dell'impresa che goda di una situazione di monopolio. Un rimedio comunque attivabile solo dalla legge, per fini di utilità generale e per le sole imprese rientranti tra le categorie individuate dall'art. 43⁹². Pertanto il male da curare, al più, sarebbe solo il monopolio privato.

4. *Sull'esistenza del fondamento costituzionale del principio di concorrenza*

Una volta ripercorso il dibattito in A.C. occorre domandarsi, alla luce delle interpretazioni successive, se e come possa essere rintracciato un fondamento costituzionale al principio di concorrenza. Infatti, il primo limite giuridico del mercato e delle scelte politiche sottostanti è rappresentato dalla sua compatibilità col sistema costituzionale⁹³. La lunga assenza di una chiara disciplina in materia di concentrazioni ed oligopoli privati e di un esplicito riferimento ad un sistema *antitrust* è riconducibile alla presunzione che la tutela della concorrenza corrispondesse esclusivamente a meri interessi privati, tanto che il momento autoritativo, di cui al comma 3 dell'art. 41, non sarebbe posto a tutela dell'efficienza del mercato e delle regole della concorrenza, bensì a favore di interessi sociali da perseguire mediante limiti, programmi e controlli⁹⁴. Per Galgano la fonte giuridica della libertà di concorrenza risiede nel riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.: l'una è l'aspetto dell'altra. La libertà di concorrenza esiste in quanto tutti sono liberi di svolgere la propria iniziativa economica privata e tale principio, che protegge la libertà di iniziativa economica di ciascuno, è in grado di giovare alla prosperità collettiva.

L'esigenza per cui l'iniziativa economica privata si attui in regime di concorrenza si trova costituzionalmente affermata dall'art. 43 Cost., in cui è enunciato il principio che la libertà di iniziativa economica viene meno quando l'esercizio di essa abbia dato luogo, di fatto, a situazioni monopolistiche⁹⁵. A riguardo, merita una precisazione la differenza

⁹² F. S. Marini, *Il «privato» e la Costituzione*, cit., 76.

⁹³ G. Azzariti, *op. cit.*, 6.

⁹⁴ F. S. Marini, *Il «privato» e la Costituzione*, cit., 75; G. Amato, *Il mercato*, cit., *passim*. Quest'ultimo ha messo in luce come l'esigenza di riconoscere costituzionalmente non solo la libertà di iniziativa economica, ma anche la tutela della concorrenza, sia stata avvertita solo nelle Costituzioni più recenti, quali quella spagnola del 1978 (art. 38: "Si riconosce la libertà d'impresa nel quadro dell'economia di mercato. I pubblici poteri garantiscono e proteggono il suo esercizio e la difesa della produttività, in accordo con le esigenze dell'economia generale e, se del caso, della pianificazione"), e quella della Federazione russa del 1993, il cui art. 34, oltre la statuizione della libertà di iniziativa economica, prevede il divieto di attività economiche dirette a creare situazioni di monopolio e di concorrenza sleale.

⁹⁵ G. Galgano, voce *art. 41 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, 1982, 1 e 13.

indicata in Costituzione tra azione economica privata e pubblica. Si è ritenuto che il soggetto privato goda di una posizione privilegiata rispetto all'ente pubblico sul terreno economico, in forza della considerazione che, mentre l'attività privata può essere meramente economica, quella pubblica non lo può mai essere, in quanto una finalità sociale ulteriore deve essere sottesa all'azione degli enti pubblici e dello Stato, ancorché le recenti modifiche strutturali di alcuni enti pubblici contribuiscono al graduale sgretolamento di tale assunto. Ad ogni modo, per l'impostazione tradizionale, l'attività dello Stato deve essere marcatamente conforme all'interesse sociale, mentre per l'attività del privato è sufficiente che essa non sia in contrasto con l'utilità sociale⁹⁶.

Dalla lettura delle disposizioni costituzionali concernenti i rapporti economici è emerso un quadro avente come snodi fondamentali: l'affievolimento della libertà economica dei privati tra i diritti di libertà costituzionalmente garantiti; la legittimazione di un governo politico dello sviluppo economico; l'abbandono del primato dell'iniziativa economica privata rispetto all'iniziativa economica pubblica; la riaffermazione dell'economia di mercato come limite alla direzione politica dello sviluppo e come criterio di condotta per l'attività economica pubblica⁹⁷. L'unico rimedio esplicitamente previsto in Costituzione contro il monopolio privato è contenuto nell'art. 43, laddove prevede l'istituzione per legge di un monopolio pubblico a fini di utilità generale, ma è evidente quanto anch'essa costituisca una soluzione distorsiva della concorrenza⁹⁸.

Quindi, il mercato e la concorrenza sono presi in considerazione ma l'attenzione è focalizzata sui poteri pubblici⁹⁹.

La garanzia della libertà di iniziativa economica privata presuppone che la produzione economica privata sia essenzialmente finalizzata a produrre beni e servizi per il mercato, al fine di poterli scambiare. (Come) si può far discendere da questa libertà il principio di concorrenza?

Vi è chi drasticamente sostiene che la nostra Costituzione non ha fatto proprio alcun modello d'economia¹⁰⁰, in quanto l'art. 41 sia una norma che non dica nulla, non perché insignificante, bensì perché onnisignificante¹⁰¹. Vi è chi lo ha anche definito,

⁹⁶ R. De Stefano, *Libertà privata e potere pubblico nell'art. 41 della Costituzione*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 189 e 194.

⁹⁷ G. Galgano, voce *Art. 41 Cost.*, cit., 15.

⁹⁸ G. Ghidini, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 793.

⁹⁹ A. Lalli, *op. cit.*, 66.

¹⁰⁰ G. Grisi, *L'autonomia privata-diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 86. È stato altresì ritenuto che l'articolo 41, essendo imperniato su formule sintetiche, chiede e legittima un'attuazione aperta ed indeterminata (M. D'Alberti, *Considerazioni intorno all'art. 41 della Costituzione*, in *La Costituzione economica*, a cura di M. D'Antonio, Milano, 1985, 139, 144).

¹⁰¹ Così, D. Farias, *Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 163, richiama la posizione di A. Giannini, secondo cui l'art. 41 è privo di significato, perché sostiene tutto ed il contrario di tutto (cfr. A. Giannini, *L'attività economica nella Costituzione Italiana*, in *Cons. Stato*, 1957, II, 58). Sul carattere generico della dizione dell'art. 41 della Costituzione concordano i primi commentatori, tra cui: P. Barile, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1964; A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 220; E. Cheli, *Libertà e limiti all'iniziativa economica*

utilizzando una immagine propria del linguaggio di Carl Schmitt, un «compromesso dilatorio o fittizio» poiché non contiene «nessuna decisione oggettiva raggiunta con una concessione reciproca, la cui essenza consiste proprio nel differire ed aggiornare questa decisione», tanto da definire il dibattito sull'art. 41 condotto “in chiave difensiva”¹⁰².

A lungo la dottrina e la giurisprudenza costituzionale si sono occupate anche dell'estensione spaziale (numero e natura delle attività ricomprese nella libertà di iniziativa economica) e temporale (se per iniziativa si dovesse intendere solo l'avvio dell'attività economica od il suo continuato esercizio)¹⁰³ della libertà di iniziativa economica. Si tratta di un problema superato grazie ai puntuali interventi della Corte costituzionale che ha tracciato confini spazio-temporali piuttosto ampi per l'esercizio della libertà di iniziativa economica (v. *infra*).

Tuttavia, sin dai primi commenti, si è ritenuto che l'intervento pubblico nell'economia dei privati non potesse giungere al punto di negare il principio di libertà economica privata e che, comunque, dovesse essere garantito un regime concorrenziale tale da consentire ai singoli il perseguimento di risultati economicamente utili¹⁰⁴. Nonostante ciò, non si può condividere la tesi per cui la Costituzione italiana, tutelando

privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina, in *Rass. dir. pub.*, 1960, I, 302. Vi è chi ha ritenuto che gli sforzi della dottrina nel ricavare dall'art. 41 della Costituzione i principi costitutivi dell'economia di mercato siano vani, perché il diritto della concorrenza e degli scambi dovrebbe essere considerato come un diritto privato, immeritevole di sostegno e di protezione costituzionale, appunto perché la Costituzione italiana “non accoglie né il modello di economia di mercato né il principio generale di concorrenza” (N. Irti, *Iniziativa privata e concorrenza*, cit., 18 e 226). Viene rigettata la tesi della distinzione tra le disposizioni costituzionali c.d. permanenti e c.d. temporanee da O. Pollicino, *L'economia nella Costituzione: modello originario e tendenze evolutive*, in *Diritto pubblico dell'economia*, a cura di G. F. Ferrari, Milano, 2010, 63, 64, il quale appunto critica le conseguenze di siffatto approccio, per cui l'art. 41 Cost. renderebbe solo possibile un assetto capitalistico, in quanto disposizione temporanea in grado di essere letta diversamente «a seconda dello stadio di sviluppo socio-economico». A riguardo, si ricorda l'interpretazione forte dell'art. 41 data da Giorgio Bertì: «le leggi rispetto alle attività economiche e alla dinamica delle imprese hanno contenuti ed efficacia adatti al mondo cui sono appunto dirette: valgono nei limiti in cui sono accolte o ispirate dalla società e non prestano garanzie ulteriori rispetto a quelle che il mercato produce da se stesso, che l'economia sociale modella per proprio conto. Per tale ragione l'articolo 41 della Costituzione non ha altra verifica che non sia la libertà d'impresa, non si riflette altro che su questa libertà, senza che il legislatore riesca a modellarla efficacemente di sua mano» (G. Bertì, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1990, 243).

¹⁰² Così E. Gianfrancesco, *Libertà di impresa*, cit., 2209, citando C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, 52.

¹⁰³ Con la sent. n. 78 del 1958 la Corte costituzionale ha chiarito che «nella locuzione iniziativa privata devono comprendersi le attività di operatori non solo dirette a creare e costituire un'azienda, ma anche inerenti alla vita e allo svolgimento di essa». È condivisibile la tesi di chi sostiene che l'iniziativa economica debba essere identificata con l'investimento patrimoniale, inteso anche come atto di destinazione di beni capitali al processo produttivo (in A. Baldassarre, voce *Iniziativa economica privata*, cit. 589 ss.). Per Livio Paladin l'attività economica non è solo l'insieme delle attività imprenditoriali, svolte in forma individuale o collettiva, ma anche quelle attività, pur sempre indirizzate alla produzione, ad esclusione del lavoro subordinato ed autonomo, perché tutelati da altre disposizioni costituzionali (in L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 684 ss.). Ed ancora, per Giannini, l'iniziativa economica privata coincide con il diritto dei privati di disporre delle risorse materiali ed umane e di dare una organizzazione alla produzione economica, di decidere cosa e come produrre (in M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993, 175 ss.).

¹⁰⁴ E. Cheli, *Libertà e limiti dell'iniziativa privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 290.

la proprietà privata dei mezzi di produzione e la libertà di iniziativa economica, abbia sancito quanto necessario e sufficiente per il riconoscimento dell'esistenza del dominio del mercato e della concorrenza nel mercato¹⁰⁵.

Per comprendere come si sia giunti ad una “costituzionalizzazione” del mercato concorrenziale è utile ripercorrere i numerosi interventi dottrinali sul modello di scambio economico sotteso all'iniziativa economica privata.

Il punto di partenza e, a lungo, anche di arrivo è stato l'art. 41 della Costituzione. Molteplici interpretazioni dottrinali hanno tentato di fondare il riconoscimento della libertà di concorrenza e del corrispondente modello economico di mercato aperto su una disposizione costituzionale che, per quanto elastica, attraverso tali ricostruzioni ha rischiato la rottura! Nel prosieguo verranno illustrati i principali orientamenti e le teorie interpretative che hanno negato recisamente o ammesso fermamente nell'art. 41 la presenza di un contenuto concorrenziale.

Sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e fino all'affermazione della lettura “comunitariamente orientata” (v. *infra*) numerose interpretazioni contrastanti si sono succedute in tema di libertà di iniziativa economica in un clima di vera e propria lacerazione ideologica¹⁰⁶. La ragione del contrasto dottrinale risiede, innanzitutto, nella struttura dell'art. 41 Cost., le cui disposizioni appaiono in contraddizione l'una con l'altra, in specie il comma 1 coi commi 2 e 3, in cui sembrano confrontarsi libertà individuale con interventismo pubblico nell'economia. L'insieme variegato di scopi emergente non solo dall'art. 41, ma altresì dall'art. 42 in tema di proprietà privata, solleva il dubbio se il testo costituzionale attribuisca il primato al mercato o all'intervento pubblico¹⁰⁷.

Proprio per questo carattere la norma risultante dall'articolo 41 è stata annoverata tra le “norme di compromesso anfibologiche”, perché capace di essere oggetto di varie interpretazioni a seconda dell'evoluzione del regime politico, in quanto “indeterminata nel suo nucleo politico centrale” e “anfibologica, perché suscettibile di essere sviluppata in due direzioni opposte”, proprio perché la determinazione dei confini intercorrenti tra libertà economica privata ed intervento pubblico esula dal campo del diritto¹⁰⁸. Invero, l'art. 41 non è stato inteso dalla Costituente quale norma disarmonica o contraddittoria o anfibologica, oggetto di interpretazioni diverse a seconda dell'evoluzione del regime politico. Infatti, come evincibile dal dibattito in sede di Assemblea costituente sopra descritto, in quella sede si intese non già pervenire ad un compromesso, bensì al comune accordo (eccezion fatta per le minoritarie componenti liberali) di evitare, per un verso, la deriva capitalista, e per un altro verso, quella collettivista. D'altro canto, lo sforzo di

¹⁰⁵ A favore di tale orientamento: G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2007, 679.

¹⁰⁶ R. Niro, *op. cit.*, 1994, 77.

¹⁰⁷ G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, n. 1, 39.

¹⁰⁸ E. Cheli, *Libertà e limiti dell'iniziativa privata*, cit., 303 ss.

negare l'esistenza di una antinomia (da un lato il primo comma e, dall'altro lato, il secondo ed il terzo comma) si è risolto o in una rinuncia ad interpretare (in quanto la norma costituzionale si risolverebbe in norma politica) oppure sopprimendo uno dei poli del dilemma¹⁰⁹.

L'ambiguità delle formule espresse nell'art. 41 è stata ritenuta "felice" da chi ha considerato che la libertà di mercato, per poter funzionare, necessitasse proprio di essere equilibrata con le regole¹¹⁰.

È stato discutibilmente sostenuto che il primo comma dell'art. 41 era probabilmente inteso dai Costituenti come enunciazione di un principio volto ad assicurare esclusivamente la libertà di iniziativa degli imprenditori solo contro norme statali soffocatrici di tale libertà¹¹¹. Ma ciò non può essere condiviso se si ritiene che il principio di concorrenza, inteso come tutela del privato dalle concentrazioni monopolistiche, si fondi anche sul principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., in violazione del quale si formano e si sviluppano gli accentramenti di poteri privati, appunto perché la disciplina *antitrust* costituisce un tentativo di conciliare le ragioni dell'uguaglianza giuridica reciproca con quelle dell'efficienza economica¹¹².

In ultimo è da rilevare che, nell'analisi dei numerosi e cospicui studi volti a dare una consistenza costituzionale al principio di concorrenza e di libero mercato, è spesso emersa l'impressione che taluni interpreti abbiano, forse per *horror vacui*, teso a dare corpo alle ombre e peso all'imponderabile. Invero, in considerazione dei cospicui contrasti si ritiene opportuno convenire con chi sostiene che tali incertezze interpretative siano dovute al fatto che l'art. 41, forse più di altre norme costituzionali, rispecchi i termini della dialettica politica condizionante la realtà economica degli ordinamenti contemporanei¹¹³. L'art. 41 Cost. sarebbe, quindi, una norma con una propria struttura complessa e suscettibile di una interpretazione sistematico-evolutiva, che deve tener conto della dinamicità del rapporto tra diritto ed economia, tale da riverberarsi sulla struttura della forma di Stato¹¹⁴. Infatti, poiché l'evoluzione del rapporto tra diritto ed economia si riverbera sulla forma di Stato, ammettere che le disposizioni costituzionali appartenenti alla "Costituzione economica" non possano essere soggette ad una interpretazione sistematico – evolutiva determinerebbe una

¹⁰⁹ G. Marongiu, *Interesse pubblico e attività economica*, in *Jus*, 1991, 92. A favore della lettura "soppressiva" è stato ritenuto, tra l'altro, che se il terzo comma non risultasse abrogato (o in qualunque forma investito da una rottura della originaria Costituzione interventista), la libertà di iniziativa economica non potrebbe essere considerata ora un diritto fondamentale con tutte le conseguenze che da questa qualificazione derivano (F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, n. 2, 183).

¹¹⁰ G. Amato, *La Costituzione economica*, in *Dalla Costituente alla Costituzione*, Roma, 1998, 185.

¹¹¹ G. Bognetti, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, Milano, 1996, 83.

¹¹² A. Zito, *Mercato, regolazione del mercato*, cit., 219, 224.

¹¹³ In tal senso, E. Cheli, *Libertà e limiti dell'iniziativa privata*, cit., 302.

¹¹⁴ G. Bianco, *Costituzione ed economia*, cit., 63.

insopportabile costrizione dell'ordinamento giuridico, il quale è necessariamente sensibile alle continue mutazioni del sistema economico, appunto perché la costruzione delle norme, pur essendo vincolata ai testi, risulta sempre condizionata dai contesti sociali¹¹⁵. La norma discendente dall'art. 41, pertanto, più che un intenzionale compromesso adattabile ad ogni stagione politica è dotata di una struttura talmente complessa da essere stata interpretata plurivocamente, per il fatto di contenere sia l'affermazione di valori di libertà individuale che il riconoscimento di esigenze di controllo e di programmazione delle attività dei singoli da parte dei pubblici poteri nel nome di valori sociali e di interessi generali¹¹⁶. Oggi, come risulta ormai difficilmente contestabile, il contesto sociale e giuridico, considerati i vincoli europei, non potrebbe prescindere dall'affermazione del principio di concorrenza.

Infine, pur ammettendo che dalla libertà di iniziativa economica derivi il riconoscimento della concorrenza e del modello di economia di mercato nell'ordinamento costituzionale italiano, è stato posto in dubbio quale sia la forma di mercato adottata, non emergendo in alcun modo dalla lettura della Costituzione indicazioni definitive sul tipo di mercato, che si può manifestare in forme diverse¹¹⁷. Nel seguente paragrafo si intende, pertanto, sondare se effettivamente non sia stata compiuta alcuna scelta in tal senso.

5. Il primo comma dell'articolo 41 e l'implicita ammissione della libertà del mercato

Come è stato argutamente sostenuto la disposizione costituzionale di cui all'art. 41 è stata ripetutamente "tirata per la giacca" rivendicando, ora una aspirazione sociale, ora una ispirazione liberale¹¹⁸. L'individuazione del tipo di sistema economico voluto dal Costituente, o quantomeno ammesso, si rivela un aspetto di fondamentale rilevanza ai fini dell'individuazione di una garanzia costituzionale della libertà di concorrenza. Infatti,

¹¹⁵ C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1970, 40.

¹¹⁶ R. Niro, voce *Art. 41 Cost.*, cit., 850. Si vedano: G. Morbidelli, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 1; A. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 175.

¹¹⁷ 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, n. 1, 17.

¹¹⁸ F. Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e società*, n. 3-4, 373. Giannini, ricostruendo la vicenda storica della norma di compromesso discendente dall'art. 41, ha sostenuto che dell'art. 41 potevano dichiararsi soddisfatti tutti i partiti: i conservatori ed i liberali col primo comma, mentre i partiti di sinistra per il terzo comma e l'art. 43, poiché ognuno avrebbe potuto attuare i punti del proprio programma qualora fosse asceso al potere (in A. Giannini, *L'attività economica nella Costituzione italiana*, cit., 60). Già in Assemblea costituente, a proposito della divergenza tra le disposizioni proposte, Calamandrei così ironizzava: «Mi immagino [...] un dialogo tra un conservatore ed un progressista [...]. Il conservatore, o liberale che sia, dirà: "L'iniziativa economica privata è libera". Il progressista risponderà: "Sì, ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". (*Si ride*)». (In Atti dell'Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 4 marzo 1947, Assemblea, 1747).

L'ordinamento italiano è stato spesso identificato quale contenitore capace di accogliere gli opposti sistemi dell'economia di mercato e di economia pianificata¹¹⁹.

Tuttavia, l'inevitabile diffusione del principio di concorrenza e del modello dell'economia di mercato, a seguito soprattutto dell'adesione dell'Italia all'Atto Unico Europeo ed al Trattato di Maastricht, ha riproposto il dibattito sulla natura dell'art. 41 e sui limiti di estensione della sua interpretazione. È stato sostenuto che gli interessi superindividuali, espressi dalla normativa *antitrust*, trovano la loro naturale collocazione non già nel comma 1 dell'articolo 41, bensì nei successivi commi e nell'art. 43 Cost., in cui è statuito che la legge solo per casi eccezionali e per motivi di utilità generale può incidere sull'attività dell'imprenditore privato, trasferendo allo Stato le imprese in situazione di monopolio¹²⁰. Ma tale tesi sembra provare troppo e caricare l'intento dei *framers* di un contenuto non evincibile dal dibattito in sede di Assemblea costituente.

Il modello istituzionale del mercato concorrenziale, come risulta dagli atti dell'Assemblea costituente, non era sotteso alla struttura della "Costituzione economica" delineata dalla Costituente. È stato sottilmente sostenuto che il "valore" a cui si è ispirata la disciplina costituzionale delle attività economiche non è la "libertà *di* mercato", bensì la "libertà *del* mercato", in virtù della quale è possibile la presenza di una pluralità di operatori nel medesimo settore e di una disciplina giuridica determinante le medesime regole del gioco¹²¹. La libera concorrenza sarebbe, quindi, "il regime nel quale è assicurata a ciascun soggetto la libertà di iniziativa economica"¹²². A tal fine, la libertà di concorrenza deve essere evinta sia dal comma 1 dell'art. 41 Cost., in forza del quale, essendo ciascuno libero di agire sul medesimo settore di mercato dove già operano altri, il riconoscimento della libertà di svolgere una attività economica determina l'ammissibilità della concorrenza imprenditoriale, che dal comma 2, perché essendo il pregiudizio della libertà altrui uno dei limiti previsti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, tale limite deve essere esteso agli altri operatori del medesimo mercato la cui libertà di iniziativa economica non può essere pregiudicata¹²³.

Libertà *del* mercato, non libertà *di* mercato, quindi.

¹¹⁹ L. Mezzetti, *Costituzione economica e libertà di concorrenza in Italia*, in *Costituzione economica e libertà di concorrenza*, Torino, 1994, 212.

¹²⁰ C. Piccioli, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in *Riv. trim. di dir. pubb.*, 1996, I, 34.

¹²¹ A. Pace, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, n. 2, 328. Secondo l'A. la libertà di concorrenza consiste nell'«eguale possibilità riconosciuta a tutti i soggetti privati di attivarsi materialmente e giuridicamente nello stesso settore e, con ciò, la possibilità di confrontarsi vicendevolmente, sottoponendo al giudizio del mercato la valutazione, e il conseguente successo delle reciproche iniziative, sempre nuove e diverse, in una competizione senza fine», in A. Pace, *Gli aiuti di stato sono forme di tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2004, 259.

¹²² Così, G. B. Ferri, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, 1961, 532.

¹²³ *Contra*, G. Oppo, *L'iniziativa economica*, in *Riv. civ.*, 1988, I, 328 s., secondo cui dal primo comma dell'art. 41 non potrebbe ricavarsi un principio di tutela della concorrenza in quanto la tutela della stessa regola sarebbe una intrinseca limitazione all'esplicazione della libertà di iniziativa economica: non è possibile ricavare un limite interno alla libertà di iniziativa economica perché essa è intrinsecamente libera.

Secondo la lettura del primo comma dell'art. 41 quale situazione giuridica soggettiva, la Costituzione sembrerebbe riconoscere il presupposto della libera concorrenza, ma non già un sistema di economia di mercato, consentendo ai singoli il diritto di accedere e di rimanere nel mercato. La libertà di iniziativa economica è fonte di libertà del privato verso lo Stato e fonte di libertà dell'individuo verso gli altri cittadini¹²⁴. Il mercato non è destinatario di una garanzia autonoma, né di un valore costituzionale capace di incidere su altri interessi costituzionalmente protetti, concernenti la sfera della salute, della sicurezza e della dignità della persona¹²⁵. Tuttavia, la tutela di tale diritto non coincide con la salvaguardia del mercato concorrenziale perché si riferisce esclusivamente ad un diritto alla concorrenza, quale pretesa a non essere impediti nell'esercizio dell'iniziativa economica, garanzia soggettiva in grado di consentire all'individuo di iniziare e svolgere una attività economica in condizioni di parità ed eguaglianza, *rectius* in assenza di sleali distorsioni del mercato¹²⁶.

Orbene, la Costituzione avrebbe garantito *ab origine* la libertà di concorrenza, in quanto la proclamazione della libertà di iniziativa economica implica l'affermazione della libertà di concorrenza. Sarebbero stati, invece, gli interpreti della Costituzione "a mortificare in Italia la libertà di iniziativa economica privata"¹²⁷.

La garanzia di libertà di cui al comma 1 sarebbe, pertanto, efficace *erga omnes*: verso lo Stato ("libertà in senso verticale") e verso gli altri soggetti privati operatori del mercato ("libertà in senso orizzontale"). In questa prospettiva, l'una diviene un aspetto dell'altra: la libertà di iniziativa economica del singolo si presenta, in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza¹²⁸. La libertà di concorrenza altro non è che la libertà economica vista in un'ottica relazionale, la cui espressa previsione costituzionale diviene, quindi, tutela implicita del pluralismo nel mercato: il mercato, oggetto della tutela costituzionale, diventa il presupposto ed il

¹²⁴ C. Piccioli, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale*, cit., 32.

¹²⁵ L. Casseti, *La cultura del mercato*, cit., 163.

¹²⁶ A. Zito, *Mercato, regolazione del mercato*, cit., 238.

¹²⁷ A. Pace, *Libertà «del» mercato*, cit., 331.

¹²⁸ A favore del fondamento della libertà di concorrenza nel comma 1 dell'art. 41, quale garanzia del mantenimento di una struttura tendenzialmente concorrenziale del mercato: M. Libertini, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, Tratt. dir. comm. e dir. pubb. dell' econ., diretto da F. Galgano, *L'azienda e il mercato*, vol. III, Padova, 1979, 469 ss. e, più recentemente, F. Coccozza *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Vol. II, Torino, 2001, 49; G. Ghidini, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, 88, ed in *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, Vol. XXVI, Milano, 1976, 793. Ghidini, pur ritenendo desumibile dal comma 1 dell'art. 41 un'affermazione di principio a favore di una struttura concorrenziale del mercato, osserva, però, che si tratta non di una vera garanzia, ma più propriamente di una direttiva contro il rovesciamento della struttura economica del mercato. L'Autore nota che «l'affermazione del principio concorrenziale non è accompagnato da alcuna previsione, sia pur genericamente formulata, di interventi a difesa, appunto, di condizioni concorrenziali [...]. Insomma il principio concorrenziale appare disarmato rispetto alla tendenza alla concentrazione immanente nell'economia a struttura concorrenziale».

potenziale limite del diritto individuale di iniziativa economica¹²⁹. Al contrario, è stato osservato che nella nostra Costituzione il mercato non è né previsto né garantito e che la libertà di mercato non costituisce un valore costituzionale a sé stante, come tale idoneo ad incidere su altri interessi primari costituzionalmente protetti¹³⁰.

Tale lettura “relazionale” della libertà di iniziativa economica privata è stata criticata perché appare ridondante attribuire una funzione positiva autonoma ad una garanzia che esiste esclusivamente nelle relazioni intersoggettive¹³¹. Inoltre, una garanzia esclusivamente soggettiva della libertà di concorrenza la renderebbe, negli effetti, priva di strumenti di tutela, considerando che solo attraverso un sistema di regolamentazione e di *enforcement* è possibile dare pienezza alla libertà di concorrenza ed al mercato. La tutela della concorrenza rappresenta la garanzia della posizione soggettiva dei singoli dalle distorsioni e dai privilegi monopolistici attraverso il mantenimento ed il rispetto delle regole concorrenziali.

Infatti, per risolvere il problema del *favor* costituzionale verso una certa forma di mercato è necessario andare al di là della posizione soggettiva e ricercare il parametro della legittimità dell’iniziativa economica sul piano oggettivo, ovvero nei confronti della collettività complessivamente intesa, per cui è necessaria l’attività del legislatore.

Vi è chi, alla luce degli interventi pubblici attuati nel corso della prima Repubblica, ritiene che, senza alcun dubbio, la Costituzione abbia individuato una molteplicità di obiettivi specifici da perseguire non solo attraverso l’iniziativa privata, di per sé insufficiente, ma anche attraverso l’intervento aggiuntivo e sussidiario degli ausili pubblici, fermo restando che il primato resta, ad ogni modo, del mercato, il cui fisiologico funzionamento non può essere vulnerato dagli interventi statali¹³². L’Autore della tesi della “primazia del mercato in Costituzione” estende la propria visuale costituzionale anche alle altre norme costituzionali e, specialmente, all’art. 2 della Costituzione, in forza del quale è riconosciuta l’autonomia negoziale che può essere regolata, ma non soppressa¹³³.

Secondo tale orientamento il principio istituzionale prevalente in Costituzione è il primato del mercato a cui si affianca, senza sovrapporsi, l’intervento pubblico. Si tratterebbe, quindi, di un modello di Costituzione economica “mista” in cui attività economiche pubbliche, competizione privata e pubblica, monopoli pubblici, interventi

¹²⁹ L. Buffoni, *op. cit.*, 345, 351. L’A. evidenzia altresì la critica alla “libertà in senso orizzontale” da parte di N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 1998, 18, per il quale il contenuto di tale diritto di libertà si risolverebbe piuttosto nella mera pretesa all’astensione da parte dei pubblici poteri.

¹³⁰ A. Pace, *Libertà «del» mercato*, cit., 328.

¹³¹ A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 36.

¹³² G. Guarino, *op. cit.*, 21, 40.

¹³³ G. Guarino, *op. cit.*, 21, 39, evidenzia che «L’iniziativa privata ed il mercato sono collegati con le libertà individuali, nel senso che non possono svolgersi compiutamente se non in regime che sia anche di libertà economica: il compiuto sistema di garanzia della libertà individuale in tutte le sue fondamentali manifestazioni, attuato dagli art. 13 e 27 Cost., depono dunque in favore dell’esistenza di un analogo ruolo istituzionale dell’autonomia privata».

dello Stato, poteri coercitivi, libera iniziativa e nazionalizzazione, economia di mercato ed economia secondo una funzione di preferenza statale coesistono, si intrecciano e si intersecano¹³⁴. Infatti, un sistema economico è misto quando non solo lo Stato opera un intervento nell'economia, ma anche quando sussistono l'iniziativa economica privata e le leggi del libero mercato¹³⁵, una struttura economica propria degli Stati sociali, in cui vi sia un governo pubblico dell'economia in grado di dare spazio ad imprese private e pubbliche¹³⁶.

A seguito della pressione operata dal diritto comunitario sulla libertà costituzionale di iniziativa economica privata il confronto in dottrina, a Costituzione invariata, ha visto partecipare, da un lato, coloro che hanno ritenuto che l'art. 41 avesse accolto, sin dall'inizio, un modello di mercato aperto (tutti coloro che intendendo svolgere una impresa economica sono liberi e, pertanto, sono tutti concorrenti) e, dall'altro lato, coloro che, invece, hanno negato la presenza in Costituzione di una scelta in favore del libero mercato e la necessità di un riordino da parte del potere costituente, fermo restando che la prevalenza della libertà di concorrenza sarebbe stata effetto del primato dell'ordinamento comunitario¹³⁷.

Condizione essenziale per l'esistenza di una economia concorrenziale di mercato è proprio la libertà formale di accesso al mercato, presupposto indispensabile per la presenza di una pluralità virtualmente illimitata di operatori, senza la quale non può in alcun modo esistere una forma di mercato concorrenziale¹³⁸.

Invero, l'iniziativa economica di cui all'art. 41 non esprime solo la libertà di agire degli imprenditori, ovvero di alcuni dei soggetti presenti nel mercato, ma qualcosa di più. Infatti, se libertà di iniziativa economica vuol dire libertà di agire secondo il principio di razionalità economica vuol dire che chi gode di tale libertà può scegliere autonomamente tra le varie possibilità. Ne discende che l'iniziativa economica non riguarda solo gli agenti del mercato (sia quali imprenditori che quali consumatori), ma rappresenta altresì il fondamento della rilevanza della forma concorrenziale del mercato¹³⁹. Solo il mercato concorrenziale, in definitiva, può consentire la piena e libera esplicazione dell'iniziativa economica.

¹³⁴ A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, 17.

¹³⁵ G. Quadri, *Il diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980, 33.

¹³⁶ G. Bianco, *Costituzione ed economia*, cit., 63; F. Galgano, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974, 17.

¹³⁷ F. Cintioli, *op. cit.*, 380.

¹³⁸ F. Trimarchi Banfi, *Organizzazione economica ad iniziativa privata*, cit., 16.

¹³⁹ A. Zito, *Attività amministrativa e interesse del consumatore*, cit., 136.

6. L'«utilità sociale» e l'interesse alla tutela del mercato

La clausola generale dell'utilità sociale è stata criticata sin dal suo ingresso sui tavoli di lavoro dell'Assemblea costituente, per via del carattere indeterminato, se non inconoscibile. Infatti, in quella sede Luigi Einaudi, riferendosi ad essa, si esprime criticamente dicendo che «una norma la quale non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale ed arbitraria»¹⁴⁰. Secondo altra lettura, è stato ritenuto che i limiti individuati dal secondo comma dell'art. 41 dimostrano che il Costituente nel momento stesso in cui ha proclamato l'economia di mercato, ne ha riconosciuto l'insufficienza, in quanto il riconoscimento dell'iniziativa privata e della proprietà opera con la “riserva” che non risultino di ostacolo alla persona e dignità umana ed alla fruizione dei beni della collettività.

Al fine di individuare un fondamento costituzionale alle regole sulla concorrenza è stato ipotizzato un ampliamento dell'efficacia oggettiva del limite dell'utilità sociale¹⁴¹, in forza della considerazione che l'iniziativa economica potrebbe manifestarsi anche attraverso la formazione di cartelli o monopoli e, pertanto, il fondamento della tutela della concorrenza sarebbe ravvisabile nei limiti posti alla libertà di iniziativa economica¹⁴². Si tratta di una tesi che fa propria la lettura utilitarista di Jeremy Bentham

¹⁴⁰ Atti dell'Assemblea costituente, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, Assemblea, 3937 s.

¹⁴¹ Sul contenuto della nozione “utilità sociale” si sono confrontati tre orientamenti, ricostruiti da E. Cheli, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., 275 ss. Il primo orientamento individua il contenuto dell'utilità sociale in enunciazioni extra-giuridiche, quali il conseguimento del bene comune, ovvero della giustizia sociale, che si concretizza nel consentire a ciascuno di soddisfare le esigenze di conservazione, sviluppo e perfezionamento della persona umana (U. Coli, *La proprietà e l'iniziativa privata nella Costituzione italiana*, in *Comm. Sistem.*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, vol. I, Firenze, 1950, 363), mentre per altri l'utilità sociale concerne esigenze di giustizia sociale e conseguentemente di distribuzione della ricchezza (I. Uberti-Bona, *La libertà di impresa e i suoi limiti nel diritto positivo italiano*, in *Riv. it. scien. comm.*, 1953, 257). Per il secondo filone dottrinale l'utilità sociale si fonda su norme e principi giuridici, per cui andrebbe inquadrata in una categoria unitaria insieme agli altri limiti posti dalla Costituzione alle attività economiche, quale l'interesse generale dello Stato (P. Barile, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, 1953, 140), oppure andrebbe identificata nel benessere economico collettivo, ovvero col progresso materiale di tutti in condizioni di uguaglianza (V. Spagnuolo Vigorita, *op. cit.*, 242 ss.). Per il terzo orientamento, invece, nell'art. 41, comma 2 - come sostenuto da Luigi Einaudi in *Assemblea Costituente* - è ravvisabile una “norma in bianco”, una clausola aperta a qualsiasi tipo di interpretazione legislativa, per cui la Costituente si è avvalsa della locuzione utilità sociale per negare una determinazione preventiva del suo contenuto giuridico tale da consentire, di volta in volta, alle forze politiche dominanti di attribuirvi il significato utile per il perseguimento dei propri programmi (M. Mazziotti, *L'iniziativa economica e il diritto al lavoro*, in *Studi in onore di Valeri*, Milano, 1955, II, 435; L. Paladin, *Rassegna di giurisprudenza costituzionale di rilievo privatistico* (giugno 1956-luglio 1957), in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1958, 338, 339; G. Minervini, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 621; C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in *Atti della commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione*, Roma, 1953, IV, I, 96; A. Baldassarre, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, 1971, 582, 603; S. Niccolai, *Sull'utilizzo del principio dell'utilità sociale in una sentenza sulla pianificazione*, in *Giur. cost.*, 1991, 472). Sull'utilità sociale quale “concetto giuridico indeterminato” si veda: M. Luciani, *La produzione economica privata*, cit., 87 ss.

¹⁴² In tal senso, V. Spagnuolo Vigorita, *op. cit.*, 224; R. Niro, *Profili*, cit., 117, C. Piccioli, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza*, cit., 328, secondo cui proprio le intese e le concentrazioni sono esercizio della libertà di iniziativa economica e, pertanto, non possono trovare nella stessa libertà la propria condanna. Lo stesso Oppo in *Costituzione e diritto privato nella*

in base alla quale l'utilità sociale corrisponderebbe alla maggiore quantità di benessere per il maggior numero possibile di uomini¹⁴³.

Secondo questo orientamento, essendo la tutela della concorrenza limite artificiale e non conseguenza naturale del libero esplicarsi dell'altrui iniziativa economica, il concetto giuridico indeterminato dell'utilità sociale rappresenta il vincolo al libero dispiegarsi dell'iniziativa economica in nome della tutela dell'interesse generale¹⁴⁴.

Sono principalmente tre le tesi a sostegno dell'utilità sociale da intendere quale fondamento costituzionale della normativa *antitrust*. Secondo alcuni il concetto di utilità sociale sarebbe principio riassuntivo delle garanzie costituzionali preordinate alla tutela delle posizioni più deboli, prima fra tutte quella dei consumatori. Per altri la medesima clausola avrebbe una valenza prevalentemente economica, "mercantilistica", e coinciderebbe con la massimizzazione della produzione o con l'efficienza del mercato¹⁴⁵. Per altri ancora, l'utilità sociale si identificherebbe con il benessere economico collettivo, con il progresso materiale di tutti in condizioni di uguaglianza¹⁴⁶, in un tentativo di armonizzarne la valenza puramente economica con gli obiettivi, sociali e politici, di progresso e trasformazione prefigurati dall'art. 3, comma 2, della Costituzione¹⁴⁷.

tutela della concorrenza, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543, 545, precisa che è all'utilità sociale che debba essere ricondotta la tutela del mercato. *Contra* F. S. Marini, *Il «privato» e la Costituzione*, cit., 77, per il quale tale interpretazione si fonda su un'erronea premessa sistematica, in quanto l'assolutezza del diritto di libertà corrisponde, dal lato passivo, ad un generale dovere di astensione anche - e a maggior ragione - da parte degli stessi destinatari della garanzia. Sulla pericolosità della formula dell'utilità sociale già in Assemblea Costituente Einaudi espresse il suo disappunto criticando appunto la sua "pericolosa genericità" (intervento nella seduta del 13 maggio 1947 in A.C., II sottocommissione, 3931).

¹⁴³ U. Coli, *Proprietà ed iniziativa privata*, cit., 363, riferendosi a J. Bentham, *Deontology or the Science of Morality*, Londra, 1834.

¹⁴⁴ A favore dell'utilità sociale quale fondamento della tutela della concorrenza: V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata*, cit., 224; G. Oppo, *Costituzione e diritto privato*, cit., 543; L. Buffoni, *op. cit.*, 345, 354 ss.. Per una ricostruzione sistematica di tale orientamento si veda: C. Piccioli, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza*, cit., 29.

¹⁴⁵ Cfr. P. Barcellona, *Programmazione e soggetto privato*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, 1971, 101 ss.; L. Micco, *Lavoro ed utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, 183, 241 s.; G. Bognetti, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, cit., 269.

¹⁴⁶ V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 243, per il quale - appunto - la tutela della concorrenza e la repressione delle pratiche illecite trovavano il proprio fondamento nell'utilità sociale. Inoltre, si vedano: G. Oppo, *L'iniziativa economica*, cit., p. 324; A. Predieri, *Mercati e concorrenza: asimmetria e diseconomia nello Stato prefederativo*, in *Nuova Antologia*, 1993, 8; Id., *Interpretazione autentica e collisione con i diritti costituzionali alla difesa e al giudice naturale e preconstituito nelle leggi sulle concentrazioni editoriali*, in *Quaderni di Nomos*, Roma, 1989, n. 1, 21; S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1282. Ulteriormente, G. B. Ferri, *L'ordine pubblico economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, 464, sostiene che l'utilità sociale si riferisca ad un principio generale di ordine pubblico economico su cui poter fondare la protezione di interessi generali facenti riferimento alla collettività complessivamente intesa.

¹⁴⁷ A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 195 s., ha individuato il fondamento costituzionale del principio di concorrenza nel collegamento della clausola di cui al comma 2 dell'art. 41 con l'eguaglianza sostanziale. Ulteriormente sul punto: A. Zito, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, XXVI, 219; G. Marongiu, *Interesse pubblico e attività economica*, cit., 89, 91. Per una analisi dei tre filoni si veda: L. Buffoni, *op. cit.*, 345, 356. Una meritevole ricostruzione dell'inquadramento del sistema di mercato concorrenziale nel nostro ordinamento è svolta da Alberto Zito in risposta alle ricostruzioni dottrinarie che, da un lato, danno per presupposta la superiorità

Pertanto, attraverso la clausola dell'utilità sociale la concorrenza contribuirebbe al benessere economico ed al progresso sociale della generalità dei consociati.

Si è ritenuto che la produzione in un contesto di mercato può essere annoverata tra gli interessi riconducibili all'utilità sociale anche attraverso la normativa a tutela della concorrenza e, conseguentemente, il principio di concorrenza e la sua tutela possano trovare il proprio fondamento nel limite dell'utilità sociale, di cui al secondo comma dell'art. 41 della Costituzione. Infatti, la produttività è obiettivo ed effetto di una economia di mercato aperta, tale da poter essere ascritta a quell'utilità sociale con cui non può contrastare l'iniziativa economica privata. Secondo l'orientamento dominante, gli interessi riconducibili all'utilità sociale sono gli interessi della società e, considerato che il sistema concorrenziale contribuisce allo sviluppo economico, la legislazione posta a tutela della concorrenza e del mercato trova il proprio immediato fondamento costituzionale nel secondo comma dell'art. 41¹⁴⁸. A sostegno della tesi che individua il fondamento della tutela della concorrenza nel limite dell'utilità sociale vi è la considerazione che la libertà di concorrenza sia espressione della libertà economica tra gli operatori, quale naturale svolgimento della libertà di iniziativa economica. Ricondurre la tutela della concorrenza, quale intervento volto a tutelare gli interessi della collettività, tramite la clausola dell'utilità sociale, determina l'adozione del parametro del pluralismo democratico tale da condizionare l'interpretazione dei rapporti economici¹⁴⁹.

In opposizione a tale orientamento si è ritenuto di non poter fondare la rilevanza costituzionale della disciplina *antitrust* attraverso il ricorso al comma 2 dell'art. 41 non solo per l'incertezza avvolgente la lettura dell'utilità sociale quale principio diretto al raggiungimento del benessere sociale, ma anche per la pretesa superiorità della concorrenza rispetto al monopolio in termini di efficienza allocativa ed equità distributiva¹⁵⁰. Invero, se si ammettesse che la concorrenza trova il suo fondamento

economica della concorrenza rispetto al monopolio e, dall'altro lato, non prendono in considerazione la dimensione organizzativa del mercato (A. Zito, *Mercato, regolazione del mercato*, cit., 240 ss.). Secondo Zito l'uguaglianza, quale principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura, come statuito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 25 del 1966, presidia la parità giuridica dei soggetti ed impedisce l'assoggettamento sostanziale di alcuni a posizioni di supremazia privata altrui, anche nell'ambito dei rapporti economici. In tal senso si muove lo stesso secondo comma dell'art. 41, il quale riassumendo in sé quei principi espressivi di una necessaria uguaglianza sociale impedisce all'iniziativa economica di trasformarsi in supremazia del privato. Invero, i limiti di cui al secondo comma dell'art. 41 non sarebbero altro che fini politici a cui è diretto l'ordinamento in forza del principio di uguaglianza sostanziale ai sensi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione. È proprio la parità reciproca dei soggetti del mercato ad indurre a considerare che già nella Costituzione vi sia in nuce una preferenza per la struttura di mercato concorrenziale. Tale ricostruzione consente di superare le obiezioni fondate sulla dubbia superiorità del meccanismo concorrenziale, involgendo, invece, il principio ordinamentale dell'uguaglianza, irriducibile alla sfera dell'efficienza economica. Conseguentemente, la disciplina *antitrust* è richiesta dallo stesso ordinamento costituzionale, perché necessaria a garantire che si determinino situazioni di fatto incompatibili col mantenimento dell'uguaglianza tra concorrenti nel mercato.

¹⁴⁸ Su quali siano gli interessi riconducibili all'utilità sociale si vedano gli indirizzi dottrinali sviscerati da C. Piccioli, *op. cit.*, 49 ss.

¹⁴⁹ G. Oppo, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir.civ.*, 1992, I, 15.

¹⁵⁰ A. Zito, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore*, cit., 87.

nell'utilità sociale, essa andrebbe intesa come un diritto assoluto. Ed assoluto non è, dato che il monopolio può anche generarsi dal fisiologico ritiro dei concorrenti per motivi estranei alla condotta dell'imprenditore superstite. Infatti, un regime che garantisce la concorrenza non assicura a nessuno la permanenza nel mercato, ma fa in modo che la selezione degli operatori del mercato spetti ai consumatori ed agli utenti, e non già ad accordi tra imprenditori, pratiche restrittive e posizioni dominanti¹⁵¹.

Inoltre, non sono trascurabili le osservazioni di chi ha ritenuto che la previsione del limite negativo della libertà di concorrenza, ovvero l'utilità sociale ed il rispetto della sicurezza e della dignità umana, sarebbe espressione di un conflitto immanente tra interessi privati imprenditoriali ed interessi di natura sociale¹⁵².

In conclusione, secondo la tesi descritta, il fondamento del principio di concorrenza andrebbe, quindi, rinvenuto nel secondo comma dell'art. 41 perché, da un lato, la concorrenza, come il mercato, non deve essere considerata come il fine, bensì come uno dei mezzi necessari per la realizzazione dell'utilità sociale¹⁵³, mentre, dall'altro lato, proprio il limite dell'utilità sociale costituirebbe la garanzia del mantenimento della struttura fondamentale concorrenziale del mercato¹⁵⁴. Tuttavia, ciò "provverebbe troppo", in quanto si può ritenere che siano vietati solo i comportamenti finalisticamente diretti ad ostacolare l'ingresso nel medesimo settore economico di altri soggetti o a favorire l'uscita di quelli già presenti sul mercato.

Se si intende l'utilità sociale come un "principio-valvola" in grado di consentire l'adattamento dell'ordinamento dei fatti sociali¹⁵⁵, come valore che partecipa di quei caratteri di giustizia sociale propri del nostro ordinamento, allora risulta possibile svolgere una lettura dell'art. 41 Cost. e dell'affermazione del principio di concorrenza nel nostro ordinamento costituzionale quale principio necessario per il perseguimento dell'economia sociale di mercato fortemente competitiva, di cui all'art. 3, comma 3, del TUE.

Invero, non sono i fini sociali di cui al comma 3 dell'art. 41 a porsi come limite alla libertà di iniziativa economica, ma è la libertà economica ad essere il limite dei fini sociali, nel senso che la tutela dei fini sociali è possibile fintantoché possa operare all'interno della logica del sistema economico¹⁵⁶. In definitiva, seguendo questo percorso

¹⁵¹ F. S. Marini, *Il «privato» e la Costituzione*, cit., 80.

¹⁵² Così, G. Ghidini, *Monopolio e concorrenza*, cit., 786.

¹⁵³ G. Oppo, *Costituzione e diritto privato*, cit., 543, 544. Sulle conseguenze dell'integrazione comunitaria nella Costituzione economica italiana si veda: G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, 109 e ss.

¹⁵⁴ G. Ghidini, *Slealtà della concorrenza e Costituzione economica*, cit., 88.

¹⁵⁵ M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 117.

¹⁵⁶ A. Zito, *Attività amministrativa e interesse del consumatore*, cit., 137. Invece, A. Algostino, *Democrazia sociale e libero mercato: Costituzione italiana versus Costituzione europea?*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 99, 121, sostiene che l'adozione delle politiche comunitarie di concorrenza sia contraria ai principi di democrazia sociale a cui è ispirata la Costituzione repubblicana.

argomentativo, la concorrenza, nel nostro ordinamento, non è vietata, anzi è incoraggiata per l'utile che ne viene indirettamente alla società.

7. La «rivoluzione comunitaria»: la spinta propulsiva della concorrenza

I lunghi e paralleli cammini percorsi dalla disciplina della libertà di iniziativa economica, nell'ordinamento interno, e da quella della tutela del mercato, nell'ordinamento comunitario, si sono - ad un certo punto - incrociati¹⁵⁷. I rapporti tra la parte della Costituzione italiana relativa ai “rapporti economici” e diritto dell'Unione Europea trovano esplicitazione esclusivamente nella libertà di concorrenza, nella misura in cui nel diritto comunitario l'attività economica privata è contemplata in quanto esercitabile in regime di concorrenza¹⁵⁸.

Il definitivo cambiamento di prospettiva nei riguardi del sistema economico da adottare è avvenuto con l'ingresso dell'Italia nella Comunità Economica Europea. Ciò ha determinato la contestuale limitazione della possibilità di aiuti ed incentivi statali alle imprese (art. 87 ss., TCE, ora art. 107 ss. TFUE), nonché introdotto regole sulla concorrenza tra privati (art. 81 ss., TCE, ora art. 101 ss. TFUE)¹⁵⁹. Il diritto di concorrenza promosso dalla Comunità Europea riflette l'interesse delle società per l'equità sociale, la libertà dallo sfruttamento e per il benessere del consumatore, tanto che l'obiettivo della protezione della concorrenza è stato spesso strettamente intrecciato con il raggiungimento della giustizia sociale¹⁶⁰.

Con l'adesione dell'Italia ai Trattati istitutivi le regole comunitarie della concorrenza hanno costituito un insieme unitario di principi immediatamente precettivi. Settant'anni dopo lo *Sherman Act*, la Comunità Economica Europea adotta un sistema di economia di mercato i cui caratteri fondamentali non godono della medesima diffusa accettazione con cui furono voluti ed accolti negli Stati Uniti alla fine del XIX secolo (v. *infra*). Invero, il disegno comunitario è il risultato della riflessione di élites culturali, coerente con la politica dei vincitori della guerra e, pertanto, rappresentativo di uno strumento per la ricostruzione postbellica e per il supporto alle forze nordamericane. All'indomani della seconda guerra mondiale, in alcuni Stati membri, tra cui l'Italia,

¹⁵⁷ M. De Benedetto, *Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Rivista della SSEF*, in <http://rivista.ssef.it/site.php?page=20041129120739175&edition=2010-01-01>.

¹⁵⁸ G. Bianco, *op. cit.*, 151.

¹⁵⁹ F. S. Marini, *Il «privato» e la Costituzione*, cit., 76.

¹⁶⁰ D. J. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe Protecting Prometheus*, Oxford, 1998, 2. L'A. ritiene che il processo d'integrazione europea ha ulteriormente aumentato l'importanza del diritto di concorrenza. Il cuore di quel processo trovò sede nella formazione di un mercato unificato in Europa ed il suo successo è dipeso dall'aver adottato norme e stabilito istituzioni in grado di rendere il mercato sia economicamente efficace che politicamente desiderabile. Il diritto di concorrenza è stato un fattore ulteriore nel raggiungimento di questo successo, fungendo da “motore” dell'integrazione e generando confidenza nelle istituzioni europee.

l'economia di mercato concorrenziale veniva messa in dubbio da parte delle componenti politiche del tempo, come appunto dimostrato nei paragrafi precedenti. Pertanto, nell'esperienza comunitaria le regole di concorrenza costituiscono parte essenziale di un organico disegno volto alla costituzione ed alla diffusione di un nuovo ordine nel rapporto tra mercato e potere pubblico¹⁶¹.

I padri fondatori della Comunità europea, ispirandosi alla legislazione *antitrust* statunitense, avrebbero rigettato i modelli di politica economica a marcata impronta dirigistica - prevalenti nei Paesi europei prima della seconda guerra mondiale - per abbracciare i principi di democrazia e libertà impliciti in una economia fondata, come quella statunitense, sul gioco delle leggi di mercato¹⁶².

Per la Comunità europea la concorrenza non solo è principio di organizzazione delle relazioni di mercato fondate su scelte autonome, ma costituisce anche il criterio originario di organizzazione della politica di integrazione fra gli Stati membri¹⁶³. Sulla concorrenza, definita il "faro di azione" della Comunità¹⁶⁴, si fondano le discipline dei Trattati che garantiscono su tutto il territorio europeo la libera circolazione delle merci, dei lavoratori, dei capitali ed i divieti posti agli Stati membri di frapporvi ogni ostacolo. Infatti, le regole del mercato contribuiscono incisivamente a determinare i caratteri generali dell'ordinamento comunitario insieme ai principi di eguaglianza e di non discriminazione, necessari per costruire un mercato comune in cui sia garantita la libera concorrenza¹⁶⁵. Senza la libera concorrenza, fondata sulla libertà di iniziativa economica e di godimento della proprietà privata, non può esistere un mercato comune. Oggetto di tutela del diritto dell'Unione Europea della concorrenza è la capacità del mercato di garantire che lo scambio dei beni e dei servizi sia fondato su scelte effettivamente autonome.

¹⁶¹ A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit., 43.

¹⁶² *Contra*, P. Picone, *Origine ed evoluzione delle regole di concorrenza comunitarie: l'apologia del mercato "sociale" europeo*, in *Critica del diritto*, 1974, 70. Secondo l'Autore l'esportazione in altri Paesi dell'ideologia del mercato statunitense e della libera concorrenza era funzionale al disegno di consolidare una egemonia mondiale "superimperialista", nel processo di sviluppo del capitale europeo: dalla fase della ricostruzione a quella dell'integrazione.

¹⁶³ L. Cassetti, *La cultura del mercato*, cit., 184. Invero, l'ispirazione comunitaria del principio di concorrenza, subordinata alla realizzazione degli interessi generali della Comunità, è sembrata di carattere "funzionalista". Siffatto approccio è stato temperato dagli interventi della Corte di Giustizia, quali la sentenza *Nold* (14 maggio 1974, C-4/73, *Nold, Koblen und Baustoffgrosshandlung c. Commissione*) in cui la Corte ha affermato che i diritti connessi al libero esercizio delle attività economiche «lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e dell'attività oggetto di tutela» di modo che la loro garanzia «fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico». Con la decisione *Regno di Spagna e Repubblica della Finlandia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea* (sentenza del 9 settembre 2004, C-184/02 e C-223/02) la libertà di iniziativa privata è stata bilanciata con le tutela della sicurezza pubblica intesa come incolumità dei singoli, anziché con le esigenze di efficienza del sistema economico complessivo (cfr. R. Niro, voce *art. 41 Cost.*, cit., 861).

¹⁶⁴ M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 579.

¹⁶⁵ L. Cassetti, *La cultura del mercato*, cit., 205 s.

La scelta del legislatore comunitario di attribuire la verifica del rispetto della disciplina *antitrust* ad un organo con alte responsabilità politiche, in controtendenza rispetto a quanto diffuso altrove ove viene attribuita a organi tecnico-burocratici o all'autorità giudiziaria, denota una lettura dell'intervento *antitrust* quale momento di mediazione reale tra il politico e l'economico¹⁶⁶. Le fondamenta del diritto comunitario della concorrenza risiedono nel pensiero degli ordoliberali di Friburgo, i quali sostenevano che l'essenza del governo democratico consiste nella tendenziale corrispondenza delle scelte pubbliche alla volontà dei governati e, poiché è impossibile raggiungere il consenso dei consociati sulle questioni concernenti il processo produttivo, il metodo democratico non può essere utilizzato per la gestione dell'economia, in quanto, altrimenti, verrebbero adottate, di volta in volta, scelte corrispondenti alle esigenze di chi riesce ad influire maggiormente sulle forze di governo. Sicché la proposta istituzionale degli ordoliberali è a favore di una forte, ma confinata, autorità dello Stato, in quanto il processo economico deve essere il risultato delle autonome decisioni dei privati attraverso un sistema concorrenziale¹⁶⁷. Nel sistema concorrenziale dell'Unione Europea rilevano gli atti compiuti nel mercato, a prescindere dai soggetti che li pongono in essere: è un capovolgimento di prospettiva, così come definito da Tullio Ascarelli. Infatti, Ascarelli mise in luce che la libertà di iniziativa e la conseguente libertà di accesso al mercato costituissero gli strumenti migliori per ottenere una diminuzione dei prezzi ed uno stimolo per il progresso «nell'interesse del pubblico dei consumatori reso giudice, nella libera concorrenza, che costituisce conseguenza della libertà di accesso al mercato, della competizione tra imprenditori, allora indotti a gareggiare per conquistarlo»¹⁶⁸.

È stato sostenuto che sia stato esclusivamente il processo di integrazione europea ad avviare l'emancipazione dallo schema dirigitico prefigurato dalla Costituzione, di talché è ammesso un sistema concorrenziale solo a seguito all'entrata nell'ordinamento costituzionale italiano di un principio comunitario che ha "abrogato" il terzo comma dell'art. 41 Cost., sostituendo il mercato concorrenziale, come modo di esercizio della libertà economica, ai programmi e ai controlli per indirizzare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali¹⁶⁹.

Vi è chi ha enfaticamente asserito che l'adesione italiana ai Trattati comunitari non abbia determinato una lettura evolutiva della norma costituzionale in tema di libertà di iniziativa economica, bensì una vera e propria "rottura della Costituzione", avendo

¹⁶⁶ P. Marchetti, *Impresa e mercato nella disciplina della concorrenza italiana e comunitaria*, in *Dem. e dir.*, 1977, n. 2, 309.

¹⁶⁷ A. Lalli, *op. cit.*, 50. Cfr. W. Röpke, *La crisi sociale del nostro tempo* (1942), trad. it., Roma, 1946, 109. Sull'influenza delle teorie degli ordoliberali: F. Caronna, *Qualche spunto sull'evoluzione della costituzione economica dell'Unione europea*, in *Ars Interpretandi*, 2001, 271.

¹⁶⁸ T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1954, 873 ss., 874.

¹⁶⁹ R. Nania, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino, 2001, 78; F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, cit., 183.

cagionato la disapplicazione del terzo comma dell'art. 41, ovvero degli strumenti dirigitici dei programmi e dei controlli diretti a coordinare l'economia verso fini sociali¹⁷⁰.

Tuttavia, è stata anche ritenuta antinamica l'adozione del modello economico dell'Unione Europea all'interno del sistema italiano, fondato originariamente su distinti presupposti¹⁷¹. Ciò nonostante, per quanto il modello di ordine pubblico economico veicolato dall'attuale diritto dell'Unione Europea sarebbe lontano da quello originariamente prefigurato dal Costituente, di antinomia in senso tecnico non parrebbe il caso di parlare, atteso che il contenuto dei vincoli comunitari circoscrive una *facoltà* costituzionalmente concessa al legislatore, ma non impone di certo a quest'ultimo di assumere comportamenti *vietati* dalla Costituzione¹⁷².

Nel 1957, attraverso l'adesione al Trattato di Roma ed in forza di un vincolo di natura internazionale nei confronti degli altri Stati membri della Comunità europea, l'Italia accettava il mercato dilatato a dimensione comunitaria come principio istituzionale¹⁷³. Come è noto, le spinte propulsive dell'ordinamento dell'Unione europea determinano un obbligo di adeguamento, sancito a livello costituzionale dall'art. 11 Cost., così come diffusamente interpretato, e poi ribadito dall'art. 117, comma 1, Cost., di talchè il sistema concorrenziale adottato a livello europeo non si riduce ad essere una opzione dello Stato membro ma una scelta sostanziale sul se aderire ancora all'Unione o meno¹⁷⁴.

Pertanto, la “costituzionalizzazione” del modello istituzionale di mercato concorrenziale nell'ordinamento italiano è avvenuta in forza del principio di supremazia del diritto comunitario che, di conseguenza, non ha reso necessario procedere alla revisione costituzionale dell'ormai inattuabile art. 41, comma 3, della Costituzione¹⁷⁵. Cosicchè i programmi di cui all'art. 41, comma 3, non sarebbero più uno strumento a cui l'Italia possa ricorrere, fintantoché membro dell'Unione Europea. È soprattutto con

¹⁷⁰ F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 22.

¹⁷¹ N. Irti, *op. cit.*, XVII.

¹⁷² F. Pedrini, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 18 gennaio 2010, 41.

¹⁷³ G. Guarino, *op. cit.*, 41.

¹⁷⁴ Cfr. R. Caranta, voce *Intervento pubblico nell'economia*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, 2000, 382. Infatti, a conferma di tale lettura G. di Plinio, *Mutamento costituzionale e libertà economica*, in <http://www.fondazionecristofocolombo.it>, marzo 2011, 6, evidenzia che «il completamento del mercato interno e la costruzione dell'Unione economica e monetaria hanno in sostanza formalizzato la crisi delle preesistenti regole “interventiste” di controllo dei mercati, della moneta e della finanza pubblica in tutti gli Stati membri, in un sistema di regolazione multilivello, che riduce i confini economici dello Stato posizionando i principi di unitarietà del mercato e garanzia della concorrenza, di libertà economica, ma anche di stabilità della moneta e di equilibrio economico e finanziario nella “fascia alta” delle fonti giuridiche degli ordinamenti degli Stati, sotto forma di limiti e vincoli parametrici e spostando in sede europea la funzione costituzionale di conformazione della libertà d'impresa e di uniformizzazione della legislazione economica».

¹⁷⁵ F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 22.

l'Atto Unico europeo e col Trattato di Maastricht che il modello dell'economia di mercato esercita nell'ordinamento italiano un'influenza determinante, modificando profondamente le istituzioni della nostra Costituzione economica e anche a definire il volto di una mutata costituzionale materiale¹⁷⁶.

I principi relativi alla disciplina del mercato sarebbero sostanzialmente estranei alla nostra tradizione costituzionale e, ancorché sia possibile individuare in Costituzione alcuni valori riconducibili alla libertà di concorrenza, quale la tutela dell'individuo nei confronti delle formazioni monopolistiche, non sarebbe rinvenibile una garanzia diretta del mercato concorrenziale inteso quale sistema di organizzazione più efficiente del sistema produttivo¹⁷⁷, al contrario di quanto avvenuto nell'ambito comunitario, essendo l'Unione Europea informata al principio della libera concorrenza. Si tratta, secondo la lettura comunitariamente orientata, di un contrasto risolto con la necessaria prevalenza dei principi comunitari in forza di varie ragioni. Innanzitutto, l'inattuazione di alcun sistema dirigistico nell'ordinamento italiano e l'assenza nella Costituzione italiana (fino al 2001) di norme senza "anfibiologie" ed espressamente riferibili al mercato concorrenziale, nonché la persistente mancanza di disposizioni concernenti le relazioni tra imprenditori e consumatori, hanno determinato che la disciplina di principio del governo dell'economia risiederebbe nel diritto comunitario. Inoltre, l'individuazione da parte della giurisprudenza costituzionale dell'unico limite alla prevalenza delle norme comunitarie nei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e nei diritti inalienabili della persona umana consente di adottare nell'ordinamento italiano un sistema di libero mercato incentrato sulla concorrenza, discostandosi dalla supposta scelta dirigistica dell'Assemblea costituente¹⁷⁸.

Pertanto, secondo questa lettura, nessuno sforzo interpretativo è in grado di conciliare le norme costituzionali, ispirate a principi di interventismo, se non di dirigismo, e i Trattati comunitari¹⁷⁹.

La spinta comunitaria a favore del libero mercato e della concorrenza ha ridotto la discrezionalità del legislatore nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati, come l'utilità sociale, in una direzione opposta a quella indicata dal diritto comunitario e al legislatore interno resta solo lo spazio di sovranità lasciato libero dal diritto dell'Unione Europea (Corte cost., sent. n. 443 del 1997), fermo restando che non è comunque esclusa l'adozione di una normativa nazionale più garantista¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Così, F. Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e società*, 2009, n. 3-4, 379, relazione presentata all'incontro "L'Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica?" promosso dalla Fondazione Magna Carta - Roma, 15 giugno 2010, <http://www.astrid-online.it>.

¹⁷⁷ A. Baldassarre, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 582, 602, nota 59.

¹⁷⁸ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 8.

¹⁷⁹ A. Baldassarre, in AA.VV., *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 1999, 54.

¹⁸⁰ S. Ninatti, voce *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. IV, Milano, 2006, 3149.

Per chi lega il principio di concorrenza esclusivamente al diritto comunitario, la Carta costituzionale ignora l'economia di mercato e le relazioni tra imprenditori e tra imprenditori e consumatori. Secondo una arguta metafora la libertà di iniziativa economica è una "figura verticale", perché individua sfere d'azione protette anche dallo Stato, mentre la concorrenza è una "figura orizzontale", nel senso che indica rapporti tra imprenditori che esercitano la libertà di iniziativa economica¹⁸¹. Il diritto del mercato, pertanto, "aggira" la Costituzione, traendo origine dal diritto comunitario. Il Trattato di Lisbona ha mostrato un'attenuazione della funzionalità del mercato comune e delle sue istituzioni economiche rispetto al raggiungimento di obiettivi di politica sociale. Infatti, l'Unione e gli Stati membri agiscono tenendo conto della necessità di mantenere la competitività dell'economia europea e gli Stati membri sono tenuti ad attuare le rispettive politiche economiche nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza.

Mentre l'art. 4, paragrafo 1, del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea prevedeva «l'adozione di una politica economica fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione degli obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza», l'art. 3, paragrafo 3 del Trattato sull'Unione Europea, così come modificato dal Trattato di Lisbona, dispone che l'Unione instaura un mercato interno e si adopera per uno sviluppo sostenibile dell'Europa basato anche «su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale».

A fronte di chi ha sostenuto che l'impatto comunitario ha richiamato l'ordinamento italiano al rispetto di valori già individuati in sede di Assemblea costituente, sulla base della considerazione che l'art. 41 offre delle robuste garanzie al principio della concorrenza¹⁸², vi è chi, invece, ha individuato uno stridente contrasto tra la Costituzione italiana ed il principio comunitario di economia aperta e di libera concorrenza. La ragione di tale contrasto sarebbe riconducibile alla circostanza per cui, mentre nel diritto comunitario le finalità economiche prevalgono su quelle sociali, nell'ordinamento italiano il progresso economico viene concepito come strumento per il raggiungimento delle finalità di progresso civile e sociale di cui al principio di uguaglianza sostanziale sancito dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, per cui il principio comunitario del mercato concorrenziale sarebbe sostanzialmente inidentificabile nel nostro ordinamento¹⁸³.

Tuttavia, attraverso una interpretazione evolutiva dell'art. 41, integrata dal parametro comunitario, è stato affermato che la Costituzione contempla un sistema

¹⁸¹ N. Irti, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, IV, 226. Secondo l'Autore per i Costituenti la concorrenza era un affare privato da affidare ad un regime inferiore, di diritto privato, ed immeritevole di tutela costituzionale.

¹⁸² G. Bognetti, *L'assemblea costituente e le libertà economiche*, cit., 207.

¹⁸³ M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 580 ss.

economico in cui l'economia di mercato è sottoposta a vincoli pubblici di varia natura¹⁸⁴. Ciò nonostante, l'interpretazione dell'art. 41 non deve essere così evoluta da superare la sua stessa *ratio* originaria, fondata sull'equilibrio delle ragioni della persona con le ragioni del mercato, il quale costituirebbe il limite al di là del quale il diritto comunitario non può andare¹⁸⁵. Il principio di economia di mercato aperta ed in libera concorrenza proprio dell'ordinamento comunitario ha consentito di far dispiegare le potenzialità concorrenziali “nascoste” nel primo comma dell'art. 41 della Costituzione¹⁸⁶.

Il rapporto tra l'art. 41 e le norme dei Trattati europei in tema di tutela della concorrenza è equivalente al rapporto tra un fenomeno soggettivo ed uno oggettivo: «la norma costituzionale fonda una situazione soggettiva di libertà individuale e tutela il diritto di impresa, il diritto comunitario esprime un modello di relazioni economiche e giuridiche e pone il mercato libero ed aperto come premessa per lo svolgimento della libertà di impresa»¹⁸⁷. Pertanto, oggi, stante il vincolo comunitario, se di inviolabilità della libertà di iniziativa economica – e per esteso della libertà di concorrenza – si vuole parlare, se ne deve parlare come “inviolabilità europea”¹⁸⁸.

L'esempio più visibile dell'influsso europeo è contenuto nella legge 10 ottobre 1990, n. 287, c.d. legge *antitrust*, la quale riprende ampi tratti della disciplina comunitaria della concorrenza, estendendola anche a quelle intese (e a quegli abusi di posizione dominante) di rilevanza esclusivamente interna. Tale legge istituisce una peculiare forma di intervento pubblico consistente nell'adozione di forme e strumenti volti a garantire il funzionamento concorrenziale del mercato, in forza dell'assunto che un mercato che si autoregola contiene al suo interno i germi della autodistruzione¹⁸⁹. Si tratta, quindi, di un sistema di *economic regulation* volto a mantenere la libera concorrenza ed in cui coesistono ragioni di mercato e ragioni di interesse pubblico¹⁹⁰. La ragione dell'intervento legislativo

¹⁸⁴ G. Bianco, *op. cit.*, 203.

¹⁸⁵ A. Lalli, *op. cit.*, 84.

¹⁸⁶ R. Niro, voce *Art. 41*, cit., 851.

¹⁸⁷ F. Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, cit., 379. Secondo P.A. «l'[art. 41 Cost.] garantisce tutela al diritto di impresa, ma non si impegna nella scelta di sistema che sarebbe stata necessaria per porre liberalizzazione e mercato alla base delle relazioni di tipo economico. [Il diritto comunitario] pone invece l'apertura del mercato e la libera competizione come premessa per il loro svolgimento; sicché prende le mosse da tale libertà, reprime ogni forma di limitazione ed ogni discriminazione all'accesso, accresce le quantità di informazioni sul mercato a beneficio dei consumatori, vieta gli aiuti pubblici alle imprese, esige il livellamento dei campi di gioco con la regolazione asimmetrica che ha interessato soprattutto gli ex monopolisti pubblici, sanziona gli illeciti anticoncorrenziali e limita le concentrazioni che hanno effetti anticompetitivi».

¹⁸⁸ Cfr. G. Grottanelli de' Santi, *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo II, Milano, 1996, 981, 994.

¹⁸⁹ L. Cassetti, *La cultura del mercato*, cit., 243.

¹⁹⁰ Per M. R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, 197, l'esperienza in materia *antitrust* ha determinato il superamento della contrapposizione fra esigenze pubbliche e ragioni del mercato, in quanto in tale settore le “ragioni del pubblico interesse e ragioni del mercato coincidono e giustizia ed efficienza vengono perseguite entrambe dall'intervento amministrativo che si fa fautore dello stesso mercato, oltre che della comunità civile”.

è ravvisabile nell'effetto dell'apertura dell'idea di mercato verso quei soggetti, quali consumatori, risparmiatori, lavoratori, intermediari, investitori, destinati a subire gli effetti negativi di una concorrenza distorta o dell'esercizio di un potere (quasi) monopolistico¹⁹¹.

Inoltre, la l. n. 287 del 1990, da una parte (art. 1, comma primo), riconduce le proprie disposizioni alla funzione di «attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica», dall'altra (art. 1, comma quarto) sancisce – per quel che più interessa – come «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza», prescrivendo in tal modo una attuazione comunitariamente conforme del disposto costituzionale¹⁹².

Secondo un'altra lettura, la l. n. 287 del 1990 è affetta da “strabismo costituzionale”, in quanto da un lato si autoqualifica come attuativa dell'art. 41 Cost. “a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica” (definito anche come principio del coordinamento e parallelismo tra sistema dell'Unione Europea e sistema nazionale della libera concorrenza), mentre, invero, i limiti posti dalla legge non sono a garanzia della libertà, bensì dei valori sovrastanti, ovvero l'utilità sociale a cui è stata ricondotta la tutela del mercato¹⁹³. È fatto di per sé eloquente che solo in sede di redazione finale del testo di legge venne inserito il riferimento all'attuazione dell'art. 41 della Costituzione. Il legislatore ordinario, con il presidio dei valori e degli scopi fondamentali dell'art. 41, riconosce la supremazia del diritto comunitario della concorrenza, affermata nella seconda parte del primo comma dell'art. 1 della legge n. 287¹⁹⁴. La supremazia del diritto comunitario si manifesta anche nell'estensione dell'applicabilità della legge: la normativa interna può essere applicata solo in quei casi in cui non si può applicare il diritto comunitario della concorrenza.

Ancora più avanti in questa direzione sembrerebbe essersi poi spinta la Corte costituzionale, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione. L'art. 117 (oltre alla già menzionata prescrizione del rispetto dei vincoli comunitari) cita espressamente la «tutela della concorrenza» (comma 2, lett. e) come materia di competenza esclusiva statale. In specie, la Corte, nella sent. n. 14 del 2004 (v. *infra*), ha avuto modo di affermare come «dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in

¹⁹¹ G. Marongiu, *Interesse pubblico e attività economica*, in *Jus*, 1991, 96.

¹⁹² F. Pedrini, *op. cit.*, 41.

¹⁹³ G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, cit., 543.

¹⁹⁴ M. Pinnarò, *Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza. Di talune ellissi e pleonasmii, nella legge antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990*, in *Giur. comm.*, 1993, 430, 432. Secondo Francesco Saja la formulazione dell'art. 1 della legge n. 287 sarebbe stata viziata da un errore materiale, in quanto i redattori avrebbero dimenticato di precisare che la legge *antitrust* debba essere interpretata “anche” in base ai principi delle Comunità europee (in P. Chiassoni, *Istruzioni sull'uso della legge antitrust*, in *Pol. dir.*, 1991, 327, 329).

libera concorrenza» e come «quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali».

In effetti, la principale conseguenza costituzionale del forte impulso verso la concorrenza ed il libero mercato, derivante dai processi di integrazione europea, si rinviene nella rimarchevole compressione dello spazio concesso alla discrezionalità legislativa nell'attuazione delle clausole limitative dell'art. 41, prima fra tutte quella dell'utilità sociale, la quale sempre più tenderà a coincidere (nella sua concretizzazione da parte del legislatore ordinario) con le ragioni dell'economia di mercato. Con ciò i diritti economici parrebbero oggi beneficiare, in modo tendenzialmente stabile, d'una forma di garanzia, (indirettamente) garantita anche a livello costituzionale, di cui originariamente non erano provvisti a livello statale¹⁹⁵.

In definitiva, in Italia la cultura del mercato, la consapevolezza che esso non sia un disvalore da contenere, bensì un valore da sviluppare quale promotore di efficienza economica ed organizzativa è avvenuta per mezzo dell'ingresso dei principi comunitari¹⁹⁶. È possibile affermare che, grazie all'adesione alla Comunità Europea, la cultura del mercato entrò definitivamente a far parte del nostro ordinamento che lo accettò come principio istituzionale irrevocabile, come un valore da difendere anche grazie all'intervento pubblico volto a salvaguardarne la concorrenzialità¹⁹⁷.

La tutela della concorrenza segna ulteriormente il passo del necessario collegamento continuo e pregnante fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea, ove appunto il principio di libera concorrenza ha trovato la sua culla, tanto che la conformità della disciplina di diritto interno al diritto comunitario (ed agli obblighi internazionali) è divenuta ormai condizione di legittimità della legislazione economica dello Stato e delle Regioni¹⁹⁸.

L'impatto del diritto dell'Unione Europea sull'ordinamento italiano ha prodotto un'inversione di tendenza: dal progressivo restringimento delle libertà economiche e dell'autonomia della società civile ad un processo di espansione¹⁹⁹. Inoltre, la lettura comunitaria della concorrenza aperta e libera determina un'interpretazione della concorrenza quale strumento di benessere e di crescita complessiva dello spazio

¹⁹⁵ F. Pedrini, *op. cit.*, 41.

¹⁹⁶ G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 16.

¹⁹⁷ L. Mezzetti, *Costituzione economica e libertà di concorrenza in Italia*, cit., 212.

¹⁹⁸ M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, cit., 705.

¹⁹⁹ G. Bognetti, *L'assemblea costituente e le libertà economiche*, cit., 209.

economico europeo e, pertanto, la vigilanza delle istituzioni pubbliche erge una diga contro le pratiche anticoncorrenziali poste sia dalle imprese che dallo stesso Stato²⁰⁰.

8. Proposte di riforma dell'art. 41 della Costituzione

Quanto esposto nei precedenti paragrafi rappresenta il percorso compiuto per riconoscere nella libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41, il fondamento della libertà di concorrenza e, conseguentemente, del sistema di tutela *antitrust*. Infatti, a prescindere dalla circostanza che nel testo originario della Costituzione non si sia fatto esplicito riferimento al mercato ed alla concorrenza, è stato comunque possibile ricostruire in via interpretativa la legittimazione di una disciplina *antitrust*, quale strumento di garanzia della libertà economica dei privati nei confronti del potere dello stesso mercato²⁰¹. Pertanto, la libertà di concorrenza sarebbe quasi un "valore implicito" nella libertà di iniziativa economica²⁰². Tuttavia, si sono levate alcune voci a sostegno della considerazione che la Costituzione italiana, molto rigorosa nella tutela delle libertà civili, garantisce decisamente meno la libertà di iniziativa economica e di proprietà privata²⁰³.

L'art. 41 della Costituzione, nonostante il fatto che si sia prestato a letture diametralmente distanti, non è stato mai oggetto di revisione costituzionale e pochi sono stati i sostenitori dell'impellenza di una sua radicale modifica²⁰⁴. Ciò nonostante, recenti proposte riportano in evidenza il tema della modifica dell'art. 41 della Costituzione, al fine di renderlo espressione delle attuali posizioni economiche dell'ordinamento italiano²⁰⁵.

²⁰⁰ Così, G. Luchena, *La «tutela della concorrenza» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Governance dell'economia e integrazione europea*, a cura di F. Gabriele e M. A. Cabiddu, vol. I, Milano, 2008, 103, 106.

²⁰¹ In questo senso: A. Lalli, *op. cit.*, 88.

²⁰² A. Baldassarre, voce *Iniziativa*, cit., 602, si riferisce ad una tutela costituzionale indiretta della concorrenza «attraverso i presupposti permissivi della libertà di iniziativa privata».

²⁰³ G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, n. 3, 629, 638.

²⁰⁴ In tal senso: G. Bognetti, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995, 183, e A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, 441. Per G. Di Gaspare, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, cit., il problema risiede nella mancata applicazione dell'art. 41 della Costituzione, trasformandosi da imputato a parte lesa, perché già nella sua attuale formulazione è data piena tutela alla libertà economica e alla libertà di concorrenza. Secondo l'A., infatti, il problema risiede nella mancata applicazione dell'art. 41, in quanto «non si può confondere il testo costituzionale con la realtà dell'economia ed imputare al testo che non viene applicato, la schizofrenia tra una costituzione economica, formalmente liberale, ed una realtà economica piattamente contrastante». Al contrario, per C. Sbaìlò, *La libertà economica come libertà dimidiata. La parabola dell'articolo 41 della Costituzione tra dirigismo e iperregolamentazione*, in <http://www.fondazionecristoforocolombo.it>, marzo 2011, 14, «il passaggio all'economia sociale di mercato passa, obbligatoriamente, per una riforma costituzionale, che riquilifichi la libertà economica e disinneschi la mina dirigistica inserita nelle pieghe del Titolo V della Costituzione».

²⁰⁵ Il 13 giugno 2010 l'allora Ministro dell'Economia e delle Finanze Giulio Tremonti, in occasione di un congresso della CISL, ha espresso la necessità di revisionare l'art. 41, al fine di migliorare la libertà di

Il disegno di legge costituzionale presentato dal Governo (A.C. n. 4144 del 18 aprile 2011) ha proposto la modifica degli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione. Per quanto riguarda l'art. 41, come specificato nel relativo Dossier di documentazione predisposto dalla Camera dei Deputati, «la garanzia costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata viene estesa anche alla libertà dell'attività economica, da intendersi quale successivo momento di svolgimento intrinsecamente connesso alla fase iniziale di scelta dell'attività stessa; viene, inoltre, inserita la previsione secondo la quale è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. La novella, tanto per l'iniziativa quanto per l'attività economica, aggiunge, oltre ai limiti previsti dal testo vigente, anche quello per cui entrambe non possono svolgersi in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione. Il terzo comma del vigente art. 41 viene, poi, interamente riscritto: si stabilisce che la legge si conformi ai principi di fiducia e di leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni e i cittadini, prevedendo, di norma, controlli successivi»²⁰⁶.

impresa e dare maggiore centralità alle grandi infrastrutture nazionali. Secondo Tremonti l'art. 41 non ha impedito le liberalizzazioni, ma non ha neanche ostacolato le complicazioni dovute ad un eccesso di regole contrarie allo sviluppo. Inoltre, venne proposto di aggiungere all'art. 41 il principio del riconoscimento della responsabilità personale, dell'autocertificazione e del controllo *ex post*. Il testo dell'intervista è consultabile dal sito web de "Il Sole 24 Ore": <http://www.ilsole24ore.com/art/economia/2010-06-13/tremonti-cisl-riforme>; sul punto anche G. Tremonti, *Troppe leggi (spesso sbagliate). È questa la tirannia da abbattere*, in *Corriere della Sera* del 12 gennaio 2011. Il disegno di legge promosso da Tremonti, in data 18 giugno 2010, prevede modifiche non solo all'articolo 41, ma anche all'art. 118, comma quarto, della Costituzione. Per quanto concerne l'articolo 41 è stato proposto l'inserimento di due commi: «La Repubblica promuove il valore della responsabilità personale in materia di attività economica non finanziaria» e «Gli interventi regolatori dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali che riguardano le attività economiche e sociali si informano al controllo *ex post*». Ulteriormente e contestualmente è stata promossa l'adozione di due nuovi commi nell'articolo 118 della Costituzione. Il primo comma raccomanda che, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge costituzionale, sia lo Stato che gli enti locali dovranno provvedere a consentire che le rispettive normative in materia urbanistica siano «adeguate in modo che le restrizioni del diritto d'iniziativa economica siano limitate allo stretto necessario per salvaguardare altri valori costituzionali». Dall'ambito di applicazione del nuovo istituto della segnalazione di inizio attività sono escluse le fattispecie sottoposte al codice penale o che derivano dall'attuazione delle direttive comunitarie o internazionali. Il secondo comma richiede che, entro tre mesi, dovrà essere reso pubblico l'elenco dei casi «che escono dal campo di applicazione» della nuova normativa. La mancata pubblicazione, «salvo che riguardo alle leggi penali che prevedono fattispecie di delitto e alle normative internazionali, vale a salvare la buona fede di chi ha intrapreso un'attività economica e sociale».

²⁰⁶ Camera dei Deputati, *Dossier di Documentazione, Modifiche agli artt. 41, 45, 47, 53, 97 e 118 della Costituzione - A.C. 4144 e abb. - Elementi per l'esame in Assemblea*, approvato in Commissione Affari Costituzionali il 23 settembre 2011. Il testo proposto è il seguente:

«L'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge.

Non possono svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, con i principi fondamentali della Costituzione o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge e i regolamenti disciplinano le attività economiche unicamente al fine di impedire la formazione di monopoli pubblici e privati.

La legge si conforma ai principi di fiducia e di leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni e i cittadini prevedendo, di norma, controlli successivi».

Il disegno promosso intende valorizzare i principi sociali e liberali che sono a fondamento della responsabilità economica, appunto perché «la libertà di concorrenza, espressione di una piena libertà economica, è divenuta valore ordinamentale che ha ispirato le politiche legislative di liberalizzazione e di privatizzazione dell'economia nel corso degli anni Novanta e non solo»²⁰⁷.

Tuttavia, se è vero che la libertà di impresa in Italia è avvolta da “lacci e laccioli” che frenano le attività produttive, lascia perplessi come, attraverso una simile modifica, si possa ottenere una effettiva libertà di concorrenza e se debba passare proprio attraverso una novella costituzionale di tale portata²⁰⁸. Come è stato già precisato, il mancato espresso riferimento in Costituzione ad un modello specifico di

Per un commento al testo proposto si veda: M. Clarich, *Art. 41 Costituzione. «L'attività economica è libera. La legge può prevedere limiti e controlli indispensabili per la tutela di interessi pubblici»*, in *I Dossier di ApertaContrada*, in <http://www.apertacontrada.it/discussione-intorno-allart-41-cost/>, settembre 2011; G. Santoni, *Non cambiate l'art. 41 Cost.*, in *I Dossier di ApertaContrada*, in <http://www.apertacontrada.it/discussione-intorno-allart-41-cost/>, settembre 2011; G. Di Gaspare, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, cit. Si ricordano, inoltre, altre proposte di modifica dell'art. 41 della Costituzione presentate da alcuni parlamentari durante la XVI Legislatura. Le proposte Vignali ed altri (A.C. 3039 e A.C. 3054) lasciano intatto il primo comma, mentre propongono la modifica del secondo e del terzo comma e l'aggiunta di un quarto comma: «L'iniziativa economica privata è libera. Essa si svolge a favore della dignità umana, della libertà e della sicurezza. Lo Stato ne riconosce l'utilità economica e sociale e l'essenziale contributo al benessere generale. L'imprenditore che partecipa direttamente alla gestione dell'impresa è considerato, a tutti gli effetti, un lavoratore». Ulteriormente, la proposta Beltrandi ed altri (A.C. 3967) novella solo il comma 1 dell'art. 41, affermando che «L'iniziativa economica privata è libera e deve svolgersi in condizioni di concorrenza. Chi la intraprende ne è esclusivo responsabile». In ultimo, si ricorda il disegno di legge costituzionale presentato al Senato da Compagna ed altri nel luglio 2010, il cui esame non è stato ancora iniziato (A.S. 2269 - *Modifica all'articolo 41 della Costituzione, in materia di esercizio dell'attività economica e di tutela del consumatore*). Tale disegno di l.c. risulta ispirato a fini diversi dagli altri succitati, poiché - riprendendo la proposta di Cortese presentata in Assemblea Costituente (v. *infra*) - mira a dare maggiore considerazione al consumatore, quale soggetto da tutelare all'interno di un'economia sociale di mercato: «La legge regola l'esercizio dell'attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore». In relazione, invece, alle proposte dirette ad abrogare il terzo comma dell'art. 41 Cost. l'interrogazione al Governo A.S. 3-019000 (Ceccanti ed altri) ha evidenziato che il testo del terzo comma dell'articolo 41 non è mai stato d'ostacolo a liberalizzazioni coerenti con un'economia sociale di mercato. A fondamento di tale assunto i promotori dell'interrogazione hanno rilevato che la giurisprudenza costituzionale non ha mai interpretato l'articolo 41, terzo comma, della Costituzione nel senso di considerare incostituzionali, e quindi di rimuovere dall'ordinamento, normative ritenute troppo favorevoli alla libertà di iniziativa economica.

²⁰⁷ Così la Relazione Illustrativa del disegno di legge costituzionale A.C. 4144.

²⁰⁸ Sull'inutilità di una riforma dell'art. 41 Cost. si veda: A. Barbera, *Imprese. Che c'entra l'art. 41 della Costituzione?*, in <http://www.scuoladipolitica.it/static/magazine/Imprese.Che-c-entra-l-art.-41-della-Costituzione-104.aspx>, giugno 2010. Nell'art. 41 della Costituzione “la coesistenza di principi apparentemente contraddittori è realizzata [...] non assumendo nessun principio come assoluto, perché l'assolutezza di uno escluderebbe tutti gli altri” (P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 164). Di “lacci e laccioli” parlò Guido Carli in occasione di un incontro di studio organizzato dalla Confindustria nel 1977. Con tale *slogan* - già usato da Einaudi - Carli intendeva denunciare quei vincoli di carattere politico e corporativo che ancora oggi frenano lo sviluppo dell'economia e del sistema in Italia. A riguardo si veda G. Carli, *Lacci e Laccioli*, Roma, 2004. Invece, G. di Plinio, *Mutamento costituzionale*, cit., 14, è a favore di una modifica dell'art. 41 della Costituzione, perché utile, ma non sufficiente se non inserita all'interno di un'organica modifica di altre norme costituzionali (almeno gli artt. 42, 43, 47, 79, 81, 117, 118) e di una mirata politica di *deregulation* volta ad eliminare regolazioni improduttive e le relative strutture burocratiche predisposte all'*enforcement* di tali regolazioni. Sulla *deregulation* si veda G. di Plinio, *Il common core della deregulation*, Milano, 2005.

sistema economico, nonché il mancato utilizzo dei termini “mercato” e “concorrenza” nell’originario testo costituzionale non costituiscono affatto rifiuto dell’economia di mercato²⁰⁹. Al contrario, è ormai da considerare inconfutabile che l’Italia abbia adottato un modello di mercato di matrice concorrenziale. Di conseguenza, l’introduzione di disposizioni talmente specifiche a livello costituzionale non sarebbe comunque lo strumento idoneo per affermare l’effettività del modello concorrenziale adottato²¹⁰.

Sebbene trattare la Costituzione come “un corpo inanimato da venerare nel sacrario” è il modo peggiore per difenderla, è opportuno chiedersi se sia davvero necessaria una riforma dell’art. 41 e, qualora la risposta sia affermativa, se sia quella recentemente proposta ciò di cui l’Italia ha bisogno per ottenere maggiore sviluppo economico ed una effettiva ed efficace libertà di concorrenza.

L’art. 41 Cost., come è stato tracciato *supra* nella parte relativa ai lavori in Assemblea costituente, è una norma costituzionale volutamente elastica: il Costituente ha inteso lasciare agli indirizzi politici, di volta in volta prevalenti, la possibilità di scegliere l’opzione di direzione economica più adatta. Tuttavia, l’ingresso nelle Comunità europee e l’affermazione di un modello di economia globale liberista hanno certamente reso inutilizzabile il comma 3 dell’art. 41 Cost. in materia di pianificazione e programmi e determinato l’ineluttabile necessità della scelta di un modello concorrenziale. L’art. 41 Cost. non ha impedito liberalizzazioni e semplificazioni, ma, per certi versi, non le ha neanche stimulate e forse, in tale direzione, potrebbe essere condotta una possibile riforma costituzionale.

A riguardo, risulta dubbia l’efficacia dei disegni di legge costituzionale depositati, apparendo più come dei manifesti che come dei programmi di sviluppo. Infatti, affermare che è concesso tutto ciò che non è vietato dalla legge non costituisce un principio né di dirompente novità né di funzionale utilità, dato che non solo si tratta di un principio dello Stato di diritto, già consolidato nel nostro ordinamento, ma anche di

²⁰⁹ N. Occhicupo, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, 206.

²¹⁰ Al contrario, sarebbe opportuno chiedersi se sia auspicabile l’introduzione di norme analoghe a quelle presenti in ordinamenti costituzionali meno risalenti, quale quello portoghese, nella cui Costituzione del 1976 sono previsti i “diritti dei consumatori” (Art. 60):

“(Direitos dos consumidores)

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.
2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.
3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.”

(In <http://didattica.spbo.unibo.it/pais/ceccanti/dispense/constpt2005.pdf>).

una affermazione-manifesto volta ad omaggiare il “vessillo della crociata della semplificazione normativa”. Inoltre, tale inciso sulla libertà di fare tutto ciò che non sia vietato dalla legge (c.d. “inciso Tremonti”) è sembrato introdurre una riserva di legge rispetto alla libertà d’impresa. Per tale ragione, nell’ultima versione del disegno di legge costituzionale tale inciso è stato eliminato e il 18 ottobre 2011 si è proposto di modificare l’art. 41 in tal modo: «L’iniziativa e l’attività economica private sono libere. La legge non può stabilire limitazioni all’iniziativa e all’attività economica privata se non quando necessario a tutelare i principi fondamentali della Costituzione, la sicurezza, la libertà e la dignità dell’uomo e l’utilità sociale. La legge, nel rispetto del principio di libera concorrenza, disciplina le attività economiche al fine di impedire la formazione di monopoli».

Ancora una volta risulta difficile comprendere, al di là della recisione del terzo comma dell’art. 41 Cost., se effettivamente il disegno di revisione costituzionale proposto sia in grado di perseguire gli scopi di liberalizzazione e di semplificazione posti alla base della promossa riforma.

Invero, le proposte presentate dal Governo, a prescindere dalle loro *chances* di successo in Aula, sono servite quanto meno a sollevare il dibattito sul riferimento alla libertà di concorrenza nel testo costituzionale e a promuovere ulteriori interventi in materia. In tal senso, si legge quanto proposto dall’Istituto Bruno Leoni che, partendo dalla considerazione che l’unico principio che manca in Costituzione è quello per cui lo Stato non può fare concorrenza al privato, propone - contestualmente all’abrogazione dell’art. 43 e dei commi 2 e 3 dell’art. 41 - l’introduzione di una regola al negativo: lo Stato non può essere imprenditore quando esistono già degli operatori economici in grado di soddisfare le medesime esigenze e con la stessa, se non superiore, capacità di soddisfacimento dei consociati, risolvendosi l’iniziativa economica pubblica in una scelta sussidiaria rispetto a quella privata. Secondo l’Istituto ciò consentirebbe di stabilire in maniera chiara quando lo Stato debba intervenire e quando il mercato *ex se* possa essere considerato efficiente, nonché darebbe un segnale di fiducia verso il mercato, pur non compromettendo la solidarietà economica e sociale, poiché sarebbe consentito l’intervento pubblico al fine di garantire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale²¹¹.

Considerata l’inattuabilità e l’inattuazione della pratica della programmazione economica come costituzionalmente necessaria, ai sensi del terzo comma dell’art. 41 Cost., sarebbe effettivamente auspicabile una sua abrogazione ed un’integrazione dell’art. 41 Cost. con riferimento agli interessi dei consumatori nell’ambito di un mercato concorrenziale²¹². La libertà di iniziativa economica non è appannaggio solo

²¹¹ Cfr. S. Sileoni, *Art. 41 Cost.: la proposta dell’Istituto Bruno Leoni*, in http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/Focus/IBL_Focus_190_Sileoni.pdf, 20 settembre 2011.

²¹² Invero, se si dovesse attuare il terzo comma dell’art. 41 Cost., si darebbe vita ad un insanabile contrasto coi principi fondamentali dell’Unione Europea. Infatti, le quattro libertà (di movimento dei beni, dei servizi, delle persone e dei capitali) previste dai Trattati europei, come pure la libertà di concorrenza, sono incompatibili con i programmi e i controlli e – conseguentemente - col terzo comma dell’art. 41 Cost.

dell'imprenditore ma anche del consumatore, perché il consumatore valutando i prezzi relativi dei beni sul mercato, premiando o punendo un produttore, domandando un certo tipo di qualità piuttosto che un'altra, ha un ruolo di iniziativa economica non secondario rispetto a quello dell'imprenditore. In questo senso la revisione dell'art. 41 dovrebbe introdurre un riferimento esplicito alla difesa ed estensione del benessere del consumatore come manifestazione della libertà costituzionale di iniziativa privata.

In conclusione, considerato che tali obiettivi sono perseguiti a prescindere da quanto esplicitamente disposto nel testo costituzionale, si ritiene che, quantunque siano rigidi i principi costituzionali economici, essi presentano una spiccata attitudine ad adeguarsi continuamente alla struttura politica e sociale dello Stato in evoluzione²¹³.

Tuttavia, risulta interessante la proposta di Mario Libertini lanciata nel dibattito di Aperta Contrada, in cui – pur sostenendo che sarebbe preferibile non procedere alla riforma dell'art. 41, continuando a seguire la sua interpretazione evolutiva – dà spazio al collegamento tra economia di mercato e benessere collettivo, alla riserva dei settori soggetti a vigilanza per via dell'interesse economico generale ad essi sottostanti, ai limiti da porre all'iniziativa economica pubblica, nonché inserisce un espresso riferimento alle autorità amministrative indipendenti²¹⁴. La soluzione di Libertini è decisamente più recettiva del mutato quadro delle libertà economiche oggi esistente rispetto a quanto contenuto nelle dichiarazioni di principio promosse nei descritti disegni di legge costituzionale.

Infatti, nell'ottica di una revisione costituzionale dell'art. 41 della Costituzione, per quanto non necessaria, sarebbe opportuno riconoscere il modello di fatto esistente, considerando la libera economia di mercato quale fondamento del benessere collettivo,

²¹³ Così G. Quadri, *Il diritto pubblico dell'economia*, cit., 45.

²¹⁴ Il testo della proposta di M. Libertini, *Un nuovo testo per l'art. 41 Cost.?*, in *I Dossier di ApertaContrada*, <http://www.apertacontrada.it/discussione-intorno-allart-41-cost/>, settembre 2011, è il seguente:

1. L'iniziativa economica privata è libera.
2. L'impresa operante in libera economia di mercato è tutelata in quanto strumento indispensabile per la realizzazione del massimo benessere collettivo.
3. La Repubblica tutela la concorrenza fra imprese e istituisce un'autorità amministrativa indipendente avente la funzione di vigilare sulle condizioni di concorrenza effettiva nei diversi mercati.
4. Nell'esercizio della loro attività, le imprese devono astenersi dal compiere atti contrari ai valori garantiti dalla Costituzione o comunque idonei a recare danno alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana.
5. La legge determina i settori economici nei quali la produzione dev'essere regolata come servizio di interesse economico generale e che, a tal fine, sono soggetti a vigilanza da parte di autorità amministrative indipendenti.
6. La legge determina le categorie di beni o servizi che devono essere liberamente fruibili, come beni pubblici, da parte di tutti i cittadini.
7. L'iniziativa economica pubblica è consentita quando il ricorso al mercato non garantisca sicuri guadagni di efficienza e limitatamente allo svolgimento di attività strumentali alle finalità istituzionali dell'ente interessato, nonché per finalità di autoproduzione di beni o servizi.

dando riconoscimento esplicito al principio della tutela della concorrenza²¹⁵, indicando il ruolo delle autorità amministrative indipendenti in materia, nonché specificando il riferimento ai servizi universali e la necessità di interventi pubblici in settori in cui il ricorso al mercato non sia socialmente efficiente, ovvero nelle ipotesi di “fallimento del mercato”, quando la collettività risulterebbe danneggiata da un “disinteresse” del mercato per un determinato settore economico o, ancora, nel caso di beni pubblici da regolare secondo un criterio di efficienza sociale nell’impiego delle risorse²¹⁶.

²¹⁵ F. Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione*, cit., è, invece, contrario all'introduzione in Costituzione di un esplicito riferimento alla concorrenza quale principio di mercato perché, spostando la garanzia dal polo soggettivo dell'individuo a quello funzionale ed oggettivo del libero mercato concorrenziale, si darebbe vita al paradosso della libera concorrenza. Conseguentemente, se la protezione costituzionale si sposta dalla libertà individuale a quella oggettiva del mercato concorrenziale, si determinerebbe un eccesso di regolazione e la legittimazione di interventi tendenti alla regolazione proconcorrenziale, ma surrettiziamente mirati alla tutela di altri interessi e fondati su scelte meramente politiche. Tuttavia, l'A. sostiene che sarebbe ammissibile l'accoglimento dell'apertura del mercato concorrenziale e della sua relativa regolazione, purchè sia regolato per la tutela di interessi costituzionali individuati e sia assicurato il temperamento di tutte le libertà individuali in gioco. Se così non fosse – prosegue l'A. - modificare l'art. 41, sostituendo la libertà di concorrenza alla libertà di iniziativa economica, potrebbe rilevarsi paradossalmente sbagliato.

²¹⁶ A livello costituzionale si tratta di limiti contro l'utilità sociale e, pertanto, già tutelati dall'art. 41, comma secondo, Cost. Così, G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, 89 ss.

CAPITOLO II

IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN MATERIA DI TUTELA DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale e l'affermazione del principio di concorrenza. – 2. La giurisprudenza costituzionale anteriore alla legge n. 287 del 1990: dalla concorrenza come rischio alla concorrenza come vantaggio? – 2.1. L'intervento pubblico "paladino" dell'utilità sociale. – 2.2. Un *revirement* isolato: la sent. n. 223 del 1982 tra mercato concorrenziale ed interesse collettivo. – 2.3. Alla vigilia della legge n. 287 del 1990: la sentenza n. 241 del 1990. – 3. Passi incerti tra legge *antitrust* e riforma del Titolo V della Costituzione. – 4. La giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V: verso il modellamento della nozione, della collocazione della materia e del principio di concorrenza. – 4.1. La trasversalità delle materie tra ambiti materiali ed interessi territorialmente sovraordinati. – 4.2. Le ragioni della "trasversalità" della tutela della concorrenza. – 4.3. L'*actio finium regundorum* della materia operata dalla giurisprudenza costituzionale. – 5. Settori concorrenziali all'incrocio tra competenze statali e regionali. – 5.1. Servizi pubblici locali. – 5.2. Contratti pubblici. – 5.3. Orari di apertura degli esercizi commerciali e vendite promozionali. – 6. Uniformità, trasversalità e tutela della concorrenza. – 7. Il contenuto della tutela della concorrenza e "l'irrompere del principio nel gioco della concorrenza". – 7.1. La nozione. – 7.2. Il principio e gli interessi protetti. – 8. L'"arresto" del caso Alitalia.

1. La Corte costituzionale e l'affermazione del principio di concorrenza

Prima che la concorrenza venisse riconosciuta quale canone costituzionale fondante la libertà di iniziativa economica e lo stesso sistema economico, la Corte aveva mantenuto una posizione di distanza da qualsiasi assunto suscettibile di deriva liberista. Anzi, questioni concernenti la politica industriale e la tutela del consumatore rimanevano ai margini del giudizio di costituzionalità, ove prevaleva l'esigenza di non sovrapporre valutazioni proprie della Corte al merito delle norme poste dal legislatore²¹⁷. Pertanto, sino alla revisione dell'art. 117 Cost. ad opera della l.c. n. 3 del 2001, con cui per la prima volta viene inserito un esplicito riferimento alla concorrenza in Costituzione, l'elaborazione della giurisprudenza costituzionale è stata concentrata sui rapporti tra la garanzia della sfera privata di libertà e della simmetrica garanzia dell'intervento pubblico, di cui all'art. 41 della Costituzione²¹⁸. Dopo alcune rilevanti pronunce in senso liberista negli anni '60 (sentenze n. 46 del 1963, n. 5 del 1962, n. 103 del 1957), la Corte costituzionale ha prevalentemente considerato l'intervento pubblico,

²¹⁷ Così M. Dani, *Costituzione e integrazione europea: dalle "limitazioni della sovranità" alla trasformazione del diritto costituzionale*, cit., 334.

²¹⁸ A. Lalli, *op. cit.*, 358.

attraverso una interpretazione estensiva della clausola dell'utilità sociale, al fine di dare tutela ad un ampio novero di interessi (sentenze n. 30 del 1965 e n. 111 del 1974)²¹⁹.

Una delle principali ragioni delle poche – e comunque non incisive (perché spesso le questioni venivano dichiarate manifestamente infondate) - pronunce della Corte risiederebbe proprio nella considerazione della massima discrezionalità adottata dal legislatore nel dare contenuto all'utilità sociale²²⁰.

Al fine di tentare una compiuta analisi della giurisprudenza costituzionale in materia si ritiene opportuno scandire in tre fasi temporali il percorso tracciato dalla Corte costituzionale: il periodo anteriore all'adozione della legge n. 287 del 1990, il periodo intercorrente tra la legge n. 287 del 1990 e la riforma costituzionale di cui alla legge costituzionale n. 3 del 2001, nonché la fase successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione. Infatti, solo nei primi anni Novanta – a seguito dell'adozione della legge *antitrust* e della stipula del Trattato di Maastricht – la Corte ha iniziato effettivamente ad aprire le porte alla libertà di concorrenza la quale, dopo il 2001, può essere compiutamente considerata quale principio dell'ordinamento e parametro di legittimità costituzionale.

Seppure sia vero, come è stato detto, che la Costituzione economica, in assenza di una politica economica di attuazione costituzionale, finiva per presentarsi agli occhi della Corte come un “guscio vuoto”, e che lo strumento del controllo costituzionale in materia economica ha rischiato molte volte di risultare spuntato, è parimenti vero che, in alcuni settori il ruolo dialettico e trainante della Corte ha inciso con grande efficacia (v. *infra*)²²¹.

2. La giurisprudenza costituzionale anteriore alla legge n. 287 del 1990: dalla concorrenza come rischio alla concorrenza come vantaggio?

Il giudice costituzionale è stato più volte chiamato a garantire l'equilibrio tra l'istanza garantista e quella liberista. Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale a riguardo sembra si possa rilevare che la Corte abbia inteso offrire garanzie effettive ed adeguate agli interessi di rango costituzionale afferenti alla sfera economica, ponendo

²¹⁹ In tema di valutazione di idoneità dei mezzi al fine di perseguire l'interesse pubblico si leggano le sentenze n. 466 del 1988 e n. 63 del 1991.

²²⁰ Cfr. A. Argentati, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008, 156. Alla clausola generale dell'utilità sociale sono stati ricondotti anche interessi qualificati in vario modo e collegati alla sfera economica, quali, in particolare, quelli attinenti alla esigenza di protezione di una data produzione (sent. n. 20 del 1980), ovvero alla necessità «di salvaguardare l'equilibrio di mercato tra domanda ed offerta» in un determinato settore (sent. n. 63 del 1991), oppure strumentali a garantire i valori della concorrenzialità e competitività delle imprese (sent. n. 439 del 1991), o anche «l'esigenza di interesse generale di riconoscimento e valorizzazione del ruolo» di imprese di determinate dimensioni (sent. n. 64 del 2007).

²²¹ E. Cheli, *Orientamento della giurisprudenza costituzionale in tema di “monopoli pubblici”*, in *Scritti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Milano, 1977, 305, 324.

attenzione a non sovrapporre proprie valutazioni di natura politica agli indirizzi di politica economica adottati dagli organi di governo del sistema²²². Infatti, a differenza di quanto ha compiuto in tema di proprietà privata, la Corte costituzionale si è impegnata, nei suoi interventi in tema di libertà di iniziativa economica, a dare un contenuto alla clausola generale di “utilità sociale”²²³.

Nella lettura dell’art. 41 della Costituzione durante questo primo lungo periodo, il Giudice costituzionale è stato più incline a considerare la libertà di impresa, anziché la libertà di concorrenza²²⁴, adottando una prospettiva esclusivamente soggettiva della libertà di iniziativa economica. È stato anche provocatoriamente sostenuto che, attraverso tale interpretazione dell’art. 41, la Corte abbia indiscriminatamente avallato tutti gli interventi legislativi volti a limitare e a condizionare la libertà di iniziativa economica, appunto perché sono state poche le pronunce in cui la Corte avesse dichiarato l’illegittimità costituzionale delle discipline concernenti la programmazione ed i monopoli, anche ricorrendo al criterio di ragionevolezza tra fini e mezzi legislativi²²⁵.

Invero, la Corte non avrebbe potuto agire diversamente: non solo si trattava di scelte prettamente politiche, ma non rientrava nella cultura giuridica del tempo l’adozione di un criterio prettamente liberista fondato su una economia di mercato esclusivamente basata sulla libertà di concorrenza.

Innanzitutto, le decisioni riguardanti la concorrenza ne confermano il carattere flessibile, dovuto alla mutevolezza dei punti di equilibrio sui quali il sistema economico ha potuto, di volta in volta, assestarsi. Infatti, in tale materia si registra un’evoluzione (anche) giurisprudenziale, con il passaggio da una posizione più risalente preoccupata dei rischi recati dalla concorrenza ad un atteggiamento volto a porre in evidenza la concorrenza come vantaggio²²⁶.

²²² L. D’Andrea, *Corte ed economia*, in <http://www.gruppodipisa2010.it/>, giugno 2010. Per l’Autore la relazione tra il sistema giuridico ed il sistema economico delineata dalla Carta costituzionale è connotata dall’equilibrata convivenza dell’istanza di garanzia di una sfera ineliminabile di libertà e di autonomia dei diversi operatori economici (e dunque anche del mercato come sistema) con l’esigenza dell’intervento del potere pubblico laddove si debbano registrare i cc. dd. “fallimenti del mercato”, i quali, per il diritto costituzionale, consistono nella mancata (o quanto meno inadeguata) protezione di interessi di rango costituzionale da parte della libera e spontanea dinamica del sistema economico. Pertanto, ogni qualvolta si verifica un “fallimento del mercato” - secondo D’Andrea - il sistema costituzionale richiede che si apprestino interventi idonei a fornire adeguate garanzie. La ricerca dell’equilibrio tra le due istanze deve essere costantemente orientata dal principio personalista, radice del principio di sussidiarietà.

²²³ E. Gianfrancesco, *Libertà di impresa*, cit., 2209, 2212.

²²⁴ A. Argentati, *op. cit.*, 157. Sinteticamente ed efficacemente, L. Casseti, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L’euro e la disciplina costituzionale dell’economia*, Torino, 2002, 212, ha precisato che «nonostante la giurisprudenza costituzionale sulla legislazione economica abbia privilegiato l’interpretazione dei limiti, ed in particolare quello dell’utilità sociale, è tuttavia emersa fin dagli anni ‘50 una linea giurisprudenziale che ha definito i contorni del nucleo duro della libertà d’impresa. Sono state invece decisamente meno chiare le opzioni del giudice costituzionale quando si è trattato di valutare il rapporto tra la libertà di iniziativa economica privata e la difesa della concorrenzialità del mercato».

²²⁵ A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, *passim*.

²²⁶ M. Giampieretti, *Il principio costituzionale*, cit., 439, 444.

3. L'intervento pubblico "paladino" dell'utilità sociale

La prima sentenza in cui la Corte ha affermato che la libera concorrenza sia uno dei principi del nostro ordinamento giuridico risale all'anno di esordio della sua attività: la n. 6 del 1956, ove ha messo in luce che «la regolamentazione del lavoro è [...] permeata da un indirizzo fondamentale di libera concorrenza che può ben essere ritenuto uno dei principi del nostro ordinamento giuridico»²²⁷. Inoltre, in relazione all'obbligo di iscrizione delle imprese artigiane in un apposito registro, la Corte ha evidenziato che esso «più che a promuovere una maggiore capacità professionale è ispirato a una concezione della ingerenza dei pubblici poteri nella esplicazione dell'attività lavorativa che è in aperto contrasto con la concezione liberale del nostro ordinamento». Pertanto, già nel corso del suo primo anno di attività, la Corte aveva chiaramente definito liberale l'ordinamento costituzionale italiano ed evidenziato che il problema principale dell'affermazione della libera concorrenza in Italia fosse l'ingerenza da parte dei pubblici poteri nell'esercizio delle attività imprenditoriali.

Una delle primissime questioni in cui la Corte costituzionale ha affrontato il rapporto tra concorrenza ed interesse pubblico ha riguardato il potere prefettizio di autorizzare l'apertura dei magazzini di vendita di merci a prezzo unico (tra i tanti, si ricordi l'UPIM – Unico Prezzo Italiano Milano). Le parti ricorrenti ritenevano che tale sistema autorizzatorio determinasse un ostacolo all'ingresso nel mercato di imprese di distribuzione caratterizzate dall'offerta a prezzi bassi, cagionando, conseguentemente, un danno ai consumatori e l'impossibilità di perseguire un legittimo interesse generale fondato sull'utilità sociale. Con tale sentenza, la n. 8 del 1965, la Corte costituzionale specificò che i momenti decisionali da concertare a livello statale - proprio perché implicavano la delicata valutazione sul rapporto tra l'apertura dei magazzini a prezzo unico e le aziende commerciali minori già esistenti - costituivano delle scelte aventi ripercussioni sul rapporto concorrenziale tra imprese, temendosi situazioni di monopolio o oligopolio.

Nell'ambito del bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti si ricorda la significativa sent. n. 16 del 1968, che legittima con le limitazioni costituzionali disposte dall'art. 41 la proroga *ex lege* e *sine die* dei contratti agrari, nonché accoglie anche il teorema del livello asimmetrico di tutela di libertà fondamentali e libertà di iniziativa economica, affermando che «è da escludere che tra "i diritti inviolabili dell'uomo" si possa ricondurre quello relativo all'autonomia contrattuale degli imprenditori agricoli, che qui si pretende leso, giacché tale diritto, operando nell'ambito di quelli più generali della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà terriera, è specificatamente tutelato, come si è visto, da altre norme costituzionali, le quali autorizzano il legislatore

²²⁷ Il collegamento tra lavoro e concorrenza era già presente nel pensiero di C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, 141.

ordinario ad imporre adeguati limiti per soddisfare preminenti interessi di carattere generale e sociale».

La successiva sentenza n. 97 del 1969 ha ribadito la legittimità costituzionale della disciplina disposta dal regio decreto-legge 21 luglio 1938, n. 1468 (convertito in legge 9 gennaio 1939, n. 142) in materia di magazzini di vendita di merci a prezzo unico, considerando che «i criteri ai quali nei rispettivi settori devono ispirarsi l'autorità prefettizia o l'autorità comunale sono gli stessi: l'esigenza di un ordinato sviluppo del mercato in funzione dell'interesse della società vale sia per i normali esercizi commerciali sia per i magazzini a prezzo unico, a proposito dei quali, anzi, più evidente è il rischio che la totale liberizzazione - specie in una fase di profonda modificazione del sistema di distribuzione dei beni, nella quale i numerosi piccoli operatori non ancora hanno avuto modo di dar vita a forme di organizzazione adeguate alle trasformazioni sociali in atto - possa tradursi nella creazione di monopoli non corrispondenti all'interesse dei consumatori e, quindi, della collettività».

In quell'occasione l'ordinanza di rimessione eccepì l'illegittimità costituzionale della norma istitutiva del potere prefettizio di concedere la licenza per l'apertura dei magazzini di vendita a prezzo unico, in quanto limitativa della possibilità di creare nuovi esercizi senza porre restrizioni attinenti alle caratteristiche delle merci, e, pertanto, in contrasto con la libertà di iniziativa economica. Inoltre, secondo il rimettente, quel potere amministrativo, preordinato al fine di tutelare i commercianti al minuto attraverso le gravose restrizioni della possibilità di scelta delle modalità di vendita, non perseguiva l'interesse dei consumatori, il quale «neppure in parte potrebbe identificarsi con quello dei commercianti, rispetto al quale [l'interesse dei consumatori] si pone in termini di antagonismo».

Secondo il giudice *a quo* sussisteva un contrasto della norma con l'art. 41 della Costituzione, «in quanto contiene restrizioni dannose per i consumatori, il cui interesse è, invece, l'unico che potrebbe validamente giustificare l'intervento della pubblica autorità». La diversità di funzione economico-sociale dei magazzini a prezzo unico rispetto ai magazzini per la normale vendita al dettaglio giustificava la differente disciplina giuridica dei due tipi di licenza, tanto da dimostrarne «la sicura compatibilità col secondo comma dell'art. 41 della Costituzione, in base al quale l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale: utilità alla quale si ispira una disciplina del commercio, quale quella in esame, che assicuri una ordinata concorrenza». Emblematicamente la Corte rilevò che «la libertà di commercio, come gode della tutela accordata dall'art. 41 della Costituzione, così soggiace a quei limiti che tale disposizione consente di imporre a salvaguardia di beni dalla Costituzione considerati rispetto ad essa preminenti. Fra tali limiti vi è quello connesso all'utilità sociale. La libera concorrenza, indubbiamente non considerata, nel vigente sistema costituzionale, idonea, di per sé, a rispettare o a realizzare gli interessi della società, deve essere subordinata, con apposite norme, alle esigenze della utilità generale». Pertanto, con tale sentenza la Corte, pur escludendo la considerazione della libera concorrenza all'interno dell'ordinamento costituzionale, si riferisce ai limiti a cui comunque andrebbe sottoposta. È evidente la

contraddittorietà di tale conclusione: la concorrenza, pur non esistendo esplicitamente in Costituzione, deve essere sottoposta ai limiti indicati!

La Corte ha ulteriormente precisato che «il regio decreto-legge n. 1468 del 1938 si limitò a definire un particolare tipo di esercizio commerciale, sviluppatosi nella realtà sociale con proprie, peculiari caratteristiche (determinate dalla destinazione delle merci al generale consumo, dal loro valore esiguo e dalle modalità di immissione in commercio), a spostare per esso dal sindaco al prefetto la competenza a rilasciare la licenza che il regio decreto-legge 16 dicembre 1926, n. 2174, già prevedeva, in generale, per il commercio all'ingrosso ed al minuto, e a dettare particolari disposizioni inerenti al procedimento. La disciplina così introdotta trova la sua evidente ragion d'essere nella circostanza, di comune esperienza, che l'apertura di un magazzino a prezzi unici produce serie modificazioni nella tradizionale rete di distribuzione con conseguenze su un mercato che travalica la cerchia comunale: si giustifica perciò l'attribuzione del potere di autorizzazione ad un organo che anche in considerazione della sua più estesa competenza territoriale sia meglio in grado di valutare tutti i fattori che devono esser presi in considerazione per un corretto esercizio del potere stesso».

Conseguentemente è necessario un potere amministrativo diretto a presidiare «l'ordinato sviluppo del mercato», in considerazione del fatto che lasciare svolgere liberamente la concorrenza può essere causa di danno ad interessi generali. Dalle sentenze in materia di magazzini di vendita di merci a prezzo unico, pur sostenendo che la libera concorrenza non fosse contemplata dal sistema costituzionale del tempo quale strumento diretto a perseguire l'interesse sociale, emerge la considerazione dell'interesse del consumatore, quale soggetto coinvolto dalle dinamiche concorrenziali e titolare di un interesse distinto - se non confliggente - con quello delle imprese, potesse essere tutelato contro l'aggressiva iniziativa economica del privato perché coincidente con l'utilità generale.

A partire dagli anni Sessanta si rafforza il ruolo della Corte nella verifica della congruenza dei mezzi adottati dal legislatore al fine di perseguire i fini di utilità sociale, come provato dalla sent. n. 14 del 1964, in cui la Corte ha escluso la violazione dell'art. 41 della Costituzione perché ha ritenuto la libertà di iniziativa economica legittimamente limitata per il perseguimento di fini di utilità sociale (*Considerato in diritto*, n. 4).

Sempre nel solco del rapporto tra iniziativa economica privata e limiti posti dai pubblici poteri si colloca la sent. n. 21 del 1964, in cui la Corte ha dichiarato infondata una questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di lavoro notturno dei fornai, individuando la *ratio legis* non solo nell'intento di «evitare una causa di ingiustificata concorrenza a favore dell'esercente che, lavorando personalmente, si potrebbe sottrarre alla disciplina comune, il cui carattere di generalità è imposto dall'esigenza di tutela degli interessi di tutta la categoria degli esercenti e quella dei consumatori», ma anche nel perseguimento della tutela sanitaria quale «ragione di utilità sociale che, a mente dell'art. 41 della Costituzione giustifica la limitazione della libertà di iniziativa economica privata». La Corte, pertanto, diede maggiore peso agli inconvenienti di un sistema di libera concorrenza a discapito dei singoli e della collettività, dando

pertanto legittimazione ai limiti stabiliti perché imposti a tutela di interessi riconducibili al concetto di utilità sociale²²⁸.

La sentenza n. 21 del 1964 echeggia, per il *casus belli* e per alcune considerazioni svolte, il noto quanto controverso caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)²²⁹, in cui la Corte suprema statunitense decise (con un ristrettissimo margine di cinque voti a favore e quattro contrari) un appello fondato sul quattordicesimo emendamento, in forza del quale nessuno Stato può privare una persona della vita, della libertà o della proprietà senza il *due process of law*, il cui carattere sostanziale e non meramente procedurale era già stato ammesso dalla sentenza del caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857)²³⁰. Decidendo il caso *Lochner*, la Corte suprema sostenne che la libertà contrattuale fosse uno dei diritti annoverati dal quattordicesimo emendamento, aprendo la porta al catalogo dei diritti impliciti o non enumerati coperti dal *due process of law*: «The general right to make a contract in relation to his business is part of the liberty of the individual protected by the 14th Amendment of the Federal Constitution».

Come la sentenza italiana del 1964, il caso *Lochner* era stato originato dalla normativa in materia di attività di panificazione dello Stato di New York (*Bakeshop Act*) la quale, oltre ad imporre una disciplina a tutela della sanità e dell'igiene, prevedeva altresì il divieto di lavorare per più di dieci ore al giorno o più di sessanta ore in una settimana. In sostanza, imponeva un limite all'esercizio dell'attività imprenditoriale e lavorativa: come nel caso italiano del 1964 si trattava di un divieto di lavoro notturno, così nel 1905 nello Stato di New York veniva imposto un monte ore massimo per l'attività lavorativa individuale. Il Giudice relatore, Mr. Justice Peckam, effettuò un "test" sulle ore di lavoro indicate nell'*Act*. Infatti, considerando che lo svolgimento dell'attività lavorativa oltre il monte ore indicato non riguardava «any other portion of the public than those who are engaged in that occupation», ritenne che la limitazione del numero di ore non potesse costituire legittimo esercizio di pubblico potere²³¹.

²²⁸ Secondo la ricostruzione di M. Giampieretti, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 439, 440, e di A. Argentati, *op. cit.*, 160, la sent. n. 21 del 1964 si incastona in un filone giurisprudenziale, inaugurato dalla sent. n. 29 del 1957 e proseguito dalle sentenze n. 60 del 1965, n. 97 del 1969, n. 133 del 1968, n. 223 del 1982, n. 155 del 1990. Tale filone giurisprudenziale ha prevalentemente considerato gli inconvenienti cagionati dal sistema concorrenziale ai singoli e alla collettività, giustificando, pertanto, la necessità di tutela dell'utilità sociale.

²²⁹ I testi delle principali sentenze della Corte suprema, tra cui *Lochner v. New York*, sono consultabili dal sito <http://www.oyez.org>. D. Nicole, *Europe's Lochner moment*, in *Public Law*, aprile 2011, 308, affianca il ragionamento svolto nel caso *Lochner* alle decisioni del 2007 della CGE *Viking* (C-438/05) e *Laval* (C-341/05).

²³⁰ Per Bruce Ackerman lo sforzo della decisione *Lochner* risiede nel portar fuori dall'ordinaria programmazione politica il tema dei diritti e delle garanzie dei lavoratori, nonostante alla fine la Corte sia pervenuta ad una soluzione ideologicamente estrema e moralmente ottusa per un problema dalle molte sfaccettature (in B. Ackerman, *We The People. Foundations*, Cambridge (MA), Londra, 1991, 64).

²³¹ Essendo fondato sul *laissez faire* capitalista e sul darwinismo sociale, per non aver considerato il "peso specifico" diverso del datore di lavoro e dei lavoratori nell'ambito della contrattazione, il caso *Lochner* fu, durante gli anni del *New Deal* di Roosevelt, considerato tra i peggiori orrori dell'umanità, quali il Nazismo o la Grande Depressione (D. E. Bernstein, *Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism*, in 92 *Georgetown Law Journal* 1, 3, 2003). Solo dopo il *New Deal*, il caso *Lochner* fu riabilitato attraverso l'intervento, nel 1965, della sentenza *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479

La decisione del caso *Lochner* si colloca, pertanto, sulla sponda opposta a quella a cui era approdata la Corte costituzionale italiana, ritenendo quest'ultima invece la legittimità del divieto proprio al fine di tutelare l'interesse generale della salute e, quindi, l'utilità sociale.

Il perseguimento dell'utilità sociale è alla base anche della sentenza n. 4 del 1962, in cui la Corte ha sostenuto che «l'art. 41 della Costituzione, pur affermando la libertà dell'iniziativa economica privata, ha consentito l'apposizione di limiti al suo esercizio subordinandola però ad una duplice condizione: e cioè richiedendo, sotto l'aspetto sostanziale, che essi corrispondano all'utilità sociale, e sotto quello formale, che ne sia effettuata la disciplina per opera della legge» (*Considerato in diritto*, n. 1). Pertanto, la Corte ha precisato che l'iniziativa economica è libera fintantoché rispetti i limiti posti dalla Costituzione: il perseguimento dell'utilità sociale e l'esercizio nell'ambito dei confini disegnati dalla "mano visibile" del legislatore, il quale sarà tenuto ad una «valutazione relativa alla convenienza dell'imposizione di uno o di altro limite avendo presente il quadro complessivo degli interventi statali nell'economia inserendolo armonicamente in esso, e, pertanto, debba competere al Parlamento, quale organo da cui emana l'indirizzo politico generale dello Stato» (*Considerato in diritto*, n. 2). La posizione della Corte è stata autorevolmente criticata nella parte in cui ha sostenuto che, nel silenzio della Costituzione, il secondo comma dell'art. 41 Cost., inviti il legislatore a svolgere l'accertamento della rispondenza delle attività economiche svolte ai caratteri vietati dalla Costituzione, attribuendo un valore direttivo alla disposizione costituzionale²³².

Emblematico è il passo della sent. n. 446 del 1988 in cui la Corte dichiara «di giudicare in merito all'utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata concerne solo la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo». Tuttavia, come si vedrà in seguito, la rimessione di simile compito in capo al legislatore riguarderà anche la più recente giurisprudenza, affidandogli la valutazione della mutata funzione sociale che aveva giustificato la norma protezionistica non più adeguata al nuovo assetto economico-sociale (*inter alia*, sent. n. 63 del 1991, v. *infra*).

L'intento sociale delle norme limitative dell'iniziativa economica privata è ribadito nella sent. n. 60 del 1965 (in materia di vendite straordinarie o di liquidazione), in cui la Corte ha ritenuto che le disposizioni oggetto della rimessione non potevano essere considerate «in contrasto con i principi dell'art. 41 della Costituzione, avendo quale scopo non già di limitare l'iniziativa economica privata, ma di prevenire e reprimere vere e proprie frodi a danno dei commercianti onesti e dei consumatori incauti; e che, nella

(1965), pietra angolare del diritto alla *privacy* ed il primo passo per il riconoscimento di diritti fondamentali dell'individuo quali il diritto all'aborto (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973), il diritto all'utilizzo di contraccettivi da parte di coppie non sposate (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972) ed il diritto ad avere rapporti omosessuali (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003).

²³² C. Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33, 35, secondo cui il diritto di iniziativa economica è un diritto "consustanzialmente limitato" dal secondo comma dell'art. 41 e può, in forza di legge, essere diretto alle finalità di cui al terzo comma.

ipotesi che la applicazione in concreto di esse non risultasse conforme a tali principi, sussistano garanzie sufficienti ad assicurare la tutela dei diritti protetti dalla Costituzione». Pertanto, con la sentenza n. 60 del 1965 la Corte ha rigettato le censure di illegittimità costituzionale riguardanti le vendite straordinarie o di liquidazione, in ragione dell'esigenza di sottoporre a controllo tali attività allo scopo «di evitare forme di concorrenza sleale e mistificazioni a danno degli acquirenti», accoppiando, quindi, il pericolo della concorrenza sleale con i rischi di danni a discapito dei consumatori. Così come, nella sent. n. 65 del 1966, la Corte ha sostenuto che nella disciplina legislativa dei rapporti economici costituissero fini di utilità sociale sia gli interessi alla produzione che alla protezione del contraente più debole²³³.

Da quanto esposto emerge che nelle prime sentenze della Corte costituzionale, in cui viene richiamato come parametro costituzionale l'art. 41, sia stata adottata una lettura del suo secondo comma non già come limite all'esercizio dell'attività economica, bensì quale criterio direzionale, come se, appunto, tutte le attività economiche private dovessero necessariamente essere volte al raggiungimento di fini sociali. Così è nelle sentenze nn. 29 del 1957 e 47 del 1958. In quest'ultima decisione la Corte ha rilevato che l'art. 41 «pone limiti all'iniziativa economica privata nel senso che l'autorità può predisporre misure protettive del benessere sociale e contemporaneamente restrittive dell'iniziativa privata, tra cui è da comprendere la disciplina delle merci a largo consumo». Con la sentenza n. 50 del 1957 la Corte, richiamandosi all'art. 41, ha affermato che esso «contiene una generica dichiarazione della libertà di iniziativa economica privata, ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale» e che i commi 2 e 3 prevedono che spetti «al legislatore ordinario la determinazione dei programmi e dei controlli opportuni affinché l'iniziativa privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. I divieti di esportazione ed importazione [previsti dagli impugnati articoli 11 e 13 del R.d.l. 14 novembre 1926] sono uno degli aspetti con cui si manifesta, nell'interesse sociale, il controllo della libera iniziativa privata».

Tuttavia, la prospettiva dell'utilità sociale ha spinto la Corte a dare prova di miopia economica, come nel caso della sentenza n. 29 del 1957. In quell'occasione la Corte costituzionale ha ritenuto che l'art. 41 contenesse una generica dichiarazione della libertà di iniziativa economica privata, ma che a tale libertà necessariamente corrispondessero le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale. La Corte costituzionale ha dichiarato infondati i dubbi di legittimità costituzionale sollevati nei confronti della disposizione che recava il divieto di vendita dei medicinali a prezzo diverso da quello fissato nell'etichetta, in quanto il prezzo imperativo dei medicinali si

²³³ A tal fine, in virtù di una interpretazione forte dell'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost., al pari di quanto sostenuto per le licenze di impianto ed esercizio dei magazzini di vendita di merci a prezzo unico (sent. n. 97 del 1969) e per il regime di controllo delle vendite straordinarie o di liquidazione (sent. n. 60 del 1965), la Corte ha ritenuto legittima la riserva ai Comuni della facoltà di istituire Centrali del latte (sent. n. 11 del 1960), la disciplina del controllo dei prezzi dei beni di largo consumo, tra cui il pane (sent. n. 200 del 1975), e del regime autorizzatorio che regola l'attività dei gestori di albergo e degli affittacamere (sent. n. 144 del 1970).

pone al servizio della tutela del pubblico «da inconvenienti legati al regime di libera concorrenza, che porterebbe[ro] al ribasso dei prezzi e, inevitabilmente, alla preparazione dei medicinali con materie prime meno costose e, perciò, con risultati terapeutici che potrebbero recare nocimento alla salute dei cittadini». La Corte ha sostenuto - in un'ottica di analisi economica a breve termine - che un sistema concorrenziale nel settore sanitario determini degli inconvenienti tali da mettere a rischio la tutela della salute ex art. 32 della Costituzione, ma ciò non potrebbe verificarsi in presenza di una stringente regolamentazione sanitaria. Pertanto, la sent. n. 29 del 1957 prova che, nelle prime decisioni in materia economica, la Corte ha utilizzato le nozioni di utilità sociale, programmi, controlli e fini sociali perseguiti in maniera ampia, opponendosi alle teorie della concorrenza e del valore sociale del libero scambio²³⁴.

Eppure, nei primi interventi occorsi in materia, il Giudice di legittimità costituzionale ha ammesso la concentrazione imprenditoriale allo scopo di perseguire fini pubblici ritenuti maggiormente rilevanti, in funzione proprio dell'utilità sociale. Come nel caso del monopolio sui tabacchi (sentenze n. 38 del 1965 e n. 209 del 1976) o nel caso dell'ordinanza n. 110 del 1988, in cui viene contemperato il diritto all'occupazione con l'imprenditorialità dell'azione economica pubblica, o ancora giunge ad affermare la conformità alla Costituzione del monopolio per la riserva di attività prevista a favore dell'Istituto Luce nella sentenza n. 109 del 1977. In relazione ai monopoli pubblici a lungo la Corte ha ritenuto che si trattasse di un terreno di confronto tra interesse pubblico e libertà individuale di iniziativa economica, la cui valutazione di legittimità andasse sondata di volta in volta, dimostrando, pertanto, di non assumere mai la concorrenza come valore in sé²³⁵.

In questa prima fase giurisprudenziale, nell'interpretare le clausole generali «utilità sociale» e «fini sociali» contenute nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., la Corte ha affermato che le ragioni ad esse riconducibili «non devono necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore» (sent. n. 46 del 1963, in cui sono richiamate le sent. n. 5 e n. 54 del 1962).

La staticità della posizione della giurisprudenza costituzionale risiede nella difficoltà di accettare che l'interesse pubblico possa essere perseguito attraverso il mercato, senza l'intervento diretto dello Stato imprenditore. Al contrario, quando l'esercizio di un'attività imprenditoriale è attribuito dalla legge ad un privato, il

²³⁴ P. De Carli, *Costituzione ed attività economiche*, cit., 13.

²³⁵ M. Dugato, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 51, 60. Riguardo al monopolio pubblico legittimato dall'art. 43 Cost., si ricordi la sent. n. 225 del 1974 in cui la Corte ha considerato che «se la *ratio* della disposizione dell'art. 43 Cost. risiede nella previsione che quando non esiste, o addirittura non è possibile, la libera concorrenza, il monopolio statale (o degli altri soggetti tassativamente indicati) meglio garantisce l'interesse della collettività (ed al monopolio di fatto va equiparato l'oligopolio, identificandosi sostanzialmente le due situazioni rispetto ai servizi radiotelevisivi, poiché la disponibilità in poche mani di uno strumento di comunicazione di massa non presenterebbe rischi minori di quelli insiti in un monopolio in senso stretto), ciò vale a maggior ragione quando, come nel caso di servizi radiotelevisivi, si tratti di attività che, ben al di là della sua rilevanza economica, tocca molto da vicino fondamentali aspetti della vita democratica». Sul rapporto tra concorrenza ed informazione v. *infra*, capitolo IV.

parametro di legittimità costituzionale diventa il mercato e la concorrenza, esplicazioni concrete della libertà d'iniziativa economica ex art. 41²³⁶. Significativo, in tal senso, è il “caso dei fiammiferi”.

La Corte, infatti, quando è stata adita per valutare la legittimità costituzionale del monopolio istituito dal R.d.l. 26 febbraio 1930, n. 105 per la produzione di fiammiferi da parte di un consorzio di imprese private, ha ritenuto che esso determinasse una notevole alterazione della concorrenza tra privati. La sentenza n. 78 del 1970 ha rinvenuto nel comma 2 dell'art. 41 un principio generale di condizionamento ed orientamento dell'iniziativa economica e ha affermato, da un lato, che i limiti prescrivibili alla libertà di cui al comma 1 non possono essere tali da renderne impossibile o estremamente difficile l'esercizio e, dall'altro lato, che i programmi e i controlli che possono essere imposti alla attività economica privata, di cui al terzo comma dell'art. 41, «non debbono poi sopprimere l'iniziativa individuale, potendo essi soltanto tendere ad indirizzarla ed a condizionarla».

L'importanza della decisione sul “Consorzio industria fiammiferi” risiede nel riconoscimento della corretta competizione tra imprese private quale espressione diretta del principio costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione²³⁷.

Una debole lettura del vincolo costituzionale posto dall'art. 41 è presente nella sent. n. 137 del 1971. In quell'occasione era stato richiesto alla Corte di verificare la legittimità costituzionale del divieto di produrre pasta con cereali diversi dal grano duro, quali la segala. Secondo il giudice *a quo* tale divieto era contrastante con l'art. 41 della Costituzione, in quanto poneva una limitazione all'iniziativa economica privata non giustificata né dall'utilità sociale, né dagli altri limiti indicati nel secondo comma dell'articolo. La Corte, innanzitutto, mise in evidenza il proprio potere di giudicare se le limitazioni ai diritti di libertà economica fossero giustificate dall'utilità sociale (in tal senso, anche le sentenze nn. 11 e 59 del 1960, 14 del 1964 e 65 del 1966). Ulteriormente specificò che la valutazione di conformità dell'art. 41 consisteva nella verifica dell'esistenza dell'«intento legislativo» di perseguire l'obiettivo dell'utilità sociale ed in una valutazione della generica idoneità dei mezzi predisposti alla legislazione per il suo conseguimento. Nel caso di specie, ritenne che il paradigma dell'utilità sociale fosse integrato da finalità protezionistiche quali «l'incremento della produzione granaria, mediante la difesa delle culture granicole specializzate, notevoli soprattutto nell'Italia meridionale, e quella della tutela dei consumatori e della loro salute»²³⁸. Invero, la Corte

²³⁶ M. Dugato, *op. cit.*, 51, 61. Giustificazioni oggettive dell'abuso di posizione dominante sono state individuate anche dalla sent. n. 241 del 1990, laddove, pur ammettendo la necessità di una efficace normativa di ostacolo alle concentrazioni (in quel caso, nel settore dell'informazione), ritenne necessaria l'intermediazione protettiva da parte di un ente pubblico, quale la Siae (v. *infra*).

²³⁷ Così, M. Dugato, *op. cit.*, 51, 60.

²³⁸ Relativamente all'utilità sociale, quale limite posto anche a tutela dei consumatori, si rileva che con l'ordinanza n. 59 del 1988 la Corte costituzionale ha escluso la rilevanza dell'interesse del consumatore nell'ambito di pratiche di concorrenza sleale. In forza dell'assunto che la disciplina della concorrenza sleale sia espressione di un diritto di categoria nel cui ambito vengono in rilievo solo interessi imprenditoriali, la Corte ha definito le associazioni di tutela dei consumatori quali soggetti in grado di far

non ha svolto un percorso argomentativo in grado di giustificare l'effettività dell'utilità sociale sottostante alle ragioni del legislatore e se davvero tale divieto avesse contribuito all'incremento della produzione di grano o alla tutela dei consumatori, sdoganando, invece, una politica protezionista ed un modello paternalista di tutela del consumatore²³⁹.

Una analoga questione di legittimità costituzionale è stata successivamente proposta alla Corte la quale, con la sentenza n. 20 del 1980, ha ribadito che «tenendo anche presente che la questione sollevata si riferisce solo all'art. 41 della Costituzione, cioè all'esistenza o inesistenza, in concreto, di ragioni di utilità sociale legittimanti la compressione dell'iniziativa economica privata, deve arrestarsi (contrariamente a quanto ritiene il giudice *a quo*) di fronte alla valutazione che il legislatore ha fatto degli elementi del problema e che l'hanno portato a ritenere l'esistenza e congruità dei motivi posti a fondamento della sua statuizione; sicché solo al legislatore spetta un'eventuale nuova valutazione complessiva di tutti quegli elementi, anche emersi nel presente giudizio». Sembra evidente che dal ragionamento della Corte possa essere desunta le difficoltà che l'art. 41 ed il giudizio di ragionevolezza abbiano incontrato per arginare gli interventi legislativi in campo economico, anche qualora tali interventi risultassero palesemente incongruenti²⁴⁰.

valere interessi del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato e ha rimesso al legislatore il compito di prevedere azioni specifiche in favore delle associazioni dei consumatori. Da tali argomentazioni, seppure stringate, è disceso che l'individuazione nell'art. 41, comma 1, della Costituzione del diritto di impresa determina la negazione della rilevanza dell'interesse del consumatore. Secondo la lettura di A. Zito, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore*, cit., 58, nell'ambito della concorrenza sleale l'unica posizione giuridica avente rilevanza costituzionale è quella dell'imprenditore in forza del parametro della correttezza professionale, ancorché la disciplina della concorrenza sleale miri a colpire atti che danneggiano sia l'imprenditore concorrente che il consumatore, in quanto indotto ad adottare scelte fondate su una non corretta rappresentazione della realtà, compiendo conseguentemente azioni che alterano la logica del mercato.

²³⁹ Dal ragionamento svolto dalla Corte deriverebbe che al consumatore, più che la libertà di scelta tra una pluralità di prodotti, occorra garantire l'esclusiva disponibilità degli alimenti dotati di maggiore potere nutritivo. Cfr. M. Dani, *Costituzione e integrazione europea*, cit., 329, 334. Diversamente la Corte di Giustizia (C-90/86: procedimento penale a carico di Giorgio Zoni) esalta il diritto di scelta dei consumatori, ritenendo legittima la possibilità di acquisto di pasta prodotta esclusivamente con grano duro, ma che ciò non può precludere di per sé la vendita di pasta prodotta con grano tenero. E, pertanto, sostiene che il diritto all'acquisto di pasta di grano duro sia comunque garantito dal sistema dell'etichettatura in grado di indicare la composizione della pasta venduta. La rilevanza della libertà di concorrenza nell'ordinamento costituzionale è stata altresì rilevata dalla giurisprudenza civile ed amministrativa, ad esempio: Cass. Civ., Sez. I, 3 luglio 1996, n. 6079, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 451; Cass. Civ., 1° febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, 831; Tar Sicilia, Sez. Catania, 7 febbraio 1996, n. 122, in *Foro amm.*, 1996, 3062; Trib. Milano, 17 giugno 1994, in *Riv. dir. ind.*, 1995, II, 190; Tar Lombardia, Brescia, 28 dicembre 1996, n. 1396. In alcuni casi, poi, la giurisprudenza ordinaria ha espressamente ricollegato la libertà di concorrenza alla libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41, comma 1, Cost.: in questo senso cfr. Cass., 26 giugno 1973, n. 1829, in *Foro it.*, 1973, I, 1, 1412; di recente, anche Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 22 febbraio 2000, n. 2126, punto 5 della motivazione in diritto, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 203 ss. Viceversa, il Tribunale di Milano, 22 marzo 1976, in *Tem.*, 1978, 419, ha individuato nel regime della libera concorrenza un principio costituzionalmente garantito per la sua funzione di utilità sociale.

²⁴⁰ M. Dani, *Costituzione e integrazione europea*, cit., 329, 335. Lo stesso Autore in *Assembling the Fractured European Consumer*, in *Eur. L. Rev.*, 2011, n. 36, 362, 363, cita la sent. n. 20 del 1980 (c.d. caso *Moja*) quale occasione in cui la Corte costituzionale ha adottato un approccio prudente, fondato sull'impossibilità di valicare il confine dell'intervento del legislatore, che ha ritenuto legittimo, al pari dei mezzi adottati per tutelare la produzione di pasta di semola e di semolato di grano duro. Tuttavia, in tal modo - osserva

Alla luce degli interventi esaminati, si evince che la libertà economica può essere limitata, anche a discapito della libertà di accesso al mercato, per proteggere una determinata categoria economicamente più debole nei confronti di un'altra (sent. n. 30 del 1965), per evitare danno ai concorrenti ed ai consumatori (sent. n. 60 del 1965), per proteggere e incentivare talune colture (sent. n. 20 del 1980) nonché per tutelare l'ambiente (sent. n. 190 del 2001)²⁴¹. Tuttavia, come si vedrà nel prosieguo, l'utilità sociale è stata di volta in volta reinterpretata dalla giurisprudenza costituzionale e ha, conseguentemente, rappresentato la “cartina di tornasole” della lettura del ruolo della concorrenza all'interno dell'ordinamento, quale espressione dell'identità economica costituzionale italiana²⁴².

2.2. *Un revirement isolato: la sent. n. 223 del 1982 tra mercato concorrenziale ed interesse collettivo*

Nonostante in questa prima e lunga fase, la Corte abbia esitato nel liberare l'iniziativa economica dalla direzione pubblica, gradualmente e sporadicamente ha ammesso che la libertà d'iniziativa economica fosse una libertà giuridica ed un diritto soggettivo. Ne è un esempio la sentenza n. 5 del 1962, in cui dichiara che la libertà di cui al primo comma dell'art. 41 sia un diritto costituzionalmente garantito.

Il *revirement* è avvenuto nei primi anni Ottanta, ancorché – come vedremo – si è trattato di un indirizzo giurisprudenziale che non è riuscito affatto ad attecchire negli anni immediatamente seguenti.

Infatti, tra le pronunce in cui la Corte ha riconosciuto *expressis verbis* i benefici della libera concorrenza, quale valore fondamentale dell'ordinamento e complementare della libertà di iniziativa economica, intesa sia come strumento che come garanzia del benessere dei consumatori, rientra la sentenza n. 223 del 1982 (rel. Saja²⁴³): per la prima

l'Autore - la Corte costituzionale diventa un “giocatore marginale”, il cui ruolo è confinato alla salvaguardia della libertà economica dalle più evidenti violazioni perpetrate dalla legislazione e, forse, neanche da quelle!

²⁴¹ Cfr. C. Sbailò, *La libertà economica come libertà dimidiata*, cit., 7.

²⁴² Sull'utilità sociale, sull'identità costituzionale economica e sulla conciliazione tra utilità sociale ed efficienza di mercato si veda M. Dani, *Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness: Comparative Study on the Economic Constitutional Identities of Italy, the WTO and the EU*, in *Yearbook of European Law*, 2006, 25, 205, 229 ss., il quale analizza le identità costituzionali economiche dell'Italia, dell'Unione Europea e del *World Trade Organization*. Sul rapporto tra UE e WTO all'interno del sistema di mercato globale sia consentito il rinvio a: E. Lanza, *The Relationships between EU and Global Antitrust Regulation*, in *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, a cura di E. Chiti e B. G. Mattarella, Berlino, Heidelberg, 2011, 225.

²⁴³ Con la sentenza n. 223 del 1982 era stata respinta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2596 c.c. (“Limiti contrattuali della concorrenza”), ritenuta dal ricorrente in contrasto con l'art. 41 Cost. perché diretta non già a limitare l'iniziativa economica privata per ragioni di utilità sociale, perché volta a tutelare l'interesse individuale dell'imprenditore. Orbene, secondo la Corte, tale norma non superava i limiti posti dall'ordinamento giuridico nell'interesse dell'individuo o della collettività, in quanto era proprio intenzione dei compilatori del codice civile evitare una eccessiva compressione della libertà individuale nel

volta il mercato concorrenziale viene considerato dalla giurisprudenza costituzionale come uno strumento utile per il perseguimento dell'interesse collettivo. Con una sentenza in cui connette armonicamente l'oggettiva struttura del mercato con la protezione dell'interesse collettivo, la Corte costituzionale ha riconosciuto il fondamento costituzionale della libertà di concorrenza, tanto da affermare che «la libertà di concorrenza tra imprese ha, com'è noto, una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi». La Corte non solo ha dato peso all'utilità del mercato concorrenziale, ma ha evidenziato il problema dell'inidoneità della disciplina dell'ordinamento giuridico italiano «ad assicurare la effettiva tutela del mercato, oggettivamente considerato, sotto il profilo concorrenziale a soddisfare così le esigenze della moderna vita economica. In proposito, com'è noto, si sono susseguiti numerosi studi e progetti che generalmente muovono dalla insufficienza dell'attuale normativa e tendono ad una più incisiva e sostanziale tutela del mercato stesso. Ma l'auspicata regolamentazione - è appena il caso di osservarlo - esula dai poteri della Corte e costituisce compito esclusivo del legislatore, a cui spetta disciplinare la materia con l'emanazione di un'opportuna normativa (cioè di una legislazione antimonopolio o *antitrust*)».

La libertà di iniziativa economica e – per esteso – il mercato concorrenziale è considerato misura e peso della legislazione, tanto da affermare che «l'art. 2596 cod. civ., sulle condizioni di validità dei limiti contrattuali alla concorrenza, non contrasta con l'art. 41 Cost., in quanto, se è vero che l'intento principale dei compilatori del codice - desumibile dai lavori preparatori - fu quello di “evitare un'eccessiva compressione della libertà individuale nel perseguimento di un'attività economica”, tale intento non esclude che la norma si risolva anche nella protezione dell'interesse collettivo, impedendo eccessive restrizioni alla libertà di iniziativa economica e così tutelando, nella misura (sia pure modesta) espressa dalla norma stessa, il mercato nelle sue oggettive strutture».

Già in quell'occasione la Corte costituzionale auspicava un intervento legislativo diretto a realizzare una incisiva e sostanziale tutela del mercato attraverso l'adozione di una opportuna normativa. Lo spirito informatore della sentenza del 1982, come delle successive decisioni in materia di radiotelevisione (v. *infra*, capitolo IV), è la visione del mercato come regola strumentale ad altro, come l'interesse dei consumatori a trovare prodotti a prezzi differenziati, oppure l'interesse all'accesso della collettività ad una

perseguimento di una attività economica. È opportuno ricordare che Giudice redattore di questa avveniristica sentenza fu Francesco Saja, in seguito anche primo presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il quale - per formazione e cultura - guardò alla tutela della concorrenza non tanto con attenzione agli aspetti economici dell'incremento dell'efficienza, quanto con riferimento al contributo che un'organizzazione di mercato concorrenziale può dare all'affermazione di quei diritti dai quali discende poi la possibilità di realizzazione dell'individuo (in A. Pera, *Il pensiero sulla concorrenza di Francesco Saja*, in <http://www.agcm.it>).

informazione pluralistica²⁴⁴. In tale decisione l'opzione a favore del mercato concorrenziale è stata letta come il risultato di una sinergia coi valori di libertà e di eguaglianza, in riferimento alla libertà tutelata dall'art. 41, comma 1, Cost., letta nella prospettiva oggettiva dell'interesse generale ad un mercato strutturalmente aperto ed accessibile (e perciò anche dinamico)²⁴⁵.

Pertanto, attraverso certa giurisprudenza costituzionale la libertà di iniziativa economica ha iniziato a dismettere il ruolo di concetto giuridico indeterminato per divenire principio propulsivo dell'attività del legislatore e limite allo Stato imprenditore²⁴⁶.

Tuttavia, la sent. n. 223 del 1982, per quanto "profetica", non ha dato vita ad un successivo orientamento giurisprudenziale in grado di recidere gli interventi legati ai rischi della concorrenza e alla imperiosa necessità della presenza statale.

2.3. *Alla vigilia della legge n. 287 del 1990: la sentenza n. 241 del 1990*

L'indubbio rilievo costituzionale della tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano è stato riconosciuto dalla sentenza n. 241 del 1990, di poco precedente la legge n. 287 del 1990, in corso di approvazione al tempo della pronuncia della Corte²⁴⁷. Tale sentenza ha evidenziato la carenza di rimedi specifici ed adeguati rispetto ad una posizione di supremazia, quale quella dedotta in giudizio relativa alla Società Italiana degli Autori e degli Editori (SIAE), e la necessità di una efficace normativa anticoncentrazione non solo nel settore dell'informazione (cfr. sent. n. 826 del 1988), ma anche «nel più vasto settore dell'attività economica» in generale. La Corte ha definito la concorrenza quale valore dell'ordinamento costituzionale e riconosciuto la diretta funzione di protezione degli interessi collettivi dei consumatori, quali contraenti più deboli, parte essenziale dell'utilità sociale e dei fini sociali anteposti alla libertà di concorrenza (*Considerato in diritto*, n. 4)²⁴⁸. Sicchè, la Corte ha ritenuto che l'assenza di

²⁴⁴ S. Niccolai, *Mercato come valore o come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. cost.*, 1991, 3682.

²⁴⁵ L. D'Andrea, *op. cit.*, 17.

²⁴⁶ M. Dugato, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, cit., 51, 55.

²⁴⁷ In quel periodo Presidente della Corte era Francesco Saja (1987-1990), il quale - a distanza di pochi mesi dalla pronuncia n. 241 del 1990 - sarebbe stato il primo Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

²⁴⁸ Cfr. C. Buzzacchi, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 2004, 277, 286. A commento della sent. n. 241 del 1990, A. Pace, *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 l. n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà d'impresa*, in *Giur. cost.*, 1990, 1482, 1486, stima prematuro il momento in cui la Corte mette in luce il legame tra concorrenza e tutela dei consumatori. Secondo l'A. sarebbe stato più opportuno diffondere tra gli imprenditori la consapevolezza che la tutela della concorrenza e del mercato è garanzia della stessa libertà di impresa, in coerenza con l'art. 41 Cost., mentre la tutela dei consumatori un «limite inderogabile» e non già una «funzione doverosa». Tra gli altri commenti alla decisione si veda anche: E. Caterini, *Obbligo a contrarre e posizioni dominanti*, in *Giur. cost.*, 1990, 1487.

una disciplina *antitrust* non solo rappresentasse «una grave carenza dell'ordinamento rispetto alle esigenze di adeguamento ai valori costituzionali», ma fosse anche necessario al fine di porre in essere un «programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., [da attuare] anche nei confronti dei poteri privati e richiede[nte] tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie». Inoltre, anche alla luce dell'insufficienza della sola normativa comunitaria la Corte auspicava la definitiva approvazione del disegno di legge n. 3755 (atti Camera) in materia di concorrenza e mercato.

Dalla sent. n. 241 del 1990 discende che la predisposizione di una disciplina *antitrust* deriva dal precetto costituzionale di evitare che l'esercizio della libertà di iniziativa economica degeneri in prevaricazione nei confronti dei consumatori e dei contraenti più deboli²⁴⁹. Tale sentenza traccia la distanza rispetto alla limitata incisività della prima giurisprudenza costituzionale in materia di iniziativa economica, la quale è stata ricondotta non già ad un esercizio di *self-restraint*, bensì a condizionamenti esterni di fatto esistenti, tali da impedirle di adottare una definita posizione conservatrice o progressista²⁵⁰.

La sent. n. 241 del 1990, appena prima dell'introduzione della legge *antitrust*, segna la fine delle perplessità della Corte davanti al bivio “liberismo/dirigismo” che, solo in isolate successive sentenze, riaffioreranno e la costringeranno a voltarsi indietro.

3. Passi incerti tra legge antitrust e riforma del Titolo V della Costituzione

Nella giurisprudenza costituzionale, il principio di concorrenza e la sua relativa disciplina si elevano a livello costituzionale al momento in cui le questioni esaminate concernono il problema dei rapporti tra i privati nel mercato²⁵¹. Ciò nonostante, la concorrenza è stata a lungo considerata come uno stato di fatto, al più conseguente all'esercizio della libertà di iniziativa economica, da tutelare indirettamente attraverso la garanzia della situazione giuridica soggettiva: “uno stato di natura da governare in via amministrativa”²⁵². Gradualmente è emersa l'esigenza di tutela contro l'abuso dell'esercizio dell'iniziativa economica tale da determinare una posizione di supremazia nel mercato e, dagli anni Novanta, la concorrenza è stata intesa come un valore da tutelare.

Tuttavia, anche dopo l'introduzione della legge n. 287 del 1990, intitolata “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato” ed istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la giurisprudenza costituzionale si è limitata a

²⁴⁹ A. Lalli, *op. cit.*, 365.

²⁵⁰ M. Luciani, *La produzione*, cit., 213 et 215.

²⁵¹ A. Lalli, *op. cit.*, 364.

²⁵² A. Lalli, *op. cit.*, 375 e 380.

generici richiami al principio della libertà di concorrenza²⁵³. Poche e scarse sono le pronunce della Corte in materia di libertà iniziativa economica nei primi anni Novanta. Significativa è la sentenza n. 439 del 1991, in cui il Giudice di legittimità costituzionale ha affermato che i fini di utilità sociale verso cui deve essere diretta l'attività imprenditoriale sono l'efficienza, la potenzialità e competitività delle imprese, nella loro permanenza in un mercato libero e nel mantenimento delle regole della libera concorrenza²⁵⁴. Per la prima volta la Corte, anziché riferire l'utilità del mercato ad uno specifico settore, l'ha rilevata in generale, pur evidenziando che il mercato non assurge a valore da promuovere e tutelare, bensì a regola del gioco rappresentante una "soluzione costituzionalmente preferibile" all'assetto delle relazioni²⁵⁵. La Corte riconosce all'utilità sociale una determinata forma di mercato, ovvero la concorrenza imperfetta, e intende il mercato come uno strumento per ottenere benessere ed efficienza²⁵⁶. Infatti, la sent. n. 439 del 1991 ha riconosciuto che l'integrazione salariale, garantendo una posizione di parità a tutti gli imprenditori, mira a salvaguardare «le condizioni della loro efficienza, della loro potenzialità e competitività; in genere, a garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema economico produttivo vigente» qualifica la normativa relativa come diretta «a realizzare proprio quei fini di utilità sociale ai quali deve essere finalizzata l'attività imprenditoriale».

In alcune sentenze degli anni Novanta la Corte ha manifestato una netta tendenza a qualificare come «interesse pubblico primario» la salvaguardia dell'«equilibrio locale di mercato tra domanda ed offerta» (sent. n. 63 del 1991), nonché la necessità di preservare le condizioni di efficienza, di potenzialità e competitività» delle imprese, di «garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema economico produttivo vigente», anche se a tutela dei lavoratori e in genere dei contraenti «più deboli» (così, la sent. n. 439 del 1991).

Nella sent. n. 236 del 1996 ha individuato l'utilità sociale nello stesso corretto funzionamento del mercato, riferendosi altresì alle sentt nn. 110 del 1992 e 389 del 1992, in cui, però, si è trattato di una questione incidente su un mercato di carattere peculiare, ovvero quello del rilascio di brevetti.

Con la sent. n. 196 del 1998 la Corte ha escluso che il divieto di smaltire rifiuti di provenienza extraregionale posto da una legge regionale del Friuli Venezia-Giulia

²⁵³ L. Arnaudo, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2005, n. 2, 377, 381.

²⁵⁴ Tra i commenti alla sent. n. 439 del 1991, *inter alia*, si segnala: S. Nicolai, *Mercato come valore o come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. cost.*, 1991, 3680, secondo cui si potrebbe sostenere che il mercato è inserito tra i fini di utilità sociale perché, garantendo efficienza e produttività del sistema, consente un funzionamento soddisfacente del sistema ed idoneo a soddisfare gli interessi di volta in volta rilevanti.

²⁵⁵ S. Nicolai, *op. cit.*, 3682.

²⁵⁶ C. Piccioli, *op. cit.*, 54.

determinasse un'alterazione dell'assetto concorrenziale del mercato dello smaltimento dei rifiuti e della conseguenziale disparità di trattamento tra le imprese del settore, perché la libertà d'iniziativa economica «consente l'apposizione di limiti al suo esercizio a condizione che essi corrispondano all'utilità sociale, nel cui ambito sicuramente rientrano gli interessi alla tutela della salute e dell'ambiente» (*Considerato in diritto*, n. 3).

La sentenza n. 362 del 1998, confermando quanto statuito in una segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 30 ottobre 1997, ha evidenziato che dal combinato disposto degli articoli 41 e 120 Cost. «emerge una nozione unitaria di mercato che non consente la creazione di artificiose barriere territoriali all'espandersi dell'impresa e al diritto di questa di calibrare le proprie strutture organizzative sulla propria capacità produttiva». Tuttavia, anche ed ancora in questa decisione la libertà di concorrenza è uno dei pesi di una operazione di bilanciamento, in cui l'intervento pubblico è ancora prevalente. Con tale sentenza la Corte ha affermato che «le regole economiche della concorrenza, [...] valgono ad orientare l'imprenditore verso l'impiego di mezzi tecnici e di personale più confacente alla propria posizione di mercato e alle aspettative dei consumatori. In definitiva, l'ordine di idee sotteso alla disciplina posta dalla legge quadro è che gli ampi margini di autonomia di organizzazione [...] non collidano con l'esigenza di tutelare i consumatori o con altre preminenti istanze di pubblico interesse».

Con la sentenza n. 443 del 1997 la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità costituzionale delle c.d. “discriminazioni alla rovescia”, dichiarando contrarie all'art. 3 della Costituzione quelle disposizioni disciplinanti delle disparità di trattamento normativo nei confronti di alcune imprese nazionali²⁵⁷. Infatti, la disposizione dichiarata illegittima vietava la produzione di paste alimentari di grano tenero in Italia, cagionando una discriminazione rispetto ai produttori stranieri, i quali, in virtù della libertà di circolazione delle merci e del mercato unico comunitario, potevano comunque vendere in Italia la pasta di grano tenero. Nelle sentenze n. 137 del 1971 (v. *supra*) e n. 20 del 1980 la Corte non aveva ritenuto costituzionalmente illegittime analoghe discipline, perché aveva considerato che l'utilità sociale di limitazione dell'iniziativa economica privata risiedeva nell'esigenza di protezione e valorizzazione della produzione di grano duro, tipicamente italiana. Nel 1997 è evidente che l'assetto di mercato è cambiato e che, a seguito dell'apertura degli scambi, si è dovuto dare necessariamente un diverso

²⁵⁷ A proposito della sent. n. 443 del 1997, si confrontino le considerazioni di S. Amadeo, G. P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, in *Giur. cost.*, 1998, 1221, in cui, *inter alia*, si evidenzia la peculiarità del parametro adottato dalla Corte, che giudica una norma interna in forza di un principio comunitario, senza effettuare alcun riferimento all'art. 11 della Costituzione, muovendosi in un'ottica di integrazione tra sistema comunitario e sistema interno. Il *casus belli* è stato dettato dall'adozione nell'ordinamento italiano di una disciplina più restrittiva di quella comunitaria per la produzione di pasta alimentare, tanto da determinare la paradossale “discriminazione a rovescio”. Per “discriminazioni a rovescio” (o “*discriminations à rebours*”) si intendono, nel diritto comunitario, quelle situazioni di svantaggio in cui si trovano eccezionalmente taluni soggetti di uno Stato membro, rispetto ad altri soggetti del medesimo Stato o cittadini di altri Stati membri, per il fatto di non soddisfare i requisiti cui è subordinata l'applicabilità di una norma comunitaria attributiva di diritti. Vengono definite “alla rovescia” perché il trattamento sfavorevole colpisce i cittadini degli Stati membri e non già gli stranieri.

contenuto all'utilità sociale in grado di limitare l'iniziativa economica privata²⁵⁸. Infatti, con tale sentenza la Corte ha sostenuto che il principio di eguaglianza dovesse essere letto come principio di pari concorrenza, in quanto il principio di non discriminazione tra imprese che agiscono sullo stesso mercato in rapporto di concorrenza «opera, nella diversità delle discipline nazionali, come istanza di adeguamento del diritto interno ai principii stabiliti nel trattato agli artt. 30 e seguenti TCE; opera, quindi, nel senso di impedire che le imprese nazionali siano gravate di oneri, vincoli e divieti che il legislatore non potrebbe imporre alla produzione comunitaria: il che equivale a dire che nel giudizio di eguaglianza affidato a questa Corte non possono essere ignorati gli effetti discriminatori che l'applicazione del diritto comunitario è suscettibile di provocare» (*Considerato in diritto*, n. 6).

Il richiamo al principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. è presente anche nella sent. n. 187 del 1995, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 157 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (c.d. codice postale), nella parte in cui non consente di sottoporre a sequestro o a pignoramento i libretti postali di risparmio e i crediti in essi iscritti per avere prodotto un effetto distorsivo della concorrenza nel settore del mercato dei capitali relativo alla raccolta del risparmio. In tal caso la Corte ha adottato, quale parametro di legittimità costituzionale per condannare l'effetto distorsivo della concorrenza, non già l'art. 41, bensì il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

Un contenuto “mercantilistico” è dato all'utilità sociale nelle sent. nn. 236 del 1996 e 110 del 1995, in cui la Corte afferma che la garanzia di cui all'art. 41 Cost. può incontrare degli oneri e che un bilanciamento tra le regole della concorrenza e l'utilità sociale è “rappresentato dal sano e corretto funzionamento del mercato”. Con la sentenza n. 548 del 1990 la Corte ha sostenuto che la protezione di valori primari attinenti alla persona rappresenta un limite insuperabile di ogni attività economica, per cui il secondo comma dell'art. 41 costituisce il fondamento della priorità della persona umana rispetto alla libertà di iniziativa economica ed alla connessa libertà di accesso al mercato. Nella medesima pronuncia la Corte statuisce che affinché operi il limite di cui al comma 2 dell'art. 41 è necessario che l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e che gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue.

Al pari di come pronunciato precedentemente (v. *supra*), nella sent. n. 63 del 1991 la Corte correla, quale conseguenza della limitazione della libera concorrenza, la stessa limitazione dell'iniziativa economica privata, ma rimette al legislatore ordinario la valutazione della mutata funzione sociale che aveva giustificato la norma protezionistica

²⁵⁸ Il *revirement* della Corte costituzionale rispetto alla sent. n. 20 del 1980 è, altresì, dovuto all'intervento della Corte europea di Giustizia nel caso Zoni (*Criminal Proceedings v. Giorgio Zoni*, 90/86, in *E.C.R.* I-4285), in materia di produzione di pasta secca prodotta con farina di grano duro e tenero. Orbene, come rilevato da M. Dani, *Assembling the Fractured European Consumer*, cit., 362, 370 e s., la Corte costituzionale del 1997 ha ammesso che gli obiettivi perseguiti dal legislatore nazionale (e condivisi dalle sue precedenti decisioni) fossero difficilmente compatibili col diritto dell'Unione Europea: «il protezionismo ed il paternalismo sono sostituiti dall'ortodossia del mercato e dalla libertà di scelta».

oggetto della rimessione, concernente il rilascio di autorizzazione per l'apertura di nuovi panifici sul presupposto della ritenuta opportunità del nuovo impianto in relazione alla densità dei panifici esistenti e del volume della produzione nella località dove è chiesta l'autorizzazione.

Nella sentenza n. 384 del 1999 la Corte compie un passo indietro nei confronti dell'affermazione di un principio di libera concorrenza nel nostro ordinamento costituzionale. Infatti nel *Considerato in diritto*, n. 2.2, afferma che «L'art. 5, comma 1, lettere a) e c), della legge regionale, contenendo norme di privilegio per le imprese agrituristiche a conduzione cooperativa e societaria, violerebbe, ad avviso del ricorrente, il principio della libera concorrenza. Ma che questo sia anche norma costituzionale - cioè dove essa sia contenuta o da dove sia ricavabile - non è precisato né per esplicito né per implicito». Questo stringato passaggio della sent. n. 384 del 1999, laconicamente argomentato, non ha trovato successo nelle seguenti decisioni costituzionali, anche perché la Corte ha spesso elevato a parametro costituzionale principi non esplicitamente indicati nel testo costituzionale stesso, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, la cui base normativa non è considerata pacifica²⁵⁹.

Dalla lettura delle sentenze pronunciate nel decennio intercorrente tra la legge n. 287 del 1990 e la legge costituzionale n. 3 del 2001 emerge come la Corte costituzionale non giunga mai ad attribuire una rilevanza al principio di concorrenza quale vero e proprio parametro di legittimità costituzionale, bensì la Corte, nell'applicazione dell'art. 41 Cost., fa riferimento alle discipline limitative della libertà di iniziativa economica attraverso il filtro dell'utilità sociale, a cui ricorre per effettuare un bilanciamento tra gli interessi meramente economici e quelli prettamente sociali²⁶⁰. Ciò nonostante, già in alcune decisioni traspare una apertura al principio di libera concorrenza, ma solo quale necessaria conseguenza dell'integrazione nell'ordinamento comunitario, come nelle sentenze n. 224 del 1996 e n. 386 del 1996. Nel primo caso il principio della concorrenza e della libertà di mercato sono invocati quali elementi ispiratori della disciplina comunitaria. Nel secondo, è ancora scissa la libertà di iniziativa economica dal principio di libera concorrenza, a cui si può fare riferimento quale parametro di legittimità costituzionale perché attuato in sede comunitaria.

²⁵⁹ A. Pace, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, n. 5, 2965, 2966, commenta criticamente la sent. n. 384 del 1999. L'A. interpreta la pronuncia di inammissibilità quale censura della Corte nei confronti dell'Avvocatura generale dello Stato per l'eccessiva stringatezza dei ricorsi governativi, i quali di frequente addossano a controparte e alla Corte "l'individuazione non solo della sostanza, ma addirittura, dei termini della questione di legittimità costituzionale". Si veda M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, 85.

²⁶⁰ In questo senso, A. Argentati, *Il principio di concorrenza*, cit., 163.

4. *La giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V: verso il modellamento della nozione, della collocazione della materia e del principio di concorrenza*

Con la novella costituzionale del 2001 e l'introduzione della tutela della concorrenza tra le materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato è emerso un profilo della concorrenza fino a quel momento non considerato, ovvero la concorrenza quale limite alla potestà regolatoria dei pubblici poteri (cfr. sent. n. 416 del 1995)²⁶¹. Infatti, l'attribuzione della competenza legislativa esclusiva allo Stato ha significato, secondo molti, non solo l'imposizione di un limite agli interventi legislativi regionali, ma anche la lettura della concorrenza quale bene da proteggere e valore da tutelare²⁶². La *ratio* della scelta del legislatore è riconducibile all'esigenza di garantire un certo grado di uniformità e di unità di disciplina del mercato a livello nazionale, nonché per conseguire condizioni omogenee di sviluppo sul territorio nazionale. Al contrario, la frammentazione e l'eterogeneità della disciplina della tutela della concorrenza sarebbe ostativa al corretto operare del mercato e allo sviluppo dell'intero Paese²⁶³.

Attraverso l'introduzione della "tutela della concorrenza" tra le materie di competenza statale esclusiva, è stata riconosciuta nel nostro ordinamento costituzionale una dimensione di tutela oggettiva del mercato e non più soltanto di tutela della libertà dell'operatore economico: dalla libertà *del e nel* mercato alla libertà *di* mercato²⁶⁴.

Le conseguenze della scelte del legislatore costituzionale travalicano la questione del riparto di competenza e segnano l'ascesa della tutela della concorrenza a valore costituzionale: attribuzione di competenze vuol dire conferimento di funzioni e conseguentemente di potestà, di poteri-doveri per la cura di interessi pubblici al fine di garantire l'uniformità di regole e, nello specifico della tutela della concorrenza, il funzionamento dei mercati su tutto il territorio nazionale. La forza di tale modifica

²⁶¹ È opportuno osservare come la materia "tutela della concorrenza" sia stata aggiunta nel corso della seconda lettura, ovvero la prima lettura svolta dal Senato, del disegno di legge di revisione costituzionale (S. 4809) sulla base di un emendamento, il n. 3.800, proposto dai senatori La Loggia, Mantica, Castelli, D'Onofrio, Gubert. Nel corso della prima lettura al Senato, i senatori Tirelli, Stiffoni e Castelli hanno proposto l'emendamento n. 1.30 diretto a modificare il testo originario dell'art. 114, co. 1, Cost. con la esplicita previsione che "gli Statuti delle Regioni aderenti al patto federale si conformano altresì ai seguenti principi: a) tutela della piena libertà di iniziativa economica privata". La attribuzione espressa della "tutela della concorrenza" al legislatore statale era, del resto, già stata prevista dal Comitato di studio sulle riforme istituzionali, elettorali e costituzionali, c.d. Comitato Speroni, e dal progetto elaborato nel 1995 dalla Fondazione Agnelli. Per contro, tale materia non era espressamente enumerata nell'elenco di materie attribuite alla competenza statale nel progetto di legge di revisione costituzionale licenziato dalla Commissione bicamerale del 1997 (L. Buffoni, *La tutela della concorrenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 345, 363).

²⁶² A. Pace, *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2004, 259, 263, a commento della sent. n. 14 del 2004.

²⁶³ Così, A. Argentati, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, collana *Studi e ricerche*, a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dicembre 2011, n. 5, 7.

²⁶⁴ E. Gianfrancesco, *Libertà di impresa*, cit., 2209, 2211.

costituzionale è corroborata dalla espressa indicazione dei principi di diritto dell'Unione europea a cui l'interpretazione delle norme di diritto interno deve uniformarsi, ai sensi del primo comma dell'art. 117 della Costituzione²⁶⁵.

Per quanto concerne l'applicazione del limite dell'utilità sociale in grado di contenere l'esplicazione della libertà di concorrenza la Corte ha ribadito quanto espresso nei più risalenti *arrêts* giurisprudenziali (quale la sent. n. 584 del 1990, in cui la Corte ha dichiarato che la «protezione di valori primari attinenti alla persona [...] è il limite insuperabile di ogni attività economica»), affermando che la «presunta violazione dell'art. 41 Cost., dovendosi ritenere non configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale. Ciò che conta è che, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e che, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue» (sent. n. 167 del 2009, come poi ribadito dalle sentenze nn. 152 e 247 del 2010).

4.1. La trasversalità delle materie tra ambiti materiali ed interessi territorialmente sovraordinati

L'eterogeneità degli ambiti di intervento legislativo statale in via esclusiva ha condotto la dottrina e la giurisprudenza costituzionale ad individuare alcune materie che, più di altre, si atteggiavano meno come materie e più come funzioni. Si tratta di competenze spettanti al legislatore statale in grado non solo di tangere una pluralità di settori, ma di incidere anche e conseguentemente su oggetti di competenza regionale, a livello concorrente o residuale esclusivo. Tali materie sono state definite materie trasversali per la circostanza di trovarsi all'intersezione tra settori statali e regionali²⁶⁶.

²⁶⁵ M. Libertini, *Libertà di iniziativa e concorrenza*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Iniziativa economica e impresa*, Tomo III, Napoli, 2007, 231, 233 s..

²⁶⁶ F. Benelli, sub *art. 117*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, V. Crisafulli, L. Paladin, Padova, 2008, 1044, analizza i caratteri delle materie trasversali, indicate anche come competenze trasversali (da G. Falcon, *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, n. 1, 5) o materie non materie (da A. D'Atena, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 2003, n. 1, 15) o materie smaterializzate (da F. Benelli, *La «smaterializzazione» delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006) o materie-attività (da F. Leotta, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà*, Milano, 2007, 268). L'Autore specifica che, pur non trattandosi tecnicamente di materie, esse costituiscono il titolo legittimante per l'esercizio del potere legislativo da parte del legislatore statale e che, attraverso tale smaterializzazione, si elide il principio della allocazione formale delle competenze legislative tipico del regionalismo duale. Si vedano, *inter alia*, in tema di materie trasversali: F. Benelli, *La «smaterializzazione delle materie»*. *Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V*, Milano, 2006; E. Gianfrancesco, *Materie (riparto tra Stato e Regioni)*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, 2006, 3597 ss.; P. Cavaleri, *La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, e P. Passaglia, *Osservazioni in tema di definizione e delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, entrambi in *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale. Un primo bilancio*, a cura di R. Tarchi, Torino 2006, 27 ss. e 95 ss.; F. Benelli, R. Bin, *Prevalenza e «rimaterializzazione delle materie»: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, n. 6, 1185; M. Belletti, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni ed il superamento del riparto per materie*, in *Le Regioni*, 2006, n. 5, 903; G. Scaccia, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, n. 2, 461;

Si presentano come “competenze senza oggetto”, in quanto solo attraverso il loro esercizio rendono possibile definire l’ambito di competenza, non contemplando un rigido rapporto tra legislatore regionale e legislatore statale²⁶⁷. Infatti, le materie trasversali sono qualificate non già attraverso un criterio oggettivo, bensì secondo un criterio teleologico, poiché il loro modo di operare esula da schemi rigidi di riparto di competenze tra legislatore statale e legislatore regionale²⁶⁸. Tali materie, anziché circoscrivere un dato settore della legislazione, sembrano enunciare una finalità, presentando una intrinseca attitudine ad intrecciarsi con spazi materiali e competenze affidati alla potestà legislativa delle Regioni²⁶⁹. L’individuazione delle materie trasversali in Costituzione evocherebbe un *tertium genus* di competenza, tale da poter essere accostata alla «*konkurrierende Gesetzgebung* della tradizione federale mitteleuropea, la quale mette il legislatore centrale in condizione di modulare variamente il proprio rapporto con i legislatori locali, consentendogli: sia di indirizzarne (attraverso la fissazione di principi o direttive) la competenza, sia di “scacciarla”, scorporandone oggetti in essa altrimenti inclusi»²⁷⁰.

Sono settori della legislazione in cui l’individuazione della fonte competente non dipende dalla ricerca di una materia in senso tecnico all’interno degli elenchi dell’art. 117 Cost., bensì dal perseguimento di un interesse di rilevanza nazionale che si sovrappone agli interessi che la Costituzione affida al legislatore regionale²⁷¹. Secondo la giurisprudenza costituzionale il denominatore comune delle materie trasversali risiede nella necessità di soddisfare il criterio teleologico del fine da perseguire o del valore da proteggere che, essendo assegnato allo Stato, consente un intervento di quest’ultimo anche oltre i confini meramente oggettivi della materia²⁷².

Infatti, già a partire dalla sent. n. 407 del 2002 la Corte costituzionale ha riconosciuto che i caratteri dei settori di competenza legislativa non sempre costituiscono materie *sic et simpliciter*. Con tale sentenza la Corte – trattando della materia

G. Arconzo, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in *L’incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di N. Zanon, A. Concaro, Milano, 2005, 189.

²⁶⁷ A. D’Atena, *Materie legislative*, cit. 22.

²⁶⁸ A. Concaro, I. Pellizzone, *Tutela della concorrenza e materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004*, in <http://www.forumcostituzionale.it> ed in *Le Regioni*, 2005, n. 3, 431, 439. Sulla tutela della concorrenza quale materia trasversale sia consentito il rinvio a: E. Lanza, *Trasversalità ed uniformità della tutela della concorrenza nel rapporto tra Stato e Regioni*, in Sezione Studi del sito web dell’ISSIRFA – CNR: <http://www.issirfa.cnr.it/5991,908.html>, giugno 2011.

²⁶⁹ P. Falzea, *Il codice dei contratti pubblici ed i limiti dell’autonomia regionale. Nota alla sentenza n. 160/2009 della Corte costituzionale*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 8.

²⁷⁰ A. D’Atena, *La Consulta parla...e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.* 2002, 2012, 2030, nota a Corte cost. n. 282 del 2002.

²⁷¹ F. Benelli, R. Bin, *op. cit.*, 1189.

²⁷² L’osservazione è già rilevata da D. Sterrantino, *Codice dei contratti: il problema riparto di competenze Stato e Regioni*, in *Diritto della Regione*, 2005, n. 5-6, 791, 792.

della tutela dell'ambiente (art. 117, comma 2, lett. s), della Costituzione) - ha evidenziato che «non tutti gli àmbiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come “materie” in senso stretto» e che in relazione ad essa, «si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale» (*Considerato in diritto*, n. 3.2). In tale sentenza emerge chiaramente l'attitudine dei titoli di competenza trasversale dello Stato a individuare criteri finalistici di identificazione di una serie di norme di legge statale, le quali si pongono come limiti per la legislazione regionale, a prescindere dalla materia, sia essa di competenza legislativa concorrente o residuale²⁷³.

Tale complesso quadro ha determinato l'insorgere di numerose controversie tra Stato e Regioni, risolte dalla Corte attraverso l'individuazione dell'interesse prevalente e l'identificazione delle ipotesi in cui dall'intreccio degli interessi discenda la necessità di collaborazione tra Stato e Regioni.

La tutela della concorrenza (lett. e) - insieme alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (lett. s), alla determinazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (lett. p), all'ordinamento civile (lett. l) e ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale (lett. m) - rientra tra le materie “trasversali”. Queste ultime non assumono il carattere tecnico di materie, bensì si pongono come obiettivi, anche collegati a valori costituzionali, tali da consentire allo Stato di “invadere” àmbiti materiali regionali, determinando situazioni di “intreccio di competenze”, in grado di rendere queste materie così ampie da essere sostanzialmente indefinibili²⁷⁴. Le materie trasversali non escludono la potestà legislativa regionale in quanto determinano un concorso libero di fonti, mentre la Costituzione ha previsto un concorso vincolato nelle materie di potestà concorrente o lo ha escluso del tutto nelle materie residuali²⁷⁵.

Grazie all'intrinseca capacità di viaggiare orizzontalmente attraverso le materie concorrenti ed esclusive delle Regioni, le materie trasversali consentono che la linea di confine tra materie di competenza statale e materie di competenza regionale sia “mobile” e non possa essere fissata stabilmente²⁷⁶. Infatti, «l'inquadramento in una materia piuttosto che in un'altra deve riguardare la *ratio* dell'intervento legislativo nel suo complesso e nei suoi aspetti fondamentali, non anche aspetti marginali o effetti riflessi dell'applicazione della norma» (Corte costituzionale, sent. n. 30 del 2005, *Considerato in diritto*, n. 3).

²⁷³ D. Messineo, *Competenze legislative dello Stato e riforma del procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2006, n. 2, 447, 451. A commento della sent. n. 407 del 2002, si veda: F. S. Marini, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giur. cost.*, 2002, 2951.

²⁷⁴ R. Bin, *Prevalenza senza criterio. Nota alla sent. n. 211/2008*, in *Le Regioni*, 2009, n. 3-4, 615.

²⁷⁵ V. Vanacore, *La «tutela delle concorrenze» come materia trasversale nei rapporti fra leggi statali e regionali*, in *Dir. Giur.*, 2005, 592, 597.

²⁷⁶ P. Falzea, *op. cit.*, 8.

La giurisprudenza costituzionale intervenuta sul punto ha messo in luce, da un lato, che in queste ipotesi allo Stato spetta in via diretta la cura degli interessi sottesi alle etichette di cui all'art. 117, secondo comma, della Costituzione e, dall'altro lato, che spetta le Regioni sono tenute all'esercizio della potestà legislativa in materie che incidono indirettamente sugli interessi affidati alla cura statale. La linea di confine tra le attribuzioni è individuata dalla stessa legislazione statale, cui compete – nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità – la determinazione del punto di equilibrio tra interessi costituzionali che, in nessun caso, può essere alterato dalla legislazione regionale²⁷⁷. Tuttavia, è stato osservato che nelle materie trasversali le inevitabili interferenze tra fonti statali – legislative e regolamentari – e fonti regionali, possono condizionare la potestà legislativa regionale e la relativa collocazione nel sistema delle fonti²⁷⁸.

Infatti, nella sent. n. 1 del 2008 la Corte costituzionale ha evidenziato come essa sia tenuta a compiere un giudizio complesso e circostanziato, allorché il giudizio di legittimità costituzionale attenga a ambiti oggetto di potestà legislativa esclusiva afferenti a materie trasversali. Per l'appunto, trattandosi di competenza legislativa esclusiva ed essendo innegabile che il legislatore statale potrà incidere verticalmente e nel dettaglio nella materia, dovranno ad ogni modo essere posti limiti all'intervento statale, proprio perché trasversalmente incidente sui confini legislativi regionali²⁷⁹. Di volta in volta, nelle ipotesi di materie trasversali dovrà essere calibrato il confine “mobile”, a seconda del punto in cui si assesti il baricentro del riparto di competenze tra Stato e Regioni. Tale baricentro andrà individuato in base ad «una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e dell'adeguatezza» (Corte cost., sent. n. 303 del 2003), la quale, nel caso di un forte intreccio tra competenze statali e regionali (Corte cost., sent. n. 401 del 2007), mitighi l'esclusività della competenza del legislatore statale per mezzo di un adeguato coinvolgimento degli altri livelli di governo incisi dalla materia²⁸⁰.

La giurisprudenza costituzionale chiamata a tracciare i confini tra intervento legislativo statale e regionale ha applicato la c.d. “teoria dei punti di equilibrio”, in virtù della quale compete allo Stato, caso per caso, stabilire l'equilibrio tra interessi costituzionalmente protetti, mentre le Regioni potranno intervenire in armonia coi

²⁷⁷ F. Benelli, *Separazione vs. collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Le Regioni*, 2008, n. 4-5, 909.

²⁷⁸ G. Scaccia, *Le competenze*, cit., 490.

²⁷⁹ La Corte si è ulteriormente espressa in materia di grandi derivazioni idroelettriche con la sent. n. 339 del 2011 (in *Norma – quotidiano d'informazione giuridica*, con nota di F. Leotta del 9 gennaio 2012, in <http://www.norma.dbi.it>), in cui ha dichiarato l'incostituzionalità della l. n. 19 del 2010 della Regione Lombardia per violazione della legislazione dello Stato in materia di procedure ad evidenza pubblica, riconducibile alla competenza esclusiva statale nella “tutela della concorrenza”. Si conferma, pertanto, l'orientamento per cui nella disciplina degli appalti pubblici le procedure ad evidenza pubblica debbano essere riconducibili per intero alla potestà legislativa esclusiva statale, potendosi opporre solo il limite elastico della proporzionalità e dell'adeguatezza (cfr. Corte cost., sent. n. 443 del 2007, v. *infra*).

²⁸⁰ D. Morgante, *Sulle materie “trasversali” la parola alle regioni*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2008, n. 4, 20.

principi stabiliti a livello statale²⁸¹. Conseguentemente lo Stato si occuperà direttamente degli interessi sottesi alle materie trasversali, mentre le Regioni potranno intervenire in via legislativa in quelle materie indirettamente incidenti sugli interessi di competenza statale. Il punto di equilibrio tra le due tipologie di intervento dovrà essere stabilito a livello statale nel rispetto sia del principio di sussidiarietà che dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità da testare *casu concreto*²⁸².

Con la “smaterializzazione” della materia si è, quindi, posto in essere un correttivo al rigido riparto delle competenze legislative disposto in Costituzione²⁸³, considerata la natura “mobile” dei confini tra le materie da disciplinare legislativamente²⁸⁴. L’emersione delle materie trasversali costituisce una diretta conseguenza del fatto che molti settori legislativi non sono individuabili come ambiti di intervento normativo oggettivamente delimitati, ma sono espressione di competenze normative di natura funzionale²⁸⁵.

In tal senso, le vicende giurisprudenziali legate alla definizione della materia “tutela della concorrenza” (art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione) sono significative per la comprensione della mobilità dei confini tra le materie. Da ultimo la sent. n. 150 del 2011 della Corte costituzionale ha evidenziato che la materia della tutela della concorrenza «non ha solo un ambito oggettivamente individuabile che attiene alle misure legislative di tutela in senso proprio, quali ad esempio quelle che hanno ad oggetto gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, ma, dato il suo carattere “finalistico”, anche una portata più generale e trasversale, non preventivamente delimitabile, che deve essere valutata in concreto al momento dell’esercizio della potestà legislativa sia dello Stato che delle Regioni nelle materie di loro rispettiva competenza» (*Considerato in diritto*, n. 5). Mentre l’ambiente, materia trasversale per eccellenza, è tutelato in sé e per sé quale bene giuridico di rango costituzionale ex art. 9 Cost., la concorrenza è riconosciuta e tutelata quale modalità di organizzazione dell’agire economico che risponde a fini diversi da sé medesima²⁸⁶.

²⁸¹ R. Bin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 319.

²⁸² F. Benelli, voce *art. 117 Cost.*, cit., 1057, 1058.

²⁸³ F. Benelli, R. Bin, *op. cit.*, 1189.

²⁸⁴ S. Musolino, *I rapporti Stato-Regioni nel nuovo Titolo V alla luce dell’interpretazione della Corte costituzionale*, Milano, 2007, 57.

²⁸⁵ Consiglio della Regione Piemonte, *Rassegna sulla giurisprudenza costituzionale della Regione a statuto ordinario*, 2008, 28. Di concorrenza come competenza funzionale tratta G. Luchena, *op. cit.*, 117, precisando che, qualora la competenza funzionale della tutela della concorrenza interferisca con le attribuzioni regionali, l’intervento statale manifesta la propria funzionalità, perché determinante ai fini della stabilizzazione macroeconomica e, pertanto, in grado anche di ampliare la potestà regolamentare statale anche in materie di competenza regionale.

²⁸⁶ Così, L. Arnaudo, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 377, 393.

Da quanto finora descritto discende che, anche per la materia della tutela della concorrenza, la difficoltà di dare un contenuto dai confini certi – o perlomeno non labili – si inserisce nell’ambito della c.d. “arte di definire le materie” indicate o discendenti dall’art. 117 della Costituzione²⁸⁷. Per le materie trasversali è stato ritenuto che non si possa ricercare una sola arte per definirle²⁸⁸. Infatti, per la tutela della concorrenza è necessario ricorrere “a più discipline artistiche”, non essendo suscettibile di interpretazioni oggettive in grado di circoscriverne preventivamente l’ambito, non delimitato neppure da preesistenti qualificazioni normative. Pertanto, la tutela della concorrenza definisce il suo oggetto nell’atto stesso del suo esercizio²⁸⁹.

Nello svolgimento dei successivi paragrafi si intende ricostruire come sia stata definita la materia della concorrenza dalla Corte costituzionale attraverso l’individuazione dei confini della trasversalità e dei limiti dell’uniformità della disciplina diretta a tutelare la concorrenza.

4.2. *Le ragioni della “trasversalità” della tutela della concorrenza*

Alla luce di quanto rilevato può affermarsi che pacificamente la tutela della concorrenza rientra tra le competenze statali collegate a compiti di garanzia dello Stato centrale, il cui carattere trasversale è la diretta conseguenza della sua capacità di tangere materie di competenza concorrente o esclusiva regionale²⁹⁰. Come dichiarato – all’indomani della Riforma del Titolo V – dall’allora Presidente dell’Autorità *Antitrust* Giuseppe Tesauro, la tutela della concorrenza, pur essendo necessariamente materia di competenza legislativa esclusiva affidata alla potestà statale, impone «un grande sforzo di responsabilità per individuare efficaci meccanismi [di effettiva partecipazione delle] Regioni alla politica economica del Paese»²⁹¹. Una materia di competenza statale, quindi, ma dotata di una “sensibilità” regionale, attese le potenzialità di intervento delle legislazioni locali.

²⁸⁷ S. Mangiameli, *Sull’arte di definire le materie dopo la Riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, n. 1, 337.

²⁸⁸ F. Benelli, *La “smaterializzazione” delle materie*, cit., 87.

²⁸⁹ G. Scaccia, *Le competenze*, cit., 481.

²⁹⁰ L. Antonini, voce *Art. 117, 2°, 3° e 4° co.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, 2228, 2230.

²⁹¹ Nel corso dell’audizione del Presidente e di alcuni dei componenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica (5 dicembre 2001) il Presidente Tesauro, ulteriormente, auspicò il varo di una normativa statale in grado di promuovere «la finalità pro-concorrenziale delle legislazioni regionali tale da evitare barriere all’entrata ingiustificate e da favorire forme di semplificazione di norme e procedure utili allo sviluppo della competizione economica. [...] Più in generale, la legge statale potrebbe dettare utilmente principi diretti a orientare verso finalità pro concorrenziali anche l’esercizio della potestà regolamentare delle regioni e l’esercizio delle funzioni amministrative attribuite o conferite ai comuni».

Innanzitutto, per comprendere la necessità della riserva in capo al legislatore statale è sufficiente considerare cosa sottenda la nozione di concorrenza²⁹². La concorrenza è una relazione tra una pluralità di soggetti tale da non consentire a tutti gli operatori coinvolti di influire decisivamente sui processi decisionali e sulle condizioni dello scambio e di impedire ad alcuni di imporre ad altri le proprie direttive. La tutela della concorrenza è essenzialmente un *fine* pubblico: la conservazione o la promozione di tale relazione. Il fine funge da limite della potestà legislativa regionale (concorrente o esclusiva), ancorchè la funzione di limite non sia espressamente indicata. Come specificato dalla Corte costituzionale, «tale competenza non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti» (Corte cost., sent. n. 14 del 2004). È quindi una materia-funzione che incide trasversalmente su oggetti relativi a competenze non solo statali, ma anche regionali, quali il commercio, l'industria, la produzione e la prestazione di servizi, ed ha conseguentemente carattere trasversale²⁹³.

Tuttavia, per comprendere se una norma possa essere ricondotta ad una materia piuttosto che ad un'altra è necessario individuare preventivamente la stessa materia, la quale «non può desumersi dalla norma ad essa ricondotta»²⁹⁴. A tal proposito è necessario approfondire il contenuto della «tutela della concorrenza» ai sensi ed ai fini del dettato costituzionale.

Il legislatore costituzionale del 2001 ha inteso la tutela della concorrenza quale assetto concorrenziale del mercato secondo un'ottica macroeconomica ed oggettiva, a differenza della prevalente lettura microeconomica sottesa al primo comma dell'art. 41 della Costituzione²⁹⁵. Infatti, la competenza statale è giustificata dall'esigenza macroeconomica di mantenere una visione complessiva dell'economia a livello nazionale. Pur potendo i fenomeni economici incidere anche su settori di competenza legislativa regionale, la visione di insieme delle forze e delle tendenze capaci di influenzare il sistema economico italiano nel suo complesso deve competere necessariamente ad un soggetto unitario: lo Stato. Di conseguenza, la tutela della concorrenza non poteva che essere competenza legislativa esclusiva dello Stato. Tanto è vero che, nella medesima sent. n. 14 del 2004, la Corte – in applicazione del test di ragionevolezza sulla qualificazione statale della materia oggetto della previsione legislativa – ha precisato che «ove sia dimostrabile la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell'equilibrio economico generale, la competenza legislativa dello Stato di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), non potrà essere negata». L'intervento statale è, pertanto, legittimo se dotato di rilevanza

²⁹² Sul percorso e sullo sviluppo del principio di concorrenza nell'ordinamento italiano si veda per tutti: A. Argentati, *Il principio di concorrenza*, cit.

²⁹³ R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione (nota a Corte cost. n. 14/2004)*, in *Le Regioni*, 2004, n. 4, 990, 998.

²⁹⁴ S. Mangiameli, *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992, 69.

²⁹⁵ L. Buffoni, *La tutela della concorrenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 348 e 370.

macroeconomica, i cui indici sono individuabili nella dimensione territoriale nazionale dell'intervento, nella generalizzata accessibilità, nella simultaneità dell'azione e nella finalità dell'impatto sull'economia nazionale²⁹⁶.

La ragione giustificatrice della scelta operata dal legislatore costituzionale risiede nell'esigenza di garantire un certo grado di unità e di uniformità della disciplina del mercato a livello nazionale, al fine di favorirne il funzionamento concorrenziale e, di conseguenza, lo sviluppo dell'intero Paese. Il legislatore costituzionale del 2001 ha inteso «unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese; strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico» (Corte cost., sent. n. 14 del 2004).

La Corte ha svolto un'analisi del contenuto della concorrenza, al fine di delimitarne non solo i labili confini legislativi, ma anche di individuare quali strumenti siano effettivamente indispensabili per tutelare e promuovere la concorrenza. Infatti, le sentenze nn. 401 e 430 del 2007, n. 63 del 2008 e nn. 148, 160 del 2009 e 45 del 2010 non solo tracciano le linee fondamentali del riparto delle competenze legislative nel settore degli appalti pubblici tra Stato ed enti ad autonomia differenziata, ma altresì precisano che, avendo riguardo al diritto europeo, devono essere ricomprese nella nozione di concorrenza (v. *infra*).

Il contenuto della tutela della concorrenza nel quadro costituzionale illumina le ragioni della trasversalità della competenza, la quale è stata ritenuta la più trasversale delle competenze trattenute dallo Stato, consistente in politiche dirette verso obiettivi e, conseguentemente, non racchiudibile in contenitori da predefinire²⁹⁷. Sin dalle sue prime applicazioni, la tutela della concorrenza - appunto perché non si tratta di una materia *sic et simpliciter* - ha dimostrato la sua natura di funzione in grado di incidere in maniera pervasiva anche su materie di competenza residuale regionale.

Nell'ambito della tutela della concorrenza, il confine tra l'autonomia regionale e la riserva statale viene individuato dalla giurisprudenza costituzionale nel punto di equilibrio tra il carattere unitario degli strumenti di politica economica volti allo sviluppo dell'Italia e gli interventi vicini alla produzione regionale, fermo restando che non spetta alla Corte stabilire se gli effetti di un intervento statale abbiano una rilevanza tale da "trascendere l'ambito regionale".

La tutela della concorrenza, quale materia trasversale, risponderebbe ad un'esigenza di elasticità sottesa al riparto di competenze tra Stato e Regioni tracciato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. In considerazione della capacità espansiva delle materie trasversali, esse devono rispettare limiti rigorosi, evitando di comprimere verticalmente le materie regionali che conservano sempre i propri spazi di attuazione

²⁹⁶ S. Musolino, *op. cit.*, 54.

²⁹⁷ Così, R. Bin, *Primo comandamento: non occuparsi delle competenze, ma delle politiche*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2009, n. 2, 203, 206 e s.

garantiti in Costituzione. Ad ogni modo spetterà alla Corte individuare, di volta in volta, entro quali limiti lo Stato possa ridurre la sfera delle competenze legislative delle Regioni, determinando, conseguentemente, un aumento del contenzioso costituzionale.

Inoltre, il fatto che la tutela della concorrenza sia materia trasversale comporta che la potestà legislativa esclusiva dello Stato non si esaurisca nella competenza a dettare la disciplina *antitrust*, ma si estenda alla determinazione di soglie di garanzia e promozione della concorrenza, alle quali le regolazioni regionali di settore devono adeguarsi. Al legislatore statale compete, nei limiti dei vincoli comunitari e internazionali, dettare la disciplina *antitrust* e determinare gli standard generali del libero mercato, che condizionano le regolazioni regionali di specifici mercati e settori economici²⁹⁸. Tuttavia, nei settori incidenti su valori trasversali, ove è possibile il coinvolgimento di interessi diversi, non è escluso che possano esservi spazi interstiziali per l'intervento delle Regioni, fermo restando che il nucleo fondamentale debba essere individuato a livello di legislazione statale²⁹⁹.

4.3. *L'actio finium regundorum della materia operata dalla giurisprudenza costituzionale*

L'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. si riferisce non già alla concorrenza *sic et simpliciter*, bensì alla tutela della concorrenza, attribuendo allo Stato un compito avente un oggetto finalistico ovvero teleologico, il cui svolgimento determina una competenza di carattere dinamico³⁰⁰. Ciò si ritrova nella giurisprudenza costituzionale. Infatti, nella sent. n. 14 del 2004, la prima rilevante decisione costituzionale in materia di tutela della concorrenza a seguito della Riforma del Titolo V della Costituzione, la Corte costituzionale ha attribuito alla materia della tutela della concorrenza una natura "trasversale" per via della potenziale capacità dell'intervento pubblico di coinvolgere,

²⁹⁸ M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, cit., 716 s.

²⁹⁹ Come è stato notato da G. A. Ferro, *Le norme fondamentali di riforma economico-sociale ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Nuove Autonomie*, 2005, n. 4-5, 633, 674.

³⁰⁰ S. Mangiameli, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 121 s. Inoltre, G. Corso, *La tutela della concorrenza*, cit., 982, ha specificato che: «La concorrenza è un fatto o una relazione. Ma ciò che l'art. 117, comma 2, riserva alla potestà legislativa dello Stato non è la concorrenza, ma la tutela della concorrenza. Non si tratta di un mero fatto: ma, se vogliamo, una situazione di fatto da conservare se c'è, o una situazione di fatto da promuovere o instaurare (quando non c'è). È un valore che viene protetto, non un fatto: come accade ogni qualvolta il diritto assume una certa situazione di fatto come un bene da tutelare. [...] Ciò comporta che la concorrenza opererà come limite non solo della competenza legislativa regionale [...] ma anche della potestà legislativa statale: nel senso che il Parlamento dovrà trattare la concorrenza non come fatto da regolare (magari in modo restrittivo della sua portata), ma come un valore o un bene o un fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza».

contrarre ovvero ritagliare, direttamente o indirettamente, settori di competenza legislativa concorrente ovvero residuale regionale³⁰¹.

Essendo «una funzione esercitabile sui più diversi oggetti» (Corte cost., sent. n. 14 del 2004), una eccessiva dilatazione della materia della tutela della concorrenza causerebbe una distorsione del sistema di riparto dell'art. 117 Cost., in base al quale le Regioni sono tenute a disciplinare quegli strumenti che - pur incidendo sullo sviluppo economico della realtà regionale - non rappresentano interventi macroeconomici, ma sono solo diretti alla realtà produttiva locale³⁰². Quale materia trasversale, la tutela della concorrenza rappresenta un obiettivo, legato a valori costituzionali, tali da consentire allo Stato di “invadere” ambiti legati alle materie di competenza regionale, determinando una situazione di “intreccio di interessi” e, conseguenzialmente, di competenze. La tutela della concorrenza è, quindi, «una competenza ovvero una finalità trasversale rispetto a tutti i settori della vita economica, in grado cioè di operare sia nelle materie riservate allo Stato sia in quelle attribuite alle Regioni» (Corte cost., sent. n. 272 del 2004)³⁰³.

Secondo la Corte, il ricorso ai criteri di proporzionalità ed adeguatezza rende possibile definire se la tutela della concorrenza legittimi o meno l'intervento legislativo statale. È stato, pertanto, elaborato un “test” per le leggi esercizio di competenze

³⁰¹ Con la sent. n. 14 del 2004 la Corte costituzionale si pronuncia in tema di interventi pubblici a sostegno di operatori economici. Ritenendo che la questione alla base del ricorso fosse il rapporto tra la concorrenza e gli interventi pubblici nel mercato, la Corte ha adottato una lettura “comunitariamente orientata” della nozione di concorrenza ed ha esteso il parametro indicato dalle Regioni ricorrenti alla competenza dello Stato in materia di tutela della concorrenza, di cui alla lett. e) del comma 2 dell'art. 117 Cost. In tale decisione la Corte ha affermato che «dal punto di vista del diritto interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, misure *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto ed in libera concorrenza». Inoltre, la tutela della concorrenza, considerate anche le altre competenze statali di cui alla lett. e) dell'art. 117, comma 2 (moneta, tutela del risparmio e dei mercati finanziari, sistema valutario e sistema contabile dello Stato, perequazione delle risorse finanziarie) costituisce, come poi ribadito dalle sentenze nn. 272 del 2004, 80 del 2006, 242 del 2005, 175 del 2005, «una delle leve della politica economica statale e, pertanto, non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» (*Considerato in diritto*, n. 4). In questa pronuncia late una visione oggettiva del mercato concorrenziale, inerente non più solo alle sfere soggettive, ma anche al sistema economico di mercato aperto ed in libera concorrenza di origine comunitaria, in favore del quale è altresì ammissibile una compressione della dimensione delle libertà economiche individuali (R. Niro, voce *art. 41 Cost.*, cit., 857). A margine della sent. n. 14 del 2004, *inter alia*, si legga: R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione (nota a Corte cost. n. 14/2004)*, in *Le Regioni*, n. 4, 2004, 990; L. Cassetti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in <http://www.federalismi.it>, 2004, n. 5; L. F. Pace, *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la «costituzionalizzazione» della figura dell'«imprenditore sovvenzionato»*, in *Giur. cost.*, 2004, 4678; F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in *Le Regioni*, 2004, n. 4, 1014; G. Chiara, *La tutela della concorrenza sul piano costituzionale e comunitario*, in *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, a cura di E. Castorina, Torino, 2007, 334, 346.

³⁰² L. Lamberti, *La disciplina dei servizi pubblici locali nella Costituzione riformata e la tutela della concorrenza*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, 24 marzo 2006, 18.

³⁰³ Osserva R. Bin, *Primo comandamento*, cit., 203, 207, che la Corte, parlando di “intreccio di interessi”, ci avverte della sterilità del ragionamento “per materie”.

trasversali: un giudizio di efficienza strumentale per la tutela della concorrenza in virtù del quale «è la stessa conformità dell'intervento statale al riparto costituzionale delle competenze a dipendere strettamente dalla ragionevolezza della previsione legislativa». Di conseguenza, la competenza dello Stato non può essere negata «ove sia dimostrabile la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell'equilibrio economico generale» (Corte cost., sent. n. 14 del 2004)³⁰⁴.

Di volta in volta si dovrà verificare se le norme possano essere ricondotte alla materia della tutela della concorrenza attraverso la verifica della loro finalizzazione a favore della concorrenza fra i diversi soggetti del mercato. Se si ragionasse diversamente «si arriverebbe alla inaccettabile conclusione secondo la quale la competenza statale in tema di tutela della concorrenza si sovrapporrebbe ad ogni tipo e forma di finanziamento delle attività riconducibili alle materie di competenza legislativa delle Regioni, sia di tipo concorrente che residuale» (Corte cost., sent. n. 285 del 2005).

La Corte costituzionale, richiamando la sent. n. 14 del 2004, ha precisato che «spetta allo Stato la competenza ad adottare provvedimenti idonei “ad incidere sull'equilibrio economico generale”, mentre rientrano nella competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale, tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni e da non limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale (art. 120, primo comma, Cost.)» (Corte cost., sent. n. 320 del 2004, *Considerato in diritto*, n. 7).

Emblematicamente la sent. n. 401 del 2007, dopo aver ricostruito il novero delle misure adottate a tutela della concorrenza, ha attribuito un “valore inderogabile” alle disposizioni legislative dirette a tutelarla. Il carattere perentorio di tali disposizioni implica la strumentalità delle misure di dettaglio adottate col c.d. decreto Bersani (d.l. n. 223 del 2006)³⁰⁵, al fine di raggiungere l'obiettivo della liberalizzazione del commercio,

³⁰⁴ G. Scaccia, *Le competenze*, cit., 485, e Id., *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 182 ss.

³⁰⁵ Il d.l. n. 223 del 2006, c.d. “decreto sulle liberalizzazioni” o decreto “Bersani”, convertito in legge n. 248 del 2006, (“Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale”), rientra indubbiamente tra le misure adottate a tutela e a promozione della concorrenza. Il decreto ha introdotto in Italia una serie di misure di liberalizzazione in diversi settori produttivi di beni e servizi, con l'obiettivo di promuovere sviluppo e competitività nonché di assicurare la tutela dei consumatori. La Corte costituzionale è stata chiamata, in più di una occasione, a verificare la legittimità costituzionale di alcune delle disposizioni adottate e si è pronunciata con le sentenze nn. 430, 443, 452 del 2007. La Corte non ha “misurato” la proporzionalità e l'adeguatezza dell'intervento statale a difesa della competitività dei settori produttivi interessati dalle misure di liberalizzazione in relazione al loro (più o meno esteso) impatto sugli equilibri dell'economia nazionale, al fine di “contenere” la trasversalità della competenza statale in tema di “tutela della concorrenza”, come statuito nella sentenza n. 14 del 2004, ma si è limitata ad argomentare la riconducibilità delle norme censurate alla funzione statale di “promozione della concorrenza” (L. Cassetti, *La Corte costituzionale “salva” le liberalizzazioni*, cit., 4). Infatti, il modello del giudizio di ragionevolezza era stato utilizzato per verificare il livello di interferenza ed i potenziali limiti dell'intreccio tra la funzione statale trasversale a difesa della concorrenza e le materie di competenza regionale, di volta in volta, coinvolte (L. Cassetti, *La Corte costituzionale “salva” le liberalizzazioni*, cit., 8). Per la prima volta la Corte si è occupata di misure poste a favore della concorrenza, anche perché quanto contenuto nel decreto Bersani rappresenta il primo vero passo del legislatore verso una effettiva

tanto da rendere vana l'analisi delle effettive conseguenze e della proporzionalità dell'intervento statale pro-competitivo rispetto alle interferenze con le competenze legislative regionali³⁰⁶. La Corte ha precisato che ad essa compete lo scrutinio di costituzionalità sui singoli atti legislativi dello Stato, la cui ragione giustificatrice risiede nella natura non definita della materia allo scopo di «stabilire se la scelta in concreto adottata sia ragionevole e proporzionata rispetto all'obiettivo prefissato costituito, nella specie, dalla più ampia apertura del mercato degli appalti alla concorrenza». Il controllo di costituzionalità sarà, quindi, volto a saggiare la «congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell'equilibrio economico generale», come statuito dalla sent. n. 14 del 2004. La Corte ha specificato che, al fine di delimitare i confini della tutela della concorrenza, «occorre svolgere un doppio livello di verifica». In primo luogo, la Corte dovrà sondare se l'intervento statale sia astrattamente riconducibile ai principi della concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato o ad entrambi. In secondo luogo, dovrà essere accertato se lo strumento utilizzato sia congruente rispetto al fine perseguito alla luce dei criteri di proporzionalità e di adeguatezza, allo scopo «di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato» (Corte cost., sent. n. 272 del 2004, *Considerato in diritto*, n. 3). Secondo la Corte «la proporzionalità e l'adeguatezza non si misurano, infatti, avendo riguardo esclusivamente al livello di dettaglio che connota quella specifica normativa. Se così fosse, si verificherebbe una identificazione non consentita tra materie concorrenti e materie trasversali di competenza esclusiva che, invece, ricevono dalla Costituzione una differente disciplina» (Corte cost., sent. n. 401 del 2007). I criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza sono funzionali alla definizione dell'ambito di operatività della competenza legislativa statale concernente la “tutela della concorrenza”.

Pertanto, è stato detto che, a seguito della sentenza n. 401 del 2007, si è inaugurata una nuova stagione nell'interpretazione della funzione statale a tutela della concorrenza, essendo possibile individuare un “nocciolo duro” di norme inderogabili a tutela della

liberalizzazione dei mercati più vicini ai consumatori. Per un commento al decreto sotto il profilo della liberalizzazione delle professioni intellettuali si veda A. Cossiri, *Un'opinione sulle liberalizzazioni delle professioni nel decreto Bersani*, in *Quad. cost.*, 2007, n. 1, 144. E, più in generale, sulla riforma: M. D'Alberti, *Misure urgenti a tutela della concorrenza e dei consumatori nel decreto legge n. 223/2006*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 11, 1173.

³⁰⁶ L. Casseti, *La Corte costituzionale “salva” le liberalizzazioni*, cit., 12. Secondo R. Bin, *Lavori pubblici: quanto «intangibili» sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, in *Le Regioni*, 2010, n. 5, 1148, la Corte, nella sent. n. 401 del 2007, ha evitato di verificare l'effettivo contrasto tra le norme regionali e le finalità della tutela della concorrenza, «in modo da salvare da censure di incostituzionalità tutte quelle disposizioni che si limitano ad introdurre soluzioni equivalenti o migliorative nella prospettiva pro-concorrenziale». R. Bin, *Alla ricerca della materia perduta. Nota a Corte cost. n. 401/2007*, in *Le Regioni*, 2008, n. 2, 398, evidenzia che la Corte, applicando il ragionamento svolto per altre materie trasversali, ha ritenuto che lo Stato avesse competenza esclusiva nell'ambito della tutela della concorrenza per: le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, i criteri di aggiudicazione ed i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti. Inoltre, l'Autore precisa che non vi è limite al carattere dettagliato delle norme statali, che lo Stato è titolare della potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, comma 6, Cost., e che non opera né il principio di cedevolezza delle norme statali di fronte alla successiva legislazione regionale di dettaglio, né il principio di leale collaborazione.

concorrenza, capaci di prevalere sulle competenze regionali su cui trasversalmente incidono. In tal modo, la tutela della concorrenza diventa più che una “materia”, un “obiettivo”³⁰⁷.

L'impostazione delineata dalla sent. n. 14 del 2004 è seguita dalla successiva sent. n. 430 del 2007³⁰⁸, relativa ad una delle novità introdotte dal decreto Bersani³⁰⁹. La Corte ha sottolineato che la «tutela della concorrenza, proprio in quanto ha ad oggetto la disciplina dei mercati di riferimento di attività economiche molteplici e diverse, non è una “materia di estensione certa”, ma presenta i tratti “di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti ed è configurabile come trasversale”, come già affermato nella sentenza n. 401 del 2007» (*Considerato in diritto*, n. 6.7). Nell'ambito del rapporto Stato-Regioni la sent. n. 430 del 2007 ha precisato che, poiché la promozione della concorrenza ha una portata generale o “trasversale”, può accadere che una misura rientrante nella competenza legislativa regionale, concorrente o residuale, a sua volta abbia marginalmente una forza pro-competitiva «al fine di non vanificare le competenze regionali, sempre che tali effetti siano marginali o indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza».

Nelle sentenze nn. 38, 303, 401 e 421 del 2007 e nn. 51, 63 e 236 del 2008 la Corte ha definito la tutela della concorrenza come «la titolarità della relativa potestà legislativa [che] consente allo Stato di adottare misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e misure di liberalizzazione dei mercati stessi; queste misure possono anche essere volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati».

Pertanto, se da un lato, l'intervento statale può consistere nell'emanazione di una disciplina analitica in grado di influire su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni, dall'altro lato sarà di competenza della Corte lo svolgimento di un rigoroso scrutinio delle relative norme statali, diretto ad accertare se l'intervento normativo sia coerente con i principi della concorrenza, e se esso sia proporzionato rispetto al fine della tutela della concorrenza.

³⁰⁷ L. Cassetti, *La Corte costituzionale “salva” le liberalizzazioni*, cit., 18, osserva che, nelle decisioni immediatamente successive all'adozione del decreto Bersani, il giudice costituzionale appaia “schiacciato” sulle scelte del legislatore statale, dando le motivazioni delle sentenze l'impressione di essere il riassunto dell'assetto normativo.

³⁰⁸ A commento di questa sentenza e delle sentenze nn. 443 e 452 del 2007: L. Cassetti, *La Corte costituzionale “salva” le liberalizzazioni del 2006*, cit.

³⁰⁹ Si tratta dell'art. 5, comma 2, del d. l. n. 223 del 2006, per il quale la vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione negli esercizi commerciali della cosiddetta grande distribuzione è consentita durante l'orario di apertura degli stessi e deve essere effettuata nell'ambito di un apposito reparto, con l'assistenza di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine, restando vietati i concorsi, le operazioni a premio e le vendite sotto costo aventi ad oggetto farmaci.

5. Settori concorrenziali all'incrocio tra competenze statali e regionali

Una volta delineato il quadro generale del vischioso rapporto tra Stato e Regioni in materia di tutela della concorrenza, sarà opportuno approfondire alcuni settori in cui – *inter alia* e più di altri – la Corte costituzionale è stata adita per risolvere questioni afferenti l'attribuzione della competenza legislativa, quali i servizi pubblici locali, i contratti pubblici, gli orari di apertura degli esercizi commerciali e le vendite promozionali. La tutela della concorrenza è un “titolo” trasversale incidente in tali settori, ove si è assistito ad interventi del Giudice di legittimità costituzionale in cui al criterio dell'uniformità della disciplina è stato alternato quello del favore per una disciplina pro-concorrenziale, ancorchè esclusivamente a carico delle Regioni.

Dalla lettura della giurisprudenza costituzionale si evince come, trattandosi di un incontro tra competenze materiali ed una competenza trasversale e funzionale, sia possibile tenere opportunamente distinti la disciplina degli oggetti da quella dei fini³¹⁰, condizione indispensabile per individuare dove sia opportuno l'intervento legislativo statale e dove quello regionale.

5.1. Servizi pubblici locali

Il settore dei servizi pubblici locali rappresenta un luogo di passaggio obbligato nell'analisi delle correlazioni fra intervento pubblico nell'economia e libero mercato. I servizi pubblici locali sono espressione esemplificativa della modifica dell'essenza della funzione amministrativa: il passaggio dal sistema concessorio a quello autorizzatorio e l'abbandono dei poteri autoritativi in favore di una modalità negoziale dell'adozione delle decisioni³¹¹.

³¹⁰ S. Mangiameli, *I servizi pubblici locali: il riparto delle competenze alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, Torino, 2008, 51, 59.

³¹¹ E. Bonelli, *Amministrazione Governance e Servizi Pubblici Locali tra Italia e Unione europea*, Torino, 2008, 145 s. Per l'*excursus* del rapporto tra servizi pubblici locali e concorrenza si vedano *ex multis*: L. Lamberti, *op. cit.*; S. Mangiameli, *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*, in *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, a cura di C. Magnani, Torino, 2007, 366, consultabile anche in <http://www.issirfa.cnr.it>. Per suggestioni sui rapporti tra regolazione amministrativa dei mercati e dei servizi e le varie articolazioni della giurisdizione si legga: A. Cariola, *Regolazione e giurisdizione: la prospettiva europea e italiana*, in *Jus*, 2005, 452. Che il settore dei servizi pubblici locali sia caratterizzato dalla convergenza dell'interesse pubblico e della concorrenza verso la medesima ragione, ovvero la diffusione dei benefici nell'intera società, emerge anche in una datata sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (*United States v. San Francisco*, 310 U.S. 16, 1940), in cui la Corte esclude l'incostituzionalità di una norma introdotta dal Congresso degli Stati Uniti e volta a porre come condizione della concessione della vendita di energia idroelettrica per la città di San Francisco che tale vendita e la relativa distribuzione avvenissero esclusivamente tramite agenzie municipali, nella convizione che i consumatori avrebbero così ottenuto tariffe più basse in concorrenza con le società private. Secondo la Corte, la condizione del Congresso era diretta ad evitare la costituzione di monopoli e a consentire conseguentemente la diffusione di benefici per la collettività.

Nella disciplina dei servizi pubblici locali risulta evidente come sia complessa la ricerca di un equilibrio stabile tra le legittime aspettative di apertura al mercato e l'avvertita esigenza di mantenere in mano pubblica strumenti di garanzia degli utenti e di tutela del patrimonio pubblico infrastrutturale³¹². Per servizio pubblico si intende un'attività, assunta come doverosa dal soggetto pubblico, a cui corrisponde una specifica pretesa degli utenti diretta alla soddisfazione di bisogni collettivi. L'art. 112 del d. lgs. n. 267 del 2000 definisce i servizi pubblici locali come quei servizi pubblici resi dagli enti locali aventi per oggetto la produzione di beni ed attività dirette a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Il successivo art. 113 specifica che le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali riguardano la tutela della concorrenza e, conseguentemente, la loro disciplina è di competenza statale. Pertanto, è necessario coniugare la garanzia costituzionale sulla titolarità dei servizi pubblici locali da parte di Comuni e Province, ex art. 118 Cost., con il potere statale in materia di disciplina delle forme giuridiche di assunzione e gestione dei servizi, riconducibile alle funzioni fondamentali di cui all'art. 117, comma 2, lett. p), della Costituzione³¹³.

Nella sent. n. 272 del 2004 la Corte costituzionale, adita per verificare la legittimità costituzionale della normativa in tema di servizi pubblici locali sotto il profilo della illegittima invasione del legislatore statale nei confronti di ambiti di supposta spettanza regionale, ha ribadito la legittimità dell'intervento statale diretto a realizzare una progressiva apertura alla concorrenza, mediante meccanismi di gara nei mercati dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in quanto l'intervento era giustificato da finalità di «promozione della concorrenza»³¹⁴. La Corte, nel distinguere tra «tutela» e «promozione» della concorrenza ha precisato che «la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e perciò non esclude anche interventi promozionali dello Stato». Il Giudice costituzionale ha rigettato la tesi della ricorrente fondata su una pretesa distinzione di competenze legislative tra Stato e Regioni «in ordine rispettivamente a misure di «tutela» o a misure di «promozione» della concorrenza, dal momento che l'indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato». La Corte ha, quindi, escluso la propria competenza nel «valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali [...] stabilire, cioè, se una

³¹² A. Purcaro, *La disciplina dei servizi pubblici locali. Analogie e differenze tra l'art. 14 del d.l. n. 269/2003 e la legislazione regionale successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Nuova Rassegna*, 2004, n. 15, 1750, 1764. Un'articolata disamina del concetto di servizio pubblico locale è svolta da A. Police, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, Torino, 2008, 65.

³¹³ S. Mangiameli, *I servizi pubblici locali*, cit., 51, 53.

³¹⁴ M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, n. 2, 1429, 1440, allerta dell'uso incautamente alternativo da parte della Corte di «concorrenza in senso dinamico» e «promozione della concorrenza», così come della coincidenza tra «tutela della concorrenza» e «regolazione della concorrenza», perché solo in quest'ultimo caso lo Stato potrebbe regolare la vita economica e le attività delle imprese.

determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato [...] tali da trascendere l'ambito regionale [...] (ma solo) che i vari strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi». Tuttavia, con la medesima sent. n. 272 del 2004 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa statale (art. 14, comma 1, lett. e) del d.l. n. 269 del 2003, convertito, con modificazioni, nella l. n. 326 del 2003), integrativa delle discipline di settore di fonte regionale, in quanto talmente dettagliata ed autoapplicativa da determinare una illegittima compressione dell'autonomia regionale. Infatti, l'obiettivo della tutela della concorrenza risultava ingiustificato e non proporzionato rispetto allo scopo sotteso all'intervento statale³¹⁵. I servizi pubblici privi di rilevanza economica non sono sottoposti alla legislazione statale in quanto non aventi delle esigenze riconducibili alla tutela della concorrenza. Secondo costante giurisprudenza comunitaria, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono caratterizzati, in particolare, dall'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, dalla mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dall'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001)³¹⁶. Alla potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia "tutela della concorrenza" devono essere, dunque, ricondotte le disposizioni statali di principio contenute nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, in quanto le medesime, pur incidendo sulla materia dei servizi pubblici locali (appartenente alla competenza residuale delle Regioni) disciplinano l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, secondo un sistema teso a salvaguardare la concorrenzialità del mercato. La pronuncia esemplifica con grande limpidezza l'orientamento della Corte, invalso in una lunga prima fase, attento a delimitare e vagliare con attenzione l'ambito di intervento del legislatore statale in mercati caratterizzati dalla presenza anche di competenze legislative regionali³¹⁷.

La sent. n. 272 del 2004 conferma la natura trasversale della tutela della concorrenza, quale "materia-funzione" di estensione variabile «poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi - alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni - connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese». Secondo la Corte è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato.

La distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica è svolta anche nella sent. n. 320 del 2004 in cui la Corte,

³¹⁵ F. Casalotti, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004*, in <http://www.forumcostituzionale.it> e *Le Regioni*, 2005, n. 1, 262.

³¹⁶ T. Tessaro, *Miti e no: l'Idra di Lerna e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (commento a Corte cost. sent. n. 272 del 2004)*, in <http://www.lexitalia.it>.

³¹⁷ A. Argentati, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di "tutela della concorrenza"*, cit., 25.

richiamando la sent. n. 14 del 2004, ha precisato che «spetta allo Stato la competenza ad adottare provvedimenti idonei ad incidere sull'equilibrio economico generale». Invece, appartengono «alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulle realtà produttive regionali tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle cose e delle persone fra le Regioni e da non limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale (art. 120, comma 1, Cost.)». La Corte giunge, pertanto, a due conclusioni: da un lato, la legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di «rilevanza economica» e, dall'altro lato, solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali³¹⁸.

La giurisprudenza costituzionale riafferma il carattere trasversale della tutela della concorrenza in materia di servizi pubblici locali con la sent. n. 29 del 2006, pronunciandosi sulla legittimità delle discipline regionali relative ai servizi pubblici a rilevanza economica (l.r. Abruzzo n. 23 del 2004 e l.r. Lazio n. 26 del 2003) in relazione alla scelta del soggetto gestore del servizio, ovvero la scelta del socio privato delle società a partecipazione mista pubblica e privata. La Corte non ha accolto il ricorso del Governo fondato sull'esclusività della disciplina statale relativa ai servizi pubblici locali, in quanto rientrante nella materia della tutela della concorrenza, sostenendo che «nel silenzio della legislazione statale al riguardo, può ritenersi ammissibile che le Regioni, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato». Inoltre, alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, nella materia della tutela della concorrenza, devono essere ricondotte le disposizioni statali di principio contenute nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, le quali, pur incidendo sulla materia dei servizi pubblici locali di competenza residuale delle Regioni, disciplinano l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, secondo un sistema teso a salvaguardare la concorrenzialità del mercato³¹⁹. Con tale decisione si eleva a principio generale la disciplina statale posta dall'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, nonostante il fatto che esse incidano su una competenza – i servizi pubblici locali – di competenza esclusiva regionale, appunto perché l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sottende un modello volto alla preservazione del mercato concorrenziale, a cui possono contribuire anche le discipline regionali. Pertanto, se la legislazione statale

³¹⁸ L. Lamberti, *op. cit.*, 21.

³¹⁹ La Corte censura un unico profilo della disciplina impugnata, ovvero quello della mancata previsione di un periodo transitorio nel quale, sul modello di quanto prescritto dall'art. 113, comma 15-*quater*, del d. lgs. n. 267 del 2000, sia consentito «un complessivo riequilibrio e un progressivo adeguamento del “mercato”». A margine della sent. n. 29 del 2006 si legga: C. Buzzacchi, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2006, n. 4, 797. L'A. non è persuasa dalla commentata giurisprudenza costituzionale diretta a ricondurre invariabilmente la materia dei servizi pubblici locali alla regola della concorrenza, dalla quale non discende il dominio incontrastato della legislazione statale, bensì la possibilità di dichiarare illegittime norme regionali, a cui spetterebbero discipline settoriali, nella misura in cui il valore del mercato non sia sufficientemente perseguito e realizzato.

lascia spazi di integrazione e la Regione è legittimata ad intervenire, quest'ultima potrà intervenire, purchè persegua un risultato coerente con l'obiettivo della tutela della concorrenza³²⁰.

Parimenti, nella decisione n. 80 del 2006, in materia di proroghe di affidamenti a preesistenti concessionari di servizio di trasporto pubblico locale, la Corte ha analizzato l'effettività del perseguimento e della promozione della concorrenza ad opera della norma oggetto del ricorso ed ha affermato che la «fissazione di un termine massimo entro il quale deve concludersi la fase transitoria e quindi generalizzarsi l'affidamento mediante procedure concorsuali dei servizi di trasporto locale assume un valore determinante, poiché garantisce che si possa giungere davvero in termini certi all'effettiva apertura alla concorrenza di questo particolare settore, così dando attuazione alla normativa europea in materia di liberalizzazione del mercato dei servizi di trasporto locale». La *ratio* della disciplina statale in tema di affidamento dei servizi di trasporto locale risiede nella necessità «di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale». In tale sentenza il Giudice costituzionale ha fondato il proprio orientamento sul criterio del perseguimento delle *public utilities* e ha risolto le varie questioni, dichiarando l'illegittimità delle disposizioni regionali rispetto all'unico (e ormai ingombrante) parametro della funzione trasversale e finalistica della «tutela della concorrenza»: tale illegittimità non si esaurisce nella mera mancanza di rispetto di un termine temporale, ma discende dalla mancata conformità ad una disciplina statale posta a tutela della concorrenza, capace di incidere «sulla totalità degli àmbiti materiali entro i quali (le competenze statali) si applicano»³²¹.

Gli interventi delle sent. nn. 246 del 2009 e 142 del 2010 hanno argomentato che la «tutela della concorrenza» legittimi un'attività pianificatoria dello Stato strettamente funzionale al superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche esistenti nel quadro della realizzazione del mercato del settore. La disciplina della gestione del servizio idrico integrato, finalizzata al superamento della frammentazione della gestione, consente la razionalizzazione del mercato ed è quindi diretta a garantire la concorrenzialità e l'efficienza del mercato³²². Infatti, con la sent. n. 246 del 2009 la Corte ha negato che l'art. 148 del d.lgs. n. 152 del 2006 (c.d. Codice dell'ambiente) violasse le competenze legislative regionali, nella parte in cui è individuato il trasferimento di competenze in materia di gestione delle risorse idriche all'autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO), a cui gli enti locali sono obbligati a partecipare. La Corte ha precisato che i poteri legislativi esercitati dallo Stato attraverso la suddetta norma del Codice dell'ambiente, in virtù di un giudizio di prevalenza, spettano congiuntamente all'esercizio delle competenze legislative esclusive statali nelle materie della tutela della concorrenza e

³²⁰ Così, a commento della sent. n. 29 del 2006, si esprime F. Pizzolato, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, n. 2-3, 507, 509.

³²¹ C. Buzzacchi, *Il concorso del legislatore*, cit., 797.

³²² Così, A. Argentati, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di "tutela della concorrenza"*, cit., 13.

della tutela dell'ambiente. La tutela della concorrenza rileva in quanto l'individuazione di un'unica autorità d'ambito, superando la suddivisione frammentaria della gestione delle risorse idriche, consente la razionalizzazione del mercato e la determinazione della tariffa secondo un meccanismo di *price cap*³²³, ovvero una tecnica di controllo dei prezzi dei beni e servizi offerti per pubblica utilità, attraverso cui l'aumento dei prezzi o delle tariffe non può superare un valore calcolato sottraendo al tasso d'inflazione sui beni di consumo una quota minima di aumento della produttività. In forza di tale orientamento, con la sent. n. 142 del 2010, la Corte ha confermato che la disciplina del servizio idrico integrato, di cui all'art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, sia ascrivibile prevalentemente «alla tutela dell'ambiente e alla tutela della concorrenza, materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato». Con tale sentenza si ribadisce la preclusione al legislatore regionale di intervenire nel settore con una disciplina difforme da quella statale. Parimenti, nella sent. n. 45 del 2010 (*Considerato in diritto*, n. 7), la Corte ha precisato che le «disposizioni [regionali in esame sono] differenti rispetto a quelle dettate dal legislatore statale e da quello comunitario. Tal[i] diversità altera[no] il livello di tutela della concorrenza assicurato dallo Stato su tutto il territorio nazionale, incidendo negativamente anche sulle libertà comunitarie di circolazione delle persone e delle merci»³²⁴.

Per la giurisprudenza costituzionale, quindi, è sufficiente che le norme regionali siano diverse rispetto a quelle nazionali e comunitarie in materie di competenza non regionale, perché esse siano illegittime costituzionalmente, a prescindere dai fini proconcorrenziali eventualmente perseguiti dal legislatore regionale. La Corte ha altresì ammesso la necessità di riferirsi ai principi di tutela della concorrenza, elaborati dalla giurisprudenza comunitaria «atteso che le norme comunitarie fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost.» (sent. n. 314 del 2009), come già individuato - per la materia ambientale - nella sent. n. 62 del 2008 e anche per la stessa concorrenza nella decisiva sent. n. 102 del 2008³²⁵. La sent. n. 142 del 2010, ancora una volta, ha confermato che la disciplina della tariffa del servizio idrico integrato sia ascrivibile alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Pertanto, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5, comma 1, lettera b), della legge della Regione Lombardia 29 gennaio 2009, n. 1, nella parte in cui sostituisce la lett. e) del comma 2 dell'art. 48 della legge della Regione Lombardia 12 dicembre 2003, n. 26, secondo cui

³²³ Camera dei Deputati, Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto 2010 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione europea*, Tomo II, Roma, 2010, 281, consultabile in: [http://www.issirfa.cnr.it/download/File/AA_RAPPORTO%202010%20\(tomo%20II\)-RIDOTTO.pdf](http://www.issirfa.cnr.it/download/File/AA_RAPPORTO%202010%20(tomo%20II)-RIDOTTO.pdf).

³²⁴ A margine della sentenza n. 45 del 2010 si legga la nota di R. Bin, *Lavori pubblici*, cit.. L'A. evidenzia la reticenza della Corte nell'affrontare il tema della tutela della concorrenza quale limite specifico all'interesse della Provincia autonoma di Trento, tanto da «sembra[re] piuttosto volerla spalmare nei limiti codificati dallo Statuto».

³²⁵ Per un commento alla sent. n. 102 del 2008 si veda: E. Di Stefano, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2008*, in in *Rubrica Studi di Consultaonline*.

L'Autorità d'ambito «determina il sistema tariffario d'ambito in conformità alle prescrizioni regionali che tengono conto anche dell'esigenza di graduare nel tempo le eventuali variazioni tariffarie e articolare la tariffa per zone territoriali e soggetti svantaggiati». Infatti, la disposizione regionale interveniva, con una disciplina difforme da quella statale, in un settore (tariffa del servizio idrico integrato), la cui regolamentazione è preclusa alla Regione.

Con la sent. n. 307 del 2009, in materia di affidamento del servizio di erogazione idrica della Regione Lombardia, la Corte è giunta ad un approdo differente rispetto a quello della sent. n. 283 del 2009, ma simile a quello a cui era pervenuta con la sent. n. 29 del 2006 (v. *supra*)³²⁶. Infatti, pur non riferendosi ai criteri enucleati dalla sent. n. 160 del 2009 (v. *infra*), la Corte non ha ritenuto illegittima la disciplina regionale che ha previsto in materia di servizio di erogazione idrica una disciplina parzialmente differente, tale da giungere a risultati proconcorrenziali più elevati rispetto alla disciplina statale per mezzo dell'affidamento mediante gara pubblica. La Corte, interrogata sull'eventualità che le Regioni dettino norme in grado di tutelare più intensamente la concorrenza rispetto a quelle poste dallo Stato, ha rivalutato il ruolo delle Regioni nelle discipline incidenti sulla tutela della concorrenza ed ha affermato che «le norme statali, tanto quelle vigenti all'epoca dei fatti, quanto le attuali, sono, come si nota, meno rigorose di quelle poste dalla Regione. Occorre allora stabilire se le Regioni, in tema di tutela della concorrenza, possano dettare norme che tutelano più intensamente la concorrenza, rispetto a quelle poste dallo Stato. Al riguardo, deve considerarsi che la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza, e si deve, pertanto, ritenere che le norme impugnate, in quanto più rigorose delle norme interposte statali, ed in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle Regioni, quella relativa ai “servizi pubblici locali”, non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione». Quindi, ponendo in evidenza il carattere teleologico della concorrenza, la Corte ritiene legittima la disciplina regionale maggiormente pro-concorrenziale di quella statale, a condizione che intervenga in materia di competenza regionale e che la sua incidenza sulla concorrenza sia indiretta.

Sempre in tema di tariffa del servizio idrico, la Corte è stata adita in via principale al fine di sindacare la legittimità costituzionale di alcune disposizioni regionali (art. 28, commi 2 e 7, della legge della Regione Emilia-Romagna n. 10 del 2008), perché avrebbero dato luogo a «meccanismi competitivi disomogenei sul territorio nazionale»³²⁷.

La Corte, con la sent. n. 29 del 2010, ha accolto il ricorso proprio perché la garanzia della concorrenza avviene anche attraverso l'uniforme individuazione su tutto il territorio dello Stato delle componenti di costo della tariffa. Nel medesimo solco si

³²⁶ A margine della sentenza n. 307 del 2009 si legga: F. Merloni, *Una “new entry” tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le “funzioni fondamentali” degli enti locali. Commento alla sentenza n. 307 del 2009*, in *Le Regioni*, 2010, n. 4, 794.

³²⁷ In materia di servizio idrico integrato e concorrenza si veda: R. Cifarelli, *Il Servizio Idrico Integrato tra liberalizzazione ed “incerta” privatizzazione*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, dicembre 2010.

colloca la decisione n. 249 del 2009 con cui la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittima l'attribuzione della competenza statale in materia di linee-guida volte alla definizione di gare d'appalto per la concessione del servizio di gestione integrata di rifiuti, ai sensi dell'art. 195, lett. n), del Codice dell'ambiente. La Corte ha, infatti, considerato che la competenza regionale residuale in materia di servizi pubblici non sia lesa dalla disciplina statale, in quanto essa concerne l'identificazione dei requisiti di ammissione delle imprese e dei relativi capitolati alle gare e, pertanto, è espressione della competenza statale in materia di tutela della concorrenza, in armonia con il principio di leale collaborazione³²⁸.

La sent. n. 325 del 2010 è intervenuta nell'analisi della differenza tra affidamento diretto del servizio "in deroga" alle ipotesi di affidamento in via ordinaria (versione originaria dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008), che si identificano nella gestione *in house* (come chiarito dalla versione vigente dello stesso art. 23-*bis* della legge n. 133 del 2008, ora abrogato a seguito del referendum del 12 e 13 giugno 2011). L'art. 23-*bis* ha affiancato la diffusione del principio di concorrenza alla garanzia del diritto di tutti gli utenti all'universalità ed all'accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, delineando un'attribuzione della competenza legislativa esclusivamente in capo allo Stato.

La Corte ha precisato che la normativa comunitaria prevede un'interpretazione restrittiva, «costituendo l'*in house providing* un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica». La normativa italiana prevedeva ulteriori condizioni per l'affidamento diretto *in house* e pertanto la Corte ha ritenuto «innegabile l'esistenza di un "margine di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non sia vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario». Le Regioni ricorrenti hanno contestato che, in (pretesa) virtù della tutela della concorrenza, sia giustificata l'imposizione nei loro confronti di peculiari modelli organizzativi e l'impedimento di una valutazione comparativa tra le diverse modalità di gestione, nonostante esse siano competenti in materia di servizi pubblici locali³²⁹. L'orientamento della Corte si è fondato su una visione della concorrenza "per" il mercato nella cornice delle norme comunitarie già tracciata da altre sentenze, tra cui la

³²⁸ Camera dei Deputati, Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto 2010 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione europea*, cit., 284.

³²⁹ A commento della sent. n. 325 del 2010 si veda: F. Costantino, *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. n. 325 del 2010*, in <http://rivistaaic.it>, 2011, n. 1.

n. 314 del 2009, in cui si è specificato che «la normativa interna si uniforma a quella comunitaria di cui costituisce attuazione»³³⁰.

Pertanto, la Corte costituzionale ha sostenuto che la competenza in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica dovesse essere attribuita in via esclusiva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, in quanto rientrante nella materia della tutela della concorrenza, trattandosi di «una concorrenza “per” il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali», quali l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione. Inoltre, poichè la materia dei servizi di interesse economico generale è diversa dai servizi pubblici locali a rilevanza economica, perché capace di essere regolata al di fuori del mercato, essa non può essere intesa come materia di assoluta pertinenza concorrenziale³³¹. Si tratta, piuttosto, di una materia ibrida la cui dimensione ha un carattere dinamico e legato al caso concreto. Come statuito con la sent. n. 272 del 2004, in assenza di una materia unitaria ed omogenea, si tratterebbe di una categoria giuridica, nella quale lo Stato può dettare regole generali senza impedire alle Regioni e agli enti locali, anche con atti di natura amministrativa, di optare per modelli non mercantili e, quindi, di dichiarare nel proprio statuto il servizio idrico quale servizio privo di rilevanza economica.

I principi comunitari in materia di concorrenza nell'ambito delle imprese esercenti servizi di interesse economico generale sono analizzati dalla sent. n. 439 del 2008³³². A tal fine, ha affermato la necessità «che gli Stati membri attivino ampi processi di liberalizzazione finalizzati ad abbattere progressivamente le barriere all'entrata, mediante, tra l'altro, l'eliminazione di diritti speciali ed esclusivi a favore delle imprese, ed attuare la concorrenza “nel mercato”; dall'altro, si impone alle pubbliche

³³⁰ La sent. n. 314 del 2009 ha ribadito che, relativamente alla fase procedimentale precedente la stipulazione del contratto d'appalto, il titolo di legittimazione prevalente è costituito dalla tutela della concorrenza, di esclusiva competenza statale ex art. 117, co. 2, lett. e), della Costituzione. I Giudici costituzionali hanno concluso per l'illegittimità della norma impugnata, posto che «la restrizione della partecipazione ad una gara ai soli soggetti a partecipazione pubblica (non rileva se totale o prevalente) sia lesiva dei principi della concorrenza», in quanto viola la normativa statale di recepimento delle direttive comunitarie, che fanno della competizione libera e trasparente l'elemento imprescindibile della disciplina degli appalti pubblici.

³³¹ Sulla “specifica missione” dei servizi di interesse generale si veda: E. Castorina, *Efficienza e concorrenzialità nel mercato europeo: l'esperienza della privatizzazione delle imprese pubbliche in Italia*, in *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Torino, 2010, 26.

³³² A margine della sentenza n. 439 del 2008 si leggano le seguenti note: A. D'Atena, *Solidarietà orizzontale e affidamento in house*, in *Giur. Cost.*, 2008, n. 6, 5009; G. Piperita, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello “a mosaico” della società in house*, in *Le Regioni*, 2009, n. 3-4, 651. In tema di servizi di interesse generale si è espressa la sent. n. 148 del 2009, avente ad oggetto alcune disposizioni della legge finanziaria 2008 volte a tutelare la concorrenza ed il mercato in materia di fondazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica. La Corte ha ritenuto che tali norme, «in considerazione del loro contenuto, fossero appunto dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgessero attività economiche al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale [...], al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza».

amministrazioni di osservare, nella scelta del gestore del servizio, adeguate procedure di evidenza pubblica finalizzate a garantire il rispetto della concorrenza “per il mercato” [...]. Il perseguimento di tali obiettivi è inoltre volto ad assicurare, tra l'altro, la libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi; con la puntualizzazione che il rispetto delle citate norme fondamentali del Trattato si impone anche in un settore, quale quello dei servizi pubblici locali, attualmente estraneo alla sfera di applicazione di specifiche discipline comunitarie»³³³.

Come è noto, con referendum del 12 e 13 giugno 2011 – *inter alia* – si è abrogato l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008. Pertanto, sul destino delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali si dovrà attendere un ulteriore intervento legislativo volto a disciplinare le modalità di gestione dei servizi, auspicabilmente nell'ottica di una concorrenza “per” il mercato all'interno di un sistema di regolazione, al fine di sottoporre l'attività privata a limiti funzionali alla realizzazione dell'interesse pubblico al cui soddisfacimento è volto il servizio, in modo di garantirne al contempo la qualità e l'accessibilità³³⁴. A riguardo, in materia di promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali è intervenuto l'art. 25 del d.l. n. 1 del 2012, il quale ha previsto una serie di misure dirette a favorire economie di scala e di differenziazione, in grado di massimizzare l'efficienza del servizio. Al fine di un'effettiva applicazione di tali misure da parte delle Regioni, è stato altresì previsto il ricorso da parte dello Stato ai poteri sostitutivi ex art. 120 Cost.

In conclusione, dall'esame della giurisprudenza costituzionale intervenuta in materia di affidamento dei servizi pubblici locali è emerso che, a fronte di un orientamento predominante a favore dell'uniformità statale delle procedure di affidamento dei servizi e della conseguenziale illegittimità costituzionale delle discipline regionali, ancorché latrici di effetti maggiormente proconcorrenziali, è presente un ulteriore indirizzo giurisprudenziale in virtù del quale, se non si tratta di disciplina riconducibile alla competenza statale, sia consentito anche al legislatore regionale intervenire sui profili concorrenziali della materia (sent. n. 29 del 2006, n. 322 del 2008 e n. 307 del 2009). È assodato che, affinché un sistema concorrenziale resti tale, sia necessario che vengano regolate analoghe su tutto il territorio del mercato rilevante e che si

³³³ Inoltre, la Corte, nella sent. n. 439 del 2008, cita le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGE) *Stadt halle* (11 gennaio 2005, in causa C-26/03) e *Teckal* (18 novembre 1999, in causa C-107/98). Con la prima decisione, la CGE ha riconosciuto che rientra nel potere organizzativo delle autorità pubbliche “autoprodurre” beni, servizi o lavori mediante il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una “relazione organica” (c.d. affidamento *in house*), purchè «strutturato in modo da evitare che esso possa risolversi in una ingiustificata compromissione dei principi che presiedono al funzionamento del mercato e, dunque, in una violazione delle prescrizioni contenute nel Trattato a tutela della concorrenza». Nella sentenza *Teckal* la CGE ha affermato che nel sistema di affidamento *in house* «è possibile non osservare le regole della concorrenza: a) quando l'ente pubblico svolge sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) quando il soggetto affidatario «realizzi la parte più importante della propria attività» con l'ente o con gli enti che la controllano». Nelle successive sentenze *Carbotermo* (11 maggio 2006, in causa C-340/04) e *Parking Brixen* (13 ottobre 2005, in causa C-458/03) si precisano i confini dei requisiti indicati nella sentenza *Teckal*.

³³⁴ S. Mangiameli, *Sussidiarietà e servizi di interesse generale*, cit., 366, 379.

persegua l'uniformità della disciplina di tali regole. Pertanto, se in una Regione vengono adottate misure diverse rispetto a quelle statali, ancorché si tratti di una disciplina relativa ad un servizio localizzato esclusivamente sul territorio regionale, si produrrà una intollerabile differenziazione delle regole concorrenziali a livello nazionale. Proprio a tale scopo il legislatore costituzionale del 2001 ha esplicitamente previsto la tutela della concorrenza tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

5.2. *Contratti pubblici*

La riforma del Titolo V della Costituzione ha determinato la scomparsa della materia “lavori pubblici di interesse regionale” tra quelle di potestà legislativa concorrente, determinando la difficoltà di individuare il *discrimen* tra competenza del legislatore statale e competenza del legislatore regionale in materia di attività contrattuale della pubblica amministrazione³³⁵, specialmente a seguito dell'adozione del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d.lgs. n. 163 del 2006). Infatti, le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, per la parte in cui sono correlate alla materia della tutela della concorrenza vanno «ascritte, per il loro stesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea» (Corte cost., sent. n. 144 del 2011), che costituiscono limite alla potestà legislativa primaria della Regione³³⁶.

Nella sentenza n. 401 del 2007, *leading case* in materia di contratti pubblici e tutela della concorrenza, la Corte ha chiarito che gli ambiti materiali di competenza statale e regionale devono individuarsi, di volta in volta, con riferimento sia alla fase procedimentale precedente la stipulazione del contratto di appalto sia alla fase successiva inerente all'attuazione del rapporto contrattuale. In tale sentenza la Corte ha precisato che, nel settore degli appalti, la tutela della concorrenza, nella parte in cui essa è volta ad assicurare procedure di garanzia, si caratterizza per il particolare modo di operare della sua “trasversalità”: l'interferenza con le competenze regionali non si traduce in “un

³³⁵ A. Massera, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giorn. di dir. ammin.*, 2009, n. 12, 1. Per delle suggestive riflessioni sugli effetti della c.d. direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici si veda: I. Boccuzzi, *Il recepimento della direttiva ricorsi: occasio legis per sciogliere i nodi problematici in materia di appalti pubblici*, in <http://www.gjustamm.it>, 2010, n. 7.

³³⁶ Sulle riforme economico-sociali si ricorda la sent. n. 477 del 2000, in cui la Corte ha posto come limite all'intervento legislativo regionale «norme fondamentali di riforma economico-sociale» le quali trovano il proprio fondamento nell'«esigenza di unità sotto il profilo delle scelte politiche fondamentali della Repubblica, a difesa della quale tale limite è preordinato: dall'esigenza cioè che le grandi scelte riformatrici poste con legge dello Stato non siano contraddette da orientamenti diversamente ispirati dal legislatore regionale». Più di recente, la sent. n. 144 del 2011 ha precisato che le disposizioni del Codice degli appalti, per la parte in cui sono correlate all'art. 117, co. 2, lett. e), vanno «ascritte, per il loro stesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea», che costituiscono limite alla potestà legislativa primaria della Regione. Sulle riforme economico-sociali si veda, *ex plurimis*, G. A. Ferro, *Le norme fondamentali di riforma economico sociale*, cit., 633.

intreccio in senso stretto” con àmbiti materiali di pertinenza regionale, bensì nella “prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa”. La Corte, inoltre, nell’intento di individuare la suddetta linea di confine tra legislazione statale e regionale ha evidenziato che «non è possibile tracciare una netta linea di demarcazione che faccia unicamente perno sul profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali, per inferirne che solo le prime sarebbero di spettanza statale, mentre le seconde rientrerebbero nell’àmbito della potestà legislativa regionale. Il perimetro delle sfere materiali di competenza non può, infatti, essere tracciato avendo riguardo esclusivamente alla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile quel determinato bene o servizio, in quanto, come già sottolineato, occorre fare riferimento, invece, al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli àmbiti materiali indicati dall’art. 117 Cost.». La Corte ha ulteriormente argomentato che «sussiste, infatti, l’esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l’uniformità di trattamento, nell’intero territorio nazionale, della disciplina della fase di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto»³³⁷.

In linea con quanto affermato nelle sentenze nn. 14 e 272 del 2004, nella sentenza n. 345 del 2004 la Corte ha escluso l’illegittimità costituzionale delle norme statali che impongono determinate procedure di gara per gli acquisti di beni e servizi da parte degli enti locali, poiché rientranti «nella potestà dello Stato di regolare il mercato e di favorire rapporti concorrenziali nell’àmbito dello stesso», confermando, quindi, l’estensione dell’attività di tutela a quella di promozione della concorrenza.

Come poi confermato da successiva giurisprudenza (Corte cost., sent. n. 320 del 2008³³⁸), la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione devono essere ricondotte all’àmbito della tutela della concorrenza, poiché volte a consentire la piena apertura del mercato nel settore dei contratti pubblici.

Alla fondamentale sentenza n. 401 del 2007 ha fatto immediatamente eco la n. 431 del 2007, in cui la Corte costituzionale ha evidenziato il carattere pregnante del parametro della garanzia dell’effettiva concorrenzialità del mercato per valutare la

³³⁷ A margine della sent. n. 401 del 2007 si veda: C. Lacava, *I contratti pubblici tra Stato e Regioni e la tutela della concorrenza*, in *Giorn. di dir. ammin.*, 2008, n. 6, 624.

³³⁸ Con la sent. n. 320 del 2008 la Corte costituzionale ha ricondotto all’àmbito della tutela della concorrenza «la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, in quanto mirano a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti». Conseguentemente ha ritenuto che «l’esclusività di tale competenza si traduce nella legittima adozione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e nell’inderogabilità delle relative disposizioni, idonee ad incidere, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli àmbiti materiali entro i quali si applicano». Pertanto, la Corte ha ritenuto illegittima costituzionalmente «la norma regionale impugnata, [la quale] disponendo la proroga dei contratti di gestione dei servizi di elisoccorso regionale fino al 31 dicembre 2007, disciplina le procedure di affidamento dell’appalto di un servizio pubblico regionale, peraltro in deroga alle procedure di gara. Per ciò stesso, la disposizione invade la sfera di competenza esclusiva del legislatore statale, esercitata con il decreto legislativo n. 163 del 2006».

costituzionalità delle discipline delle procedure di gara di appalti pubblici. La Corte costituzionale adotta, quindi, una concezione della tutela della concorrenza definita “dilatata” e sostiene che gli interventi statali volti a promuovere e tutelare la concorrenza sono legittimi costituzionalmente se in grado di perseguire finalità di sviluppo del Paese. Pertanto, il Giudice costituzionale può svolgere un sindacato sull’intervento statale fondato sulla sua “proporzionalità” e sulla “razionalità dei presupposti”. La Regione può adottare delle disposizioni a favore della concorrenza purché – come affermato nella sent. n. 431 del 2007 - «tali effetti siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza». Nella «fase inerente all’attività contrattuale della pubblica amministrazione che ha inizio con la stipulazione del contratto, nella quale l’amministrazione agisce nell’esercizio della propria autonomia negoziale [...], sussistono imprescindibili esigenze di garanzia di uniformità di trattamento sull’intero territorio nazionale, riferite alla conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto». Di conseguenza, tale fase deve essere ricondotta all’ambito dell’ordinamento civile, di spettanza esclusiva del legislatore statale, così come la fase inerente al collaudo deve essere ricondotta alla competenza statale in materia di tutela della concorrenza.

La sent. n. 160 del 2009 ripercorre quanto già statuito dalle decisive sentenze nn. 401 e 431 del 2007³³⁹. Oggetto del ricorso erano delle disposizioni della Regione Campania in materia di lavori pubblici, tacciate di aver violato il principio di leale collaborazione caratterizzante i rapporti tra i diversi livelli di governo. La Corte ha distinto le norme relative alla fase procedimentale precedente la stipulazione del contratto di appalto da quelle concernenti la fase successiva inerente all’attuazione del rapporto contrattuale. Per quanto riguarda le prime, la Corte ha messo in rilievo come esse si qualificano per la finalità perseguita di assicurare la concorrenza “per” il mercato. Invece, per quanto concerne la fase negoziale la Corte ha evidenziato che la sua disciplina è ascrivibile all’ordinamento civile e, quindi, alla potestà del legislatore statale e che essa debba perseguire «l’esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l’uniformità di trattamento, nell’intero territorio nazionale, della disciplina dei momenti di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto». Pertanto, è solo la disciplina della fase prenegoziale ad essere ricondotta alla tutela della concorrenza. Il Giudice della legittimità costituzionale si è premurato di discernere quali dovessero essere gli spazi riconosciuti alla competenza regionale, considerata l’incidenza delle materie statali, precisando che «nello specifico settore degli appalti la materia della tutela della concorrenza, nella parte in cui essa è volta ad assicurare procedure di garanzia, si connota per un particolare modo di operare della sua trasversalità», la cui conseguenza necessaria è la “prevalenza” della legge statale su ogni altra fonte normativa, da cui la valutazione “interna” in termini di proporzionalità e adeguatezza rispetto all’obiettivo prefissato, ovvero la più ampia apertura del mercato rilevante alla

³³⁹ Per un commento a questa sentenza si veda: A. Massera, *La disciplina dei contratti pubblici*, cit.

concorrenza³⁴⁰. Ancora una volta la Corte ha applicato i criteri di proporzionalità ed adeguatezza, nonché il criterio della legittimità costituzionale della disciplina regionale, i cui effetti debbano essere pro-concorrenziali indiretti, marginali e non in contrasto con gli obiettivi statali (riprendendo quanto già statuito nelle sentenze n. 431 del 2007 e n. 322 del 2008). Alla disciplina regionale, quindi, resta uno spazio residuale e dai confini ristretti.

La sentenza n. 45 del 2010 ha confermato la nozione di concorrenza delineata dalle sentenze nn. 401 e 430 del 2007, si è occupata delle norme concernenti la fase procedimentale prodromica alla stipulazione del contratto, la cui finalità da perseguire è l'assicurazione della concorrenza "per" il mercato. La Corte ha sostenuto la fondatezza delle censure relative all'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Trento n. 10 del 2008, sostitutiva della legge prov. n. 26 del 1993. Si tratta di disposizioni relative alla procedura di affidamento dell'appalto e contenenti norme diverse rispetto a quelle dettate dal legislatore statale e da quello comunitario: una differenza tale da alterare «il livello di tutela della concorrenza assicurato dallo Stato su tutto il territorio nazionale, incidendo negativamente anche sulle libertà comunitarie di circolazione delle persone e delle merci». La mancata previsione delle norme di garanzia disciplinanti le procedure di gara per gli interventi eseguiti da privati – ovvero l'espletamento della gara di appalto - ha determinato un contrasto con i principi di cui all'art. 32, comma 1, lett. g), del Codice dei contratti pubblici, attuativi della normativa comunitaria posta a tutela della concorrenza. La Corte, inoltre, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, della legge prov. n. 26 del 1993, in quanto consentiva la partecipazione alla procedura ristretta solo dei soggetti prescelti dalla stazione appaltante e non già, come previsto a livello nazionale, di tutti i soggetti che ne avessero presentato richiesta. La Corte ha sostenuto che «tale diversità di regolazione incide negativamente sul livello di concorrenzialità che deve essere assicurato, atteso che si riduce la platea degli operatori economici che possono partecipare alla procedura di scelta del contraente con conseguenziale pregiudizio delle libertà comunitarie». Ulteriormente, la Corte ha ritenuto fondata sia la censura dell'art. 37 della medesima legge, perché avrebbe cagionato una diversità di ambito di applicazione degli accordi-quadro tale da incidere negativamente sul grado di tutela dei mercati concorrenziali garantita a livello statale, che dell'art. 56, in quanto la disciplina provinciale, discostandosi da quella statale, avrebbe inciso negativamente sul livello di tutela di concorrenza assicurato dal legislatore nazionale. Inoltre, la Corte ha specificato che «la Provincia autonoma di Trento, nel dettare norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale, pur esercitando una competenza primaria specificamente attribuita dallo statuto di autonomia, deve non di meno rispettare, con riferimento soprattutto alla disciplina della fase del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, i principi della tutela della concorrenza strumentali ad assicurare le libertà comunitarie e dunque le disposizioni contenute nel Codice degli appalti che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo». La

³⁴⁰ A. Massera, *op. cit.*, 1252, 1258.

Provincia autonoma deve, quindi, orientarsi alla concorrenza che si atteggia non già come materia, bensì come principio di riferimento.

Nella sentenza n. 283 del 2009, in materia di procedure ad evidenza pubblica, la Corte ha precisato che «l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. ha conferito allo Stato, in via esclusiva, il compito di regolare la concorrenza al fine di assicurare una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale. L'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali». Inoltre, come già affermato nella sent. n. 443 del 2007, la tutela della concorrenza non può essere fatta per zone: «per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia». Pertanto, le Regioni non possono adottare una disciplina diversa in materia di procedure ad evidenza pubblica, neppure quando essa miri a garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale. Sembrerebbe che nel rapporto tra Stato e Regioni la concorrenza abbia «un rilievo variabile», nel senso che quando la concorrenza incida su materia di competenza legislativa esclusiva statale, essa viene interpretata come un principio alla cui realizzazione possano contribuire anche i legislatori regionali, purchè si attengano al canone dell'uniformità³⁴¹.

La Corte è tenuta ad effettuare un controllo delle relative norme statali e ad accertare se l'intervento normativo sia coerente e proporzionato con i principi della concorrenza, secondo quanto evidenziato nella sent. n. 326 del 2008, per cui «le disposizioni impugnate hanno lo scopo di tutelare la concorrenza e di conseguenza la titolarità della relativa potestà legislativa consente allo Stato di adottare misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e misure di liberalizzazione dei mercati stessi, che possono anche essere volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati. L'intervento statale può consistere nell'emanazione di una disciplina analitica, la quale può influire su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni». La sent. n. 7 del 2011, come già affermato nella sent. n. 411 del 2008³⁴², ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione

³⁴¹ In tal senso A. Argentati, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di "tutela della concorrenza"*, cit., 17.

³⁴² Con la sent. n. 411 del 2008 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge della Regione Sardegna 7 agosto 2007, n. 5, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. Infatti, tali norme incidono sulle procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, sulle procedure di affidamento nonché sui criteri di aggiudicazione, ambiti compresi nella materia della tutela della concorrenza, anche con una evidente alterazione delle relative regole operanti nel settore degli appalti pubblici. Pertanto, la Corte ha dichiarato le norme regionali costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 3, lettera e), dello statuto regionale, in quanto stabiliscono una disciplina difforme da quella nazionale, alla quale avrebbero dovuto adeguarsi alla stregua dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, in materie, quelle della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, estranee alla competenza legislativa regionale e riservate viceversa allo Stato. A margine di questa sentenza si veda: R. Bin, *Prevalenza senza criterio*, cit., 618; D. Casalini, *Il recepimento nazionale del diritto dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di "tutela dell'unità giuridica ed economica" dell'ordinamento*, in *Il foro amministrativo C.d.S.*, n. 5, 1215. Da ultimo, la Corte è intervenuta su questione analoga applicando i medesimi principi della sentenza del 2008. Infatti, con la sent. n. 328 del 2011, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della l.r. Sardegna n. 4 del

regionale, disciplinante una delle possibili modalità di instaurazione di una procedura ad evidenza pubblica, perché incidente su una materia di competenza statale, ovvero la tutela della concorrenza. Infatti, per la Corte «la presentazione di uno studio di fattibilità non compreso nella programmazione triennale attribuisce al proponente un indiscutibile vantaggio nella successiva gara per l'affidamento dell'opera stessa, dal momento che egli è il primo ad aver approfondito gli aspetti tecnici, amministrativi e finanziari del problema; ed anzi, proprio per effetto della mancata previsione della pubblica utilità dell'opera, può dirsi che egli acquisisce un vantaggio verosimilmente ancora maggiore rispetto agli eventuali concorrenti».

Da ultimo, la Corte è intervenuta con la sent. n. 184 del 2011 sulla questione del riparto di competenze tra Stato e Regioni a statuto speciale e Province autonome in materia di appalti pubblici, nelle ipotesi in cui lo statuto speciale attribuisca alla Regione la competenza legislativa primaria per i “lavori pubblici di esclusivo interesse della Regione”. In tali casi, in forza dell'art. 10 della l.c. n. 3 del 2001, deve essere applicata la previsione statutaria, in assenza dell'espressa previsione dei “lavori pubblici” nell'elenco di competenze statali previsto dalla Costituzione. La Corte ha ribadito che, anche qualora una Regione sia titolare di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale, essa non può prevedere l'esclusione automatica delle offerte anomale nei casi in cui non sia consentita dalla norma statale e, quindi, non può stabilire «una disciplina diversa da quella nazionale, idonea ad incidere negativamente sul livello della concorrenza, che deve essere garantito agli imprenditori operanti sul mercato» (Corte cost., sent. n. 114 del 2011). Una disciplina regionale attuativa di un livello di concorrenzialità inferiore rispetto a quello perseguibile con la disciplina nazionale in materia di contratti pubblici non può che essere illegittima costituzionalmente.

2002 (*Nuove norme in materia di qualificazione delle imprese per la partecipazione ad appalti di lavori pubblici che si svolgono nell'ambito territoriale regionale*), perché introduttive di una disciplina dei sistemi di qualificazione delle imprese per la partecipazione alle gare per gli appalti di lavori pubblici di interesse regionale difforme da quella nazionale di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, «alla quale avrebbero invece dovuto adeguarsi, e quindi idonea ad incidere sul livello della concorrenza, garantito dalla normativa statale, strumentale a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti». Infatti, la Regione Sardegna, in virtù dello statuto speciale, è titolare di competenza legislativa primaria nella materia «lavori pubblici di esclusivo interesse della Regione» (art. 3, lettera e), dello statuto speciale). Conseguentemente, la Regione è tenuta ad esercitare la propria competenza legislativa primaria «in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali [...], nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali» e, nel dettare la disciplina dei contratti di appalto riconducibili alla suindicata locuzione, è tenuta ad osservare le disposizioni di principio contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006 (sent. n. 184 del 2011). Pertanto, come già affermato dalla sentenza n. 144 del 2011, le disposizioni del Codice degli appalti, per la parte in cui sono correlate all'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., ed in specie alla materia «tutela della concorrenza», vanno «ascritte, per il loro stesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea», che costituiscono limite alla potestà legislativa primaria della Regione. Secondo la Corte, «la legislazione regionale deve, quindi, osservare anche i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza, fissati dal d.lgs. n. 163 del 2006, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie, e non può avere un contenuto difforme dalle disposizioni di quest'ultimo, che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo, né quindi alterare il livello di tutela garantito dalle norme statali (sentenze n. 144 del 2011; n. 221 e n. 45 del 2010)».

La legislazione regionale deve, quindi, osservare anche i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza, fissati dal d.lgs. n. 163 del 2006, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie. Inoltre, non può né avere un contenuto difforme dalle disposizioni di quest'ultimo, che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo, né alterare negativamente il livello di tutela garantito dalle norme statali (Corte cost., sentenze nn. 411 del 2008, 144 del 2011, 221 e 45 del 2010).

Dalla lettura della giurisprudenza costituzionale in materia di contratti pubblici discende che, pur ammettendo la virtuosità delle discipline regionali pro-concorrenziali, i criteri individuati dalle suddette sentenze (effetti indiretti e marginali e non in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali a tutela e promozione della concorrenza) appaiono farraginosi e, pertanto, meriterebbero di essere maggiormente circostanziati.

L'uniformità è, quindi, il limite della tutela della concorrenza e obiettivo in sé. È limite in quanto non ammette una differenziazione della disciplina in materia. È obiettivo in sé in quanto norme differenziate su base regionale «sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere regionali» (v. *infra*). Di conseguenza, le Regioni non possono adottare una disciplina diversa in materia di procedure ad evidenza pubblica, neppure quando essa sia diretta a garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale³⁴³.

5.3. Orari di apertura degli esercizi commerciali e vendite promozionali

Nel corso degli ultimi anni, le Regioni sono state sempre più coinvolte nella regolazione della disciplina del settore del commercio. Basti pensare ad alcuni interventi legislativi, quali il d. lgs. n. 114 del 1998, la riforma del Titolo V, il c.d. decreto Bersani e le ultime proposte del governo Monti tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012.

Infatti, il d.lgs. n. 114 del 1998 ha introdotto alcune liberalizzazioni in determinati settori commerciali, nel 2001 si è assistito alla devoluzione della competenza esclusiva regionale in materia di commercio, successivamente, con il d.l. 223 del 2006, convertito nella l. n. 248 del 2006 (c.d. decreto Bersani), sono state abbattute delle restrizioni al commercio. Recentemente sono intervenuti il d.l. n. 98 del 2011, convertito nella legge n. 111 del 2011, il d.l. n. 138 del 2011, convertito nella l. n. 148 del 2011, ed il d.l. n. 1 del 2012 (*Decreto Sviluppo, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), introduttivi di ulteriori elementi di liberalizzazione. Infatti, il d.l. n. 98 del 2011, convertito nella legge n. 111 del 2011 ha consentito la liberalizzazione degli orari di apertura e chiusura, limitatamente agli esercizi commerciali “ubicati nei Comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte”. Successivamente, il d.l. n. 138 del 2011 ha esteso a tutti i Comuni l'eliminazione dei vincoli di orario di apertura e chiusura, nonché dell'obbligo della chiusura domenicale e di quella infrasettimanale per tutti gli

³⁴³ Così, A. Argentati, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di “tutela della concorrenza”*, cit., 21.

esercizi. La legge di conversione del citato decreto, tuttavia, ha ripristinato il testo originario della norma come contenuta nel d.l. n. 98 del 2011, riducendo quindi consistentemente la portata liberalizzatrice della norma del d.l. n. 138 del 2011, che si sarebbe applicata ai circa ottomila comuni italiani³⁴⁴.

Nella materia del commercio la regolazione degli orari di apertura degli esercizi commerciali è stato uno dei principali oggetti delle sentenze della Corte costituzionale. Nella sent. n. 243 del 2005 il Giudice di legittimità costituzionale ha dichiarato la questione *in parte qua* inammissibile per carenza dei requisiti di chiarezza ed univocità del quesito in quanto il giudice *a quo* non ha distintamente individuato il parametro costituzionale di riferimento, avendo affermato che la tutela della concorrenza, in materia di deroghe agli orari di vendita degli esercizi commerciali poste dal legislatore regionale, «viene certamente in rilievo in relazione alla libertà di iniziativa economica», così prospettando l'indissolubile correlazione che legherebbe ogni fenomeno incidente sulla libertà di iniziativa economica alla materia della tutela della concorrenza, nella quale lo Stato ha potestà legislativa esclusiva, a norma dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. Per un altro verso, tuttavia, lo stesso Tribunale rimettente asserisce, subito dopo, che tale tesi «parrebbe provare troppo», implicando una eccessiva restrizione dell'ambito della competenza residuale delle Regioni».

Con la sent. n. 288 del 2010 la Corte è stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale delle disposizioni della Regione Lombardia relative agli orari di apertura degli esercizi commerciali le quali, secondo il Tribunale rimettente, inciderebbero sull'assetto concorrenziale all'interno del mercato regionale ponendo ulteriori limiti rispetto a quelli previsti dal legislatore statale col d.lgs. n. 114 del 2008, violando la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza ed il principio comunitario di proporzionalità, perché introduttive di una disciplina differenziata rispetto alle altre parti del territorio nazionale. Per la Corte la normativa regionale sull'apertura domenicale e festiva degli esercizi commerciali per la vendita al dettaglio non si pone in contrasto con il d.lgs. n. 114 del 1998, «in quanto introduce una disciplina di settore di sostanziale liberalizzazione che, in conformità con quella statale,

³⁴⁴ A. Argentati, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di "tutela della concorrenza"*, cit., 29. In materia di limiti all'accesso di nuovi operatori nel mercato, da ultimo, è intervenuta la Corte costituzionale con la sent. n. 18 del 2012, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 15-bis, comma 4, della legge della Regione autonoma Sardegna n. 5 del 2006, che ha subordinato «la cessione di attività commerciali su aree pubbliche al decorso di un triennio dalla data del rilascio del titolo abilitativo, ostacola l'accesso a quelle attività e condiziona, restringendolo, il libero esplicarsi dell'attività imprenditoriale». Pertanto, per avere tale norma imposto una limitazione temporale alla cessione di attività commerciali, ha ristretto – conseguentemente – la possibilità di accesso di nuovi operatori, con conseguente violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. Tale restrizione è, infatti, possibile ai sensi dell'art. 16 della direttiva CE 12 dicembre 2006, n. 123 (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno), recepita nell'ordinamento italiano con decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (Attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno), solo quando sia giustificata «da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente». La materia «commercio» retrocede in favore dell'accesso alle attività commerciali laddove la disciplina di tale materia sia in grado di restringere il libero esplicarsi dell'attività imprenditoriali. In tal modo, si comprime la libera circolazione dei servizi, la garanzia costituzionale in tema di iniziativa economica e, in definitiva, il principio della libera concorrenza.

prende in considerazione una serie di parametri, quali il settore merceologico di appartenenza, la dimensione dell'esercizio commerciale e gli effetti sull'occupazione». Inoltre, la disciplina regionale lombarda produce effetti pro-concorrenziali in via marginale ed indiretta, «poiché evita che vi possano essere distorsioni determinate da orari di apertura significativamente diversificati, in ambito regionale, nei confronti di esercizi commerciali omogenei».

Con la sent. n. 232 del 2010 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113, comma 2, della legge della Regione Liguria 2 gennaio 2007, n. 1 (Testo unico in materia di commercio), come sostituito dall'art. 27 della legge della Regione Liguria 3 aprile 2007, n. 14 (Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2007), il quale, imponendo il divieto di vendite promozionali nei quaranta giorni antecedenti i saldi stagionali, aveva invaso la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza e si era posta in aperto contrasto con l'art. 3, comma 1, della legge n. 248 del 2006 volta ad eliminare la fissazione di divieti ad effettuare vendite promozionali al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità ed il corretto ed uniforme funzionamento del mercato.

L'ordinanza n. 12 del 2011, in materia di restrizione di apertura facoltativa degli esercizi di vendita al dettaglio a posto fisso per gli esercizi della grande distribuzione (l.r. Abruzzo n. 11 del 2008), ha considerato che tale disposizione lederebbe anche «il diritto di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., in quanto l'apertura domenicale o festiva di una grande struttura di vendita in occasione del contestuale mercato o fiera non comporta alcun pregiudizio per la sicurezza, l'utilità sociale, la libertà o la dignità umana e, pertanto, costituirebbe un limite alla libera iniziativa economica privo di una ragionevole giustificazione». Inoltre, tale «norma si porrebbe in contrasto anche con l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. che riserva allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, trattandosi di una misura legislativa che incide "sull'accesso al mercato", condizione essenziale per la realizzazione della concorrenza, in modo difforme da quanto previsto dall'art. 11 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59)».

Pertanto, la Corte costituzionale bilancia *casu concreto* la necessità dell'uniforme funzionamento del mercato sul territorio nazionale con la considerazione del mercato rilevante e dell'incidenza territoriale delle misure adottate dai legislatori regionali, oggetto dei giudizi di legittimità costituzionale in materia di orari di apertura degli esercizi commerciali e di vendite promozionali.

La già citata sent. n. 150 del 2011 evidenzia come sia necessario valutare se la disciplina degli orari «determini o meno un *vulnus* alla tutela della concorrenza, tenendo presente che è stata riconosciuta la possibilità, per le Regioni, nell'esercizio della potestà legislativa nei loro settori di competenza, di dettare norme che, indirettamente, producano effetti pro-concorrenziali». La Corte, nel caso *de quo*, ammette una disciplina regionale di carattere ancora più concorrenziale di quanto vigente a livello nazionale purchè «tali effetti siano marginali o indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi

delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza». Tale assunto è stato ribadito anche nella sent. n. 18 del 2012 (v. *supra*), per cui «è illegittima una disciplina che, se pure in astratto riconducibile alla materia commercio di competenza legislativa delle Regioni, produca, in concreto, effetti che ostacolino la concorrenza, introducendo nuovi o ulteriori limiti o barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale»

Anche la Regione può adottare discipline incisive della concorrenza, purchè a sostegno della concorrenza e, comunque, ad effetto indiretto.

6. Uniformità, trasversalità e tutela della concorrenza

La trasversalità della tutela della concorrenza si manifesta anche nel diverso peso attribuito all'esigenza di uniformità di disciplina sul territorio italiano, variabile in funzione del settore di incidenza. Infatti, come è stato possibile rilevare nella disamina della più significativa giurisprudenza costituzionale in materia di servizi pubblici locali e di contratti pubblici, l'uniformità della disciplina è stata calibrata differentemente, al fine di consentire la parità d'accesso a tutti gli operatori del mercato presenti sul territorio nazionale. La sent. n. 307 del 2009 ha ritenuto che - avendo la Costituzione posto il principio oggettivo e finalistico della tutela della concorrenza - fosse ammissibile una disciplina regionale più rigorosa in tema di concorrenza nella materie di competenza legislativa esclusiva regionale, quale appunto la disciplina dei servizi pubblici locali. Al contrario, in materie di competenza legislativa esclusiva statale, come la tariffa del servizio idrico integrato, la Corte ha ritenuto illegittima una disciplina difforme rispetto a quella statale (Corte cost., sent. n. 142 del 2010). L'uniformità si erge a barriera della concorrenza, quando le differenziazioni territoriali sarebbero in grado di neutralizzare gli effetti delle norme di garanzia della concorrenza, come disposto dalla sent. n. 283 del 2009 in materia di procedure ad evidenza pubblica. In occasione di quest'ultima sentenza la Corte ha affermato che la tutela della concorrenza non può essere "fatta per zone" (*Considerato in diritto*, n. 3), tanto che, anche qualora una Regione adotti una disciplina diretta a garantire un livello di concorrenza più elevato di quello statale, essa è considerata invasiva della competenza esclusiva statale, in forza di un principio di uniformità elevato a valore anche al di là della concorrenza stessa³⁴⁵. La Corte ha evidenziato che la Regione non è «legittimata ad adottare disposizioni legislative con effetti pro-concorrenziali, volte ad elevare la protezione della concorrenza».

Infatti, «l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. ha conferito allo Stato, in via esclusiva, il compito di regolare la concorrenza al fine di assicurare una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale. L'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione,

³⁴⁵ In tale direzione e a commento della sentenza n. 283 del 2009 si veda: E. Carloni, *L'uniformità come valore*, cit., 670.

produttivi di barriere territoriali» (*Considerato in diritto*, n. 3). Dunque, dalla sentenza n. 283 del 2009 emergerebbe la rediviva dimensione dell'interesse nazionale che, attraverso la tutela della concorrenza, deve essere perseguito omogeneamente su tutto il territorio nazionale. Sempre nel solco dell'uniformità della disciplina, la Corte ha rilevato che la tutela della concorrenza «non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia» (sent. n. 443 del 2007, *Considerato in diritto*, n. 6). Nella sent. n. 283 del 2009 la tutela della concorrenza si presenta ancora come un fine, ma confinato nell'attribuzione statale, in quanto il suo perseguimento sembra stare in rapporto di mutua implicazione con l'unicità uniforme del quadro regolatorio³⁴⁶.

L'uniformità è, quindi, limite e presupposto della tutela della concorrenza. È limite, in quanto non consente una differenziazione della disciplina, se non qualora sia giustificata dall'esercizio della competenza legislativa esclusiva regionale: in questi casi la tutela della concorrenza si erge a livello di principio generale. È presupposto della tutela della concorrenza, perché solo attraverso l'uniformità della disciplina in materie di competenza statale è possibile garantire la tutela della concorrenza su tutto il territorio nazionale.

Tuttavia, in una recente decisione della Corte costituzionale l'esigenza di uniformità di disciplina della tutela della concorrenza ha ceduto il passo alla possibilità conferita alle Regioni «di dettare norme che, indirettamente, producano effetti pro-concorrenziali» nell'esercizio della potestà legislativa nei loro settori di competenza (sent. n. 150 del 2011, *Considerato in diritto*, n. 5).

Pertanto, se la normativa regionale è in grado di ampliare la portata liberalizzatrice della disciplina nazionale, ancorché in via marginale e indiretta, non si determinerebbe contrasto con la competenza statale della tutela della concorrenza, proprio in virtù del suo carattere “finalistico” da valutarsi in concreto al momento dell'esercizio della potestà legislativa statale e regionale.

Il carattere trasversale diventa, quindi, esplicazione dell'uniformità, per cui diventa necessario mantenere l'uniformità della disciplina posta a tutela della concorrenza sull'intero territorio nazionale. Ciò nonostante, in alcuni settori sono legittime normative regionali che perseguono il fine della tutela della concorrenza, pur determinando differenze tra una Regione e l'altra. In ciò consiste l'essenza della trasversalità della tutela della concorrenza, che assume carattere bidirezionale.

Gli strumenti propri della competenza trasversale consentono di perseguire l'interesse nazionale, che si presenta nelle vesti dell'uniformità, specialmente in quelle materie incidenti sui territori regionali, quali i servizi pubblici locali ed i contratti pubblici. La ricercata uniformità delle misure dirette a favorire la concorrenza diventa espressione del superstite interesse nazionale, perché la concorrenza non è un fatto da circostanziare, ma un valore da proteggere orizzontalmente e verticalmente.

³⁴⁶ Così, F. Pizzolato, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 507, 511.

In conclusione, dalla delineata analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della concorrenza si conferma il suo carattere di *tertium genus* di competenza, trasversale perché principio e limite allo stesso tempo. Pertanto, la «tutela della concorrenza», in quanto materia trasversale attribuita alla legislazione esclusiva dello Stato, assume il ruolo di baricentro della disciplina pubblica dell'economia e costituisce un limite per la regolazione economica adottata dalle Regioni³⁴⁷.

7. Il contenuto della tutela della concorrenza e "l'irrompere del principio nel gioco della concorrenza"

7.1. La nozione

L'introduzione del primo riferimento esplicito alla tutela della concorrenza a livello costituzionale ha consentito di frapporre alti ostacoli alle derive interpretative dirigistiche degli articoli 41, comma 3, e 43 della Costituzione, poiché mentre l'art. 41 riconosce la libertà di concorrenza (secondo una lettura da molti accreditata, v. *supra*), l'art. 117 rende esplicitamente doverosa la tutela della concorrenza³⁴⁸. È stato opportunamente rilevato che la lett. e) del comma 2 dell'art. 117 rende la concorrenza non solo un limite alla competenza legislativa regionale, ma anche a quella del legislatore statale, dovendo elevarla a bene o fine da promuovere anche attraverso l'astensione da politiche restrittive della concorrenza³⁴⁹.

Sotto tale profilo è stato evidenziato che l'aver la Costituzione inteso la concorrenza come valore non esclude radicalmente che lo Stato possa intervenire in campo economico, ancorché la valutazione delle misure statali verrà valutata con maggiore circospezione³⁵⁰. Il riferimento costituzionale non già alla «concorrenza», bensì alla «tutela della concorrenza», comporta che l'intervento amministrativo non possa essere inteso in senso conformativo, bensì nel senso di tutela destinata sia a favore delle imprese che dei consumatori, in modo da garantire l'efficienza del sistema e l'utilità sociale di cui all'art. 41 della Costituzione³⁵¹.

La più rilevante decisione costituzionale in materia di concorrenza è contenuta nella sent. n. 14 del 2004. In quell'occasione la Corte, chiamata ad intervenire in tema di

³⁴⁷ M. D'Alberti, *op. cit.*, 705.

³⁴⁸ A. Pace, *Gli aiuti di Stato*, cit., 259, 263. *Contra*, risuona il monito di N. Irti, *Iniziativa privata cit.*, col. 225 e *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 1998, 28, per il quale solo con "fatica esegetica e in ispregio della lettura complessiva della norma" i principi costitutivi dell'economia di mercato e della concorrenza possono ricondursi all'art. 41.

³⁴⁹ G. Corso, *La tutela della concorrenza*, cit., 981, 985.

³⁵⁰ G. P. Dolso, *op. cit.*, 265, 273.

³⁵¹ C. Buzzacchi, *Principio della concorrenza*, cit., 277, 289.

interventi pubblici a sostegno di operatori economici, ritenendo che la questione alla base del ricorso fosse il rapporto tra la concorrenza e gli interventi pubblici sul mercato³⁵², ha adottato una lettura “comunitariamente orientata” della nozione di concorrenza ed ha esteso il parametro indicato dalle Regioni ricorrenti alla competenza dello Stato ad intervenire in materia di concorrenza, di cui alla lett. e) del comma 2 dell’art. 117 Cost. In tale decisione la Corte ha affermato che «dal punto di vista del diritto interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, misure *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto ed in libera concorrenza». Inoltre, la tutela della concorrenza, in considerazione anche delle altre competenze statali di cui alla lett. e) dell’art. 117, comma 2 (moneta, tutela del risparmio e dei mercati finanziari, sistema valutario e sistema contabile dello Stato, perequazione delle risorse finanziarie) costituisce, come poi ribadito dalle sentenze nn. 272 del 2004, 80 del 2006, 242 del 2005, 175 del 2005, «una delle leve della politica economica statale e, pertanto, non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» (*Considerato in diritto*, n. 4). In questa pronuncia late una visione oggettiva del mercato concorrenziale, inerente non più solo alle sfere soggettive, ma anche al sistema economico di mercato aperto ed in libera concorrenza di origine comunitaria, in favore del quale è altresì ammissibile una compressione della dimensione delle libertà economiche individuali³⁵³.

A partire dalla sent. n. 14 del 2004, il Giudice costituzionale ha accolto una nozione ampia di concorrenza non coincidente con quella classica, intesa come libertà degli operatori economici dai monopoli di stato o da restrizioni poste in essere da privati. La Corte, vale a dire, opta per l’accezione “dinamica” di concorrenza invalsa nel diritto comunitario, ricomprendendo nella competenza legislativa statale, oltre alle misure *antitrust* e agli «interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto», anche gli strumenti pubblici volti a «ridurre squilibri, favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o instaurare assetti concorrenziali»: tra cui gli aiuti di stato, ammessi a livello europeo se orientati ad assecondare lo sviluppo economico e a promuovere la coesione sociale³⁵⁴. Dalla lettura della sent. n. 14 del 2004 è stato notato

³⁵² Nel linguaggio comunitario gli interventi pubblici nel mercato sono definiti “aiuti di Stato” quando ricorrono determinati requisiti, *id est*: arrecano un vantaggio economico all’impresa coinvolta; sono concessi da uno Stato o attraverso risorse statali; devono avere un carattere specifico – nel senso di favorire “taluno” – e devono incidere sugli scambi tra Stati membri. Cfr. C. Pinotti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Padova, 2000, 22.

³⁵³ R. Niro, voce *art. 41 Cost.*, cit., 857.

³⁵⁴ A. Concaro, I. Pellizzone, *Tutela della concorrenza e materie trasversali*, cit., 436. Sugli aiuti di Stato è emblematica la sent. n. 63 del 2008, in cui si mette in evidenza il carattere eccezionale di tali aiuti. Infatti, dovendo intervenire sulla legittimità di una normativa statale disciplinante le modalità di erogazione di finanziamenti statali vincolati nella destinazione (salvataggio e ristrutturazione delle imprese in difficoltà) e

come la Corte abbia evitato di riferirsi a decisioni passate, dando l'impressione che la materia, prima della riforma del Titolo V, fosse una «pagina bianca»³⁵⁵.

A seguito della sent. n. 14 del 2004, la giurisprudenza costituzionale si è occupata di concorrenza più volte e assumendo quasi sempre come riferimento tale sentenza (frequentissimamente ricorre nelle decisioni la citazione della «concezione dinamica della “tutela della concorrenza” di cui alla sentenza n. 14 del 2004 di questa Corte»), confermando l'importanza ormai stabilmente assunta dall'argomento nell'attuale arena costituzionale³⁵⁶.

Nella sent. n. 272 del 2004 la Corte, nel definire l'ampiezza della materia “tutela della concorrenza” ha sostenuto che essa «ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato». A partire da questa sentenza la Corte ha più volte ribadito (sentenze n. 430 e n. 401 del 2007; n. 63 del 2008; n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 del 2009 e n. 148 del 2009) che la nozione comunitaria di concorrenza può essere tutelata mediante tipi diversi di interventi regolatori, quali:

a) strumenti *antitrust* come «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» (sentenza n. 430 del 2007)³⁵⁷;

b) misure volte ad assicurare la concorrenza “nel mercato” come le disposizioni legislative «di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (sentenza n. 430 del 2007);

c) in ultimo, interventi mirati a garantire la concorrenza “per il mercato”, quali le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di

diretti a sostenere attività di competenza regionale, la Corte ha affermato che gli «aiuti di Stato, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla tutela della concorrenza» e conseguentemente «questa materia non può essere estesa fino a ricomprendere quelle misure statali che non intendono incidere sull'assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano o che, lungi dal costituire uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza, contrastano con i principi comunitari e contraddicono apertamente il fine (la tutela della concorrenza) che pure affermano di voler perseguire».

³⁵⁵ G. P. Dolso, *op. cit.*, 275. Ulteriori commenti alla sent. n. 14 del 2004: i già citati A. Pace, *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza*, cit., 259, e C. Buzzacchi, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 277; R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative*, cit., 990; L. F. Pace, *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la «costituzionalizzazione» della figura dell'«imprenditore sovvenzionato»*, in *Giur. cost.*, 2004, 4678; F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles*, cit., 1014; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, n. 2, 1429.

³⁵⁶ L. Arnaudo, *op. cit.*, 377, 384.

³⁵⁷ L. Cassetti, *Potestà legislativa esclusiva e tutela della concorrenza* cit., 8 e 14, ha ritenuto che l'oggetto della materia trasversale della tutela della concorrenza possa essere qualificato come materia nei limiti in cui l'ambito della stessa venga “modellato” attorno all'insieme delle regole *antitrust* sulla cui attuazione e corretta applicazione vigila l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

garanzia in modo da assicurare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (sentenza n. 401 del 2007).

Nella sent. n. 336 del 2005 la “tutela della concorrenza” viene intesa quale garanzia di parità di trattamento e di misure volte a non ostacolare l’ingresso di nuovi soggetti nel settore. La Corte costituzionale, con sent. n. 285 del 2005, ha precisato che, per accertare se determinate disposizioni possano essere ricondotte alla materia tutela della concorrenza, si deve verificare se «le norme adottate dallo Stato siano essenzialmente finalizzate a garantire la concorrenza fra i diversi soggetti del mercato» allo scopo di testarne la coerenza rispetto all’obiettivo di assicurare un mercato aperto e in libera concorrenza.

Un’ulteriore estensione del contenuto della tutela della concorrenza si registra con la sent. n. 235 del 2011, tale da ricomprendere anche tutti gli interventi volti a favorire la competitività del sistema e lo sviluppo del mercato inteso quale infrastruttura essenziale per l’affermarsi di una reale competizione tra le imprese.

Con la sentenza n. 401 del 2007 (*Considerato in diritto*, n. 6.7) il Giudice di legittimità costituzionale ha ribadito quanto già statuito nelle sentenze nn. 14 del 2004, 272 del 2004 e 29 del 2006, ovvero che «la nozione di concorrenza, riflettendo quella operante in ambito comunitario, include in sé sia interventi “di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto”, sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali. Rientrano, pertanto, nell’ambito materiale in esame le misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e gli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi»³⁵⁸.

La Corte costituzionale adotta, quindi, una concezione della tutela della concorrenza definita “dilatata” e sostiene che gli interventi statali volti a promuovere e tutelare la concorrenza sono legittimi costituzionalmente se in grado di perseguire finalità di sviluppo del Paese (sent. n. 431 del 2007). Pertanto, il Giudice costituzionale può svolgere un sindacato sull’intervento statale fondato sulla sua “proporzionalità” e sulla “razionalità dei presupposti”³⁵⁹.

³⁵⁸ A commento della sent. n. 401 del 2007, A. Venturi, *La «tutela della concorrenza»: da «valore-materia» a «materia-valore». La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal Codice de Lise (nota a margine di Corte costituzionale 27 novembre 2007, n. 401)*, in *Le Regioni*, 2008, n. 2, 407, 419 ss., approfondisce il rapporto tra i procedimenti ad evidenza pubblica e la materia della tutela della concorrenza. Infatti, la Corte, ritenendo che nell’ambito dei contratti pubblici fosse necessario assicurare la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore, evidenzia che la nozione di tutela della concorrenza, di cui alla lett. e) del comma 2 dell’art. 117 Cost., coincida con quella operante in ambito comunitario, includendo «sia interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto», sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per l’instaurazione di assetti concorrenziali. Conseguentemente, l’adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nell’intero territorio nazionale (e comunitario) è dettata dalla necessità di garantire il rispetto di quei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza che caratterizzano tutta la disciplina comunitaria derivata in materia di contratti pubblici. Tra gli altri commenti alla sent. n. 401 del 2007 si segnalano: R. Bin, *Alla ricerca della materia perduta*, cit., 398; R. De Nictolis, *I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401 del 2007*, in <http://www.federalismi.it>; A. Celotto, *La “Legge di Kirschmann” non si applica al codice degli appalti (in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)*, in *neldiritto.it*.

³⁵⁹ L. Cassetti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell’intervento statale a tutela della concorrenza*, in <http://www.federalismi.it>, 2004, n. 5, 4, a commento della sentenza n. 14 del 2004.

7.2. Il principio e gli interessi protetti

Nella nuova prospettiva la concorrenza assurge a principio fondamentale del sistema economico italiano, come affermato nella sent. n. 64 del 2007, in cui la Corte ha elevato a rango di parametro di legittimità costituzionale il principio di concorrenza, espresso nell'art. 41 Cost.³⁶⁰. L'ampliamento della prospettiva ha riguardato anche i soggetti coinvolti dalla tutela della concorrenza, come confermato nella sent. n. 270 del 2010 nella parte in cui afferma che «il consumatore in ogni latitudine costituisce oggetto di specifica considerazione nella disciplina delle concentrazioni». L'evoluzione della lettura dell'iniziativa economica da parte della giurisprudenza costituzionale ha, quindi, contribuito a determinare il “peso” in concreto del principio di libera concorrenza³⁶¹.

La tutela della concorrenza comprende – come è noto - l'interesse dei potenziali imprenditori. A riguardo, la sent. n. 336 del 2005 ha individuato la finalità della norma posta a tutela della concorrenza nella «garanzia di parità di trattamento e di misure volte a non ostacolare l'ingresso di nuovi soggetti nel settore». La Corte, oltre all'interesse degli altri imprenditori, ha dato considerazione all'interesse del consumatore con la sentenza n. 151 del 2005, in cui ha ritenuto che non fossero affette da illegittimità costituzionale le misure statali dirette ad aiutare i consumatori nell'acquisto di *decoder* per l'accesso alle trasmissioni televisive sulla piattaforma digitale terrestre, affermando che, fra l'altro, dette misure sono inerenti alla materia di competenza statale «tutela della concorrenza». La sent. n. 232 del 2010 (v. *supra*) ha affermato che la norma oggetto della censura determinasse una restrizione della tutela della concorrenza e dell'accessibilità all'acquisto dei prodotti di consumo sul territorio nazionale. Già in diverse occasioni la Corte aveva fatto ricorso al limite dell'utilità sociale per connetterlo agli interessi dell'intera collettività o ai soggetti “terzi consumatori” rispetto all'imprenditore privato.

Nella sent. n. 236 del 2008 il Giudice costituzionale ha ritenuto che lo scopo delle disposizioni del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (“Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale”) fosse quello «di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Dunque, la

³⁶⁰ Con tale sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi 3 e 4, della legge della Regione Umbria n. 26 del 2005, nella parte in cui individua, fra i criteri preferenziali per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio e all'ampliamento dell'attività commerciale, quello della previa titolarità di un'altra grande struttura di vendita nel territorio regionale. Infatti, così disponendo, la norma stabilisce una barriera «di carattere protezionistico alla prestazione, nel proprio ambito territoriale, di servizi di carattere imprenditoriale da parte di soggetti ubicati in qualsiasi parte del territorio nazionale». Pertanto, tale norma, secondo la Corte della sent. n. 64 del 2007, ha realizzato una ingiustificata discriminazione fra imprese, sulla base di un elemento territoriale che contrasta con il principio di eguaglianza e con l'art. 41 della Costituzione.

³⁶¹ Appunto perché il principio è quella norma capace di essere “attuata in misura graduata a seconda delle circostanze fattuali e legali”, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 32, precisa che «Il “peso” di un principio non può essere determinato in astratto ed in via generale, ma è dato dalle condizioni fattuali e dalle limitazioni derivanti dal concorso degli altri principi nel caso concreto».

disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia - definita prevalentemente in base al fine - della tutela della concorrenza». È, pertanto, la considerazione della parità delle “armi di mercato” ad animare il giudizio della Corte. Così come la considerazione della pluralità di interessi è sottostante alla sent. n. 279 del 2006 (e poi con l’ord. n. 162 del 2009), in cui la Corte ha ribadito che la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono dall’ordinamento “una protezione assoluta” e possono, quindi, subire limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario «a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti». Successivamente, la sent. n. 270 del 2010 ha precisato che «una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all’assetto concorrenziale del mercato garantito [ha carattere] derogatorio e per ciò stesso eccezionale [e deve quindi costituire] la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi».

La sent. n. 18 del 2009 ha ricondotto alla tutela della concorrenza la disciplina dell’assegnazione delle bande orarie negli aeroporti coordinati, considerando che «dalla stessa formulazione testuale dei predetti regolamenti comunitari si desume che la disciplina da essi recata è essenzialmente volta a garantire l’accesso al mercato di tutti i vettori secondo regole trasparenti, imparziali e non discriminatorie, di promuovere un’effettiva apertura delle rotte nazionali alla concorrenza a beneficio dell’utenza e di garantire fondamentali esigenze di sicurezza del traffico aereo, in una prospettiva unitaria già a livello comunitario».

Ancora una volta, nella sent. n. 167 del 2009, la Corte torna a riferirsi al principio di concorrenza, la cui lesione può essere dovuta a situazioni di disparità di trattamento tra operatori di un medesimo settore, tali da determinare effetti distorsivi del mercato.

Nel caso della sent. n. 325 del 2010 il Tar rimettente ha richiamato «la regolamentazione stabilita dalla legge n. 287 del 1990 quale parametro di controllo della ragionevolezza della norma censurata, dato che la prima, sebbene si autoqualifichi come di attuazione dell’art. 41 Cost., costituisce pur sempre una legge ordinaria e non reca l’unica possibile disciplina attuativa di tale parametro, con la conseguenza che la deroga della medesima, di per sé sola, non può comportare violazione degli artt. 3 e 41 Cost.». La Corte ha rilevato che, dall’analisi della giurisprudenza rilevante e antecedente alla modifica del titolo V in materia di concorrenza, emerge lo stretto collegamento logico-sistematico tra l’art. 41 e l’art. 3 della Costituzione. Dopo la modifica del titolo V la materia “tutela della concorrenza” «comprende, tra l’altro, interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali: le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività

economiche. In tale maniera, vengono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi».

Negli ultimi anni l'intreccio tra la materia dell'affidamento dei servizi pubblici, in specie quelli locali, e la tutela della concorrenza è stata più volte posta al vaglio della Corte costituzionale (v. *supra*). È interessante notare che a riguardo sia emersa la considerazione dei soggetti che non possono accedere ai servizi offerti, ovvero i “non consumatori” (v. *infra*). Nella sent. n. 325 del 2010 la Corte, specificando il contenuto di “rilevanza economica”, ha evidenziato che sia per il legislatore nazionale che per quello comunitario essa «sussiste pure quando, per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l'automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente possibile creare un mercato a monte, e cioè un mercato in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi agli utenti».

Pur in assenza di esplicite motivazioni circa il percorso che conduce all'affermazione del principio di concorrenza a livello costituzionale, emerge nella più recente giurisprudenza costituzionale la considerazione che «la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza» (sent. n. 307 del 2009).

In conclusione, come confermato dalla sent. n. 288 del 2010, la tutela della concorrenza e, per esteso, il principio di concorrenza sono ormai da considerare un parametro di legittimità costituzionale, ma non solo per segnare il confine tra legislazione regionale e statale, ma anche come misura della legittimità costituzionale della legislazione, proprio per la portata generale o “trasversale” della materia. La giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni ha, pertanto, ricondotto la materia della concorrenza al suo – ormai non più controverso - carattere di principio costituzionale.

Con l'ordinanza n. 31 del 2011, facendo riferimento alle sentenze nn. 279 del 2006 e 264 del 2005, la Corte costituzionale richiama il secondo comma dell'art. 41 per legittimare la compressione dell'autonomia privata da parte del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 195, che stabilisce la nullità di compromessi e clausole compromissorie inserite in contratti stipulati per la realizzazione di interventi connessi alle dichiarazioni di stato di emergenza per i rifiuti di Napoli e il post-sisma in Abruzzo, affermando che, sebbene l'art. 41 Cost. espressamente «tutela l'autonomia contrattuale in quanto strumento della libertà di iniziativa economica», il suo esercizio «può tuttavia essere limitato per ragioni di utilità economico-sociale, che assumono anch'esse rilievo a livello costituzionale».

Nonostante la concorrenza sia utilizzata quale parametro di legittimità costituzionale, si rileva che la giurisprudenza costituzionale più recente non ha svolto – di volta in volta – una autonoma elaborazione del principio e si è, per lo più, limitata a fondare le *rationes* attraverso rinvii a precedenti decisioni, quali soprattutto le sentenze: n.

241 del 1990, n. 14 del 2004, nn. 401 e 430 del 2007, n. 160 del 2009 e n. 45 del 2010. Come è stato acutamente osservato, pur essendo aumentati i giudizi di costituzionalità imperniati sul parametro dell'art. 41 Cost., concernente il profilo della garanzia costituzionale del principio concorrenziale, le relative pronunce della Corte sono divenute più evasive e laconiche circa l'individuazione del corretto fondamento costituzionale del principio concorrenziale, risolvendosi in meri *obiter dicta*³⁶². Da tali rilevazioni incidentali della Corte emerge, tuttavia, la considerazione che la concorrenza svolga, altresì, la funzione di strumento di realizzazione delle finalità costituzionali, alla luce della quali il suo impatto va misurato³⁶³.

8. L' "arresto" del caso *Alitalia*

La tumultuosa vicenda della crisi di Alitalia, il vettore aereo di "bandiera", è culminata nella pronuncia n. 270 del 2010, con cui la Corte costituzionale ha contestualmente dato alla clausola dell'utilità sociale un contenuto strumentale al "salvataggio" della compagnia aerea e fatto vistosamente vacillare l'equilibrio raggiunto ai fini della definizione della libertà di concorrenza e, conseguenzialmente, del principio di concorrenza a livello costituzionale.

In quell'occasione il giudice rimettente aveva lamentato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4-*quinquies*, del decreto-legge n. 347 del 2003, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 39 del 2004, introdotto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 134 del 2008, convertito poi, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2008, in quanto stabiliva che le operazioni di concentrazione concluse dalle imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, ai sensi dell'art. 4, co. 2, del d.l. n. 347 del 2003, convertito dalla legge n. 39 del 2004, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui all'art. 5, comma 1, di detto decreto-legge, rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge n. 287 del 1990, fermo quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della stessa legge. Si trattava nient'altro che di una norma-provvedimento ordinata e ritagliata per risolvere la "questione Alitalia", appunto perché consentiva la deroga *ex lege* alla disciplina ordinaria delle concentrazioni, ai sensi degli artt. 6, 16 e ss. della l. n. 287 del 1990. Infatti, tale norma-provvedimento ha determinato una discriminazione delle imprese nel settore aereo, prevedendo un trattamento più

³⁶² Osservazione sviluppata da L. Buffoni, *op. cit.*, 345, 361, la quale ha rilevato, fino al 2003, la presenza di tali *obiter dicta* nelle sentenze: nn. 236 del 1996, 288 del 1996, 386 del 1996, 90 del 1997, 147 del 1997, 20 del 1998, 196 del 1998, 419 del 2000, 413 del 2002, 24 del 2003, 26 del 2003, 2 del 2003.

³⁶³ Così, F. Pizzolato, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, n. 2-3, 507, 526, il quale, altresì, osserva come il peso che la concorrenza fa valere nel bilanciamento con gli altri interessi di rilievo comunitario abbia un rapporto di diretta proporzionalità con l'accrescersi dell'integrazione comunitaria.

«favorevole per quelle interessate alla concentrazione, che hanno incrementato la propria posizione in termini concorrenziali, in danno di altre società operanti nel settore, o che, in prospettiva, potrebbero operarvi» (*Ritenuto in fatto*, n. 2.6).

Tale disposizione, secondo il giudice *a quo*, avrebbe violato gli articoli 3 e 41 della Costituzione per avere introdotto - per l'operazione di concentrazione oggetto dei giudizi principali - una deroga del procedimento di controllo operato dall'AGCM e stabilito dalla legge n. 287 del 1990, in quanto irragionevole, perché non coerente con la disciplina della concorrenza stabilita dall'art. 41 Cost., nonché lesiva della libertà di concorrenza e della parità di trattamento delle imprese concorrenti. Pertanto, sarebbe stato reso possibile che un «unico vettore» offrisse «servizi di trasporto aereo passeggeri di linea su numerose tratte», consentendo una forte riduzione della «presenza di operatori concorrenti, con poche eccezioni» e permettendo che un unico operatore potesse «gestire una rete di collegamenti capillare su tutto il territorio nazionale, detenendo sui singoli collegamenti posizioni di assoluto rilievo».

Al fine di dare contezza della perigliosità costituzionale della materia, la Corte ha messo in evidenza come finora la giurisprudenza costituzionale abbia «affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza.

Eppure è chiaro che il parametro costituzionale in esame, stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale» ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a «fini sociali», consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito» (*Considerato in diritto*, n. 8.2). La Corte, quindi, consapevole di non avere sviluppato il bilanciamento tra utilità sociale e libertà di concorrenza, attribuisce al legislatore il compito di dare un contenuto ai «fini sociali» che possono essere perseguiti dall'iniziativa economica e, pertanto, l'incombenza di individuare quali possano essere gli interessi diversi rispetto a quelli concorrenziali.

La Corte è chiamata ad occuparsi dei criteri utilizzati nella valutazione *antitrust* di una operazione di concentrazione, i quali prevedono che le operazioni di concentrazione delle imprese coinvolte nel settore dei servizi pubblici essenziali, effettuate entro il 30 giugno 2009, connesse o contestuali, o comunque previste nel programma debitamente autorizzato di cui all'art. 2, comma 2, del d.l. n. 347 del 2003, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui all'art. 5, comma 1, del medesimo d.l., rispondono a preminenti interessi generali e non sono soggette all'autorizzazione ex legge n. 287 del 1990. La norma in oggetto ha ulteriormente statuito che le parti devono preventivamente notificare all'AGCM le concentrazioni rientranti nella propria

competenza, unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori. La Corte ha rilevato che l'art. 25 della l. n. 287 del 1990 prevede un meccanismo per tutelare interessi diversi dalla concorrenza, tale da non impedire al legislatore ordinario di autorizzare «operazioni di concentrazione in vista del contemperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, diversi da quelli inerenti all'assetto concorrenziale del mercato». Conseguentemente, data la necessità di «soccorrere la compagnia di bandiera», ovvero un'impresa svolgente un servizio pubblico essenziale di cui doveva essere garantita la continuità ed evitata una grave crisi occupazionale, il Giudice costituzionale ha ricondotto alle ragioni di «utilità sociale» ed ai «fini sociali», di cui all'art. 41 della Costituzione, lo specifico ed eccezionale intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'AGCM. Tuttavia, la rivitalizzazione della clausola dell'utilità sociale così operata sembra, invero, porre dei limiti al funzionamento di meccanismi che dovrebbero tener vivo il gioco della concorrenza³⁶⁴.

Inoltre, secondo la Corte, il legislatore ordinario ha dimostrato attenzione per l'interesse dei consumatori, avendo mantenuto fermo il potere dell'AGCM di stabilire le misure comportamentali idonee a garantire i consumatori ed il controllo continuo sull'attività svolta.

Infine, a supporto della legittimità costituzionale della norma oggetto della rimessione, il Giudice costituzionale ha evidenziato che sia possibile una concentrazione per il regolamento n. 139 del 2004 purché essa non comporti «un pregiudizio durevole per la concorrenza». La norma ha, di fatto, conferito all'AGCM il potere di definire il termine, non inferiore a tre anni, entro cui le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi debbano cessare. Pertanto, ciò escluderebbe l'irragionevolezza della norma e la violazione degli articoli 3 e 41 della Costituzione³⁶⁵. Invero, il riconoscimento all'Autorità del potere di attivare, a salvaguardia degli interessi dei consumatori, misure comportamentali, non può in alcun modo determinare un equo bilanciamento con la soppressione dell'intervento preventivo in ambito di concentrazioni.

Del fondamento non propriamente generale ed astratto della norma in oggetto la stessa Corte ne dà conto allorché ha utilizzato il «test di proporzionalità», al fine di giustificare la natura di legge-provvedimento ed il carattere derogatorio della norma

³⁶⁴ R. Pardolesi, A. Calmieri, *L'incompiuta ascesa e declino costituzionale della libertà di concorrenza*, in *Il Foro Italiano*, 2010, I, 2913. Al contrario, pur constatando la mancata nitidezza della decisione della Corte in punto d'esame della sussistenza della portata derogatoria della norma-provvedimento in oggetto e della necessità di un fondamento più argomentato nell'adozione della c.d. *failing firm doctrine*, M. Libertini, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, in *Giur. cost.*, 2010, n. 4, 3296, 3304, sostiene la compatibilità col principio di tutela della concorrenza del comma 4-*quater*, perché «nel momento in si prevede una cessione di azienda a trattativa privata fra i soggetti che garantiscono continuità nel medio periodo del relativo servizio, deve essere interpretato come visione di una trattativa privata con gara informale».

³⁶⁵ Con provvedimento n. 23008 (C9812b - *Monitoraggio post-concentrazione - Compagnia Aerea Italiana/Alitalia linee aeree italiane - Airone*) del 30 novembre 2011, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, essendo scaduto il termine di deroga all'autorizzazione per la concentrazione, ha avviato l'istruttoria riguardo all'operazione del 2008.

oggetto della questione in forza della considerazione che «il bilanciamento di una molteplicità di interessi impone una scelta non tipica del controllo *antitrust*, ma, in sostanza, caratterizzata da una connotazione di politica economica e di regolazione del mercato imposta da una situazione eccezionale, questa scelta non può essere giudicata irragionevole per il solo fatto di essere stata operata mediante un atto legislativo». Pertanto, per la Corte costituzionale la disciplina in materia di controlli *antitrust* è flessibile, non necessariamente preventiva, e sensibile a interessi generali diversi dall'obiettivo di garantire un assetto competitivo del mercato³⁶⁶, sino ad assumere i contorni di un «potere [...] di regolazione generale, comunque non tecnica, demandato normalmente all'autorità politica».

La decisione della Corte costituzionale, consentendo la sospensione dei poteri dell'Autorità *antitrust* per le concentrazioni fra imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali realizzate entro il 30 giugno 2009, segna marcatamente un passo indietro rispetto alla compiuta affermazione del principio di concorrenza nell'ordinamento costituzionale italiano. La pronuncia forza i confini dei contenuti della garanzia costituzionale della concorrenza e consente al legislatore di sopprimere, con una legge-provvedimento, gli sforzi compiuti verso la sua affermazione³⁶⁷. Insomma, la vicenda Alitalia, mettendo duramente alla prova il sistema *antitrust*, ha posto i riflettori sul “re nudo” e sulle sussistenti difficoltà di affermazione di un mercato concorrenziale indisturbato dagli interventi statali di soccorso alle fisiologiche crisi delle imprese. Interventi che, se nel breve e medio termine consentono di risolvere le diatribe politiche, nel lungo termine non possono che trasformarsi nelle “zavorre” che impediscono il rilancio economico, nonché l'effettivo ampliamento dei mercati ed il godimento di tutti i benefici ad esso conseguenti³⁶⁸.

Ad adiuvandum, è opportuno mettere in luce come la giurisprudenza costituzionale, in un passato recente, abbia evidenziato che le esigenze di «utilità sociale» devono essere bilanciate con la concorrenza (sent. n. 386 del 1996; analogamente, sent. n. 241 del 1990), e che l'individuazione di tali esigenze di utilità sociale «non appaia arbitraria», nonché che non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue (sent. n. 548 del 1990; nello stesso senso, sent. n. 152 del 2010 e n. 167 del 2009). In tale valutazione ha anche rilevato il «carattere temporalmente limitato della disciplina» che le prevede (sent. n. 94 del 2009). Pertanto, la necessità che dette misure siano ragionevoli e non realizzino una ingiustificata disparità di trattamento rende ancora più chiara la correlazione tra gli artt. 3 e 41 della Costituzione.

³⁶⁶ R. Pardolesi, A. Calmieri, *op. cit.*

³⁶⁷ Con toni aspramente critici avverso la decisione n. 270 del 2010 si esprimono: R. Pardolesi, A. Calmieri, *op. cit.*, 2913; L. Stecchetti, G. Amaretti, *Il ventennale dell'antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, n. 3, 459.

³⁶⁸ Delle “zavorre” proprie del sistema italiano ostative della concorrenza, pesando sul sistema civile e sul cittadino-consumatore, ne tratta: A. Catricalà, *Zavorre d'Italia*, Soveria Mannelli (CZ), 2010.

In conclusione, si sottolinea che il compito della politica delle concorrenza è “difendere il mercato contro se stesso”, ovvero governare e correggere i processi spontanei dei mercati, tendenti a chiudersi in assetti monopolistici e ad allontanarsi dal dinamismo che garantisce la continuità dello sviluppo³⁶⁹, e non già ampliare concentricamente – a seconda delle necessità storiche ed economico-politiche – i cerchi dei casi di esclusione dell’applicazione delle regole del mercato concorrenziale, per la cui sopravvivenza è, al contrario, necessario che tali casi siano sempre più eccezionali nella sostanza che urgenti nella contingenza.

³⁶⁹ M. Libertini, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, 97, 112.

CAPITOLO III

L'AFFERMAZIONE DELLA LIBERTÀ DI CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE STATUNITENSE ED IL BILANCIAMENTO DEI POTERI

SOMMARIO: 1. Un diritto *antitrust* che nasce “dal basso”. Le origini dell'avversione ai monopoli. – 2. L'approvazione dello *Sherman Act*. – 3. L'*antitrust* come strumento di protezione delle libertà fondamentali dell'individuo. – 4. Federalismo e *antitrust*. – 5. La legislazione *antitrust* e la sua attuazione quale strumento di politica pubblica a favore del cittadino-consumatore. – 6. Brevi cenni sull'efficacia dell'azione di classe a tutela della concorrenza. Profili di comparazione.

1. Un diritto antitrust che nasce “dal basso”. Le origini dell'avversione ai monopoli

La lunga elaborazione dottrinale e legislativa che ha condotto all'adozione di una normativa *antitrust* nazionale in Italia – ben quarant'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione - si fonda su una valutazione del problema dei monopoli, ed in generale di tutto ciò che è lesivo della libertà di concorrenza, quale problema del potere privato. Ed è proprio la difficoltà di contenere l'esplosione del potere privato attraverso un bilanciamento tra autorità e libertà ad animare il dibattito politico nel periodo antecedente l'adozione dello *Sherman Act* negli Stati Uniti d'America, ove la regolamentazione *antitrust* si è dimostrata un importante strumento di politica pubblica, diretto a tenere a freno gli eccessi dell'economia di mercato e, conseguenzialmente, a fissare l'uguaglianza (almeno formale) di condizioni tra gli operatori del mercato³⁷⁰. Lo *Sherman Act* (intitolato “An Act that Protect Trade and Commerce against Unlawful Restraints and Monopolies”) rappresenta di per sé un intervento statale sulla operatività degli istituti giuridici alla base del mercato (proprietà, libertà di iniziativa economica privata, libertà di contratto), ponendosi come eccezione alla logica rigorosa del *laissez-*

³⁷⁰ Cfr. R. Niro, *Profili*, cit., 83. Nell'*incipit* del grande classico *La democrazia in America*, Alexis de Tocqueville esordisce così: «Tra le novità che attirarono la mia attenzione durante la mia permanenza negli Stati Uniti, nessuna mi ha maggiormente colpito dell'uguaglianza delle condizioni. Senza fatica constatai la prodigiosa influenza che essa esercita sull'andamento della società: essa dà allo spirito pubblico una determinata direzione, alle leggi un determinato indirizzo, ai governanti dei nuovi principi, ai governati abitudini particolari» (in A. de Tocqueville, *La democrazia in America* (1848), trad. it. a cura di N. Matteucci, Torino, 2007, 15). Lo stupore di Tocqueville si fa ancora più forte quando evidenzia la differenza tra gli Stati Uniti e la Francia dove, invece, la concentrazione del potere economico in capo a pochi è opposta al neonato sistema democratico statunitense (in Francia «non c'è che un'unica fonte di potere, la proprietà fondiaria», *op. cit.*, 16).

faire, fondato sulla piena autonomia operativa di tali istituti³⁷¹.

Storicamente l'*antitrust* statunitense nasce come strumento di difesa della democrazia economica, perché innanzitutto volto a difendere il pluralismo delle piccole e medie imprese di fronte allo strapotere delle grandi attività imprenditoriali. Solo successivamente e progressivamente diventa anche mezzo per il perseguimento della tutela dell'efficienza economica del sistema³⁷². Come argomentato dal *Case of Monopolies* deciso nel 1602 dalla britannica *Court of King's Bench* (11 *Co. Rep.* 84b, 77 *Eng. Rep.* 1260), l'oggetto di tutela della disciplina antimonopolistica è il "benessere pubblico", che si manifesta in prezzi più bassi, migliore qualità dei prodotti, scelta più ampia e maggiori opportunità di lavoro³⁷³.

Nelle intenzioni del legislatore dello *Sherman Act* la legislazione *antitrust* si caratterizzava come strumento di lotta alle concentrazioni di potere economico da considerarsi quale grave minaccia alla libertà individuale, tramite il riconoscimento della libertà economica dato nella Dichiarazione di indipendenza, e conseguenzialmente alla stessa democrazia, intesa quale repubblica democratica di produttori e proprietari indipendenti e contraddistinta dal decentramento politico ed economico³⁷⁴. Infatti, la

³⁷¹ Così, G. Boggetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, vol. II, Torino, 2000, 187.

³⁷² M. Libertini, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, 97, 106.

³⁷³ In tal senso, G. Rossi, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Torino, 2009, 28.

³⁷⁴ R. Niro, *Profili*, cit. 23. Il dibattito sulla relazione tra diritto e mercato emerge sin dagli albori della Federazione statunitense. I primi e principali orientamenti si riferivano, da un lato, a Thomas Jefferson e James Madison e, dall'altro lato, a Alexander Hamilton (J. M. Smith, *The Republic of Letters, The correspondence between Thomas Jefferson and James Madison 1776-1826*, New York, Londra, 1995, vol. 1). Secondo i primi bisognava diffidare dal potere centralizzato, sia pubblico che privato, in qualsiasi settore della società, appunto perché, per Jefferson, «l'umanità presto impara a fare un uso interessato di ogni diritto e potere che può possedere o assumere». Jefferson criticò la politica fiscale di Hamilton, perché riteneva che avrebbe determinato la strumentalizzazione del governo da parte dei poteri concentrati, violando proprio i limiti al governo e i requisiti di un mercato aperto equamente e correttamente a tutti i concorrenti. Per Hamilton il mercato non andava lasciato in balia di se stesso, non voleva che il governo perdesse il controllo dell'economia e, pertanto, considerava necessario un intervento governativo. Il controllo restrittivo, che ha caratterizzato - tra la fine del diciannovesimo e l'inizio del ventesimo secolo - le risposte allo sbilanciamento del potere nel mercato, ha dimostrato che l'opinione dominante continuava a trattare il vitale mercato privato come un'indispensabile componente di una struttura accettabile di potere sociale. Questa convinzione rappresentava un'illusione, così come un sentimento promosso e manipolato da interessi particolari, i quali assunsero un ruolo importante nella definizione del corso generale della politica pubblica. Per una lettura del primigenio dibattito su diritto e mercato si veda: J. W. Hurst, *Law And Markets In United States History, Different modes of bargaining among interests. The Lawbook Exchange*, Union, New Jersey, 1982, 21 ss. Una feroce filippica avverso le istituzioni, principalmente contro il Congresso, per avere lasciato che la costruzione delle ferrovie avvenisse a discapito dei diritti del popolo americano è espressa da: D. C. Cloud, *Monopolies and the People*, Davenport, Iowa, 1873. Nel 1873 ancora non esisteva il diritto *antitrust* negli USA ed il volume di Cloud descrive il quadro generale del rapporto collusivo tra imprenditori spregiudicati e *Congressmen* proiettati nell'ambizioso e importante progetto ferroviario, al punto da svendere le terre americane (c.d. *Patrons of Husbandry*). Cloud è contro le restrizioni - industriali e commerciali - alla concorrenza, nonché sostiene l'esistenza di un irrisolvibile conflitto tra i monopoli e la gente: se vi è monopolio, non vi può essere democrazia.

repubblica economica americana si è costruita e mantenuta sui principi del mercato e della concorrenza: è il risultato di una pianificazione diretta dallo Stato, operata attraverso limitazioni ed interventi volti a garantire il mercato libero ed in concorrenza³⁷⁵. Nella storia della struttura costituzionale statunitense l'interesse per i valori individuali è stato intessuto con l'interesse per i valori della comunità e, pertanto, si ritenne che le pretese del mercato ad un certo punto abbiano dovuto accordarsi con le pretese dell'individuo³⁷⁶.

Il tentativo di ottenere il controllo monopolistico dei mercati è stato effettuato in tutti i momenti della storia americana, prova della continua battaglia della società contro i pericoli che i monopoli privati pongono in essere³⁷⁷.

Il regime *antitrust* statunitense è il primo ed il più restrittivo regime *antitrust* fra quelli adottati nei paesi industrializzati³⁷⁸. Le sue origini sono risalenti e, al fine di ricostruire il rapporto tra tutela della concorrenza e sistemi democratici, si ritiene opportuno ripercorrere le tappe principali del processo di adozione degli strumenti legislativi *antitrust* negli Stati Uniti.

L'economia statunitense si è sviluppata e fondata su teorie orientate verso il libero mercato concorrenziale. Per più di cento anni, il diritto *antitrust* è stato il principale protettore del processo concorrenziale, dimostrando di essere uno strumento fondamentale per l'economia di libero mercato. Quando gli Stati Uniti nacquero nella seconda metà del diciottesimo secolo, i Fondatori assunsero quali principi-guida: la libertà, l'individualismo e la democrazia. In forza di tali valori, i *Founding Fathers* criticarono la centralizzazione del potere e sostennero la tutela della libertà individuale e della libera concorrenza. Questi ideali puritani furono incorporati nel sistema giuridico americano che vietava l'attività tramite il monopolio, essendo istituito sui principi basilari del *common law* britannico del diciassettesimo secolo consistenti nella libertà individuale e nella libera concorrenza. Infatti, il principio per cui il governo non dovesse creare monopoli fu una delle più ferme convinzioni che i coloni portarono con sé dall'Inghilterra, dove nel 1624 lo *Statute of Monopolies* limitò il potere regio di garantire esclusivi privilegi ad alcuni eletti. Negli Stati Uniti la stessa *ratio* fu espressa quando la legislazione coloniale del Massachusetts decretò che non vi dovesse essere alcun

³⁷⁵ A. A. Berle, *The American Economic Republic*, New York, 1963, 81 e 213.

³⁷⁶ J. W. Hurst, *Law And Markets In United States History*, cit., 54.

³⁷⁷ E. Freund et al., *Growth of American Administrative Law*, St. Louis, 1923, 70. Gli Autori osservano anche che, nel sedicesimo secolo in Inghilterra, sotto il regno di Elisabetta, le esclusive della corona sui monopoli erano così frequentemente garantite ai favoriti della corona da determinare una denuncia del Parlamento, la condanna delle Corti e la definitiva abolizione nel 1689. Parimenti, pratiche, come le varie modalità di accaparramento, furono dichiarate offese al bene pubblico, in quanto determinavano un aumento dei prezzi a discapito del popolo e, pertanto, da allora in poi l'interesse pubblico costituisce il parametro di riferimento nella valutazione dell'attività volte a restringere il commercio. L'odio verso i monopoli fu trasmesso dall'Inghilterra agli Stati Uniti. Infatti, le carte dei diritti delle prime colonie generalmente contenevano un divieto di monopolio, specificamente tracciato nelle Costituzioni di diciassette Stati.

³⁷⁸ I. Palandri, *La legislazione antitrust degli Stati Uniti*, cit., 259.

monopolio garantito o concesso se non quello relativo a nuove invenzioni utili al paese e per un limitato periodo di tempo³⁷⁹. Subito dopo la Rivoluzione molti Stati inclusero nel loro *Bill of Rights* statuizioni espressive dell'avversione agli ingiusti privilegi, come in Virginia (“nessun uomo o gruppo di uomini ha diritto ad esclusive o separate retribuzioni o privilegi da parte della società”³⁸⁰) o in Massachusetts nella Costituzione del 1780³⁸¹ o in Connecticut nel 1818³⁸². Thomas Jefferson ritenne che una proibizione dal medesimo effetto sarebbe dovuta apparire nel *Federal Bill of Rights*³⁸³ e vi sono prove che la sua opinione fu ampiamente supportata³⁸⁴. Tuttavia, alla fine, non fu inserita alcuna specifica proibizione nel *Federal Bill of Rights*, in coerenza con la prevalente lettura giusnaturalistica dei diritti di libertà economica³⁸⁵. Nonostante queste ostilità, il governo, dopo la Rivoluzione, di tanto in tanto, supportò dei monopoli privati, in specie *patent monopolies* garantiti agli inventori e generalmente tollerati, perché logica eccezione al principio generale, mentre quelli più sgraditi restavano quelli bancari³⁸⁶.

³⁷⁹ c. 71(1641), *Charters and General Laws of the Colony and Province of Massachusetts Bay*, 1814, 170.

³⁸⁰ Va. Bill of Rights § 4 (1776).

³⁸¹ «Part I - Art. VI. No man nor corporation or association of men have any other title to obtain advantages, or particular and exclusive privileges distinct from those of the community, than what rises from the consideration of services rendered to the public, and this title being in nature neither hereditary nor transmissible to children or descendants or relations by blood; the idea of a man born a magistrate, lawgiver, or judge is absurd and unnatural». In <http://www.nhinet.org/cs/docs/ma-1780.htm>.

³⁸² «Sec. 1. That all men when they form a social compact, are equal in rights; and that no man, or set of men are entitled to exclusive public emoluments or privileges from the community». In <http://www.sots.ct.gov/sots/cwp/viem.asp?a=3188&q=392280>.

³⁸³ In una lettera del 20 dicembre 1787 Jefferson scrive a Madison: «There are other good things of less moment. I will now add what I do not like. First the omission of a bill of rights providing clearly and without the add of sophisms for [...] restriction against monopolies», in J. M. Smith, *The Republic of Letters*, cit., 512. La ragione di tale opposizione, oltre la considerazione che la Costituzione dovesse occuparsi solo di interessi politici generali, risiedeva nella convinzione che «la Costituzione non creava quei diritti e perciò non era la fonte a cui le Corti potessero rivolgersi per cercare una guida sulla loro estensione e sul loro carattere, almeno fino a quando il documento costituzionale non li restringeva e modificava». Inoltre, si riteneva che il *common law* fornisse già sufficiente protezione per le libertà essenziali non protette dalla Costituzione (cfr. B. H. Siegan, *Economic liberties and the Constitution*, Chicago, Londra, 1980, 29).

³⁸⁴ Infatti, tra le proposte modificative presentate dagli Stati, in sede di redazione della Costituzione, meritano di essere segnalate le seguenti:

- lo Stato di New York propose di inserire un emendamento in base al quale il Congresso non potesse sovvenzionare monopoli («that the Congress do not grant monopolies»);

- gli Stati di Massachusetts, New Hampshire e Rhode Island proposero di inserire la seguente clausola: «that the Congress erect no company of merchants with the exclusive advantages of commerce». Cfr. J. Elliot, *The Debates in the Several conventions on the adoption of the federal constitution* (1836), Washington D.C., 1987, 323, 326, 330, 337.

³⁸⁵ In linea con la lettura giusnaturalistica, fu incluso nel *Bill of Rights* il Nono Emendamento, anche al fine di essere utilizzato a salvaguardia della non esplicitamente tutelata libertà economica: «L'enumerazione di alcuni diritti nella Costituzione non potrà essere interpretata per negare o menomare gli altri diritti già goduti dai cittadini». Cfr. M. R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, 128.

³⁸⁶ In materia di banche, il dibattito era incentrato sulla discussa competenza del Congresso di fondare società e, specialmente, banche. Le banche, in particolare, sarebbero state dei monopoli, dato che il piano

Tuttavia, vi è chi ha rilevato che nella stessa Costituzione americana fosse presente un insieme di riferimenti costituzionali da cui discenderebbe che gli stessi *framers* avessero accettato il mercato come un'istituzione centrale dell'ordine sociale, tanto da prevedere delle disposizioni volte alla sua tutela all'interno della struttura amministrativa³⁸⁷.

Tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo vi furono degli avvenimenti politici e sociali tali da non poter rendere il legislatore indifferente alla sensibilità dell'opinione pubblica statunitense. Infatti, alla fine della guerra di secessione nel 1865 l'Unione degli Stati fondò un unico sistema economico. Lo sviluppo dimensionale e tecnologico delle imprese, dovuto allo sforzo di soddisfare le esigenze belliche, il sorgere di una fitta rete ferroviaria transamericana, le migrazioni dei pionieri, lo sfruttamento delle ricche risorse dell'ovest (ragione dello sviluppo del sistema bancario e creditizio) furono fattori che modificarono profondamente la società e l'economia americana³⁸⁸.

avrebbe previsto il divieto di istituire altre banche negli USA. James Madison, il più attivo oppositore di questa proposta, la definì come un "monopoly which affects the equal rights of every citizen" (M. S. Clarke, D. A. Hall, *Legislative and Documentary History of the Bank of the United States, Including the Original Bank of North America*, Washington D.C., 1832, 43) and Amos Kendall, un membro del *Kitchen Cabinet* di Jackson, definì la banca come una minaccia alla democrazia (A. M. Schlesinger, *The Age of Jackson*, Boston, 1945, 89), un "monster monopoly", un potere del denaro volto ad istituire un'oligarchia ed, infine, una monarchia.

³⁸⁷ J. W. Hurst, *op. cit.*, 11 ss. L'Autore ha individuato quelle disposizioni costituzionali da includere nel nucleo della "Costituzione economica americana", ovvero:

- Art. I, Sez. 8, comma 3: il potere del Congresso di regolare il commercio con le nazioni straniere e tra i vari Stati, al fine di prevenire guerre commerciali tra gli Stati e di assicurare la capacità di rappresentare l'interesse nazionale contro le politiche economiche di altri paesi.

- Art. I, sez. 8, comma 5: il potere del Congresso di battere moneta, regolarne il valore con la moneta straniera insieme al potere di fissare pesi e misure, al fine di provvedere ad un'uniforme e affidabile riserva monetaria;

- Art. I, sez. 8, comma 7: il Congresso ha il potere di stabilire uffici e servizi postali, al fine di ampliare l'effettivo raggio commerciale così come di ogni altra attività.

- Art. I, sez. 8, comma 8: accettando implicitamente come socialmente desiderabile la generale libertà degli individui a commerciare tutti i beni e servizi per cui possono trovare clienti, la Costituzione, per promuovere il progresso della scienza e delle arti utili, autorizza il Congresso ad adottare leggi in grado di assicurare per un limitato periodo di tempo agli autori e agli inventori il diritto esclusivo ai loro scritti e scoperte.

- Art. I, sez. 10, comma 2: gli Stati non potranno, senza il consenso del Congresso, imporre dazi sulle importazioni e sulle esportazioni, a eccezione di quei tributi che siano assolutamente indispensabili per dare esecuzione alle proprie leggi di ispezione; e il gettito netto di tutti i dazi imposti da qualsiasi Stato sulle importazioni e sulle esportazioni sarà a vantaggio del Tesoro degli Stati Uniti; e tutte le suddette eventuali leggi saranno soggette a supervisione e controllo da parte del Congresso.

³⁸⁸ I. Palandri, *op. cit.*, 245. La fine della Guerra civile (1865) segnò l'inizio di un'industrializzazione tanto rapida che, intorno al 1880, si registrò un eccesso di capacità produttiva in numerose industrie. Il periodo postbellico fu caratterizzato da una rapida crescita della nazione fino a renderla *leader* industriale mondiale: risorse abbondanti, sviluppo di nuove tecnologie e l'espansione dei mercati commerciali resero impellente la ricerca di nuove forme di *business*. Pertanto, molte industrie confluirono in cartelli ed accordi intesi a controllare la reciproca concorrenza, la produzione ed i prezzi. Quando alcuni di questi meccanismi si dimostrarono fragili, determinando il cedimento dei cartelli, fu concepito e messo in atto l'innovativo *Standard Oil Trust*, il più conosciuto e forse il meno popolare dei grandi *trust* americani del XIX secolo. Lo

La guerra determinò l'aumento della domanda per ragioni belliche, tale da giungere ad una situazione di sovrapproduzione, così elevata da limitare la libertà economica dell'individuo e a cui si pose rimedio con meccanismi di regolamentazione privata della concorrenza contrastanti con i principi di *common law*. Tra il 1860 ed il 1870 il risentimento popolare era diretto contro le compagnie ferroviarie, perché gli imprenditori, in considerazione degli elevati costi d'impianto e delle spese sproporzionate rispetto agli investimenti, ricorsero alla stipula di accordi restrittivi della concorrenza, poichè fissavano tariffe e si avvalevano di pratiche discriminatorie nei confronti di coloro che avrebbero voluto accedere al mercato.

Associazioni di cittadini, quali "Grange", furono in grado di sensibilizzare il legislatore tanto da ottenere il riconoscimento in favore del legislatore statale del potere di regolare tariffe e pratiche concernenti i trasporti.

Pertanto, nel campo dell'*antitrust* negli Stati Uniti d'America il ruolo dei contadini e dei lavoratori fu determinante nel dare peso alla necessità di adottare una organica disciplina della materia. Oltre alle istanze dei contadini e dei lavoratori, ebbero influenza anche le pressioni di coloro che dovevano usufruire dei servizi di trasporto, quali industriali e commercianti, tanto da condurre all'adozione dell'*Interstate commerce clause* nel 1887, con cui veniva conferito agli Stati anche il potere di regolamentare la fase dei

strumento principale adottato dai capitani d'industria fu il *trust*, ovvero un vecchio istituto giuridico di *common law*, consistente nell'affidamento ad altri di propri diritti, a cui tali industriali ricorrevano facendo in modo che i consiglieri di amministrazione di società concorrenti si affidassero reciprocamente il diritto di votare nei rispettivi consigli d'amministrazione (in G. Amato, *Il gusto della libertà, L'Italia e l'antitrust*, Roma, Bari, 1998, 5). Infatti, la peculiarità del *trust*, tale da renderlo più solido rispetto ad un cartello, era che le società facenti parti dell'accordo affidavano il loro capitale ad un gruppo di amministratori (*board of trustees*), ricevendone in cambio *trust certificates* di valore equivalente. Ogni società tratteneva la propria *State charter*, rimanendo tuttavia soggetto al controllo centralizzato di un *trust* non facente parte di alcuna società ed in possesso del capitale. Il secondo accordo dello *Standard Oil Trust* del 1882 fece da modello per il *Cotton Oil Trust* (1884), il *Linseed Oil Trust* (1885), *Sugar and Whiskey Trust* (1887). Nell'arco di un solo anno, il 1887, furono formati numerosissimi *trust*: *Envelope, Salt, Cordage, Oil-Cloth, Paving-Pitch, School-Slate, Chicago Gas, St. Louis Gas e New York meat*. Fu proprio dal termine *trust*, indicante tutti i tipi di monopoli o combinazioni o accordi tali da restringere il commercio, che prese il nome la legge voluta dal Senatore Sherman. Durante l'anno successivo crebbe il fervore collettivo contro i *trust*, su cui l'opinione pubblica trasferì l'astio prima riservato esclusivamente ai monopoli. Un astio legato alla convinzione che i *trust* costituissero una minaccia alla libertà, in quanto i *trustees* corrompevano funzionari pubblici e legislatori, sfruttavano i privilegi quali la protezione attraverso la fissazione delle tariffe, mettevano fuori dal mercato i concorrenti per mezzo dell'abbassamento dei costi e, allo stesso tempo, vittimizavano i consumatori con prezzi più alti. L'opinione pubblica americana riteneva che i *trust* fossero un crescente ed intollerabile male (W. H. Taft, *The Anti-Trust Act and the Supreme Court*, New York, 1914, 2). In occasione dell'elezione presidenziale del 1888, i quattro principali partiti USA inclusero nel loro programma di governo la lotta ai *trust* e strumenti analoghi. Il programma del *Union Labor Party* del 1888 recitava: «The paramount issues to be solved in the interests of humanity are the abolition of usury, monopoly, and trusts, and we denounce the Democratic and Republican parties for creating these monstrous evils». Ed il partito democratico asseriva: «judged by democratic principles, the interests of the people are betrayed when, by unnecessary taxation, trusts and combination are permitted to exist, which, while unduly enriching the few that combine, rob the body of our citizens». Più degli altri partiti, i repubblicani avevano necessità di condannare il *trust*, in specie da quando erano stati etichettati come il partito dei ricchi e dei monopolisti. E così, nella *convention* per la corsa alla presidenza del 1888, i Repubblicani condannarono tutte le fusioni di capitali, organizzate in *trust* o in altro modo, volte a controllare le condizioni del commercio tra i cittadini. Il repubblicano William Henry Harrison fu eletto presidente e, durante il suo mandato, fu adottato lo *Sherman Act*.

trasporti³⁸⁹. Essa era diretta a proibire le tariffe irragionevoli, le discriminazioni ed il *pooling*, ovvero l'unione di più società o di parti di società coinvolte in un medesimo affare per il raggiungimento di uno scopo comune.

Negli stessi anni, spregiudicati capitani d'industria riuscirono ad accaparrarsi interi settori di mercato, tanto da determinare la reazione dei consumatori - costretti a pagare prezzi alti perché stabiliti in un regime monopolistico - e dei piccoli e medi imprenditori, la cui posizione sul mercato era messa a rischio dalla prepotenza commerciale delle grandi industrie. Infatti, fra le ragioni che condussero all'adozione dello *Sherman Act* vi fu anche l'esigenza di porre un limite allo strapotere dei grandi potentati economici³⁹⁰.

Prima ancora dell'adozione dello *Sherman Act*, numerose Costituzioni statali (v. *infra*) prevedevano disposizioni contrarie ai monopoli, riferendosi, però, solo alla liceità della concessione di privilegi statali di carattere esclusivo ai privati. Già in *Norwich Gas Light Co. v. Norwich City Gas Co.*, 25 Conn. 19 (1856), la Corte Suprema del Connecticut affermò che «sebbene non abbiamo alcuna diretta disposizione costituzionale contro i monopoli, l'intera teoria del governo libero è contraria a tali aiuti». Ciò mise in evidenza la centralità del diritto dell'individuo ad avere un'opportunità senza limitazioni ed alla corrispondente illegittimità dell'azione governativa volta a negare tale diritto³⁹¹.

Tra il 1880 ed il 1890 si intensificarono le proteste volte ad ottenere una legislazione che proibisse tutti i sistemi diretti a limitare la libertà di concorrenza e di commercio. Nonostante i divieti posti ai monopoli dalle Costituzioni e dalle varie leggi statali e dal *common law* al fine di giungere al medesimo risultato generale, vari mezzi

³⁸⁹ Come si vedrà *infra*, nella Costituzione statunitense la *commerce clause* espressamente affida al Congresso ed esplicitamente toglie agli Stati il potere di regolare il commercio tra loro e con le nazioni straniere. In forza di questa norma costituzionale i tribunali americani hanno tentato di delimitare i confini del potere del Congresso, cercando contestualmente di definire una sfera di potere riservato agli Stati dell'Unione. È opportuno precisare che, come evidenziato dalla Corte suprema nella sentenza *United States v. San Francisco electrical*, 310 U.S. 16 (1940), la parola *commerce*, così come usata nello *Sherman Act* e nella Costituzione, veste un significato più ampio della parola *trade* (I. Palandri, *op. cit.*, 247). La regolazione costituzionale dei rapporti fra libertà economica e fini sociali negli Stati Uniti è legata al cambiamento, se non vera e propria metamorfosi, dei significati attribuiti ad alcune clausole generali, tra cui la *commerce clause* (art. I, sez. 8) e la *due process clause*, ovvero la proiezione dello Stato di diritto (emendamenti V e XIV). Originariamente queste disposizioni erano volte a garantire il privato (*Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 1824; *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1, 1895; *Lochner v. New York*, cit.; *Schechter Poultry Corp. V. United States*, 295 U.S. 495, 1935), poi sono state gradualmente tramutate in strumenti di coordinamento della coesistenza tra libertà di impresa privata e disciplina pubblicistica (*NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1, 1937; *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379, 1937; *Bibb v. Navajo Freight Lines Inc.*, 359 U.S. 520, 1959; *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*, 379 U.S. 241, 1964). Si veda M. D'Alberti, *Considerazioni intorno all'art. 41*, cit., 139. A tale clausola la Corte suprema ha dato un'interpretazione ampia a partire dal caso *Gibbons v. Ogden* del 1824, con qualche ripensamento fra la fine del XIX secolo e gli anni Trenta del Novecento, poi con la ripresa nel *New Deal* di una lettura molto ampia della norma: ne è risultato attribuito al Congresso federale il potere di regolare non soltanto il commercio interstatale in senso stretto, ma numerose altre attività, anche non economiche, purché producano un *substantial economic effect* nei rapporti fra Stati. Sono i rischi di particolarismo, di frammentazione, di neocorporativismo, di iper-regolazione, che si collegano alla forte attribuzione di potere ad enti decentrati, sia agli Stati membri che alle altre autonomie territoriali (M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, cit., 705, 712).

³⁹⁰ L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust. Dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*, Milano, 2010, 178.

³⁹¹ D. Millon, *op. cit.*, 1250.

furono concepiti per raggiungere gli scopi del monopolio, innanzitutto attraverso il *trust*³⁹².

Nel 1887 gli Stati dell'Unione ed il governo federale iniziarono ad elaborare progetti di legge repressivi degli accordi limitativi della concorrenza. Tale processo legislativo si concluse nel 1890 con l'approvazione dello *Sherman Act*, il quale ha codificato i principi *antitrust* di *common law*. Da allora, gli Stati Uniti hanno continuato a sostenere il diritto *antitrust* quale fondamento del libero mercato concorrenziale: il diritto *antitrust* è considerato centrale per l'economia statunitense al pari del *Bill of Rights* per le libertà civili. Infatti, la Suprema Corte si è riferita al diritto *antitrust* degli Stati Uniti come la "Magna Carta" del capitalismo perché garantisce ad ogni impresa «the freedom to compete, to assert with vigor, imagination, devotion, and ingenuity whatever economic muscle it can muster»³⁹³.

L'efficace attuazione del diritto *antitrust* contro le violazioni commesse dagli individui e le società è fondamentale per la protezione dei mercati liberi ed aperti, salvaguardando i consumatori ed impedendo condotte che ostacolano la concorrenza. I mercati liberi consentono la concorrenza e la concorrenza fornisce un'economia fondata sulla migliore allocazione delle risorse: la migliore allocazione delle risorse è vantaggiosa per la società considerata nella sua interezza. Pertanto, il diritto *antitrust* migliora la scelta del consumatore e rende i prezzi competitivi, nell'ottica di proteggere il principio di concorrenza, non già i concorrenti individualmente considerati³⁹⁴.

2. L'approvazione dello Sherman Act

Nella lettera del 6 settembre 1944, indirizzata al Segretario di Stato Cordell Hull, Franklin Delano Roosevelt definì lo *Sherman Act* ed il *Clayton Act* quali parti della Costituzione statunitense, al pari della previsione costituzionale del *due process of law*. Il timore della distruzione di un potere economico bilanciato era al centro del dibattito che ha preceduto l'approvazione dello *Sherman Act*³⁹⁵. Infatti, lo *Sherman Act* fu approvato in risposta alle esigenze dell'opinione pubblica e fu costruito come una "charter of

³⁹² E. Freund et al., *op. cit.*, 71.

³⁹³ Così J. C. Farlow, *Ego or Equity? Examining United States Extension of the Sherman Act*, in 11 *Transnat'l Law*. 175 (1998). In *United States v. Topco Ass., Inc.*, 405 U.S. 596, 610 (1972) la Suprema Corte sostenne che «Il diritto *antitrust* in generale, e lo *Sherman Act* in particolare, rappresenta la Magna Carta della libera impresa. Ai fini della preservazione della libertà economica e del nostro sistema di impresa libera sono importanti come il *Bill of Rights* lo è per la protezione della nostre fondamentali libertà personali». Chief Justice Hughes in *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344, 359-360 (1933) affermò che «lo *Sherman Act* ha un grado di generalità e adattabilità comparabile a come si desidera che siano le disposizioni costituzionali. Non entra in definizioni dettagliate tali da potere anche essere utilizzate al fine di danneggiare anche l'impresa che rispetta le regole di concorrenza o attraverso la particolarizzazione sconfiggere i suoi obiettivi mettendo a disposizione vie di fuga».

³⁹⁴ J. C. Farlow, *op. cit.*

³⁹⁵ D. Millon, *op. cit.*, 1276.

*freedom*³⁹⁶: il Congresso degli Stati Uniti d'America approvò il 14 dicembre 1889 lo *Sherman Act*, in risposta ad un vero sentimento popolare di avversione ai *trust*³⁹⁷.

Fu la questione delle tariffe ad aprire in Congresso il dibattito sui *trusts*. Parallelamente si discuteva della regolamentazione federale delle ferrovie³⁹⁸, ovvero se esse dovessero o meno venire affidate a “*pools*”, che avrebbero prodotto una combinazione monopolistica. La costruzione delle ferrovie rappresentò il primo banco di prova di rilevanza nazionale della necessità della concorrenza: gli operai ed i contadini, travolti dalla formazione dei *trust*, erano svantaggiati ed impotenti³⁹⁹.

Gli agricoltori, i piccoli imprenditori ed i consumatori erano a favore della regolamentazione di servizi pubblici, quale quello ferroviario, e di altri servizi-chiave che erano ancora di proprietà di privati. I piccoli imprenditori, così come molti consumatori, si sono dimostrati a favore dei programmi *antitrust* volti a lasciare il mercato privato come il principale allocatore di risorse⁴⁰⁰.

L'opinione pubblica americana, educata nel solco di una lunga tradizione di opposizione a privilegi speciali di ogni sorta (chiamati onnicomprensivamente monopoli), iniziò a protestare contro i *trust*, in veloce crescita dal 1885⁴⁰¹. Tuttavia, l'opposizione pubblica non si espresse mai indicando una proposta specifica per i rimedi da adottare. Conseguentemente, due gruppi di esperti, composti da economisti e giuristi, raggiunsero la maggioranza dei consensi solo su un principio così ampio da essere in

³⁹⁶ E. P. Hodges, *The Antitrust Act and the Supreme Court*, St Paul (MN), 1941, 237. Negli anni immediatamente precedenti l'approvazione dell'*Act*, dalle pagine del *New York Times* e del *Chicago Tribune* emergeva l'attenzione al problema della concentrazione industriale e delle tariffe (W. Letwin, *Law and Economic Policy in America, The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, Chicago, Londra, 1954, 57).

³⁹⁷ W. Letwin, *Law and Economic Policy in America*, cit., 54.

³⁹⁸ Sul tema della costruzione e regolamentazione delle ferrovie: D. C. Cloud, *Monopolies And The People*, cit. In questo volume Cloud si scaglia principalmente contro il Congresso per avere lasciato che la costruzione delle ferrovie avvenisse a discapito dei diritti sui territori del popolo americano. Nel 1873 ancora non esisteva il diritto *antitrust* negli USA e Cloud descrive il quadro generale del rapporto – collusivo, a suo dire – tra imprenditori spregiudicati e *Congressmen* proiettati nell'ambizioso e importante progetto ferroviario, al punto da svendere le terre americane.

³⁹⁹ Secondo A. T. Hadley, *Private Monopolies and Public Rights*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1887, n. 1, 28, i servizi di trasporto rappresentano il settore dove maggiormente si è fatto ricorso a quei monopoli che – più di altri – incidono sui diritti dei cittadini e sull'interesse generale della collettività. Inoltre, il problema della povertà veniva accentuato dai *trust*, accusati di dividere il paese in due classi: i ricchissimi ed i poverissimi (W. Letwin, *op. cit.*, 59). La storia della nascita dello *Sherman Act* è narrata, *inter alia*, da R. J. Peritz, *Competition Policy in America*, Oxford, 1996.

⁴⁰⁰ J. W. Hurst, *Law And Markets In United States History*, cit., 20.

⁴⁰¹ W. Letwin, *op. cit.*, 15. L'opinione pubblica ebbe un ruolo determinante nell'adozione di strumenti a tutela della concorrenza anche in Europa. Infatti, in Germania i primi tentativi di mettere sotto controllo i cartelli furono stimolati da un'opinione pubblica allarmata dagli aumenti dei prezzi resi possibili proprio dai cartelli. Fu specialmente l'esperienza traumatica dell'iperinflazione del primo dopoguerra ad indurre il governo tedesco ad emanare, nel 1923 un regolamento contro l'abuso di posizioni economiche di potere diretto a combattere l'inflazione ristabilendo un'effettiva libertà di mercato: si trattava della prima normativa europea intesa a regolare le posizioni dominanti e a contrastare le restrizioni della concorrenza (cfr. L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust*, cit., 149 s.).

grado di lasciare spazio sia per la concorrenza che per gli accordi. Un simile orientamento fu adottato dal Congresso che, dopo un vivace dibattito, approvò lo *Sherman Act* come uno sforzo sperimentale diretto ad esprimere una politica concorrenziale attraverso l'adozione di categorie di *common law*. Tuttavia, uno *statute* così vagamente formulato non era facilmente interpretabile. I Giudici, pertanto, furono costretti a districarsi tra le ambiguità dello *Sherman Act* e, dall'inizio del ventesimo secolo, il potere esecutivo e giudiziario divennero piuttosto abili nell'applicazione dell'*Act*, ancorchè le difficoltà interpretative – legate alla compresenza di termini costituzionali e di *common law* e di rimedi civili e penali - rimasero insolte. Lo *Sherman Act* del 1890 ha rappresentato lo sforzo finale dell'opposizione al potere monopolistico e della fede nell'efficacia preventiva della concorrenza⁴⁰².

Le regole introdotte dallo *Sherman Act*, nato dalla tradizione privatistica del *common law*, costituiscono espressione della “Costituzione materiale” degli Stati Uniti e del rapporto tra pubblici poteri ed autonomia privata. Come non era politicamente ammissibile un governo di tipo autoritario, così negli Stati Uniti non poteva più essere tollerata l'esistenza di un potere economico come potere autocratico senza controllo, in quanto non soggetto alle regole del mercato: il sistema di mercato concorrenziale aveva un valore politico, ancor prima che economico⁴⁰³. L'esistenza di un'economia decentrata in cui chiunque potesse potenzialmente entrare nel mercato attraverso l'esercizio della propria attività economica era coerente con una visione politica per cui il potere pubblico dovesse essere esercitato in modo diffuso e dovesse essere contenuto entro precisi limiti⁴⁰⁴.

Secondo l'opinione del senatore Sherman, la legge non enunciava un nuovo principio di diritto, ma era l'applicazione di antichi e già noti principi di *common law* al sistema di governo statunitense a livello statale e a livello federale. Infatti, nel discorso del 21 marzo 1889 davanti all'Assemblea il senatore Sherman affermò che «l'opinione pubblica è agitata da problemi che disturbano l'ordine sociale e, tra tutti, nessuno è più minaccioso dell'ineguaglianza delle condizioni, del benessere e delle opportunità che si è verificata nel giro di una sola generazione attraverso la concentrazione di capitali nelle vaste concentrazioni volte a controllare il commercio e la produzione e a distruggere la concorrenza. [...] Se non tolleriamo un re come potere politico non dovremmo tollerare un re della produzione, dei trasporti e della vendita di qualsiasi bene necessario per la vita. Se noi non ci sottomettiamo ad un imperatore non dovremmo sottometterci ad un

⁴⁰² D. Millon, *The Sherman Act and the Balance of Power*, in 61 *S. Cal. L. Rev.* 1219, 1220 (1987-1988).

⁴⁰³ A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit., 18, 20 e 21.

⁴⁰⁴ A. Lalli, *op. cit.*, 21. Nella prima bozza presentata dal Senatore Sherman il 14 agosto 1888 si vietavano tutti gli accordi, contrattuali o sotto altra forma, tra una pluralità di persone o società organizzati al fine di prevenire la piena e libera concorrenza nella produzione o vendita di articoli importati negli USA, così come si proibivano gli accordi tra concorrenti costruiti per aumentare i costi dei consumatori per qualsiasi prodotto. Ogni persona danneggiata da tali azioni illegali avrebbe avuto diritto ad avere risarciti i danni per un valore doppio rispetto al danno sofferto (H. B. Thorelli, *The Federal Antitrust Policy, Origination of an American Tradition*, Londra, Stoccolma, 1954, 169).

autocrate del commercio, avente il potere di prevenire la concorrenza e di fissare i prezzi dei beni»⁴⁰⁵. In questo passaggio Sherman sviluppa una analogia tra la tirannia economica posta in essere dal *trust* alla forma di governo politica, la prerogativa monarchica, incoerente con la forma di Stato adottata negli Stati Uniti e, pertanto, analogicamente il *trust* diventa l'autocrate del commercio: «if the concentrated powers of this combination are intrusted to a single man, it is a kingly prerogative, inconsistent with our form of government». Per il sen. Sherman la formazione di concentrazioni di potere economico avrebbe non solo comportato la lesione della libertà economica individuale, perché incidente sulla pari opportunità di ottenere un “successo materiale” (riconducibile alla *pursuit of happiness* della Dichiarazione di Indipendenza statunitense del 1776), ma avrebbe altresì influito sull'assetto politico determinando situazioni di dipendenza e dando forma ad un “moderno feudalesimo”: *the end of government of all the people*⁴⁰⁶.

Ciò che il sen. Sherman denunciava era il potere di prevenire la concorrenza e di fissare i prezzi di ogni prodotto, il potere di danneggiare il consumatore⁴⁰⁷.

Tuttavia, non tutti i membri del Congresso sostenevano che la legislazione contro la proliferazione dei *trust* potesse essere uno strumento volto alla tutela del consumatore. Infatti, da un lato vi era chi considerava che la concorrenza producesse prezzi più alti e chi, invece, dall'altro lato, riteneva l'obiettivo della disciplina fosse non già l'efficienza economica, bensì il controllo del potere economico attraverso la dispersione e l'equilibrio. Per taluni, il Congresso statunitense del 1890 era più preoccupato dell'accentramento del potere che dell'efficienza economica e della massimizzazione del benessere⁴⁰⁸. Secondo Bork, invece, il Congresso, quando approvò lo *Sherman Act* adottò quello che sarebbe poi diventato l'approccio della scuola di Chicago (v. *infra*), ovvero la massimizzazione del benessere del consumatore⁴⁰⁹. Secondo altri, invece, i membri del Congresso del 1890 reagirono ad un particolare problema, ovvero all'avversità dell'opinione pubblica nei confronti dei *trust* e la richiesta da parte del popolo del ripristino di un bilancio del potere economico nella società americana⁴¹⁰.

Per neutralizzare il “virus” del potere privato la Costituzione economica degli Stati Uniti si affida largamente alla libertà degli scambi e al mercato, e non già al sovrastante

⁴⁰⁵ H. B. Thorelli, *op. cit.*, 180. V. 21 *Cong. Rec.* 2457 (1890).

⁴⁰⁶ Così, R. Niro, *Profili costituzionali*, cit., 24, ed in riferimento a D. Millon, *The Sherman Act and the Balance of Power*, cit., 1219, 1220.

⁴⁰⁷ R. Bork, *Legislative intent and the policy of the Sherman Act*, in 9 *Journal of Law & Economics* 7, 39 (1966). In tale contributo l'A. ha ricostruito il dibattito legislativo antecedente l'approvazione dello *Sherman Act*. Tra le *rationes* sottostanti emerge, sia tra gli interventi a favore che in quelli contrari, la necessità di sostenere il consumatore attraverso gli strumenti da adottare mediante il testo di legge.

⁴⁰⁸ D. Millon, *op. cit.*, 1283.

⁴⁰⁹ R. Bork, *Legislative intent*, cit., 7. Per Bork la promozione del benessere del consumatore è l'unica politica *antitrust* desiderabile ed utile.

⁴¹⁰ Per tali considerazioni si veda D. Millon, *op. cit.*, 1224.

potere pubblico⁴¹¹. Lo *Sherman Act* nacque per contrastare l'accumulo di potere economico in favore di alcune grosse concentrazioni industriali, quali Morgan e Rockefeller, quando ancora si ignoravano gli effetti del trasferimento del potere d'acquisto dal consumatore al monopolista e di perdita di efficienza economica⁴¹². La seconda metà del XIX secolo era stata caratterizzata da uno sviluppo repentino di un mercato dai crescenti ed incessanti ritmi, segnati dalla nascita di grandi imprese che avevano annichilito la debole forza delle molteplici piccole attività economiche americane. Di fatti, era la *middle class* dei produttori agrari ad avanzare la necessità di una disciplina del mercato proprio perché il potere accentrato delle grandi imprese minava al loro potere economico, sociale e politico⁴¹³. L'enorme ricchezza dei *trust* ed il dominio economico presentarono lo spettro di un incontrollabile potere egoisticamente esercitato, immune dalla regolazione del mercato o dai modesti interventi governativi⁴¹⁴.

Lo *Sherman Act* fu il risultato del desiderio di tutelare le piccole e medie imprese ed i consumatori dalle concentrazioni industriali.

Gli Americani ritennero che lo sviluppo minaccioso delle concentrazioni fosse contrario ad una visione tradizionale degli Stati Uniti quale repubblica democratica composta da proprietari e produttori indipendenti e da un potere economico e politico decentralizzato. L'ascesa dei monopoli sbilanciò il potere economico su cui la repubblica democratica statunitense era fondata⁴¹⁵.

Intento dello *Sherman Act* era, da un lato, proteggere il commercio dalle illegittime limitazioni della concorrenza e dai monopoli e, dall'altro lato, mantenere la libera concorrenza quale cardine del sistema economico statunitense. Alla base della scelta per un mercato concorrenziale vi era la convinzione che i fini della democrazia politica ed economica potessero essere perseguiti attraverso l'affermazione e lo sviluppo di un siffatto sistema economico⁴¹⁶. Nell'argomentazione a supporto dell'adozione dell'*Act* il

⁴¹¹ G. Amato, *La Costituzione economica*, cit., 181.

⁴¹² G. Paramithiotti, *L'evoluzione del concetto di concorrenza nella scienza economica*, in *Il politico*, 1994, n. 1, 49.

⁴¹³ A. Lalli, *op. cit.*, 19.

⁴¹⁴ D. Millon, *The Sherman Act and the Balance of Power*, cit., 1219, 1227.

⁴¹⁵ D. Millon, *op. cit.*, 1219, 1228.

⁴¹⁶ Nel corso dei dibattiti precedenti all'adozione dell'*Act*, il senatore Sherman affermò: «The people is agitated with problems that may disturb social order, and among them all none is more threatening than the inequality of condition, of wealth, and opportunity that has grown within a single generation out of the concentration of capital into vast combinations to control production and trade and brake down competition. These combinations already defy or control powerful transportation corporations and reach State authorities. They reach out their Briarean arms to every part of the country. They are imported from abroad. Congress alone can deal with them, and if we re unwilling or unable there will soon be a trust for every production and a master to fix the price for every necessary of life». In D. Millon, *The Sherman Act and the Balance of Power*, in T. Sullivan, *The Political Economy of the Sherman Act*, New York, Oxford, 1991, 111.

senatore Sherman sostenne che una fusione tende ad aumentare il prezzo per il consumatore perché controlla l'offerta della merce e trattiene gli altri dal concorrere⁴¹⁷.

Nello *Sherman Act* non è presente alcuna definizione né di concorrenza né di monopolio e, conseguentemente, non offre alcuna inequivocabile illustrazione degli accordi e delle pratiche restrittive vietate. Invero, nel panorama della legislazione statale e dei vari *statutes* di *common law* già esistenti negli Stati Uniti, lo *Sherman Act* non ha dei contenuti rivoluzionari rispetto ai principi già esistenti in materia di concorrenza. Tuttavia, ciò non affievolisce la rilevanza dello *Sherman Act*, che resta il primo testo legislativo in materia *antitrust* in forza del quale poter formulare argomentazioni giuridiche.

Le difficoltà applicative dello *Sherman Act* determinarono un fermento di *statutes* in materia di *antitrust*, sia a livello federale che statale. Tuttavia, è opportuno precisare che la legislazione statale *ex se* non avrebbe potuto contribuire al mantenimento di condizioni economiche concorrenziali, perché solo al Congresso degli Stati Uniti è concesso il potere, in via esclusiva, di emanare leggi restrittive del commercio tra gli Stati dell'Unione o con gli Stati esteri (*commerce clause*). Furono le carenze della legislazione statale a corroborare la convinzione che uno strumento adeguato allo sviluppo di una politica antimonopolistica poteva essere posto solo dallo stato federale mediante l'emanazione di un provvedimento legislativo *ad hoc*⁴¹⁸.

Alla base dello *Sherman Act* risiedono alcune considerazioni così sintetizzabili: potere economico vuol dire potere politico perché la ricchezza fornisce i mezzi per creare dipendenza e, quindi, influenza politica; il rafforzamento della plutocrazia rende più profonda la distinzione tra bene comune ed interesse puramente di parte; l'*Act* è stato il primo meccanismo di controllo del potere governativo e di prevenzione delle concentrazioni nelle mani di un tiranno, ispirato alla logica dell'equilibrio attraverso la separazione; la polverizzazione delle attività economiche assicura un potere economico equilibrato; l'utilizzo positivo del potere governativo consente di promuovere il benessere della società, particolarmente attraverso l'espansione delle opportunità economiche e la regolamentazione del potere economico concentrato. La regolazione era volta al doppio scopo di proteggere il pubblico dai prezzi eccessivi e di limitare la capacità del monopolista di acquisire una ricchezza esagerata tale da consentirgli di esercitare una illegittima influenza politica⁴¹⁹.

La considerazione della necessità di un potere economico equilibrato e l'impegno alla salvaguardia delle opportunità e degli strumenti per conseguirle sono il contributo dell'ideologia repubblicana allo *Sherman Act*. Il pensiero economico liberale ha messo in

⁴¹⁷ 21 *Cong. Rec.* 2459. Sul ruolo del consumatore nei primi procedimenti in materia *antitrust* si veda M. D. Forkosch, *Antitrust and the Consumer (Enforcement)*, Buffalo, NY, 1956. L'Autore, dopo aver analizzato il ruolo del consumatore nella costruzione giurisprudenziale e legislativa, ha concluso sostenendo che il diretto e fondamentale interesse del consumatore è protetto dallo *Sherman Act*, ancorché tale riconoscimento avvenga attraverso l'interpretazione giurisprudenziale della Sezione 7 dello *Sherman Act*.

⁴¹⁸ I. Palandri, *op. cit.*, 245.

⁴¹⁹ D. Millon, *op. cit.*, 1246 s. e 1257.

luce come i processi naturali tendevano a produrre un potere economico bilanciato, mentre la teoria politica liberale ha ammonito contro l'esercizio del potere governativo in ogni circostanza⁴²⁰. All'epoca del dibattito era chiaro che la concorrenza attiva era il movente principale dell' "egalitarismo economico", era il dispensatore della giustizia sia per il consumatore che per il produttore, era il guardiano delle pari opportunità, del diritto comune dell'individuo di scegliere ed ottenere la propria occupazione non ostacolato da coloro di maggior successo, più ambiziosi e potenti di lui. Non di meno, la concorrenza era la chiave per il progresso economico e tecnico e, altresì, del *social welfare*⁴²¹. Con lo *Sherman Act* nasce una vera e propria disciplina della concorrenza, in grado di riconoscere a tutti coloro che operano nel mercato, concorrenti e consumatori, il diritto di far valere i propri interessi nei confronti delle condotte restrittive della libertà di concorrenza⁴²².

Nei dieci anni successivi all'adozione dello *Sherman Act* il governo è stato piuttosto inattivo nell'accensione delle cause *antitrust* e, dopo qualche anno dalla sua entrata in vigore, si diffuse l'opinione che il sistema legislativo *antitrust* avesse tre debolezze: non era efficace finché la restrizione non venisse compiuta; il provvedimento non poteva essere velocemente adottato; vi era la necessità di una amministrazione discrezionale da parte di un organo composto da esperti e di un organo in grado di esercitare funzioni quasi giurisdizionali. La risposta a queste esigenze fu data dal *Clayton Act* e dall'istituzione della *Federal Trade Commission*⁴²³.

In considerazione del carattere più repressivo che preventivo dello *Sherman Act*, nel 1914 fu adottata una riforma della disciplina *antitrust*, attraverso il *Clayton Act* (15 ottobre 1914) ed il *Federal Trade Commission Act* (26 settembre 1914), diretti ad offrire una dettagliata enunciazione delle pratiche anticoncorrenziali illegali. La disciplina *antitrust* si va gradualmente affinando con il *Robinson-Patman Act* del 1936.

Scopo del *Federal Trade Commission Act* è la prevenzione dei mezzi attraverso cui si potevano porre pratiche restrittive della concorrenza e, al fine di garantire tale attività preventiva, venne istituita una apposita commissione amministrativa, la *Federal Trade Commission* (FTC), incaricata di occuparsi della regolamentazione del commercio e del mantenimento di un sistema economico fondato sulla libera concorrenza, di assicurare che i consumatori non venissero imbrogliati o fuorviati nel compimento di scelte in un mercato in cui possibilmente sia offerta un'ampia varietà di beni e servizi al prezzo migliore⁴²⁴.

⁴²⁰ D. Millon, *op. cit.*, 1247.

⁴²¹ H. B. Thorelli, *op. cit.*, 570.

⁴²² M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 68.

⁴²³ E. Freund et al., *op. cit.*, 75.

⁴²⁴ Come affermato dalla Commissaria della FTC Julie Brill in occasione del *North Carolina Law Review 2011 Symposium: Social Networks and the Law, Privacy and Consumer Protection in Social Media*, 18 novembre 2011.

La ragione dell'introduzione di siffatto organo amministrativo era riconducibile alla necessità di affiancare agli organi giurisdizionali un insieme di esperti in materie giuridiche, economiche e contabili, incaricati di valutare la rilevanza di certi metodi o sistemi di concorrenza nell'ambito del mercato. La FTC svolgeva una funzione di ausilio tecnico fino all'esecuzione delle sentenze ed, in generale, le erano state attribuite una serie di funzioni di natura preventiva.

Con i *Fair Trade Acts* e *Unfair Practices Acts* statali del 1930 venivano introdotte, invece, delle leggi volte a limitare la concorrenza dei prezzi, proibendo la vendita di un bene al di sotto del prezzo fissato dal produttore. Nel 1937 il *Miller Tydings Act* estese l'applicazione di tali discipline a livello federale. Quest'ultimo ed il *Mc Guire Act* del 1952 determinarono l'adozione di una politica in controtendenza a quanto statuito con lo *Sherman Act* nel 1889. Successivamente non furono più adottate altre leggi in materia *antitrust*, eccezion fatta per la "Antitrust guide for international operations" del 1977 di natura non vincolante. Pertanto, a partite dalla seconda metà del XX secolo la giurisprudenza occupò un ruolo ancora più determinante nell'applicazione della disciplina antimonopolistica.

Agli inizi del XX secolo Theodore Roosevelt iniziò una serie di azioni contro i *trust* delle ferrovie, attraverso la promozione di un procedimento contro un grande *trust* ferroviario (caso *Northern Securities Co. v. U.S.* del 1904), dando dimostrazione della superiorità del potere politico rispetto a quello finanziario⁴²⁵.

La legislazione *antitrust* statunitense ha vissuto diversi cicli ed ha rappresentato spesso un problema politico scottante, tanto è vero che le maggioranze della Corte suprema, formate in occasione di decisioni in materia, riflettevano l'indirizzo di politica economica delle amministrazioni che, di volta in volta, si sono succedute⁴²⁶.

Da quanto descritto emerge che lo *Sherman Act* ha avuto una notevole importanza nel riconoscimento della responsabilità del governo nel mantenimento della concorrenza nel mercato ed ha tracciato la strada per l'istituzionalizzazione del modello concorrenziale come il mezzo per detenere il potere di mercato all'interno del sistema costituzionale⁴²⁷.

⁴²⁵ G. Buttà, *op. cit.*, 231, 251. L'intenzione di Theodore Roosevelt, promotore di un "Bureau of Corporations", diretto a svolgere indagini su comportamenti commerciali scorretti, non era di alimentare l'ostilità tra opinione pubblica e potere societario, tanto che in un discorso del 7 aprile 1903 a Jamestown in North Dakota disse: «I always hate to have them called antitrust laws or anti-corporation laws because they are not designed to hurt any corporation, they are simply designed for such regulations and controls as will prevent the doing of ill», in S. Skowronek, *The Politics Presidents Make. Leadership from John Adams to Bill Clinton*, Cambridge (MA), Londra, 1993, 247 s.

⁴²⁶ Basti pensare che, durante il periodo dell'amministrazione Nixon, si alternarono alla presidenza della Corte i giudici Warren e Burger: il primo diffidente nei confronti di qualsiasi forma di concentrazione, il secondo attento all'efficienza ed all'espansione economica.

⁴²⁷ J. W. Hurst, *op. cit.*, 81 e 111.

3. L'antitrust come strumento di protezione delle libertà fondamentali dell'individuo

Il Congresso e l'opinione pubblica americana vedevano i grandi *trust* alla luce della tradizionale concezione della connessione tra libertà individuale ed organizzazione economica, in virtù della quale libertà economica significa perseguire i propri obiettivi nel rispetto della libertà altrui. Nella sentenza *Craft v. McConoughly*, 79 Ill. 346 (1875), la Corte affermò che fintantochè la concorrenza è libera, l'interesse pubblico è salvo.

I *trust* rappresentavano una minaccia alla libertà di concorrenza per due ragioni. In primo luogo, il *trust* era in grado di esercitare un potere economico capace di escludere la collettività dalle opportunità di ricerca del successo materiale attraverso la concorrenza nel mercato. In secondo luogo, l'immensa ricchezza dei *trust* ha consentito ai potentati economici di indirizzare il processo legislativo a proprio beneficio, ma a spese del resto della società. La libertà, pertanto, dipendeva dalla decentralizzazione del potere economico e la circostanza che, talvolta, la concentrazione potesse essere più efficiente della concorrenza non giustificava di per sé una diffusione generalizzata dei *trust*⁴²⁸.

Libertà di competere significa opportunità e mobilità, nell'intento di assicurare una generale eguaglianza di condizioni e di protezione per l'individuo dall'abuso egoistico del potere privato o pubblico. Lo *Sherman Act* ha tentato di rinvigorire la concorrenza al fine di porre fine ai nascenti monopoli del tempo. La concorrenza, pertanto, avrebbe rigenerato la libertà di iniziativa economica e, conseguentemente, la

⁴²⁸ D. Millon, *op. cit.*, 1219, 1224. Per W. S. Morgan, *History of the Wheel and Alliance, and the Impending Revolution*, St. Louis, 1889, 15: «Il *trust* è una cospirazione contro il legittimo commercio. È contro l'interesse del popolo ed il benessere dei cittadini. Scoraggiante la sua influenza, incoerente con le istituzioni libere, e pericoloso per le nostre libertà. Fare parte di un *trust* dovrebbe essere un crimine soggetto a severe punizioni. *Trust* è solo un altro nome del monopolio. Il monopolio sta esercitando un potere più grande di quello del governo sul popolo». Nel periodo antecedente l'adozione dello *Sherman Act* furono anche fondati dei partiti antimopolio, che dirigevano la loro opposizione prevalentemente avverso le pratiche monopolistiche tra le compagnie di trasporto e gli istituti di credito e il monopolio del telegrafo, tanto da ritenere che «il governo avrebbe dovuto esercitare la sua prerogativa costituzionale di regolare il commercio tra gli Stati. I trasporti, il denaro e la trasmissione di informazioni erano controllati da giganteschi monopoli. E dovere del Congresso era di approvare tutte le leggi necessarie per il controllo e la regolazione di quei grandi agenti di commercio, in accordo con le numerose sentenze della Corte Suprema» (H. B. Thorelli, *The Federal Antitrust Policy*, cit., 149). Invero, nel 1888 tutti i principali partiti presentarono programmi contro i *trust* e le concentrazioni. I repubblicani affermarono la loro «opposizione a tutte le concentrazioni di capitale, organizzate in *trust* o in altro modo, al fine di controllare arbitrariamente la condizione del commercio tra i cittadini; e noi raccomandiamo al congresso e ai legislatori statali, nella loro rispettive giurisdizioni, di adottare tale legislazione al fine di prevenire l'esecuzione di tutti gli schemi volti ad opprimere il popolo tramite indebiti costi per i loro beni, o tramite ingiusti tassi per il trasporto dei loro prodotti al mercato»; i democratici statuirono che «secondo i principi democratici, gli interessi del popolo sono violati quando, attraverso tassazioni non dovute, *trust* e concentrazioni possono esistere, permettendo che contestualmente ed indebitamente si arricchiscano i pochi che si uniscono, privando i cittadini dei benefici della naturale concorrenza; il sindacato mise in luce che «le problematiche di primaria importanza che devono essere risolte nell'interesse della comunità sono l'abolizione dell'usura, del monopolio e dei *trust* e denunciando i partiti, si quello democratico che quello repubblicano, per avere creato e perpetuato questi mostruosi demoni»; i proibizionisti, infine, sostennero «la proibizione di tutte le concentrazioni di capitale volte al controllo e all'aumento dei costi dei prodotti per il consumo popolare» (H. B. Thorelli, *op. cit.*, 151).

libertà dell'individuo⁴²⁹.

Il *Trans-Missouri case* del 1897 (*U.S. v. Trans- Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290, 327) aprì il dibattito sull'interpretazione e sugli scopi dello *Sherman Act*. Nel testo della sentenza si legge che il fondamento del divieto degli accordi di cartello risiede nella condanna di quegli accordi che temporaneamente, o anche permanentemente, riducono il prezzo dell'articolo oggetto del commercio attraverso la diminuzione delle ineludibili spese da affrontare quando si conducono diverse aziende per il medesimo scopo. I soggetti che subiscono le conseguenze di tali accordi sono gli "small dealers and worthy men", incapaci di rimanere od entrare in un mercato le cui condizioni sono drasticamente alterate. Pertanto, l'oggetto principalmente tutelato dallo *Sherman Act* sarebbe la libertà di azione di questi soggetti a fronte delle concentrazioni di potere economico privato, considerando l'inderogabile garanzia della libertà di concorrenza come strumento di tutela della libertà individuale⁴³⁰.

L'attenzione degli economisti è stata focalizzata sul danno cagionato agli individui, intesi sia come potenziali rivali esclusi dalle opportunità della concorrenza che come consumatori forzati a pagare prezzi eccessivi. Ciò è stato integrato dalla focalizzazione della teoria politica sul significato del potere bilanciato quale garante della legittima attività governativa⁴³¹.

Come giudice, Louis D. Brandeis riteneva che andasse lasciato ai legislatori l'obiettivo di rendere le definizioni ragionevoli per far sì che le leggi regolatrici del mercato privato servissero l'interesse pubblico. Tuttavia, come cittadino, Brandeis auspicava il mantenimento di una libertà di mercato genuinamente concorrenziale, senza interventi legislativi in quanto nessun sistema di regolamentazione volto a tutelare la libertà individuale può essere sostituito alla concorrenza: sarebbe come tentare di sostituire una monarchia con la nostra repubblica⁴³².

Nella decisione *U.S. v. Aluminium Co. of America*, 148 F 2d 416 (2d Cir. 1945), c.d. *Alcoa case*, la Corte d'Appello federale di New York dichiarò che la *ratio* sottesa al divieto posto dallo *Sherman Act* fosse la convinzione dell'indesiderabilità intrinseca delle grandi fusioni industriali, a causa dell'impotenza dell'individuo di fronte ad essi e a prescindere dal loro risultato economico. L'obiettivo dell'intervento legislativo era quello di tutelare gli individui impotenti e di mantenere e preservare per il loro bene – indipendentemente dai possibili costi - un'organizzazione di industrie divise in piccole unità in grado di competere tra loro. Sull'impostazione delineata dal caso *Alcoa* si era formato l'orientamento adottato dalla Scuola di Harvard ("*antitrust historical approach*"), diretto ad attribuire un carattere sia economico che politico allo *Sherman Act*. Da un lato, l'*antitrust* è diretto a perseguire l'obiettivo economico della tutela del sistema di mercato

⁴²⁹ D. Millon, *op. cit.*, 1290.

⁴³⁰ R. Niro, *op. cit.*, 55.

⁴³¹ Così, D. Millon, *op. cit.*, 1264.

⁴³² J. W. Hurst, *op. cit.*, 118.

concorrenziale e, dall'altro lato, è volto verso valori sociali consistenti nella protezione di individui dall'oppressione e dalla preclusione delle opportunità da parte di potenti interessi economici⁴³³. Al contrario, la c.d. scuola di Chicago ha individuato nella massimizzazione della ricchezza l'esclusivo obiettivo dell'*antitrust*, a differenza della visione tradizionale della concorrenza che le attribuisce il significato di una condotta che massimizza l'efficienza economica senza alcuna considerazione delle conseguenze distributive, in forza di una concezione della libertà economica nella sua versione "minima" di libertà da ogni intervento pubblico⁴³⁴.

In *Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958), la Corte Suprema ha evidenziato che «lo *Sherman Act* è stato disegnato per essere un'esauriente carta di libertà economica diretta a preservare la libera concorrenza come la disciplina del commercio. Ciò si fonda sulla premessa che l'interazione delle forze concorrenziali determinerà la migliore allocazione delle nostre risorse economiche, i prezzi più bassi, la più alta qualità ed il migliore progresso materiale, mentre allo stesso tempo favorisce un ambiente capace di consentire la preservazione delle nostre istituzioni sociali e politiche».

Nell'ultima parte del XIX secolo la proliferazione della legislazione statale progressista nel campo della legislazione sociale e della regolamentazione dell'attività imprenditoriale diede luogo ad un dibattito intenso che si rifletté anche sulle scelte operate dalle corti statali e federali e dalla Corte Suprema. L'interpretazione del *due process of law*, in combinato disposto con il divieto della *deprivation of liberty* e con il principio della *liberty of contract*, orientò le Corti nel senso di precludere al legislatore qualsiasi ingerenza negli scambi negoziali al fine di dosarne o limitarne gli effetti. Infatti, il principio del *due process* era considerato non più esclusivamente quale garanzia del cittadino rispetto alla privazione della libertà fisica, ma anche contro qualsiasi ostacolo al libero esercizio di ogni tipo di attività, innanzitutto quella economica. L'interpretazione del *due process of law* si era estesa al punto che la garanzia della proprietà non era letta soltanto in funzione delle procedure costituzionali concernenti l'espropriazione, ma veniva altresì allargata a tutte le limitazioni della proprietà nel suo significato più ampio⁴³⁵.

Il successivo collegamento tra iniziativa economica e proprietà, quest'ultima esplicitamente tutelata dalla Costituzione, è consolidato nella giurisprudenza della Corte suprema, appunto perché non solo vi può essere iniziativa economica senza il diritto costituzionalmente garantito della proprietà, ma anche perché ciò che si scambia in un mercato non sono tanto i beni, quanto i diritti di proprietà sui beni. Libertà di iniziativa economica e diritto di proprietà costituiscono, quindi, due facce della stessa medaglia⁴³⁶.

⁴³³ H. Blake, S. Jones, *Toward a Three Dimensional Antitrust Policy*, in 65 *Colum. Law Rev.* 377, 422 (1965).

⁴³⁴ R. Niro, *op. cit.*, 67.

⁴³⁵ G. Buttà, *op. cit.*, 231, 239 et 240.

⁴³⁶ G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., 27.

Nel caso *Munn* del 1890 la Corte Suprema rese nulla una legge del Minnesota che regolava le tariffe ferroviarie della “Chicago, Milwaukee & St. Paul Co.”, in considerazione del fatto che tale regolamentazione violasse il principio del *due process*. In *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897), la Corte specificò che la libertà garantita dal XIV emendamento «non consiste soltanto nel diritto del cittadino di non subire, senza giusto processo, alcuna restrizione alla libertà personale con la carcerazione, ma anche nel diritto del cittadino di esercitare tutte le proprie facoltà ed usarle nei modi legittimi, di guadagnarsi da vivere esercitando qualunque lecito mestiere o attività economica, di stipulare qualunque contratto egli ritenga utile, necessario ed essenziale per il raggiungimento dei suoi scopi leciti [...] e, sebbene si possa concedere che questo diritto di stipulare contratti possa essere regolato dalla legge statale, tuttavia questo potere di regolamentazione dello Stato non si può estendere fino al punto di proibire al cittadino di stipulare contratti».

Durante gli anni venti del XX secolo, la dottrina a fondamento dello *Sherman Act* fu indebolita, mentre - a seguito della Grande Depressione - i giudici della Corte suprema nominati da Roosevelt applicarono restrittivamente lo *Sherman Act*⁴³⁷. Infatti, in occasione di crisi economiche e finanziarie, sono stati posti dei limiti all'azione della concorrenza nell'erronea convinzione che la concorrenza potesse avere l'effetto di prolungare la depressione prodotta dalla crisi, come se l'*antitrust* fosse un lusso possibile solo nei momenti di benessere. Il dilemma dell'economia americana risiede nella contestuale conciliazione tra la preservazione di un ordine industriale stabile ed efficiente, basato necessariamente su un alto livello di organizzazione collettiva, ed il mantenimento dell'eredità democratica dell'America. Un conflitto tra reale ed ideale, acuito in specie nei momenti di crisi economica⁴³⁸. Così è stato per le misure varate dal governo statunitense nel 1933. Infatti, nel 1933 il Presidente Roosevelt emanò il *National Recovery Act* al fine di sospendere temporaneamente l'applicazione della normativa federale *antitrust* e nel medesimo anno la decisione *Appalachian Coals, Inc. vs. United States* (cit.), approvò un accordo di vendita collettiva e di fissazione dei prezzi tra centotrentasette produttori di carbonio⁴³⁹.

A livello di teoria generale dell'avversione verso il *trust* da parte di un ordinamento costituzionale fondato su una struttura democratica risulta illuminante quanto elaborato da James Madison all'interno dei *Federalist Papers*. Infatti, nel *Federalist Paper* n. 10 James Madison descrisse ciò che per lui è la grande minaccia alla democrazia: la fazione. Definisce la fazione come un insieme di cittadini - minoranza o maggioranza della comunità che sia - unito dal medesimo comune impulso di passione o di interesse,

⁴³⁷ E. V. Rostow, *Planning for Freedom. The Public Law of American Capitalism*, New Haven, 1959, 281.

⁴³⁸ E. W. Hawley, *The New Deal and the problem of Monopoly, a study in economic ambivalence*, New York, 1995, 473.

⁴³⁹ L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust*, cit., 117 et 129.

contrario ai diritti dei cittadini o ai permanenti e globali interessi della comunità⁴⁴⁰. Madison sostenne che la più comune delle fazioni derivasse dalla variegata e non equa distribuzione della proprietà, ovvero tra coloro che hanno e coloro che non hanno proprietà, tra coloro che sono creditori e coloro che sono debitori. Madison notò che «la più comune e desiderabile fonte delle fazioni sia stata la varia e diseguale distribuzione della proprietà» e che «la regolamentazione di questi vari e confliggenti interessi costituisce la principale attività del legislatore moderno, così come coinvolgere lo spirito del partito e della fazione nelle necessarie e ordinarie operazioni di governo»⁴⁴¹. Pertanto, la regolazione di questi diversi ed interferenti interessi rappresenta il principale compito del legislatore moderno, il quale dovrà anche considerare nel processo legislativo le fazioni ovvero quei gruppi di interesse modernamente definiti *lobbies*⁴⁴². Per Madison la soluzione è la rottura delle fazioni attraverso la stessa struttura della società, nonché rendere difficile a coloro che rappresentano tali interessi di coordinarsi al fine di sopraffare il governo. Infatti, è dalla protezione di differenti ed ineguali capacità di acquistare diritti di proprietà che deriva il possesso di beni di grado e specie diversi. Nell'esposizione della teoria del determinismo economico in politica risiede, sin dalla lettura di Madison, l'esigenza di predisporre un sistema in grado di mantenere la concorrenza, al fine di evitare la sopraffazione soffocante di una fazione rispetto alle altre.

La successiva storia statunitense ha dimostrato come l'*antitrust* fosse volto a tutelare l'eguaglianza nell'intraprendere e condurre un'attività commerciale in modo da non pregiudicare gli analoghi diritti altrui, l'eguaglianza degli individui quali consumatori e produttori reciprocamente indipendenti, nonché l'equo accesso al mercato e alle risorse naturali⁴⁴³. La giurisprudenza della Corte Suprema ha fondato i limiti all'attività

⁴⁴⁰ «A number of citizens, whether amounting to a majority or a minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community», in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers* (1788), a cura di C. Rossiter, New York, 2003, 73.

⁴⁴¹ «The most common faction, he argues, is created by the various and unequal distribution of property. Those who hold and those who are without property have ever formed distinct interests in society. Those who are creditors, and those who are debtors, fall under a like discrimination. [...] The regulation of these various and interfering interests forms the principal task of modern legislation, and involves the spirit of party and faction in the necessary and ordinary operations of the government» in *The Federalist Papers*, cit., 73 ss. Per una lettura storica degli interessi economici sottostanti all'adozione della Costituzione degli Stati Uniti d'America si veda: C. A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913), New York, trad. it., Milano, 1959. La *Commerce Clause*, attraverso cui il commercio interstatale viene affidato alla competenza della Federazione, affonda le sue radici nei *Federalist Papers* di Hamilton, Madison e Jay. Nel *Paper* n. 46 Madison sostiene che lo sviluppo degli Stati Uniti è stato rigoglioso finché è stato supportato da forti competenze della Federazione ed evidenzia gli errori commessi dalle leggi statali, in cui l'interesse nazionale veniva sacrificato sull'altare del *local spirit* e del particolarismo regionale. Hamilton, nel *Paper* n. 22, ha ulteriormente sottolineato la necessità della competenza federale in materia di commercio (M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, cit., 705, 712).

⁴⁴² In tema di *lobbies* si veda P. L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Lobbies e Parlamenti nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011.

⁴⁴³ H. B. Thorelli, *op. cit.*, 608. Riguardo alle ragioni sottostanti all'adozione dello *Sherman Act* il Giudice Stone in *Apex Hosiery Co. V. Leader*, 310 U.S. 469, 489 (1940), considera che: «l'opinione pubblica

imprenditoriale sul V e XIV emendamento, ovvero sul *due process of law*, pietra angolare dello Stato di diritto.

4. *Federalismo e antitrust*

Il sistema federale statunitense è espressione di una repubblica decentralizzata in cui sussistono una struttura centrale e molteplici strutture locali, sicchè i cittadini statunitensi possono ambire solo ad un'assistenza limitata da parte del governo nazionale nella protezione delle proprie libertà personali contro le politiche degli Stati⁴⁴⁴. Il sistema federale non è un principio unidirezionale, bensì, da un lato, è il compromesso con l'autonomia ed il conflitto tra Stati indipendenti mentre, dall'altro lato, coincide con l'uniformità di un governo centralizzato⁴⁴⁵.

Nel dibattito relativo al rapporto tra federalismo e *antitrust*, il termine federalismo ha assunto diversi significati. Secondo una prima accezione il termine si è ampliato definendo un sistema inclusivo di molteplici soggetti in grado di porre in essere la disciplina *antitrust*, sia a livello pubblico (statale e federale) che privato, tutti in lotta per coesistere e, talvolta, per raggiungere la supremazia. Per altri, invece, federalismo nell'*antitrust* vuol semplicemente significare che gli Stati hanno il diritto ed anche l'obbligo di attuare il diritto federale *antitrust*, al pari delle proprie leggi statali, senza considerazione dell'*enforcement* a livello federale⁴⁴⁶.

Tutti gli Stati federati hanno una propria disciplina *antitrust*, che – nella maggior parte dei casi – è abbastanza simile a quella dello *Sherman Act*, ancorchè lo *Sherman Act* non fu il primo esperimento *antitrust* statunitense. Come già osservato, numerosi Stati adottarono misure costituzionali o *statutes* contrari ai monopoli - e più in generale ai privilegi - prima del 1890. Pertanto, ancor prima dell'adozione dello *Sherman Act* alcuni Stati della Federazione erano dotati di disposizioni, anche di rango costituzionale, dirette ad ostacolare la formazione e l'esistenza di monopoli e *trust*⁴⁴⁷. Gli Stati entrarono

rifletteva l'idea popolare che l'*Act* era diretto a prevenire le pratiche monopolistiche e le restrizioni di un commercio dannose per gli acquirenti e i consumatori dei beni e dei servizi attraverso il mantenimento della concorrenza negli affari».

⁴⁴⁴ B. Ackerman, *We The People. Foundations*, cit., 100.

⁴⁴⁵ In tal senso, si orienta A. Scalia, *The Two Faces of Federalism*, in 6 *Harv. J.L. & Pub. Pol.* 19 (1982).

⁴⁴⁶ D. Platt Majoras, *Antitrust and Federalism*, in <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200683.htm>, 2003.

⁴⁴⁷ Spesso i divieti presenti nelle Costituzioni erano piuttosto generici (alcuni denunciavano i monopoli perché contrari al principio di libero governo) e solitamente delegavano il legislatore per l'attuazione dei principi antimonopolistici (H. B. Thorelli, *op. cit.*, 155).

Prima dell'approvazione dello *Sherman Act* tredici Stati avevano già adottato delle leggi *antitrust* e quattordici Costituzioni statali contenevano disposizioni a tutela della concorrenza. Tra le Costituzioni statali si ricordano:

Arkansas, 1874, Art. II, Sez. 19: “Le rendite perpetue e i monopoli sono contro la vocazione o lo spirito (*genius*) di una repubblica e non possono essere consentiti. Né emolumenti ereditari, privilegi o emolumenti ereditari, privilegi o onori dovranno essere consentiti o conferiti in questo Stato”.

Connecticut, 1818, Art. 1, Sez. 1: “Tutti gli uomini, quando stipulano un patto sociale, sono eguali nei diritti. A nessun uomo o gruppo di uomini può essere conferito il diritto a ricevere emolumenti pubblici esclusivi o privilegi dalla comunità”.

Georgia, 1877, Art. IV, Sez. II, Parte IV: “L’assemblea generale di questo Stato non avrà il potere di autorizzare qualsiasi società a comprare titoli o fondi o qualsiasi altra cosa o di stipulare un contratto o qualsiasi accordo con qualsiasi società, che possa avere l’effetto o avere l’intento di sconfiggere o diminuire la concorrenza nei rispettivi affari o incoraggiare il monopolio. Tutti tali contratti ed accordi saranno illegali e nulli”.

Idaho, 1889, Art. XI, Sez. 18: “Nessuna società o nessuna associazione di persone nello Stato dell’Idaho potrà direttamente o indirettamente fondersi o stipulare un accordo con qualsiasi altra società registrata, straniera o nazionale, attraverso i propri azionisti o in qualsiasi altro modo, allo scopo di fissare il prezzo o regolare la produzione di un bene commerciale o agricolo o di consumo”.

Kentucky, 1850, Art. XIII, Sez. 1: “Tutti gli uomini liberi, quando stipulano un patto sociale, sono eguali, e nessun uomo o gruppo di uomini ha il diritto a ricevere dalla comunità privilegi o emolumenti pubblici esclusivi, se non in considerazione dei servizi pubblici resi”.

Maryland, 1780, Prima parte, Art. VI: “Nessun uomo, nessuna società o associazione di uomini ha titolo ad ottenere benefici o particolari ed esclusivi privilegi dalla comunità, se non derivanti dalla considerazione per i servizi resi al pubblico”.

Montana, 1899, Art. XV, Sez. 20: “Nessuna società, persona o associazione di persone [...] potrà unirsi o formare direttamente o indirettamente ciò che è noto come *trust* o stipulare un contratto con chiunque altro in qualsiasi modo allo scopo di fissare il prezzo, o controllare la produzione di un qualsiasi bene commerciale o prodotto agricolo o di consumo”.

Carolina del Nord, 1776, Dichiarazione dei Diritti, XXIII: “Le rendite perpetue ed i monopoli sono contrari alla vocazione (*genius*) di uno Stato libero e non possono essere consentiti”.

Dakota del Nord, 1889, Art. 7, Sez. 146: “Qualsiasi unione tra individui, società, associazioni o altro, avente per oggetto o per effetto il controllo del prezzo di qualsiasi prodotto agricolo o bene commerciale o il prezzo di uno scambio o di un trasporto, è proibita e dichiarata illegale e è contro la politica pubblica”.

Dakota del Sud, 1889, Art. XVII, Sez. 20 (emendamento del 1896): “I monopoli e i *trust* non sono consentiti in questo Stato e nessun gruppo potrà direttamente o indirettamente stipulare un contratto in grado in qualsiasi modo di fissare i prezzi, limitare la produzione o regolare i trasporti di qualsiasi merce in modo da frenare la concorrenza per tali prezzi, produzioni o trasporti, o di stabilire consequenzialmente dei prezzi.

Tennessee, 1870, Art. I, Sez. 22: “Le rendite perpetue e i monopoli sono contrari allo spirito dello Stato libero e non sono consentiti”.

Texas, 1845, Art. I, Sez. 18: “Le rendite perpetue sono contrarie allo spirito del governo libero e non sono consentite”.

Washington, 1889, Art. XII, Sez. 22: “I monopoli e i *trust* non sono consentiti in questo Stato. Le società registrate, le partecipazioni o le associazioni di persone in questo Stato non possono stipulare alcun accordo con altre società, straniere o nazionali, attraverso i loro azionisti o in qualsiasi altro modo, allo scopo di fissare il prezzo o di limitare la produzione o di regolare i trasporti di qualsiasi prodotto o bene”.

Wyoming, 1889, Art. 1, Sez. 30: “Le rendite perpetue ed i monopoli sono contrari allo spirito di uno Stato libero e non sono consentite. Le società create dallo Stato, destinate al bene pubblico attraverso la cessione di una parte dei poteri sovrani, devono essere soggette al controllo statale”.

nell'Unione con la consapevolezza che occasionalmente avrebbero sacrificato i loro interessi economici per il bene della nazione. Infatti, la Costituzione diede agli Stati un modo per assicurare che i loro interessi non sarebbero stati eccessivamente compromessi in favore dell'Unione federale. D'altra parte, concedere agli Stati di andare oltre ed interferire in decisioni fondamentalmente nazionali si contrappone agli stessi principi fondamentali del federalismo⁴⁴⁸.

Durante il decennio successivo all'approvazione dello *Sherman Act* furono attivati più procedimenti in materia *antitrust* sia a livello federale che a livello statale, anche nel caso in cui si trattasse di procedimenti aventi ripercussioni sull'intero territorio nazionale. Nella metà di secolo successiva alla prima guerra mondiale, l'attuazione dell'*antitrust* statale è venuta meno. Solo negli anni '70 si posero le basi per un nuovo utilizzo delle legislazioni statali, in quanto più di venti Stati crearono nuovi o espansero gli esistenti uffici *antitrust* locali. Nel corso degli anni '70 gli Stati svolsero indagini relative a limitazioni orizzontali alla concorrenza operate a livello locale e presentarono - in veste di *parens patriae* - ricorsi *antitrust* a livello federale per conto dello Stato e degli organi locali che erano stati vittime di manipolazione di offerte negli appalti (*bid-rigging*). Sino a quel momento l'idea che gli Stati potessero avere un ruolo principale nell'attuazione delle fusioni era aliena alle autorità statuali⁴⁴⁹.

Il diritto *antitrust* statale si occupa dei limiti nel commercio infrastatale e si può applicare anche alle restrizioni che hanno effetto sia fuori che all'interno dello Stato. Conseguentemente, in molte transazioni, si può imporre sia diritto statale che federale⁴⁵⁰.

La prima autorità di settore istituita per regolare i confini di competenza fu l'*Interstate Commerce Commission*, introdotta negli Stati Uniti nel 1887 mediante l'*Interstate Commerce Act* (v. *supra*). La necessità di aumentare il potere degli Stati in materia di

In alcuni Stati erano presenti divieti, oltre che nelle Costituzioni, anche negli *statutes* (Kentucky, Carolina del Nord, Dakota del Nord, Dakota del Sud, Tennessee e Texas). Invero, le disposizioni legislative non aggiunsero molto alle previsioni costituzionali, né furono in grado di tutelare in via diretta gli interessi dei consumatori (M. D. Forkosch, *op. cit.*, 227). Gli interessi ultimi del consumatore avrebbero potuto essere tutelati attraverso il mantenimento della libera concorrenza, ma nessun sollievo immediato e diretto per il consumatore venne previsto da alcuno Stato. Per una panoramica dei contenuti delle Costituzioni e delle legislazioni statali in materia *antitrust* si veda H. B. Thorelli, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁴⁸ R. H. Lande, *When Should States Challenge Mergers: A Proposed Federal/State Balance*, in 35 *New York Law School Law Review*, 1047, 1062 (1990).

⁴⁴⁹ A. I. Gavil, W. J. Kovacic, J. B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, St. Paul, MN, 2008, 1058. Secondo gli Autori oggi l'attuazione dell'*antitrust* da parte degli Stati avviene in due modi. Innanzitutto, attraverso l'adozione delle leggi statali *antitrust*. Molti Stati sono dotati di "little FTC Acts", che rispecchiano la Sezione 5 del *FTC Act* e autorizzano gli Stati ad agire contro erronee ed ingiuste prassi commerciali. Il secondo percorso per l'attuazione statale è quello di adottare procedimenti federali *antitrust*. Come ogni privato danneggiato o minacciato di danni a causa delle violazioni *antitrust*, gli Stati e le sottodivisioni politiche possono agire in base alle Sezioni 4 e 16 del *Clayton Act* al fine di ottenere risarcimento dei danni.

⁴⁵⁰ E. M. Fox, L. A. Sullivan, R. J. Peritz, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, St. Paul, MN, 2004, 655. Sulle conseguenze del commercio infrastatale nei rapporti tra Stati e Federazione si veda: J. H. Choper, R. H. Fallon Jr., Y. Kamisar, S. H. Shrifin, *The American Constitution, Cases – Comments – Questions*, St. Paul, MN, 2001.

regolazione del commercio e la conseguente adozione di tale *Act* fu stimolata dall'esigenza di dare tutela al piccolo imprenditore ed al consumatore, a seguito degli abusi monopolistici delle compagnie ferroviarie, e pertanto fu definita “the poor man’s court”, in grado di svolgere una regolazione pubblica delle tariffe adottate.

Considerato che la maggior parte degli Stati è dotata di una propria regolamentazione *antitrust*, il Congresso ha esplicitamente previsto un ruolo degli Stati nell'attuazione dell'*antitrust* federale, alla cui definizione contribuirono le corti federali. Sebbene gli Stati abbiano tradizionalmente svolto un ruolo significativo nell'attuazione dell'*antitrust*, la loro posizione è stata più volte messa in discussione⁴⁵¹.

In materia di rapporto tra Stati e Federazione, il *Clayton Act* (1914) ha proibito l'introduzione di disposizioni il cui effetto fosse sostanzialmente quello di diminuire la concorrenza in ogni parte del Paese. A riguardo, risulta opportuna la disamina di alcuni interventi interpretativi di tale *Act*. Infatti, la Corte Suprema ha interpretato letteralmente la previsione del *Clayton Act*, senza disporre alcuna eccezione per quelle fusioni che, pur intaccando la concorrenza in un mercato, determinino comunque degli effetti positivi in altri mercati (*United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 1963)⁴⁵².

Nella decisione *Hawaii v. Standard Oil of California*, 405 U.S. 251 (1972) la Corte suprema ha concluso che la Sezione 4 del *Clayton Act* non dà diritto agli Stati - in forza della loro sovranità - di agire in giudizio come *parens patriae* al fine di riparare i danni subiti dai propri sistemi economici (v. *infra*). Il Congresso ha tentato di superare questa restrizione attraverso l'*Hart-Scott Rodino Antitrust Improvements Act* del 1976, che, aggiungendo le Sezioni da 4C a 4H al *Clayton Act*, ha consentito agli Stati - in veste di *parens patriae* - di richiedere *treble damages* per danni alle persone fisiche all'interno dei loro confini e hanno cercato di fornire un'alternativa alle *class action* laddove molti individui hanno patito individualmente danni monetari di piccola entità. In *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), la Corte suprema ha sostenuto che gli Stati non possono ricorrere al meccanismo del *parens patriae* al fine di agire per conto dei consumatori che non erano diretti acquirenti del prodotto oggetto di una condotta anticoncorrenziale. In *California v. ARC American Stores Co.*, 495 U.S. 271 (1990), la Corte Suprema ha precisato che il diritto federale *antitrust* non consente che leggi statali come queste possano favorire il risarcimento per acquirenti indiretti⁴⁵³.

Nei confronti del consumatore la legislazione federale e quelle statali hanno adottato differenti orientamenti. Secondo tale lettura, l'obiettivo della politica *antitrust* federale determina un'equiparazione tra il “benessere del consumatore” ed il “benessere sociale”, mentre gli orientamenti delle legislazioni statali escludono tale relazione⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ D. Platt Majoras, *op. cit.*, passim.

⁴⁵² R. Lande, *op. cit.*, 1047, 1070.

⁴⁵³ A. I. Gavil, W. J. Kovacic, J. B. Baker, *op. cit.*, 1059.

⁴⁵⁴ D. W. Barnes, *Federal And State Philosophies In The Antitrust Law Of Mergers*, in 56 *George Washington Law Review* 263, 281 (1988).

Invero, la storia della tutela dell'*antitrust* ad opera degli Stati dimostra che essi occupano un ruolo fondamentale per il perseguimento dei benefici dei consumatori⁴⁵⁵.

La decisione della Corte suprema del caso *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989), ha coronato cinquant'anni di sviluppo legislativo e giudiziario di applicazione della tutela *antitrust*. Secondo il diritto federale gli Stati possono richiedere il risarcimento economico per i danni subiti a causa delle violazioni della disciplina federale *antitrust* nel caso in cui siano danneggiati essi stessi o i loro cittadini come diretti acquirenti. Specularmente, secondo il diritto statale gli Stati possono reclamare i danni sofferti dalle violazioni dell'*antitrust* che colpisce loro stessi o i loro cittadini come indiretti acquirenti. Gli Stati possono anche ricorrere alle leggi a tutela del consumatore o contro la concorrenza sleale per richiedere il risarcimento ai convenuti che hanno adottato condotte anticoncorrenziali lesive dei diritti dei consumatori. I sostenitori della tutela *antitrust* a livello statale si fondano sulla visione per cui gli Stati dovrebbero occuparsi delle limitazioni con effetti locali, mentre il governo federale si dovrebbe concentrare su quelle aventi un impatto nazionale. Le difficoltà inerenti all'attuazione dell'*antitrust* a livello locale sono riconducibili al fatto che le agenzie federali non si sono limitate ai casi aventi effetti di notevole estensione geografica, alla considerazione che al consumatore non è necessariamente utile ottenere un accordo anticoncorrenziale a livello locale, nonché alla difficoltà di distinguere i casi locali da quelli nazionali. Ogni Stato è sovrano e può condividere gli obiettivi di tutela *antitrust*, ma nessuno può imporre risultati per qualsiasi caso. Il risultato è la costituzione di una rete estesa di agenzie che lavorano per favorire il confronto e consolidare il consenso⁴⁵⁶.

Certamente nessuna disposizione costituzionale impedisce al Congresso di esercitare il proprio potere legislativo in materia di commercio. Al contrario, la *commerce clause* (Cost. U.S. art. I, § 8, cl. 3.) è stata usata dalla Corte suprema per impedire agli Stati di adottare una legislazione in grado di dare a quello Stato che la adottava un vantaggio concorrenziale rispetto agli altri Stati⁴⁵⁷, come è avvenuto col caso *Champion v. Ames*, 188 U.S. 321 (1903), in cui la Corte ha confermato la legittimità della competenza federale nella vendita di biglietti della lotteria, perché commercio infrastatale. A fondamento della *commerce clause*, risiede il principio per cui nel sistema politico-economico statunitense la libertà del commercio, in quanto espressione della libertà di iniziativa economica, è da considerare un valore fondamentale meritevole di tutela. Infatti, la *commerce clause* era diretta ad evitare qualsiasi forma di discriminazione o protezionismo economico da parte degli Stati, in grado di mettere in pericolo il già precario equilibrio tra essi, mentre consentiva alle diverse legislazioni statali la regolamentazione di ogni

⁴⁵⁵ H. First, *Pyrrhic Victories? Reexamining The Effectiveness Of Antitrust Remedies In Restoring Competition And Detering Misconduct: Delivering Remedies: The Role Of The States In Antitrust Enforcement*, in 69 *Geo. Wash. L. Rev.* 1004, 1005 (2004).

⁴⁵⁶ H. First, *op. cit.*, 1004, 1012, 1014 et 1034 s.

⁴⁵⁷ E. S. Corwin, *op. cit.*, 31. U.S. *Const.* art. I, § 8, cl. 3: «The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes».

altro problema attinente all' economia⁴⁵⁸.

In *Stafford v. Wallace*, 258 U.S. 495 (1922), il Giudice Taft ha sostenuto che «l'attività imprenditoriale è oggi un *continuum*, in cui tutte le fasi a livello locale sono travolte e cessano di essere meramente locali. Il commercio tra gli Stati dipende dal mercato nazionale. È alla luce di questo fatto che il potere protettivo del Congresso sul commercio interstatale deve oggi essere valutato, in quanto il suo benessere è inevitabilmente funzione del benessere dell'intero»⁴⁵⁹.

Negli ultimi anni molti Stati della Federazione si sono dimostrati particolarmente attivi nell'applicazione delle discipline a tutela della concorrenza⁴⁶⁰. Quando il Congresso decise di adottare una disciplina federale in materia di *antitrust* l'intenzione era di integrare, e non già di supplire, l'attività dei singoli Stati⁴⁶¹. Così facendo gli Stati possono agire in forza della propria disciplina contro le fusioni o in forza della disciplina *antitrust* compatibile con lo *Sherman Act*.

Conseguentemente, con un maggior numero di giocatori nell'arena della regolamentazione *antitrust* aumentano i conflitti tra diversi territori in cui si perseguono differenti politiche⁴⁶². Uno dei principali casi in cui si è posto il problema del coordinamento tra la politica *antitrust* federale e quelle statali è stata la controversia concernente *Microsoft corporation*⁴⁶³. Infatti, questo ha rappresentato il caso paradigmatico in cui un sottoinsieme di Stati può e dovrebbe agire in un caso di rilevanza nazionale, indipendentemente dall'attuazione federale. Nel 1998 la Federazione e numerosi Stati adirono separatamente *Microsoft*, ancorchè l'oggetto dell'azione fosse la perpetrazione della medesima condotta. Gli Stati Uniti e nove Stati convergerono per un accordo con *Microsoft*. Altri nove Stati ed il *District of Columbia* decisero di non unirsi all'accordo al fine di proseguire in via giudiziaria e, pertanto, nonostante l'inedita cooperazione tra Stati e Federazione, vi fu una divergenza. Dal canto suo, *Microsoft* sosteneva che gli Stati non

⁴⁵⁸ Così, A. Bonomo, *Viaggio nel federalismo economico statunitense. La commerce clause*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, n. 3, 833, 839. Invero, della *commerce clause* iniziò ad esserne fatto utilizzo molto dopo la sua introduzione, ovvero allorché le concentrazioni economiche iniziarono a diffondersi in maniera così allarmante da indurre – come è stato narrato *supra* – la popolazione a protestare e a sollecitare il Congresso ad adottare l'*Interstate Commerce Act* nel 1887 e lo *Sherman Act* nel 1890. Pertanto, l'utilizzo sfrenato della libertà di iniziativa economica ha richiesto la necessità del ricorso dell'intervento regolatorio.

⁴⁵⁹ E. S. Corwin, *op. cit.*, 43.

⁴⁶⁰ Per una disamina delle principali discipline legislative statali già esistenti si veda: M. D. Forkosch, *op. cit.*, 416 ss.

⁴⁶¹ R. H. Lande, *When Should States Challenge Mergers*, cit., 1047, 1049. Lande, alla ricerca di un bilanciamento tra interventi federali ed interventi statali in materia *antitrust*, propone delle linee-guida sul federalismo, individuando i confini e le soglie rilevanti per il riparto di competenza tra Stati e Federazione.

⁴⁶² Si veda R. W. Harn, A. Layne – Ferrar, *Federalism in Antitrust*, in 26 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 877, 879 (2004).

⁴⁶³ Per un commento del caso si veda R. W. Harn, A. Layne – Ferrar, *Federalism in Antitrust*, cit. Sul ruolo che tale controversia ha svolto nel percorso di globalizzazione delle politiche *antitrust* sia consentito il rinvio a: E. Lanza, *Relationship between European Union Antitrust Regulation and Global Antitrust Regulation*, cit., 225.

avessero alcuna competenza in un caso riguardante una condotta avente ripercussioni a livello nazionale e per la quale il governo federale aveva già sottoscritto un accordo. L'argomento principale di *Microsoft* era che, al fine di fondare una posizione da *parens patriae*, gli Stati avrebbero dovuto dimostrare che stessero tentando di porre rimedio ad un danno specifico allo Stato, anziché ricercare esclusivamente una decisione sostitutiva di quella adottata all'interno della Federazione.

Alla luce dell'esperienza del caso *Microsoft*, fu adottato un accordo di cooperazione tra gli Stati e la Federazione nell'ambito delle procedure concernenti le fusioni, il cui scopo era di evitare la duplicazione di indagini, di ridurre i costi procedurali e di non sprecare risorse pubbliche⁴⁶⁴.

L'unico modo per ripristinare il federalismo duale come un autosufficiente metodo di controllo politico nel settore dell'industria potrebbe essere la rottura della struttura industriale, ma è evidente che la via autarchica in un'epoca di globalizzazione sia assolutamente impercorribile. Altrimenti, ad eccezione del controllo da parte del governo nazionale, esiste una sola alternativa, ovvero la restaurazione del sistema i cui beneficiari adivano il potere statale, quando volevano il controllo del potere federale, e ricorrevano al potere federale quando volevano il controllo del potere statale⁴⁶⁵.

In definitiva, la partecipazione di uno Stato ad una controversia *antitrust* avente ricadute a livello federale riduce la probabilità di raggiungere una risoluzione e, se raggiunta, aumentano i costi per pervenire a quelle decisioni. Inoltre, gli accordi sottoscritti dagli Stati sono maggiormente favorevoli agli interessi degli elettori di quegli Stati piuttosto che alla nazione nella sua interezza. La diversità degli approcci tra uno Stato e l'altro e tra lo Stato e la Federazione rende difficile il perseguimento di una politica *antitrust* uniforme. Tuttavia, la pressione operata dagli Stati può fornire un utile controllo su coloro che attuano l'*antitrust* a livello federale, in quanto gli Stati agirebbero come guardiani, mentre la prevenzione a livello federale, anche successiva, ridurrebbe i rischi di interessi di parte in grado di indebolire gli accordi nazionali e consentirebbe l'eliminazione dei problemi legati a numerosi ed analoghi successivi procedimenti⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ *Antitrust Trade Reg. Rep.* (CCH) 13, 420 (1998). A riguardo si veda l'intervento di Platt Majoras in occasione dell'incontro annuale del *New York State Bar* del 2003, in http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200683.htm#N_59_, nel corso del quale ha messo in luce come suddetto accordo abbia avuto ripercussioni positive nei casi relativi alle fusioni di *Airlines/US Airways* e *DiracTV/Echostar*.

⁴⁶⁵ E. S. Corwin, *op. cit.*, 47.

⁴⁶⁶ R.W. Harn, A. Layne – Ferrar, *op. cit.*, 877, 890 et 920.

5. La legislazione antitrust e la sua attuazione quale strumento di politica pubblica a favore del cittadino-consumatore

Il processo di regolazione del mercato avviato e sviluppato negli Stati Uniti d'America può essere suddiviso in due fasi: la *regulation* in favore del mercato e la *regulation* in favore del sociale.

La prima, definibile *market regulation*, è la fase della formazione della cultura antimonopolistica, diretta esclusivamente a garantire il mantenimento delle condizioni di concorrenzialità del mercato.

La seconda fase, la *social regulation*, è quella in cui prevale l'opposizione fra gli interessi degli imprenditori e quelli dei consumatori, in cui emerge la riprovazione morale per attività socialmente dannose e l'esaltazione del valore dell'equità distributiva.

Dall'analisi del sistema *antitrust* statunitense - sotto il profilo pubblicistico - rilevano due interessi: quello del consumatore e quello dello Stato, in veste di *parens patriae* del cittadino-consumatore⁴⁶⁷. Nell'intento di ostacolare le aziende nell'adozione di certi tipi di comportamenti anticoncorrenziali, la regolamentazione *antitrust* mira a promuovere il benessere del consumatore⁴⁶⁸. *Ad adiuvandum*, oggi i principali orientamenti in materia *antitrust* (scuola di Harvard, scuola di Chicago, scuola alternativa post-Chicago) concordano nel sostenere che la protezione del benessere del consumatore sia lo scopo finale dell'*antitrust*⁴⁶⁹.

Lo *Sherman Act* ha affidato ai governi nazionali il dovere di rappresentare il popolo nella rivendicazione dei propri diritti ai sensi del diritto *antitrust*. In *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356, U.S., 1, 4 (1958), la Corte Suprema ha rilevato che lo *Sherman Act* fu adottato anche al fine di ottenere i prezzi più bassi e la qualità più elevata⁴⁷⁰. Pertanto, quando viene applicata la normativa *antitrust* gli Stati Uniti

⁴⁶⁷ M. D. Forkosch, *op. cit.*, 318.

⁴⁶⁸ R. W. Hahn, A. Layne-Farrar, *op. cit.*, 877, 878.

⁴⁶⁹ H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise, Principle And Execution*, Cambridge (MA), 2005, 31. La *Chicago School* si fonda su una visione non interventista ed a favore del mercato: nel lungo termine i mercati tendono a correggere da sé le proprie imperfezioni e gli aggressivi interventi giudiziari hanno prodotto numerosi ed indifendibili risultati. Secondo i sostenitori della scuola di Chicago la fiducia nell'ingresso di nuove imprese è la soluzione ai problemi concorrenziali. L'amministrazione Reagan consacrò la scuola di Chicago, inaugurando una stagione contraddistinta dal *laissez-faire* (L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust*, cit., 146). La *Harvard School*, tradizionalmente strutturalista, ritiene che i mercati sono non concorrenziali, laddove deviano da ciò che si pensa siano le condizioni concorrenziali basilari. Negli anni '70 la scuola di Harvard cambia orientamento e si allinea al pensiero della scuola di Chicago. Secondo la *Post Chicago Alternative*, i mercati sono sempre più confusionari e complessi rispetto al periodo in cui furono elaborate le tesi della scuola di Chicago. Questa dottrina sostiene che certe strutture di mercato e tipi di collaborazioni sono ben più anticoncorrenziali di come la scuola di Chicago avrebbe potuto immaginare. Il vero valore della dottrina economica Post-Chicago è il riconoscimento di una presenza di mercati sempre più vari e complessi. Infatti, il numero delle pratiche anticoncorrenziali è sconosciuto e senza confini, in specie nei nuovi mercati. Ciò forza le corti federali a confrontarsi con problemi che non sono capaci di risolvere. Gli interventi *antitrust* imposti dalle Corti rendono i mercati meno concorrenziali.

⁴⁷⁰ M. D. Bauer, *ibidem*, 134.

proteggono l'intera società americana. Proprio come affermato dal Giudice Oliver Wendell Holmes in *Vegeleben v. Guntner*, 167 Mass. 92, 44 N.E. 1077, 1080, (1896): «la concorrenza vale molto più per la società rispetto a ciò che gli costa».

Nella fase di formazione dello *Sherman Act* è risultato evidente come l'interesse del consumatore non fosse necessariamente coincidente con l'interesse pubblico, né che potesse essere confuso con gli interessi di alcuni gruppi della società, come i lavoratori, gli uomini d'affari o gli imprenditori agricoli. Anche costoro sono dei consumatori, ma al fine di rendere efficaci le loro specifiche richieste, che spesso non hanno niente in comune con gli interessi dei consumatori, hanno fondato dei gruppi di pressione propri. Infatti, i loro interessi di categoria predominano e si scontrano coi puri interessi del consumatore. Storicamente i legislatori si sono concentrati sulla composizione dei confliggenti interessi di lavoratori e produttori, o di alcuni gruppi di produttori, piuttosto che proteggere gli interessi di consumatori disorganizzati. Infatti, è stato osservato che i vari gruppi speciali non sono accomunati dal medesimo interesse e ciò è provato dalla difficoltà riscontrate nell'associarsi tra loro⁴⁷¹.

Nella sentenza sul caso *Alcoa* (v. *supra*) il Giudice Learned Hand sostenne che, a prescindere dai risultati economici, esistono altre ragioni che rendono le fusioni industriali intrinsecamente non desiderabili, quali la volontà di sostenere l'individuo impotente di fronte alle grandi aggregazioni di capitali.

Nel caso *Chattanooga Foundry & Pipeworks v. City of Atlanta*, 203 U.S. 390, (1906), è presente una precisa statuizione in tema di possibilità di azione del consumatore, avendo il Giudice Holmes distinto tra danni alla proprietà (*property*) e danni ai propri affari (*business*). Pertanto, un consumatore agirebbe per il risarcimento dei danni subiti nell'ambito della sua proprietà, e non già perché la sua proprietà sia stata *ex se* danneggiata ed il relativo valore diminuito. Ne consegue che la differenza tra il prezzo esatto e quello che sarebbe ottenuto in un sistema di libera concorrenza costituisce un danno alla proprietà del consumatore. Da questa analisi deriva che un consumatore non agirà mai allorché da un cartello o da un monopolio discendano prezzi più bassi ed a suo vantaggio, in quanto appunto non è stata lesa la sua proprietà, ovvero il denaro. In *Kentucky Tennessee Light & Power Co. v. Nashville Coal Co.* (WD KY 1941), la Corte statale ha sostenuto che la *Section 7* dello *Sherman Act* facesse riferimento a “qualsiasi persona che potrebbe essere danneggiata”, lasciando intendere che anche i consumatori possano avvalersi dello strumento del *treble damage*⁴⁷². La *Section 7* dello *Sherman Act*, riferendosi alla “property”, dà al consumatore la possibilità di poter agire individualmente contro le pratiche restrittive della concorrenza. Infatti, il consumatore danneggiato, al pari dell'imprenditore danneggiato, ha un metodo giudiziario per mezzo del quale gli interessi diretti possono essere perseguiti attraverso una propria azione per *treble damage*. In tal modo, lo *Sherman Act* non solo ha protetto l'interesse finale del consumatore, ma anche gli interessi diretti ed immediati. La disposizione ha reso illeciti e nulli i

⁴⁷¹ M. D. Forkosch, *op. cit.*, 403.

⁴⁷² M. D. Forkosch, *op. cit.*, 299 ss.

comportamenti che danneggiano direttamente chiunque, sia esso consumatore o produttore⁴⁷³.

Il Giudice Oliver Mendell Holmes ha rivestito un ruolo importante nello sviluppo del diritto *antitrust* negli Stati Uniti, così come nell'evoluzione del diritto costituzionale. In *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373 (1911), Holmes ha sostenuto che lo *Sherman Act* non si applicasse agli accordi relativi al prezzo della vendita al dettaglio, i quali, secondo molti, incidevano sulla concorrenza e sui consumatori, dato che lo *Sherman Act* non poteva impedire agli individui di gestire i propri affari⁴⁷⁴.

Gli sforzi del governo di mantenere la concorrenza libera sono diretti a proteggere l'interesse finale del consumatore come dell'imprenditore, anziché gli interessi diretti di un particolare consumatore o imprenditore. Pertanto, esiste un parallelismo tra gli interessi finali e diretti dei consumatori e degli imprenditori. In considerazione di ciò, è stato ritenuto che esista un ulteriore parallelismo tra gli sforzi del Congresso diretti a sostenere sia gli interessi del piccolo imprenditore che quelli del consumatore⁴⁷⁵. Il Congresso ritenne che l'ultimo beneficiario di questo intero processo fosse il consumatore, avvantaggiandosi di un continuo aumento della produzione e della qualità delle merci a prezzi progressivamente più bassi⁴⁷⁶. Tuttavia, con maggiore probabilità, l'immediato beneficiario che il legislatore aveva in mente doveva essere il proprietario di piccoli *business* o il commerciante le cui opportunità necessitavano di essere salvaguardate dai pericoli provenienti dai detentori di "business giganti, maestosi e spietati"⁴⁷⁷. Vi è chi ritiene che il riferimento della Sezione n. 7 dell'*Act* alla *property*, oltre

⁴⁷³ Secondo H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, cit., 68, le azioni di danno da parte dei consumatori che comprano da coloro che violano l'*antitrust* sono le più facili da sostenere, perché tali danni risiedono nel cuore del problema dell'*antitrust*. Il danno che più comunemente i consumatori reclamano è "un sovrapprezzo", seguente all'aumentare dei prezzi che risultano dalla violazione *antitrust*. Il caso paradigmatico è il consumatore che agisce contro la fissazione del prezzo. Se un gruppo di case farmaceutiche si accorda per non concorrere nei mercati altrui o nel fissare il prezzo dei farmaci, i consumatori pagano di più. Tuttavia, le azioni di danno esercitate dai consumatori si scontrano con due limiti concettuali. Il primo è che per molte violazioni *antitrust* il prezzo più alto non si verifica fintanto che la violazione ha già perpetrato un grave danno. Ciò favorisce l'intervento tardivo dei consumatori, di talché finiscano per aderire alla causa del concorrente. Il secondo problema riguarda il computo dei danni quando il consumatore non ha acquistato direttamente dal soggetto che ha violato le norme a tutela della concorrenza, ma attraverso uno o più intermediari.

⁴⁷⁴ S. Weber Waller, *The Modern Antitrust Relevance of Oliver Mendell Holmes*, in 59 *Brooklyn L. Rev.* 1443, 1448 (1994).

⁴⁷⁵ M. D. Forkosch, *op. cit.*, 407 ss.

⁴⁷⁶ M. D. Forkosch, *Antitrust and the Consumer*, Buffalo (NY), 1956, ha svolto un'analisi diretta a comprendere se ed in che misura l'interesse del consumatore ha influenzato, è stato considerato o si è riflesso nello *Sherman Act* del 1890. Dalla lettura di Forkosch discende che negli Stati Uniti l'orientamento maggioritario era diretto a tutelare gli interessi di alcuni gruppi imprenditoriali (*farmers, businessmen*) e la dichiarata ragione pubblica consisteva nel beneficio che ne avrebbe tratto la nazione nella sua interezza e specialmente il consumatore. *Contra* H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, cit., 43, secondo cui non sarebbe possibile riscontrare grande sostegno del principio del benessere del consumatore nella storia del diritto *antitrust*.

⁴⁷⁷ H. B. Thorelli, *op. cit.*, 227. E così afferma R. Bork, *The Role of the Courts in Applying Economics*, in 54 *Antitrust L. J.* 21, 24 (1985): «Guardando la storia legislativa, è possibile distinguere l'interesse costante per il benessere dei consumatori e anche per quello dei piccoli imprenditori e di un "potpourri" di altri valori.

che al *business*, sia espressione di una tutela del consumatore *ex se* per mezzo dell'ampio significato della parola *property* e che, pertanto, dai lavori preparatori dello *Sherman Act* discenda che già in quella sede sia stata considerata la posizione del consumatore e la necessità della sua tutela⁴⁷⁸. Per altra dottrina le condizioni incidenti la curva dell'offerta costituivano il principale interesse della legislazione *antitrust* e il consumatore era da considerare un beneficiario eventuale ed indiretto dell'aumento della produzione⁴⁷⁹.

Nell'ambito dei possibili illeciti *antitrust*, la fissazione del prezzo costituisce una violazione che produce un danno quasi immediato al consumatore e contro la quale il consumatore può intervenire tempestivamente. Non è così per altri tipi di violazioni, come ad esempio il prezzo predatorio, ovvero un prezzo praticato al di sotto dei costi di produzione dell'impresa. In questi casi il concorrente è in una posizione migliore rispetto al consumatore, che ha scarsa conoscenza di ciò che avviene nelle aziende per poter agire contro il soggetto che ha posto in essere la violazione. Invero, molti tipi di azioni *antitrust* a cui può ricorrere il consumatore soffrono di due problemi: innanzitutto, il danno spesso interviene in una fase successiva alla violazione o dopo che gli atti illeciti sono stati compiuti; inoltre, i consumatori spesso sono carenti delle informazioni sufficienti per poter agire giudizialmente e frequentemente non hanno una conoscenza dettagliata di ciò che sia successo a monte del mercato in cui acquistano⁴⁸⁰.

In *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), il Giudice White chiuse il dibattito sulle modalità interpretative dello *Sherman Act*, considerando che lo *Sherman Act* avrebbe dovuto essere interpretato attraverso il canone interpretativo della *rule of reason*, ovvero quel principio in virtù del quale l'*Act* deve essere letto alla luce del

Per quello che io ne possa sapere, il Congresso, nel mettere in atto questi *statutes*, non si è mai confrontato col problema di cosa fare con questi *statutes* quando i valori entrano in conflitto con casi specifici. Sembra che i legislatori abbiano ritenuto, come sembra più comodo ritenere, che tutte le cose buone sono sempre compatibili».

⁴⁷⁸ M. D. Forkosch, *op. cit.*, 38 e 148. Tuttavia, Forkosch è altresì consapevole che questo elemento di per sé non è sufficiente a fondare la teoria per cui lo *Sherman Act* tutela il consumatore non solo indirettamente, ma anche direttamente. Invero, il primo disegno dello *Sherman Act* era fondamentalmente diretto a proteggere i consumatori, in considerazione del fatto che i monopoli determinano l'aumento artificiale del costo dei beni necessari per l'esistenza del consumatore. Nel dibattito legislativo, precedente l'adozione dello *Sherman Act*, già emergeva nello *Sherman bill* (il disegno di legge proposto dal sen. Sherman) che il consumatore era da considerare il soggetto danneggiato in un danno computabile nella differenza del prezzo rispetto all'ipotesi in assenza di accordo. Pertanto, il senatore George criticò al disegno di legge di Sherman sia il fatto che considerava solo l'interesse del consumatore danneggiato e non anche dell'imprenditore e che, comunque, prevedeva strumenti di tutela inadeguati per lo stesso consumatore.

⁴⁷⁹ J. D. Clark, *Federal Trust Policy*, Baltimora, 1931, 41.

⁴⁸⁰ H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, cit., 69. Inoltre, mentre i consumatori sono prevalentemente svantaggiati dai prezzi più alti che risultano dalle pratiche anticoncorrenziali, i rivali sono danneggiati sia dalle pratiche esclusive anticoncorrenziali e dai prezzi più bassi, prodotti migliorati o altri elementi di efficienza che gli rendono più difficile competere. Alcuni osservatori hanno rilevato che i consumatori sono i più valevoli *enforcers* delle leggi *antitrust*, mentre i concorrenti sono i peggiori. Sul consumatore come *proper plaintiff* e come soggetto di tutela *antitrust* negli Stati Uniti si veda: G. Rossi, *Illecito*, cit., 121 ss.

suo scopo⁴⁸¹. Infatti, l'estrema generalità delle disposizioni normative dello *Sherman Act* ha consentito che il loro significato venisse stabilito dall'interprete tenuto ad applicarle, ovvero il giudice⁴⁸². La *rule of reason* è lo strumento argomentativo impiegato al fine di affievolire il rigore dei divieti in vista del perseguimento di scopi diversi e/o contrastanti con la tutela della libertà di concorrenza e, quindi, anche come criterio rivelatore dei principali obiettivi perseguiti, di volta in volta, dalla legislazione *antitrust*⁴⁸³. Negli Stati Uniti d'America ben presto si avvertì l'esigenza di evitare che l'esercizio dei poteri attribuiti alle *agencies* competenti per la tutela della concorrenza si potesse trasformare in arbitrio, dovuto alla debolezza del controllo giurisdizionale⁴⁸⁴. L'*Administrative Procedure Act*, di fatti, dispose un modello in base al quale doveva essere attribuita la funzione istruttoria alle *agencies* e la funzione decisionale agli *administrative law judges*. In tal modo, le agenzie indipendenti sono diventate una figura ben salda nel tessuto istituzionale e nell'opinione pubblica, anche grazie al rispetto di dettagliate regole procedurali, la cui coerenza è stata accentuata dal controllo giurisdizionale⁴⁸⁵. Nello specifico del settore *antitrust*, con il *Federal Trade Commission Act* del 1914 l'applicazione del diritto a tutela della concorrenza è stata attribuita alla *Federal Trade Commission* ed all'*Antitrust Division of the Department of Justice*, due organi dell'esecutivo, la cui attività è posta sotto il controllo giudiziario. Il giudice statunitense può ricorrere a due distinti modelli di giudizio: *per se* e *rule of reason*. Le condotte dichiarate illegali *per se* (ovvero, "come tali") sono fondate su un'applicazione pedissequa dei limiti imposti alle imprese, le quali – ponendo in essere tali condotte – offendono il principio della concorrenza e vanno incondizionatamente repressi. Raramente in tali decisioni vengono considerati gli eventuali benefici che la società potrebbe trarre dal modello concorrenziale da attuare e la prova è più facilmente esperibile da parte dell'attore. Invece, in forza del modello fondato sulla *rule of reason* solo le intese produttive "in concreto" di una irragionevole restrizione della concorrenza

⁴⁸¹ E. V. Rostow, *Planning for Freedom. The Public Law of American Capitalism*, New Haven, 1959, 279. Infatti, Chief Justice Stone in *Apex Hosiery Co. V. Leader*, 310 U.S. 469, 489 (1940), riguardo allo spazio interpretativo lasciato dallo *Sherman Act* si esprime così: «a causa della vaghezza dello *Sherman Act*, forse non calcolata, alle corti è stato lasciato l'incarico di dare contenuto alle statute, di modo che nello svolgimento di quella funzione è opportuno che le corti interpretino le sue parole alla luce della sua storia legislativa e dei particolari demoni che quella legge era volta a sconfiggere».

⁴⁸² V. Amendola, P. Parcu, *L'antitrust italiano. Le sfide della tutela della concorrenza*, Torino, 2003, 27.

⁴⁸³ R. Niro, *op. cit.*, 53.

⁴⁸⁴ R. Chieppa, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁴⁸⁵ G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (MA), Londra, 1982, 51 ss., critica le agenzie amministrative indipendenti, perché istituzioni di matrice non maggioritaria che svolgono attività di regolazione. Le *authorities* si sviluppano negli Stati Uniti durante il *New Deal*, ovvero nel momento dell'amministrativizzazione della società, fino al trionfo del liberismo, che ha segnato il loro declino. La ragione del tramonto delle *authorities* negli Stati Uniti risiede nel loro legame con un intervento imparziale dello Stato quale soggetto regolatore di determinati rapporti fondamentali nell'economia e, conseguentemente, alloquando si ritorna al mercato, spetta al giudice intervenire per stabilire le regole e non già per guidare le decisioni (così, A. Baldassarre, in AA.VV., *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, Roma, 1999, 59).

sarebbero illecite. Ciò consente al convenuto di giustificare la propria condotta attraverso la prova dell'efficienza, dell'intento e della mancanza di effetto sul mercato⁴⁸⁶. L'ampio utilizzo della *rule of reason* da parte delle Corti americane ha reso il potere giudiziario il vero protagonista della formazione del diritto *antitrust* americano, tanto che la conclusione di uno degli studi più caustici in materia è così sintetizzata: "The central institution in making *antitrust* law has been the Supreme Court"⁴⁸⁷.

La c.d. Scuola di Chicago ha ritenuto che lo scopo del diritto *antitrust* fosse la massimizzazione del benessere aggregato del consumatore, definito come la soddisfazione ottimale delle preferenze del consumatore⁴⁸⁸. L'orientamento "*Law and Economics*" sostiene che lo scopo del diritto *antitrust* sia l'ampliamento del benessere del consumatore attraverso la massimizzazione della ricchezza, nonché gli accordi tra i concorrenti sono spesso vantaggiosi per i consumatori e la società, qualora non si tratti di riduzioni di prezzo o di restrizioni della produzione. I sostenitori della "*Law and Economics*" condannano le regole *antitrust*, specialmente le "*per se rules*" che vanno al di là della proibizione dell'*output reducing*, dell'aumento del prezzo, e attaccano la condotta fondata su plausibili giustificazioni dell'efficienza, come controproduitive, anticoncorrenziali e dannose per i consumatori⁴⁸⁹.

Per la Corte Suprema e per le Corti federali, l'obiettivo della legislazione *antitrust* è quello di aumentare l'efficienza e la produttività a beneficio del consumatore attraverso prezzi più bassi, migliori prodotti e valore accresciuto⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ A. I. Gavil, W. J. Kovacic, J. B. Baker, *op. cit.*, passim. Come negli Stati Uniti, anche in Italia, il rapporto tra regolazione e giurisdizione in materia di concorrenza è foriero di difficoltà e latore di nodi tuttora irrisolti. In materia di *antitrust* il compito del giudice è più impervio che negli altri settori oggetto di regolazione, perché la revisione giurisdizionale verte su conclusioni fondate su dati ed analisi estremamente tecnici, in cui il grado di discrezionalità è assai compresso e abbondano i c.d. concetti giuridici indeterminati a cui l'AGCM ricorre per la formulazione delle proprie decisioni (Cfr. R. Chieppa, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, cit., 1036). Si pone, pertanto, l'esigenza di porre in equilibrio la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale con il pericolo dello sconfinamento delle valutazioni del giudice nel perimetro tecnico riservato all'Autorità. Di conseguenza, le difficoltà sottostanti al rapporto tra regolazione e giurisdizione sono accentuate dalla considerazione che la discrezionalità con cui i provvedimenti delle Autorità vengono adottati costituisce esplicitazione del discusso rapporto tra diritto e tecnica, il cui carattere controverso risiede nella difficoltà di individuare quale sia il metro e quale la misura. Sul rapporto tra intervento giurisdizionale e decisione tecnica in materia di tutela della concorrenza sia consentito il rinvio a E. Lanza, *Public enforcement a presidio della libertà di concorrenza: i limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti adottati dall'Autorità antitrust*, in *Scritti in onore di Luigi Arvidiacono*, vol. IV, Torino, 2010, 1819.

⁴⁸⁷ R. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York, 1993, 409.

⁴⁸⁸ D. Millon, *op. cit.*, 1221.

⁴⁸⁹ S. Weber Waller, *The Modern Antitrust Relevance*, cit., 1456. Sull'approccio *Law and Economics* si veda, *inter alia*, G. Calabresi, P. Bobbit, *Tragic Choices*, New York, 1978, in cui viene sviluppata la prospettiva di mercato nei momenti di scelta tragici, ovvero quelli legati alla scarsità di risorse: «We shall see what a market looks like, not when it is used to allocate cameras or fast cars, but when it is used to allocate scarce life-saving resource».

⁴⁹⁰ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 610 (1985), in cui la Corte Suprema ha dichiarato illegale l'esclusione del concorrente nel settore sciistico, perché tale esclusione non era stata motivata né da ragioni di efficienza, né di convenienza per i consumatori; *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F. 3d 1421, 1433 (9th Cir. 1995), in cui la Corte federale ha reputato che un provvedimento

Proprio la considerazione del ruolo svolto dalle Corti statunitensi ha spinto Robert Bork, uno dei massimi studiosi e critici del sistema *antitrust* statunitense, a sostenere che la politica e la storia *antitrust* sia e sia stata diretta a fondare una teoria del benessere del consumatore come unica base normativa ed interpretativa del diritto *antitrust*⁴⁹¹. Secondo Bork la politica che le Corti si sono proposte di adottare nell'applicazione della legislazione *antitrust* è la massimizzazione della ricchezza o della soddisfazione del consumatore. Pertanto, le Corti devono distinguere tra le attività che aumentano la ricchezza attraverso l'efficienza e quelli che la diminuiscono attraverso la riduzione della produzione⁴⁹².

In ultimo, si osserva che la competizione tra sistemi giuridici riguarda anche le modalità di funzionamento dei sistemi predisposti alla tutela della concorrenza. La diversa *performance* del modello statunitense che - conformemente al proprio sistema giuridico "orientato al giudice" subordina l'emanazione di misure restrittive dell'iniziativa economica, come degli altri diritti fondamentali, al previo controllo davanti al giudice - lo presenta come una ipotesi da prendere in seria considerazione per la riforma dei sistemi europei basati su autorità indipendenti dotate di poteri auto-esecutivi⁴⁹³.

6. Brevi cenni sull'efficacia dell'azione di classe a tutela della concorrenza. Profili di comparazione

Uno dei paradossi del diritto della concorrenza risiede nella discrasia tra coloro che dovrebbero beneficiarne e coloro che hanno voce nella formazione della politica della concorrenza⁴⁹⁴. Considerato che, tramite la tutela della struttura concorrenziale del mercato e dell'efficienza economica, si possa pervenire al raggiungimento del benessere sociale, è opportuno comprendere se e come sia possibile individuare un raccordo tra tutela del consumatore - soggetto interessato (d)al benessere sociale - e meccanismi di tutela della concorrenza.

Nella prospettiva della tutela dagli abusi della concorrenza l'introduzione dello strumento dell'azione di classe (*class action*) ha svolto un ruolo determinante. Infatti,

anticoncorrenziale secondo lo *Sherman Act* solo quando incide sull'efficienza allocativa ed alza i prezzi dei beni sopra i livelli concorrenziali o diminuisce la loro qualità; *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F. 3d 1421, 1433 (9th Cir. 1995), secondo cui una pratica è anticoncorrenziale quando ostacola il raggiungimento di obiettivi concorrenziali, ovvero prezzi più bassi, migliori prodotti e metodi produttivi più efficienti.

⁴⁹¹ D. Millon, *op. cit.*, 1228 e R. Bork, *The Antitrust Paradox*, cit., 405.

⁴⁹² R. Bork, *Legislative Intent*, cit., 7.

⁴⁹³ G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., 226.

⁴⁹⁴ D. P. Wood, *International Harmonization of Antitrust Law. The Tortoise or the Hare?*, in 3 *Chi. J. Int'l L.* 391 (2002).

L'azione di classe ha consentito a chi non avesse voce di unirli ad un coro di altre deboli voci, in grado di essere così forte da poterla rendere udibile dai trasgressori della disciplina *antitrust*. La *class action* costituisce un eccezionale strumento processuale diretto a riequilibrare la posizione degli operatori economici rispetto a quella dei consumatori, danneggiati dai loro comportamenti. In generale, la *class action* consente ad uno o più individui di agire in giudizio in rappresentanza di un'intera categoria di soggetti, con cui hanno in comune questioni di fatto e di diritto, nei confronti di un unico convenuto, con effetti per tutti i componenti presenti e futuri della classe⁴⁹⁵. Pertanto, tale azione non è uno strumento esclusivo del sistema concorrenziale, ma si è rivelata particolarmente idonea per dare attuazione alla naturale complementarità della tutela della concorrenza, particolare bene a rilevanza pubblica, e della tutela del consumatore, parte debole del sistema economico.

La lesione della condotta concorrenzialmente illecita è di per sé una condotta plurioffensiva ed il consumatore, facente parte della pluralità lesa, necessita conseguenzialmente di uno strumento di tutela "al plurale", quale appunto l'azione di classe.

Attraverso l'azione di classe si è data rilevanza all'interesse del consumatore, non solo quale mero fatto, ma quale interesse giuridicamente protetto alla conservazione di un mercato concorrenziale⁴⁹⁶. Inoltre, dal profilo meramente contrattuale e privatistico, è stato osservato che l'interesse del consumatore deve essere posto sul piano dell'interesse alla correttezza dell'impresa sul mercato, nel senso che il diritto del consumatore esiste prima e fuori dal contratto e tale diritto si realizza solo se l'impresa ispira alla correttezza il proprio agire nel mercato. Conseguentemente il consumatore è titolare di un interesse individuale al rispetto delle regole nel confronto concorrenziale. Dunque, esiste un interesse giuridicamente protetto del consumatore a che il mercato sia conformato in maniera concorrenziale, tanto che l'interesse alla concorrenzialità del mercato preesiste allo stesso contratto⁴⁹⁷.

Il consumatore, quale soggetto del mercato che chiude la filiera che inizia con la produzione del bene, subisce anch'esso le conseguenze di un mercato in cui vengono adottate pratiche lesive della concorrenza. Tuttavia, a differenza dei veri e propri operatori economici, il tradizionale strumento di tutela individuale risulta essere inadeguato ed inefficace, in considerazione dell'entità del danno individualmente subito dal consumatore. Il rischio della razionale rinuncia ad agire da parte del consumatore, dovuta alla sproporzione dei costi giudiziari rispetto ai benefici dell'ambito ristoro, non può che incentivare le pratiche scorrette e lesive del mercato concorrenziale. Proprio al

⁴⁹⁵ B. Di Giacomo Russo, *Class action e sussidiarietà orizzontale*, in *Libertà e potere nei rapporti economici. Profili giuspubblicistici*, a cura di F. Pizzolato, Milano, 2010, 105, 106 et 126.

⁴⁹⁶ G. Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, 479, 480.

⁴⁹⁷ G. Guizzi, *op. cit.*, 480, 482.

fine di ostacolare e contrastare tali prassi si è ritenuto necessario ricorrere a strumenti di tutela collettiva.

Com'è noto, l'ordinamento che ha dato i natali all'azione di classe è proprio quello statunitense, che consente di ricorrere ad una azione collettiva a fini risarcitori, nonché di ottenere i c.d. danni punitivi, di talchè tale azione esercita innanzitutto un potente effetto deterrente⁴⁹⁸. Negli Stati Uniti la *class action* è disciplinata in via generale dalla *Rule 23* delle *U.S. Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP)⁴⁹⁹, la quale prevede quali requisiti indispensabili per la proposizione dell'azione: *numerosity, commonality, typicality, adequacy*⁵⁰⁰. Tuttavia, ad ogni Stato, nel rispetto della normativa federale, è consentita l'introduzione di una propria disciplina dell'azione di classe.

Orbene, l'efficacia dell'azione di classe nel settore della tutela della concorrenza è provata da casi quale quello degli acquirenti indiretti di *Microsoft*, in cui - se non si fosse ricorso a tale strumento processuale - sarebbe stato impossibile per i consumatori danneggiati ottenere sollievo per il danno subito dalla restrizione del mercato concorrenziale⁵⁰¹.

In Italia, la necessità di uno strumento di coordinamento processuale, quale l'azione di classe, al fine di tutelare i consumatori da pratiche anticoncorrenziali si è manifestata prepotentemente nel noto caso delle polizze di Responsabilità Civile Autoveicoli (R.C.A.). Infatti, numerose compagnie assicurative erano state sanzionate dall'AGCM (provvedimento n. 8546 del 28 luglio 2000) per avere colluso mediante lo scambio di informazioni sensibili, determinando un aumento dei premi per le polizze a danno dei consumatori. Orbene, in assenza di strumenti di aggregazione processuale, gli assicurati – *rectius*, quelli meglio informati e con maggiori disponibilità economiche – avevano agito individualmente, ricorrendo al giudice di pace al fine di ottenere il risarcimento del danno subito dalle maggiorazioni di premio illecitamente riscosse dalla

⁴⁹⁸ Cfr. Camera dei Deputati, XV Legislatura, Dossier su *Azione di gruppo e tutela dei diritti dei consumatori*, Parte Prima, A. C. 1495 e abb., 2006. Sull'effetto di deterrenza delle azioni di classe si veda: C. Amatucci, *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, in *Anal. Giur. dell'Econ.*, 2008, n. 1, 11.

⁴⁹⁹ Per quanto conerne i precedenti storici della odierna azione di classe si ricorda che nel 1938 veniva introdotta la *Moore Rule*, la quale sostituiva il requisito della questione comune con una classificazione operata al “*character of right*”, tale da consentire di esperire “*true-class action*” o “*spurious class action*”. Solo nel 1966 vennero superate le restrizioni e le difficoltà interpretative della *Moore Rule* con la formulazione della *Federal Rule 23*. Tuttavia, le revisioni della disciplina sono continuate con altri due interventi modificativi nel 1998 e nel 2003, fino a giungere, nel 2005, alla promulgazione del *Class Action Fairness Act*. L'attuale *Federal Rule 23* ha introdotto un criterio unitario di individuazione della comunanza di interessi, rimesso alla discrezionale determinazione dell'autorità giudiziaria.

⁵⁰⁰ *Numerosity* significa che il gruppo deve essere così ampio da ricomprendere tutti i portatori dell'interesse della *class*. *Commonality* comporta che il gruppo deve essere portatore di una questione comune sia in fatto che in diritto. *Typicality* vuol dire che i rappresentanti devono presentare domande (o difese) omogenee per il gruppo rappresentate. Infine, *adequacy* sottende che i rappresentanti devono adeguatamente e correttamente rappresentare la *class* d'interesse tra rappresentante e rappresentati.

⁵⁰¹ *U.S. v. Microsoft*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000), 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000), *aff'd in part and rev'd in part*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

compagnie assicurative⁵⁰². La lunga vicenda cagionata dalla collusione nella fissazione del prezzo delle polizze R.C.A. ha rappresentato il caso paradigmatico della necessità di un mezzo processuale di gruppo affinché i consumatori possano sistematicamente ottenere riparazione del danno subito dalla violazione della libertà di concorrenza.

In Italia l'introduzione dell'azione di classe (*class action*) è avvenuta, a seguito di tribolate modifiche legislative, con l'art. 140-*bis* del Codice del consumo (d. lgs. n. 206 del 2005), introdotto con la legge finanziaria del 2008 (l. 21 dicembre 2007, n. 244, art. 2, commi da 445 a 449), come poi riformato dalla legge n. 99 del 2009, dal d. lgs. n. 198 del 2009 e dal d.lgs. n. 28 del 2010, in vigore dal gennaio 2010⁵⁰³. Tale azione, ormai definita anche dalla stessa rubrica dell'art. 140-*bis* "di classe", invero, nasce e resta quale azione collettiva risarcitoria. A differenza del modello statunitense non è prevista la lesione di un interesse indifferenziato o di carattere collettivo o diffuso, in quanto la lesione del diritto deriva da un medesimo fatto illecito o che presenta caratteristiche "omogenee", tali da provocare un analogo danno ad un numero elevato di consumatori⁵⁰⁴.

Specificatamente - e per quel che ci riguarda - il comma 2, lett. c), prevede che tale azione tuteli "i diritti [individuali omogenei dei consumatori e degli utenti] al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali"⁵⁰⁵.

Tale novità legislativa sembrerebbe integrare il controllo del *private enforcement*, attribuendo un diritto risarcitorio – restitutorio direttamente ai consumatori e

⁵⁰² A. Palmieri, R. Pardolesi, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro It.*, 2005, 1015, 1016.

⁵⁰³ A commento del disegno di legge introduttivo dell'azione collettiva risarcitoria (poi azione di classe) l'Autorità garante della concorrenza e del mercato con la segnalazione A.S. 430 - *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)*, propose l'introduzione di disposizioni di raccordo tra la disciplina dell'azione di gruppo e le proprie competenze, quale il previo esperimento dell'azione davanti all'Autorità, al fine di tutelare i consumatori e gli utenti, nonché di circoscrivere la portata della stessa azione. Sulle modalità procedurali dell'azione di classe italiana in materia di concorrenza si vedano: M. Scuffi, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, in *Il dir. ind.*, 2009, n. 4, 341; G. Afferni, *L'azione di classe in antitrust*, scheda informativa n. 10, in <http://www.osservatorioantitrust.eu/index.php?id=748>. Tra i commenti relativi all'azione di classe in Italia si vedano, *ex plurimis*: P. Schlesinger, *La nuova «azione di classe»*, in *Corr. giur.*, 2011, 547; F. Benatti, *Il danno nell'azione di classe*, in *Danno e resp.*, 2011, 14; S. A. Cerrato, *Un debutto «stonato» per la «nuova» class action italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 619; V. Vigoriti, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, in *Contro e impr.*, 2010, 1; V. Sangiovanni, *Nozione di consumatore e legittimazione alla class action*, in *Corr. merito*, 2010, 104; E. Ruggeri, *È inammissibile la prima class action risarcitoria proposta in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, G. Afferni, *Azione di classe e danno antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, 491; S. Menchini, *I provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *Judicium*, 2010; M. Libertini, M. R. Maugeri, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, I, 869-889; M. Libertini, M. R. Maugeri, *Ancora sul giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, n. 1, 520.

⁵⁰⁴ Il d.l. n. 1 del 2012, art. 6, "Norme per rendere efficace l'azione di classe", è diretto, come recita la sua stessa intitolazione, a dare efficacia allo strumento dell'azione di classe, richiedendo l'"omogeneità" e non più l'"identità" dei diritti contrattuali della pluralità dei consumatori. La modifica è il risultato di una riflessione sui primi casi di azioni di classe che sono state, per lo più, dichiarate inammissibili dalle Corti per carenza di "identità" degli interessi dei proponenti.

⁵⁰⁵ Per "comportamenti anticoncorrenziali" si devono intendere quelle condotte poste in essere dai fornitori professionali di beni o servizi per alterare lo svolgimento della libera concorrenza.

imponendo efficacia *ultra vires* alla sentenza attributiva del risarcimento nei confronti dell'associazione dei consumatori ovvero di coloro che, pur estranei al processo, abbiano comunque aderito all'azione di classe risarcitoria.

L'azione di classe, così come tratteggiata dal legislatore, è esperibile al fine di ottenere la declaratoria di nullità del contratto "a valle" ed il risarcimento del danno subito, ai sensi del secondo comma dell'art. 33 della legge *antitrust*. Invero, la legittimazione attiva del singolo consumatore, quale altro soggetto del mercato avente interesse alla conservazione del suo carattere competitivo, per ottenere la nullità del contratto "a valle" ed il risarcimento del danno subito era stata già riconosciuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con le sentenze n. 2207 e n. 17398 del 2005 (relative al suddetto caso delle polizze R.C.A.). Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 2207 del 2005, hanno precisato che la l. n. 287 del 1990 non è diretta a tutelare solo gli imprenditori, ma anche tutti i soggetti che fanno parte del mercato, compresi i consumatori, in forza dell'art. 4 della legge *antitrust*, il quale consente deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza tali, però, da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori⁵⁰⁶. La Corte, pertanto, ha rilevato che un'intesa illecita cagiona degli effetti pregiudizievoli in grado di propagarsi sino al diritto di libera scelta fra prodotti equivalenti da parte del consumatore finale. Secondo tale arresto giurisprudenziale, «la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori, ma la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»⁵⁰⁷. E se l'*antitrust* riguarda una pluralità di soggetti, allora una condotta anticoncorrenziale può facilmente essere plurioffensiva, cioè lesiva sia del bene generale alla protezione della concorrenza sia degli interessi del singolo. È proprio al livello del consumatore finale che si realizza la funzione illecita dell'intesa anticoncorrenziale, in quanto rende inconsistente il diritto del consumatore alla scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente⁵⁰⁸.

Ad oggi (febbraio 2012) le azioni di classe incardinate sono state diciannove, di cui quattro dichiarate ammissibili, otto inammissibili e le rimanenti sette ancora in

⁵⁰⁶ A margine di tale sentenza si veda, *inter alia*, A. Palmieri, R. Pardolesi, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro It.*, 2005, 1015. Per un commento al caso "R.C.A." si veda: G. Rossi, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, cit., 208 ss. La vicenda relativa alla R.C.A. colpì trentanove tra le maggiori compagnie assicurative e, quindi, milioni di utenti assicurati. La cospicuità del numero dei soggetti coinvolti, ovvero consumatori con esigenze comuni, e la rilevanza della questione hanno contribuito ad accelerare il processo di introduzione dell'azione collettiva nell'ordinamento italiano.

⁵⁰⁷ Altra giurisprudenza della Cassazione sostiene che, alla luce della caratterizzazione tecnica degli istituti delineati dalla l. n. 287 del 1990, lo strumento risarcitorio connesso alla violazione dei divieti di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante, rimesso alla competenza esclusiva della Corte di appello, non è aperto, in quanto tale, alla legittimazione attiva dei singoli cosiddetti consumatori finali (Cass., sent. n. 17475 del 2002).

⁵⁰⁸ Cfr. M. Giannino, *Le azioni individuali dei consumatori nel diritto antitrust italiano*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10155>.

corso⁵⁰⁹. Invero, lo strumento introdotto in Italia non garantisce che tutte le violazioni del diritto *antitrust* siano adeguatamente sanzionate, né consente il ricorso da parte di professionisti ed imprese⁵¹⁰, né stimola l'adesione dei consumatori che hanno subito un danno di scarso valore. Al contrario, negli Stati Uniti, riguardo a quest'ultimo punto è stato adottato il meccanismo opposto, ovvero non devono dichiarare di aderire all'azione, bensì – eventualmente – di rinunciarvi (c.d. azione di classe con modalità *opt-out*).

Alla luce delle potenzialità indicate, l'azione di classe non solo si rivela una forma di tutela costituzionalmente “doverosa”⁵¹¹, ma anche l'unico strumento in grado di consentire ai consumatori ed ai loro enti esponenziali di poter perseguire la tutela dell'interesse collettivo al mantenimento del libero mercato. Infatti, nonostante la necessità di provvedere ad ulteriori perfezionamenti del rimedio processuale, l'applicazione dell'azione di classe contribuirà alla verifica dell'effettiva strumentalità del sistema *antitrust* al processo di democrazia economica.

Inoltre, l'azione di classe, per la sua capacità di andare al di là della controversia inerente ad un singolo individuo, potrebbe consentire di superare la riluttanza ad andare oltre i parametri personali della disputa originaria. Come è stato affermato da Mirjan Damaska: «in an extreme scenario, the judge follows a vision of the good life espoused by the government: larger implications are systematically detected in almost all disputes, and the judge becomes a Prometheus unbound»⁵¹². Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore costituisce, quindi, l'implicazione di carattere generale discendente dall'esperimento dell'azione di classe: nella valutazione di tali ripercussioni il giudice diventa un “Prometeo liberato”.

⁵⁰⁹ Fonte: <http://www.osservatorioantitrust.eu/index.php?id=885>. Per lo più si tratta di azioni promosse da associazioni di consumatori – come il Codacons - avverso istituti di credito per il danno subito dai correntisti per avere pagato commissioni di massimo scoperto con ricapitalizzazione trimestrale degli interessi eccessivamente onerosa. Da ultimo, Corte di appello di Torino, Sez. I, ordinanza del 23 settembre 2011.

⁵¹⁰ Al contrario di quanto, invece, previsto dal Libro Bianco della Commissione UE del 2008 in materia di “azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie”. Tuttavia, nel senso del testo del codice si colloca anche la lettura data dalla Corte costituzionale con la sent. n. 469 del 2002, in cui relativamente al vecchio art. 1469-*bis*, comma 2, c.c., precisa che: «La preferenza nell'accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale si dimostra non irragionevole allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo *l'id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità. Una diversa scelta presupporrebbe logicamente che il piccolo imprenditore e l'artigiano, così come il professionista, siano sempre soggetti deboli anche quando contrattano a scopo di lucro in funzione dell'attività imprenditoriale o artigianale da essi svolta; il che contrasterebbe con lo spirito della direttiva e della conseguente normativa di attuazione»

⁵¹¹ Così, A. Pace, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova «class action»*, in <http://www.rivistaic.it>, 2011, n. 1, 8, ed in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, n. 1, 15.

⁵¹² M. R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to Legal Process*, New Haven, Londra, 1986, 117.

CAPITOLO IV

LA LIBERTÀ DI CONCORRENZA: ITALIA E STATI UNITI D'AMERICA A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. Comparazione tra Italia e Stati Uniti d'America: metodo ed intento. 2. Concorrenza, informazione e pluralismo. – 3. Tutela del consumatore e libertà di concorrenza. – 4. Rapporto tra Stati e Federazione e tra Regioni e Stato. – 5. Riflessi sulla forma di Stato democratica e osservazioni conclusive.

1. Comparazione tra Italia e Stati Uniti d'America: metodo ed intento

Dall'analisi svolta nel presente lavoro di ricerca emergono elementi di comunanza e di diversità, da un lato, nel rapporto tra Costituzione e libertà di concorrenza, e, dall'altro lato, nei sistemi di tutela adottati – ancorchè attenzionati solo a livello generale – negli Stati Uniti d'America ed in Italia.

Come è noto, la comparazione ha permesso di stabilire che la *lex fundamentalis* degli ordinamenti giuridici statali contemporanei non è offerta tanto dai principi che in essa determinano la distribuzione del potere politico tra gli apparati di imperio, quanto da quelli che definiscono in via essenziale i rapporti tra potere politico e società civile e, quindi, ciò su cui si fonda il concetto di forma di Stato⁵¹³. Alla luce di quanto ricostruito, l'affermazione della libertà di concorrenza e dei relativi sistemi di tutela *antitrust* all'interno di un ordinamento costituzionale rappresentano, specialmente negli ultimi decenni, un terreno di incontro/scontro tra potere politico e società civile. In tal senso, il sistema *antitrust* si pone come argine alla naturale inclinazione degli uomini a deviare dalle virtù di un'economia sociale di mercato, fondata sulla libertà di concorrenza.

Al di là delle considerazioni sulla Costituzione economica dell'Italia e degli Stati Uniti d'America, si intende comprendere quali assonanze e dissonanze emergano dalla comparazione dello sviluppo storico del principio della concorrenza e dai sistemi di tutela *antitrust* adottati nei due ordinamenti costituzionali⁵¹⁴. In questo capitolo si svolge

⁵¹³ G. Bognetti, *L'oggetto e il metodo*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, Roma, Bari, 2009, 5, 13.

⁵¹⁴ Infatti, secondo il costituzionalismo tradizionale, un approccio comparativo riguardo alla considerazione dei temi economici in Costituzione dovrebbe ricorrere alla Costituzione economica come oggetto della comparazione. M. Dani, *Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness*, cit., 205, 215, rifiuta tale metodo comparativo, sostenendo che esso presenta delle insormontabili difficoltà, quali la discrepanza tra modello teorico e realtà applicativa, la carenza strutturale della stessa Costituzione economica, l'ancoraggio Stato-centrico della nozione di Costituzione economica, nonché la sua relativa strumentalizzazione ideologica. Pertanto, viene proposto un metodo di comparazione alternativo nello sviluppo dei temi economici, ovvero quello dell'identità economica costituzionale (*Economic Constitutional Identity* - ECI), che – a differenza della Costituzione economica – consente una maggiore aderenza al dinamismo dei temi economici e, conseguentemente, una corrispondenza tra modello teorico e realtà applicativa.

un'analisi prettamente pubblicistica dei riflessi dell'adozione di un sistema di tutela *antitrust* all'interno degli ordinamenti costituzionali esaminati. Pertanto, si considererà la relazione tra pluralismo dell'informazione e libertà di concorrenza, il rapporto tra tutela della concorrenza e consumatore, le politiche di tutela della concorrenza nel sistema federale ed in quello regionale, nonché i riflessi dell'adozione di un sistema concorrenziale sulla forma di Stato.

2. Concorrenza, informazione e pluralismo

Sebbene nella Costituzione statunitense non sia esplicitamente enunciata la libertà di iniziativa economica - a differenza di quella italiana, il cui riferimento è circostanziato da limiti e fini - è innegabile che il modello adottato nell'ordinamento statunitense sia unicamente volto a perseguire un sistema di mercato concorrenziale.

La giurisprudenza, sia italiana che statunitense, ha messo in luce come la libertà economica sia strumentale all'esercizio del pluralismo⁵¹⁵. Infatti, nella storica sentenza *Associated Press v. U.S.*, 326 U.S. 1, 20 (1945), la Corte suprema ha applicato la legislazione *antitrust* alle agenzie di stampa a tutela delle imprese editrici di quotidiani, appunto perché libertà di iniziativa economica privata significa "libertà di tutti e non di pochi", perché "la libertà di pochi è potere, non già libertà"⁵¹⁶. In tale sentenza fu ravvisata una copertura costituzionale per quelle intese restrittive della concorrenza in grado di danneggiare non solo la libertà individuale genericamente intesa e la libertà di concorrenza, ma anche la libertà di manifestazione del pensiero riconducibile ai fondamentali valori posti dal I emendamento, perché "injury imposed upon the public". La legislazione *antitrust*, quindi, viene letta come la controparte economica del primo emendamento, perché in grado di rendere i mercati liberi come il primo emendamento per il mercato delle idee e dell'espressione verbale. Tuttavia, è stato osservato che - in realtà - il primo emendamento e la legislazione *antitrust* sono l'uno l'opposto dell'altro, appunto perché il primo emendamento è stato utilizzato quale limitazione al potere del governo di intervenire in materia di manifestazione del pensiero, mentre la legislazione *antitrust* non limita il governo, anzi, legittima gli interventi governativi nel mercato⁵¹⁷. La Corte, inoltre, si spinge ad affermare che la negazione dell'opportunità economica sia un

⁵¹⁵ La Risoluzione del Parlamento europeo del 25 settembre 2008 sulla concentrazione e il pluralismo dei mezzi d'informazione nell'Unione europea (G.U. dell'Unione Europea C 8 E del 14.1.2010, 8) evidenzia che «la legislazione in materia di concorrenza debba essere collegata con la legislazione sui mezzi d'informazione, in modo da garantire l'accesso, la concorrenza e la qualità e in modo da evitare conflitti d'interesse tra la concentrazione della proprietà dei mezzi di comunicazione e il potere politico, che sono pregiudizievoli per la libera concorrenza, la parità di condizioni ed il pluralismo».

⁵¹⁶ A. Pace, *Libertà "del"mercato e "nel"mercato*, cit., 329.

⁵¹⁷ R. Bork, *The Antitrust Paradox*, cit., 424.

mostruoso crimine contro il commercio pubblico e contro il diritto dell'individuo all'iniziativa economica⁵¹⁸.

La vicenda italiana del pluralismo nel settore dell'informazione è significativa anche in considerazione del fatto che in tale settore economico un monopolio privato costituisce una seria minaccia alla qualità del dibattito democratico. Fino agli anni Ottanta, in Italia, il mercato televisivo era aperto alla libera concorrenza solo a livello locale, sulla scorta della considerazione delle disparità tecnologiche dei mercati e delle conseguenze sulla sfera politica nazionale. Tale cesura tra concorrenza e pluralismo, tra mercati locali e nazionali si riflette e trova giustificazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale che, parallelamente, si evolve sino a riconoscere nei limiti legislativi concreti ostacoli al pluralismo dell'informazione⁵¹⁹. Già con la sent. n. 231 del 1985 con cui la Corte costituzionale, pur rimettendo al legislatore la decisione a riguardo, ha considerato la necessità di consentire la trasmissione di pubblicità commerciali col mezzo radiotelevisivo, sia perché essa costituisce «una condizione ritenuta essenziale perché possa aversi pluralismo nell'informazione», sia per tutelare l'utente-consumatore. La libertà di iniziativa economica privata è, quindi, strumentale alla «libera circolazione delle idee» (così, Corte cost., sent. n. 225 del 1974).

Il settore radiotelevisivo ha dato prova delle conseguenze del libero esercizio dell'iniziativa economica, in assenza di una adeguata legislazione a tutela della concorrenza e di una disciplina sui limiti dell'estensione dei poteri statali nell'ambito economico⁵²⁰. Invero, la necessità di un'organica disciplina della concorrenza si è manifestata nell'ambito della giurisprudenza relativa alla questione della riserva dello Stato nel settore radiotelevisivo, in cui si è affermato il valore positivo della concorrenza e della disciplina diretta a proteggerla come condizione costituzionale per superare il monopolio pubblico⁵²¹. Specialmente nel settore radiotelevisivo, la Corte ha ripetutamente sostenuto la necessità costituzionale di una disciplina *antitrust*⁵²². È stato opportunamente precisato che, ancorché il parametro formale adottato dalla giurisprudenza costituzionale in materia di concentrazioni radiotelevisive, sia stato l'art. 21 della Costituzione, ma anche l'art. 41 ha influito nell'elaborazione delle decisioni, quale norma garante della libertà economica a livello costituzionale⁵²³. Inoltre, il principio di trasparenza, di cui al comma 5 dell'art. 21 Cost., disponendo la conoscibilità dei mezzi di finanziamento della stampa periodica, è stato inteso come mezzo di tutela

⁵¹⁸ J. Note, *The So-called "Trusts"*, in 21 *Am. L. Rev.* 976, 977 (1887).

⁵¹⁹ Così, M. Dani, *Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness*, cit., 205, 242 ss.

⁵²⁰ Le sentenze storiche della Corte costituzionale in materia di concorrenza e sistema radiotelevisivo sono: nn. 59 del 1960; 225 e 226 del 1974; 202 del 1976; 148 del 1981; 153 del 1987; 826 del 1988; 112 del 1993; 420 del 1994.

⁵²¹ A. Lalli, *op. cit.*, 432.

⁵²² M. Giampieretti, *Pluralismo e concorrenza nel caso Seat-Tmc*, in *Giur. cost.*, 2001, 828, 833.

⁵²³ A. Lalli, *op. cit.*, 367.

dell'informazione pluralistica del cittadino, anche al fine di evitare il pericolo di formazione di oligopoli. Tale principio costituisce un punto di equilibrio, da un lato, tra la libertà di stampa e la libertà di essere informati e, dall'altro lato, tra la libertà di stampa e la libertà di iniziativa economica privata⁵²⁴.

Sugli effetti del finanziamento pubblico dei mezzi d'informazione la Corte suprema degli Stati Uniti, in *Federal Communications Commission v. League of Women Voters of California*, 47 U.S. 399 (1984), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un provvedimento legislativo del Congresso che vietava l'espressione di opinioni politiche nei programmi delle televisioni non commerciali finanziate dalla Federazione, proprio in considerazione dello "speciale vantaggio" da esse goduto. La Corte, al contrario, sostenne l'incomprimibilità del I emendamento e della conseguente libertà di manifestazione del pensiero.

In Italia, con la sentenza n. 112 del 1993 la Corte costituzionale ha ribadito di avere «da tempo affermato che il "diritto all'informazione" va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale» caratterizzata «dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie - che comporta, fra l'altro, il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse - in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti». Nella sent. n. 466 del 2002 la Corte costituzionale ha evidenziato il legame tra il pluralismo dei mezzi di informazione e la concorrenza, nonché messo in luce il consequenziale aggravamento delle concentrazioni in presenza di restrizioni delle condizioni di pluralismo (*Considerato in diritto*, n. 7). Sulla necessità della regolazione, con la sent. n. 420 del 1994, la Corte ha sostenuto che «condizione indefettibile per il superamento della riserva statale dell'attività di radiodiffusione è costituita da un'ideale disciplina che prevenga la formazione di posizioni dominanti le quali in questo settore possono non solo alterare le regole della concorrenza, ma anche condurre ad una situazione di oligopolio, che in sé pone a rischio il valore fondamentale del pluralismo delle voci, espressione della libera manifestazione del pensiero; pluralismo "esterno" che condiziona il carattere misto del sistema delle radiodiffusioni come attività di preminente interesse generale e che si coniuga - risultandone rafforzato - con il pluralismo "interno"». La libertà di accesso al mercato radiotelevisivo è assicurata alle imprese sia dall'art. 41 che dall'art. 21 Cost., determinando, come ineludibile imperativo costituzionale, la necessità di garantire «il massimo di pluralismo esterno, onde

⁵²⁴ F. Gambini, voce *Art. 21*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, V. Crisafulli, L. Paladin, Padova, 2008, 179. Sul rapporto tra pluralismo dell'informazione e necessità del servizio pubblico, nonché sulla vicenda dei finanziamenti pubblici erogati alle emittenti concessionarie di servizi pubblici, qualificati a livello comunitario come aiuti di Stato, si veda: M. Manetti, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 1.

soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione» (sent. n. 826 del 1988), appunto perché il fine dell'utilità sociale, di cui all'art. 41 della Costituzione, si collega ad un diritto sicuramente fondamentale: il pluralismo dell'informazione ex art. 21 Cost. (sent. n. 231 del 1985). Infatti, la «posizione di preminenza di un soggetto o di un gruppo privato non potrebbe non comprimere la libertà di manifestazione del pensiero di tutti quegli altri soggetti che, non trovandosi a disporre delle potenzialità economiche e tecniche del primo, finirebbero con il vedere progressivamente ridotto l'ambito di esercizio delle loro libertà» (sent. n. 148 del 1981), né la presenza della concessionaria pubblica - che pur si colloca in una posizione particolare in ragione della doverosa maggiore realizzazione del pluralismo interno nel servizio pubblico - è di per sé sola e sufficiente a bilanciare una posizione dominante nel settore privato essendosi già posto in evidenza come «il pluralismo in sede nazionale non potrebbe in ogni caso considerarsi realizzato dal concorso tra un polo pubblico ed un polo privato che sia rappresentato da un soggetto unico o che comunque detenga una posizione dominante nel settore privato» (sent. n. 826 del 1988). Nella sent. n. 206 del 2009 la Corte ha dichiarato illegittimo costituzionalmente l'art. 2, comma 2-*bis*, della legge n. 78 del 1999, nella parte in cui vieta con effetto retroattivo alle emittenti locali di utilizzare un marchio che richiami, anche in parte, quello di una emittente nazionale, in quanto «riduce l'effettività dell'accesso al mercato delle comunicazioni alle emittenti non aventi dimensioni nazionali». Da ultimo, la sent. n. 255 del 2010 ha confermato che la normativa statale in tema di «sistema integrato delle comunicazioni» attiene alla materia della tutela della concorrenza nel settore economico delle comunicazioni.

Anche nella Federazione americana, lo Stato ha attuato nei confronti della televisione un approccio regolatorio a livello nazionale. Infatti, il Congresso assorbì la materia delle comunicazioni radiotelevisive tra le proprie competenze, in quanto beni pubblici bisognosi di una regolamentazione al di là dei confini statali. Ciò nonostante, la fondazione delle stazioni radiotelevisive fu affidata all'iniziativa privata, nonché istituita una Commissione federale indipendente (*Federal Communications Commission*) avente il potere di distribuire le limitate assegnazioni dei canali. Inoltre, tale Commissione predispose dei particolari obblighi in capo ai privati titolari delle trasmissioni dirette a perseguire un'equa comunicazione televisiva, tra cui: l'obbligo di fornire un'informazione completa ed equilibrata su materie di interesse collettivo; concedere adeguato spazio ai vari punti di vista; ospitare, a parità di condizioni, la propaganda delle varie parti politiche; concedere richieste di rettifica⁵²⁵.

Il venir meno dei limiti fisici dei canali e l'ampliamento delle possibilità di trasmissione grazie allo sviluppo delle nuove tecnologie ha determinato un riadattamento alla lettura del I emendamento⁵²⁶, per cui l'intervento regolatorio è

⁵²⁵ G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, vol. II, Torino, 2000, 94.

⁵²⁶ I emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech,

giustificato solo qualora le condizioni del mezzo non consentono materialmente il pluralismo degli operatori della comunicazione. In tal senso, *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission*, 453 U.S. 367 (1981), si esprime sulla *Section 312 (a) (7)* del *Communications Act of 1934*, aggiunta dal Titolo I del *Federal Election Campaign Act* del 1971, che autorizza la *Federal Communications Commission (FCC)* a revocare la licenza televisiva «for willful or repeated failure to allow reasonable access to or to permit purchase of reasonable amounts of time for the use of a broadcasting station by a legally qualified candidate for Federal elective office on behalf of his candidacy». Secondo la Corte, la limitazione al diritto di accesso ai mezzi di comunicazione non viola il I emendamento per circoscrivere illegittimamente la discrezionalità dell'editore, bensì svolge una necessaria operazione di bilanciamento tra i diritti dei candidati, il pubblico e le emittenti concorrenti. A riguardo, la Corte ricorda che *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 110 (1973), evidenzia che «is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount».

La piena e libera concorrenza dei mezzi di comunicazione è fondamentale per la democrazia. Infatti, attraverso l'industria dei media il libero flusso delle informazioni consente ai cittadini di partecipare al processo democratico⁵²⁷. Già James Madison affermò che «un governo popolare senza un'informazione popolare, o senza gli strumenti per acquisirla, non è nient'altro che il prologo di una farsa o di una tragedia, o forse di entrambi». Pertanto, più il potere mediatico è concentrato, più sarà difficile avere un ampio ventaglio di punti di vista e di opinioni e che, di conseguenza, i media rispondano alle loro responsabilità.

In definitiva, la tutela della concorrenza nel settore delle comunicazioni costituisce la necessaria garanzia del pluralismo dell'informazione all'interno di un ordinamento democratico, proprio perché economia sociale di mercato e democrazia interagiscono al meglio quando l'opinione pubblica è fluida e plurale.

3. Tutela del consumatore e libertà di concorrenza

Come argomentato nel corso del testo, la disciplina posta a tutela della concorrenza non mira esclusivamente al perseguimento dell'efficienza economica, appunto perché l'efficienza economica non costituisce di per sé un valore. La visione dell'economia all'interno dell'ordinamento costituzionale deve essere guidata dalla «necessità di attivare e favorire il processo di trasformazione sociale» che, nel sistema costituzionale italiano, può essere rinvenuto nel principio di eguaglianza sostanziale ex

or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

⁵²⁷ P. Wellstone, *VIACOM-CBS MERGER: Growing Media Consolidation Must Be Examined to Preserve Our Democracy*, in 52 *Fed. Comm. L. J.* 551 (2001).

art. 3, comma 2, della Costituzione⁵²⁸. In tale ottica, si ritiene che la concorrenza è diretta a proteggere il consumatore, non nel senso di massimizzarne il benessere, ma nello specifico significato di salvaguardare il consumatore individuale dal potere dei monopolisti o dagli accordi anticoncorrenziali tra aziende indipendenti⁵²⁹.

Il legame tra tutela della libertà di concorrenza e tutela del consumatore è così stretto, al punto da essere stato autorevolmente ritenuto che la politica della concorrenza e la politica del consumatore si integrano vicendevolmente e completano il sistema di tutele: il consumatore è, in tal modo, protagonista dell'economia, del mercato e, quindi, della concorrenza⁵³⁰. Infatti, la dialettica tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore si risolve nella "complementarietà" dei due strumenti: la concorrenza va a beneficio ultimo dei consumatori, perchè mira a garantire l'emersione dei prodotti e servizi migliori ai prezzi più bassi; inoltre, tutelare i consumatori significa innanzitutto garantirne la libertà di scelta a beneficio del corretto esplicarsi delle dinamiche concorrenziali⁵³¹. Per di più, beneficio per il consumatore non è esclusivamente l'abbassamento dei prezzi, bensì può anche essere inteso nel senso di allargamento dell'offerta, innovazione tecnologica, progresso tecnico ed economico⁵³². L'osmosi tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore è stata evidenziata dalla Relazione Annuale dell'AGCM relativa all'attività svolta nel 2007, anno in cui si susseguirono

⁵²⁸ Così, M. Luciani, voce *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 373, 378. Si ricorda quanto espresso dal liberale Guido Cortese in Assemblea costituente: «Noi diciamo che non è già per coordinare in un piano le attività economiche, che lo Stato debba intervenire, ma per assicurare il benessere della collettività, e per difender soprattutto quel tale consumatore che io non vedo ricordato in questo Titolo dei rapporti economici, non vedo nominato in nessun articolo; eppure è lui il protagonista vero, perché tutti siamo consumatori, tutti i cittadini sono consumatori, e difendere i consumatori significa soprattutto difendere gli interessi delle categorie meno abbienti» in Atti dell'Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 3 maggio 1947, Assemblea, 3513.

⁵²⁹ Cfr. R. Whish, *Competition Law*, Londra, 1985, 12.

⁵³⁰ A. Catricalà, *Politica della concorrenza e riforma della regolazione: l'evoluzione della normativa nel 2007*, Relazione annuale del 30 aprile 2008 sull'attività svolta, in <http://www.agcm.it>, e L. Fiorentino, *Autorità garante e interventi a tutela del consumatore*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*. Atti del VIII Convegno, Treviso, 22-23 maggio 2008, 1. Il legame tra concorrenza e consumatore emerge nella costruzione della figura del "consumatore razionale", caratterizzato da libertà di scelta e di informazione e che rappresenta la lettura adottata nel presente lavoro. In tal senso, M. Dani, *Assembling the Fractured European Consumer*, cit., 362, 368, secondo cui, «come nel XVIII secolo la nozione di *homo economicus* ha reso possibile l'emancipazione dal sistema giuridico ed economico feudale, così nel progetto di mercato comune la nozione di consumatore razionale è l'individuo liberato dal protezionismo statale, dal paternalismo e dalle altre disfunzioni associate al deterioramento della democrazia rappresentativa. In vista degli scopi di integrazione economica, il mercato comune postula un agente circospetto, informato e sicuro di sé, in grado di esercitare con sicurezza la libertà di scelta tra beni e servizi, in funzione delle sue disponibilità economiche. Il mercato è il suo *habitat* ideale, mentre il suo atteggiamento nei confronti del processo decisionale politico è esclusivamente strumentale. Pertanto, il mondo del consumatore razionale è un mondo di mobilità e concorrenza, dove il coinvolgimento politico e la solidarietà sociale sono solo dimensioni secondarie» (mia traduzione libera dall'inglese all'italiano).

⁵³¹ L. Fiorentino, *Autorità garante e interventi a tutela del consumatore*, cit.

⁵³² M. Libertini, *Libertà di iniziativa e concorrenza*, cit., 231, 235.

alcuni importanti interventi legislativi di promozione della concorrenza e di tutela del consumatore⁵³³.

Infatti, la concorrenza riposa non già sulla totale assenza di regole, bensì sulla non discriminatorietà delle regole date e sulla parità di armi tra gli operatori economici⁵³⁴. Pertanto, concorrenza e mercato assurgono a valori da proteggere proprio perché si assume che attraverso la libera concorrenza si realizzano effetti positivi per la collettività, spingendo le imprese - appunto perché in concorrenza tra loro - a produrre innovazione, progresso ed efficienza e, conseguentemente, vantaggi per il consumatore⁵³⁵.

Della necessità di considerare la regolazione economica al fine di tutelare i diritti di libertà si trova traccia anche nei lavori dell'Assemblea costituente. Infatti, l'on. Lucifero, nella riunione della prima sottocommissione dell'Assemblea costituente, il 10 settembre 1946, sottolineò che i diritti di libertà possono essere violati non solo dai poteri esecutivo, legislativo e giudiziario, ma anche dal «quarto potere, quello economico». Nei confronti di questo potere lo Stato deve apprestare la sua tutela, essendo lo Stato di tutti, non lo Stato di una classe. Già in sede costituente era avvertito, con riferimento ai diritti di libertà (quale appunto la libertà di iniziativa economica

⁵³³ Infatti, la Relazione Annuale sull'attività svolta nel 2007 (consultabile su <http://www.agcm.it>) ha posto speciale attenzione su tre provvedimenti legislativi: la l. n. 40 del 2007, il d.lgs. n. 146 del 2007 e la l. n. 244 del 2007. Il primo intervento legislativo ha modificato la disciplina regolatoria di diversi settori (comunicazioni, carburanti, trasporto aereo, prodotti alimentari, servizi assicurativi, mutui immobiliari, rimozione di restrizioni normative e amministrative all'esercizio di attività economiche, quali acconciatore, estetista, guida turistica ed attività di autoscuola) intervenendo attraverso il rafforzamento diretto dei diritti dei consumatori nell'ambito di attività economiche connotate da una debole dinamica concorrenziale, nonché attraverso la liberalizzazione dell'accesso a taluni mercati. Il d.lgs. n. 146 del 2007, da un lato, recependo nell'ordinamento interno la direttiva comunitaria 2005/29/CE, ha rafforzato il ruolo dell'AGCM nella tutela amministrativa del consumatore, attraverso la predisposizione della tutela pubblicitaria in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, e - dall'altro lato - ha rinvigorito i poteri dell'AGCM in materia di imposizione di sanzioni, di avvio d'ufficio dei procedimenti, nonché di ampliamento delle ipotesi in cui possano essere svolte le ispezioni. In tal modo, si è inteso perseguire un interesse pubblico al mantenimento di un assetto di rapporti economici diretto a preservare la libertà di scelta dei singoli individui. Infine, l'introduzione da parte della l. n. 244 del 2007 dell'azione collettiva risarcitoria, quale strumento generale di tutela degli interessi dei consumatori, è stata accolta con favore dall'AGCM in quanto la relativa complessità della materia e dell'accesso alla prova, i tempi dell'accertamento, la sproporzione tra i costi del processo ed il danno rischiano di dissuadere il consumatore dal proporre individualmente alcuna azione risarcitoria.

⁵³⁴ L. Fiorentino, *Relazione introduttiva alla Giornata di Studio su Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nei mercati finanziari*, Milano, 2009. Sulla considerazione che sia lo stesso gioco della concorrenza a richiedere una regola ed un arbitro è significativo quanto scritto da F. Dürrenmatt, *I dinosauri e la legge. Una drammaturgia della politica*, Torino, 1985, 12: «Ma quanto più le regole del gioco, in origine semplici, si differenziano, tanto più il gioco si complica, tanto più si allarga, e quanto più si allarga, tanto più entrano in azione coloro che grazie alla loro abilità nel gioco possiedono, rispetto agli altri, un numero maggiore di pedine utilizzabili, e quanto più le pedine sono distribuite in modo diseguale tra i giocatori, tanto più si pone il problema di chi in realtà controlli il gioco. Anche se rispettare le regole del gioco è nell'interesse di tutti, le complicazioni del gioco inducono da una parte i giocatori esperti a barare (cosa di cui i giocatori meno esperti si accorgono troppo tardi), dall'altra fanno sì che i giocatori con meno pedine ridiventino lupi in libertà e aggrediscano i giocatori con più pedine per poter entrare meglio nel gioco in un modo contrario alle regole. È il gioco stesso quindi a esigere un arbitro».

⁵³⁵ A. Pisaneschi, *Dallo stato imprenditore allo stato regolatore e ritorno?*, Torino, 2009, 80.

privata), che i limiti ad essi previsti nelle norme costituzionali (nella specie, l'art. 41, comma 2, Cost.) costituiscono, per i terzi, il fondamento di contrapposti diritti⁵³⁶. Si ricorda l'affermazione di Vezio Crisafulli per cui la Costituzione «ha inteso fondare la democrazia politica sulla democrazia economica, assumendo i valori centrali della libertà e della dignità umana con riferimento all'uomo intero, persona privata e cittadino – all'uomo concreto, insomma, e concretamente condizionato dalla situazione reale in seno alla società civile»⁵³⁷. L'uomo concreto per la società civile odierna è anche - se non per lo più - un consumatore.

Nessuna norma costituzionale fa – testualmente – riferimento al diritto dei consumatori. Tuttavia, i diritti del consumatore consistono in «diritti di difesa» nei confronti del contraente più forte, e ciò, tanto nel caso che questo sia un professionista privato che si muove in un'ottica di libertà costituzionalmente garantita dall'art. 41, commi 1 e 2, quanto nel caso che questo sia un professionista privato che debba tener conto dei fini sociali previsti dall'art. 41, comma 3, Cost. (ipotesi del servizio pubblico gestito da un'impresa privata), quanto nel caso che il servizio pubblico sia gestito direttamente da un ente pubblico, che esercita le sue competenze in forza di disposizioni legislative e regolamentari in conformità con l'art. 97, comma 2, della Costituzione⁵³⁸. La tutela dei consumatori, discendente dalla tutela dei valori rilevanti di cui agli artt. 41, comma 2, e 32 della Costituzione, non costituisce una funzione da realizzare doverosamente, bensì un limite inderogabile⁵³⁹. I diritti dei consumatori - ancorché individuati, protetti e disciplinati dalla legislazione ordinaria - possono essere considerati, come diritti costituzionalmente riconosciuti e garantiti ex art. 41, comma 2, della Costituzione, poiché esplicitivi dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana. Di conseguenza, essi si collocano in una posizione preminente rispetto al diritto-valore costituzionale della libertà di iniziativa economica⁵⁴⁰. Il divieto di clausole vessatorie ed il diritto del consumatore ad essere informato sui contenuti del prodotto e sulle caratteristiche del servizio hanno come fondamento costituzionale l'art. 41, comma 2, della Costituzione⁵⁴¹. Per Peter Häberle, anche laddove l'economia sociale di mercato non costituisce una finalità costituzionale espressa, la garanzia della sua esistenza nello

⁵³⁶ A. Pace, *I diritti del consumatore tra gli artt. 41 e 97 Cost. e la normativa europea*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di G. Cocco, Milano, 2010, 86.

⁵³⁷ V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, 1954, in *Stato, Popolo, Governo, Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 191.

⁵³⁸ A. Pace, *I diritti dei consumatori*, cit. A riguardo, la figura dell'utente dei pubblici servizi è in qualche misura assimilabile a quella del consumatore, anzi è consumatore particolarmente debole perché, mentre il consumatore in astratto può non consumare, l'utente non può non consumare, stante l'essenzialità del servizio che fornisce prestazioni indispensabili alla soddisfazione di esigenze fondamentali per la vita civile e per il pieno sviluppo della personalità (Cfr. F. Modugno, *op. cit.*, 42 s.).

⁵³⁹ A. Pace, *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 l. n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà d'impresa*, in *Giur. cost.*, 1990, 1487.

⁵⁴⁰ F. Modugno, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?*, cit., 30.

⁵⁴¹ A. Pace, *I diritti dei consumatori*, cit., 88.

Stato costituzionale è rappresentata dalle irrinunciabili “tessere di mosaico” delle libertà economiche e sociali⁵⁴².

L'intervento pubblico in materia di consumi può contare su basi costituzionali quali gli articoli 23, 32 e 41 Cost. Quest'ultimo appare idoneo a legittimare una conformazione delle condotte dell'impresa, comprensive dell'attività produttiva, incidente sull'area dei consumi leciti⁵⁴³. Inoltre, l'utilità sociale, per la sue capacità diacroniche e di ampiezza semantica, è in grado di riempirsi di contenuti con riferimento ad altri diritti e valori direttamente riconosciuti e tutelati, quali i diritti dei consumatori: la libertà di concorrenza è, quindi, assurta a naturale espressione dello svolgimento della libertà di iniziativa economica e la concorrenza costituisce bene da tutelare perché capace di determinare una crescita del tenore di vita della collettività⁵⁴⁴.

L'emersione del consumatore come attore del mercato e l'attribuzione all'AGCM di competenze a sua tutela non sono, infatti, eventi recenti nell'esperienza italiana. Il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 conferì all'AGCM le competenze in materia di pubblicità ingannevole. Ci si trovava, peraltro, in un contesto di sistema imperniato sulla logica codicistica della concorrenza sleale e pressoché privo di strumenti di tutela pubblicistici per il consumatore. Il presupposto di una simile attribuzione era che un'autorità di concorrenza potesse assumere un doppio ruolo: garante del corretto funzionamento del mercato e garante dell'interesse pubblico alla correttezza e veridicità delle informazioni commerciali, allo scopo di preservare scelte libere e consapevoli da parte dei consumatori acquirenti. Obiettivo non molto diverso da quello sotteso alla disciplina *antitrust*. A ben vedere, del resto, è evidente che, da un lato, la pubblicità costituisce essa stessa una “leva” concorrenziale, e dall'altro, la deviazione dalla libertà e la

⁵⁴² P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005, 154. In *Siete tesis para una teoría constitucional del mercado*, in *Revista de Derecho Const. Europeo*, 2006, n. 5, 11, Peter Häberle analizza le relazioni tra Costituzione e mercato e, a tal fine, cita quelle Costituzioni democratiche che hanno normativizzato l'economia (sociale) di mercato e che dimostrano la connessione tra democrazia politica e democrazia economica, quali: il preambolo della Costituzione ungherese del 1949 («Al fine di ottenere la pacifica transizione politica verso un sistema multipartitico, la democrazia parlamentare e l'economia sociale del mercato attraverso lo Stato di diritto»); il progetto costituzionale della Federazione russa del 1992 («la libera concorrenza ed i benefici pubblici costituiranno la base dell'economia della Federazione russa» e «le relazioni economiche saranno costruite sulla base di un accordo sociale tra l'uomo e lo Stato, il lavoratore ed il datore di lavoro, il produttore ed il consumatore»); l'art. 80 della Costituzione del Portogallo (1976) prevede «la sottoposizione del potere economico al potere dello Stato»; l'art. 38 della Costituzione spagnola (1978) riconosce «la libertà di impresa nell'ambito dell'economia di mercato»; l'art. 19 della Costituzione olandese (1983) statuisce che «la creazione di sufficienti posti di lavoro è oggetto dei compiti dello Stato»; la Costituzione del Perù (1979) menziona nel preambolo che «in una società giusta l'economía è al servizio dell'essere umano e non è l'essere umano al servizio dell'economia ed all'art. 115 aggiunge che «l'iniziativa privata è libera. Si adotterà un'economia sociale. Lo Stato stabilirà le condizioni e le regole per il suo esercizio, al fine di armonizzarla con l'interesse sociale». L'Autore rintraccia una radice comune a queste norme costituzionali nell'art. 151.1 della Costituzione di Weimar: «l'organizzazione dell'economia deve tendere ai principi di giustizia e all'obiettivo della garanzia di un'esistenza dignitosa. Questo è il limite alla libertà economica individuale». Nell'analisi del rapporto tra democrazia e mercato, Häberle evidenzia che solo l'economia sociale di mercato può essere l'oggetto di un'analogia con la democrazia pluralista, in modo che il cittadino “commerciale” sia il cittadino democratico.

⁵⁴³ F. Pizzolato, *Autorità e consumo. Diritti dei consumatori e regolazione del consumo*, Milano, 2009, 39.

⁵⁴⁴ F. Modugno, *I diritti del consumatore*, cit., 31.

consapevolezza nelle scelte del consumatore hanno di per sé un effetto sulle dinamiche competitive del mercato⁵⁴⁵.

Successivamente i diritti dei consumatori sono stati qualificati come “fondamentali” dal Codice del Consumo e sono considerati dal legislatore italiano tra i diritti dell’uomo che la Costituzione ha – performativamente – dichiarato inviolabili⁵⁴⁶. Infatti, la situazione giuridica di alcuni diritti dei consumatori gode di una “preferenza” costituzionale rispetto all’interesse al profitto dell’imprenditore per quanto riguarda i bisogni essenziali qualificati, mentre per ciò che concerne i bisogni non essenziali, si pone su un piano di perfetta parità, *rectius* reciproca bilanciabilità, con la libertà di impresa nell’ambito del mercato, inteso come luogo normativamente regolato in cui si incontrano soggetti ugualmente liberi⁵⁴⁷.

Una corretta tutela del consumatore costituisce anche una tutela dell’uomo all’interno del mercato, luogo di relazioni in cui il consumatore è particolarmente esposto, in quanto soggetto debole. Se così non fosse, si porrebbe in essere una riduzione della tutela del cittadino⁵⁴⁸.

L’obiettivo della disciplina *antitrust* consiste nel concedere e preservare una serie di opzioni tra cui i consumatori possano scegliere. Nel breve periodo, la politica *antitrust* è diretta a fare sì che, laddove sia possibile, i consumatori possano scegliere tra le opzioni che il libero mercato sarebbe in grado di offrire in presenza di condizioni di libera concorrenza. Nel lungo periodo, l’*antitrust* garantisce che il libero mercato sia capace di raggiungere un valore ottimale di innovazione e di benessere. Una politica *antitrust* centrata sulla scelta è diretta al raggiungimento di un mercato più efficiente con il più alto livello di *surplus* per il consumatore, grazie a prezzi più bassi ed alla migliore qualità e varietà di prodotti. Pertanto, un modello *antitrust* di tal genere non solo protegge i benefici della scelta e della concorrenza del prezzo, ma va oltre, riconoscendo e proteggendo gli importanti elementi dell’innovazione, della varietà, della qualità, della sicurezza e degli altri aspetti della concorrenza non legata al prezzo⁵⁴⁹.

Il limite *antitrust* tutela, da un lato, direttamente gli interessi dei soggetti imprenditori, sia per ciò che riguarda l’accesso al mercato, che per la permanenza nel mercato stesso e, dall’altro lato, tutela indirettamente gli interessi dei consumatori, specialmente per la qualità, la sicurezza ed il prezzo dei prodotti⁵⁵⁰. In particolare, la

⁵⁴⁵ L. Fiorentino, *Autorità garante e interventi*, cit., 7.

⁵⁴⁶ F. Modugno, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?*, cit., 22.

⁵⁴⁷ N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., 95 ss.

⁵⁴⁸ M. Cerchiara, *La tutela del consumatore rispetto ai diritti fondamentali della Costituzione e il rischio di eccesso di potere legislativo in materia*, in *Giustamm.it*, 2007, n. 9.

⁵⁴⁹ R. H. Lande, *Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust*, in 62 *U. Pitt. L. Rev.* 503, 505 (2001). Lande, citando il caso della *Microsoft* e quello delle elezioni presidenziali del 2000 relativamente al conteggio dei voti ricevuti rispettivamente da Al Gore e George Bush in Florida, dimostra come la disciplina e l’attuazione dell’*antitrust* siano orientate in base al criterio della scelta del consumatore.

⁵⁵⁰ P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005, 451.

fissazione del prezzo e gli altri vincoli orizzontali che artificialmente restringono l'ordine delle opzioni di prezzo, in quanto il mercato concorrenziale altrimenti determinerebbe il prezzo risultato di una competizione "ad armi pari". La fissazione del prezzo impedisce ai consumatori di scegliere il miglior prezzo disponibile. Parimenti il prezzo predatorio interferisce con l'insieme delle scelte che un mercato concorrenziale potrebbe offrire, perché i prezzi predatorialmente bassi sono vantaggiosi per i consumatori solo nel breve periodo. Nel lungo periodo, infatti, i prezzi predatori minacciano l'eliminazione dal mercato di quelle aziende che forniscono alternative che i consumatori attualmente preferiscono⁵⁵¹. All'uopo, è essenziale riconoscere che l'interesse pubblico e quello del consumatore non sono identici. In primo luogo, l'interesse pubblico copre tutte le sfere dell'attività umana, mentre l'interesse del consumatore attiene esclusivamente alla sfera economica. In secondo luogo, l'interesse del consumatore è solo uno dei tanti interessi coinvolti nella nostra economia: è l'interesse dell'acquirente che coesiste insieme a quelli dei proprietari, dei lavoratori, dei produttori o venditori. Pertanto, confondere l'interesse pubblico con quello del consumatore è improprio⁵⁵².

Al fine di comprendere l'efficacia degli interventi legislativi e regolatori posti a tutela e/o a promozione della concorrenza, sono stati predisposti strumenti volti ad analizzarne l'impatto concorrenziale. A fianco dell'Analisi Tecnico-Normativa (ATN)⁵⁵³ e dell'Analisi d'Impatto della Regolamentazione (AIR)⁵⁵⁴, è stata recentemente introdotta la legge annuale per la concorrenza ed il mercato, al dichiarato scopo di "rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori" (art. 47, legge 23 luglio 2009, n. 99 - *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle*

⁵⁵¹ R. H. Lande, *Consumer Choice*, cit., 507.

⁵⁵² G. C. Means, *The Consumer and the New Deal*, in *The Ultimate consumer*, *Annals* s. 173:7-17, maggio 1934, 14.

⁵⁵³ Ai sensi della Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 10 settembre 2008 (*Tempi e modalità di attuazione dell'analisi tecnico-normativa - ATN*), l'ATN è tenuta a valutare l'impatto concorrenziale del provvedimento normativo o regolamentare. Infatti, la lettera l) del punto 10 della citata direttiva dispone che l'ATN è redatta in modo da assicurare: «l'incidenza positiva del provvedimento sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato, sull'ampliamento delle libertà dei soggetti dell'ordinamento giuridico, sui processi di liberalizzazione e restituzione delle attività, anche economiche ed imprenditoriali, ai meccanismi della società aperta».

⁵⁵⁴ L'art. 6, lettere g) ed h), del Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri 11 settembre 2008, n. 170 (*Regolamento recante disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*), dispone che la relazione AIR di accompagnamento agli atti normativi del Governo, agli atti interministeriali ed ai disegni di legge di iniziativa economica, *inter alia*, preveda: «g) la stima dell'incidenza sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato delle proposte regolatorie suscettibili di avere un impatto significativo sulle attività d'impresa; h) l'analisi delle conseguenze effettive delle norme in relazione ai processi di liberalizzazione e restituzione delle attività, anche economiche ed imprenditoriali, ai meccanismi della società aperta». Sull'analisi dell'impatto della regolazione sulla concorrenza si veda: L. Cavallo, *Analisi dell'Impatto della Regolazione sulla Concorrenza, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione*, in *www.osservatorioair.it*, aprile 2010; OCSE, *Manuale di valutazione dell'impatto concorrenziale della regolazione*, 2011, in <http://www.oecd.org/dataoecd/57/30/46891415.pdf>.

imprese, nonché in materia di energia)⁵⁵⁵. Tale legge impone al governo di tradurre annualmente in un apposito disegno di legge le osservazioni formulate dall'Autorità nelle proprie segnalazioni, indicando i casi in cui queste non hanno seguito. Una vera e propria verifica dell'impatto dell'attività di *advocacy* ed *enforcement* dell'Autorità, contenente i principali risultati dei propri interventi consultivi e di segnalazione, in merito a normative a persistente carattere o effetto anticoncorrenziale in un gruppo significativo di settori economici⁵⁵⁶.

La segnalazione presentata dall'AGCM nel 2010, ai fini dell'adozione della legge annuale, evidenzia proprio come tale provvedimento sia stato concepito per rimuovere le restrizioni ingiustificate della concorrenza e per promuovere in modo regolare e sistematico l'evoluzione filo-concorrenziale della concorrenza a beneficio dei consumatori⁵⁵⁷.

Conseguentemente, la regolazione della concorrenza e la relativa tutela del consumo all'interno di un mercato concorrenziale possono iscriversi entro un obiettivo complessivo di tutela dell'ordine pubblico⁵⁵⁸. Ad oggi alcune delle proposte sono state recepite solo dal d.l. n. 1 del 2012 (v. *infra*)⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ Per una lettura analitica di tali strumenti di promozione della concorrenza nell'ordinamento interno si veda: A. Argentati, *Il principio di concorrenza*, cit., 500 ss.

⁵⁵⁶ Cfr. Segnalazione AGCM AS659 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, 4 febbraio 2010, in *Boll.* n. 4/2010, 61 ss., in cui l'Autorità ha messo in evidenza – al pari della successiva Relazione Annuale relativa all'anno 2010 – la necessità di provvedere alla liberalizzazione ed alla regolazione dei mercati di alcuni servizi pubblici, aventi notevole rilevanza per il benessere dei cittadini, quali i servizi postali, ferroviari, autostradali ed aeroportuali. A fianco dei suddetti settori pubblici, sono stati – altresì ed *inter alia* – indicati, quali criticità concorrenziali nel quadro regolatorio nazionale, i servizi bancari-assicurativi e finanziari, il mercato del controllo societario e della distribuzione dei carburanti.

⁵⁵⁷ Segnalazione AGCM AS659, cit., 75.

⁵⁵⁸ F. Pizzolato, *Scelte private e pubblici interventi: la regolazione dei consumi*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di G. Cocco, Milano, 2010, 109, 110. Il carattere pubblico del consumo rileva anche se considerato dalla prospettiva del “non consumatore”, ovvero chi abbia rinunciato ad acquistare un certo bene o a beneficiare di un certo servizio a causa del costo eccessivo, cagionato dalla violazione delle regole di concorrenza. Da un punto di vista sociologico, è illuminante la riflessione di Bauman, secondo cui nella società dei consumi, ovvero nella società capitalista nella fase consumista, i soggetti si distinguono tra liberi e non liberi. I primi sono gli oppressori a livello burocratico ed i consumatori del mercato dei beni di consumo, mentre i secondi sono i non consumatori in quanto poveri (Z. Bauman, *La libertà*, trad. it., Troina (EN), 2002, 134 ss.). Infatti, quale diritto di libertà, anche il diritto dei consumatori è un diritto – per usare il linguaggio della teoria dei giochi – “a somma zero” e, pertanto, come è stato acutamente osservato, nel rafforzare la difesa dei diritti dei consumatori vi è necessariamente qualcuno che vi rimette: da un lato, la categoria dei “cittadini” e, dall'altro lato, quella dei “non-consumatori” (R. Bin, *I diritti di chi non consuma*, Relazione al Convegno “Diritti dell'individuo e diritti del consumatore”, Milano, dicembre 2007, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0159_bin.pdf ed in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di G. Cocco, Milano, 2010, 95). Infatti, quando è il mercato a governare la società solo chi non ha voce/potere d'acquisto è privo degli strumenti idonei a manifestare il proprio pensiero e, quindi, a difendere la propria posizione. Secondo questa lettura, i cittadini, anche attraverso la privatizzazione dei servizi pubblici, si sono trasformati in “utenti”, il cui consenso è mutato in *customer satisfaction*, la cui protesta politica si dissolve nel *jingle* in attesa di una risposta da parte di un operatore di *call center*. Si è, quindi, passati dalla verifica del consenso dei cittadini al sondaggio sulla *satisfaction* dell'utente. Come già accennato, l'altra categoria soppressa dalla sommatoria a zero è quella dei poveri e degli emarginati anche dai servizi essenziali ed universali, quelli esclusi dalle curve dell'efficiente allocazione delle risorse: i “non-consumatori”. I poveri di oggi sono prima di tutto dei non-consumatori o dei consumatori inadeguati e «difettosi»: la loro colpa è quella di non partecipare pienamente all'attività di

Il rapporto tra tutela dei consumatori e libertà di concorrenza è uno dei *leitmotiv* dell'evoluzione storica del sistema *antitrust* statunitense, come ricostruito nel capitolo III. Infatti, similmente a quelli italiani, ma da un periodo di tempo più lungo, i consumatori statunitensi ricevono protezione attraverso la predisposizione di un sistema regolatorio del mercato concorrenziale.

Sin dall'epoca del *New Deal* di Franklin Delano Roosevelt, emerse una particolare sensibilità consumeristica, che condusse alla predisposizione di un generale sistema di tutela avverso frodi, pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette per mezzo di leggi federali, statali e locali e della coesistenza di numerosi diritti d'azione in capo ai privati⁵⁶⁰. Le ragioni essenziali dei più importanti strumenti di intervento risiedono nell'intento di proteggere i consumatori poco informati contro venditori senza scrupoli. Altri interventi sono ispirati al proposito di proteggere i cittadini contro le pratiche abusive e discriminatorie dei monopoli e dei cartelli: in questi casi la protezione è affidata ad apparati amministrativi che fissano prezzi, e stabiliscono *standards* di qualità (quale l'*Interstate Commerce Commission*). Tutte queste misure hanno una base comune: l'eliminazione o la riduzione degli abusi del potere privato (singoli o imprese) su singoli o gruppi (consumatori, lavoratori, cittadini, minoranze etniche, ecc.)⁵⁶¹.

Nel sistema statunitense la più rilevante connessione tra *antitrust* e tutela del consumatore è presente nella *Section* n. 5 del *Federal Trade Commission Act*, in cui sono vietati atti o comportamenti scorretti o ingannevoli incidenti sul commercio («unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce»). Il *FTC Act* è la chiave di volta tra l'*antitrust* e la protezione del consumatore. Pertanto, il mandato della FTC si caratterizza per essere diretto a tutelare i consumatori⁵⁶². La *Section* n. 5 ha riempito gli interstizi dello *Sherman Act*, consentendo di applicare occasionalmente le *public policies* a protezione del consumatore e dell'*antitrust* anche nelle ipotesi non specificamente contemplate nello *Sherman Act* (*Grand Union v. FTC*, 300 F2d 92, 98-99, 2nd Circuit, 1962).

Considerata la difficoltà del *FTC* di perseguire efficacemente gli interessi del consumatore, gli Stati adottarono delle leggi (*Little FTC Acts*) dirette a proteggere il

consumo di beni e servizi. Nella società dei consumatori i poveri sono un peso morto ed una presenza solamente improduttiva (Z. Bauman, *Homo consumens*, trad. it., Gardolo (TN), 2007, 57). Sulla tutela dell'«aspirante consumatore» e sulle difficoltà dell'accesso alla tutela nel sistema statunitense si veda: G. Rossi, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, cit., 181 ss.

⁵⁵⁹ La necessità di valutare la condizione attuale della concorrenza in Italia è alla base dell'avvio di un'indagine conoscitiva sullo stato della tutela della concorrenza in Italia (18 gennaio 2012) da parte della X Commissione della Camera dei Deputati (Attività produttive).

⁵⁶⁰ Sull'articolazione dei meccanismi di tutela del consumatore a livello federale e statale: S. Weber Waller, J. G. Brady, R. J. Acosta, *Consumer Protection in the U.S.: An Overview*, in *European Journal of Consumer Law*, maggio 2011.

⁵⁶¹ G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, n. 3, 629, 635 s.

⁵⁶² M. D. Bauer, *The licensed professional exemption in consumer protection: at odds with antitrust history and precedent*, 73 *Tenn. L. Rev.* 131, 133, 2006.

consumatore. Ciò nonostante, gli strumenti statali non ebbero grande successo a causa dei costi giudiziari e delle disparità economiche tra imprenditori e consumatori⁵⁶³.

In *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 52 (1911), la Corte Suprema ha evidenziato che la politica dei liberi mercati richiede la libera formazione delle decisioni da parte del consumatore, così come la libera concorrenza tra le aziende⁵⁶⁴.

Infatti, nel sistema statunitense all'intervento *antitrust* è affidato il compito di tutelare il consumatore. Ogni volta che le corti americane si sono trovate ad affrontare un conflitto effettivo o potenziale tra benessere dei consumatori ed efficienza si sono schierate a favore degli interessi dei consumatori, proprio perché la protezione degli interessi dei consumatori è la "stella polare" dell'analisi *antitrust*⁵⁶⁵. Un allontanamento dalla "stella polare" è stato segnato dal caso *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), da cui derivò una vera e propria teoria, in forza della quale veniva impedito agli acquirenti indiretti di beni e servizi di ottenere un risarcimento dai danni subiti a seguito delle violazioni *antitrust*. Con tale decisione la Corte Suprema volle evitare il c.d. "multiple recovery", ovvero l'imputazione di responsabilità molteplici e relativo risarcimento multiplo a detrimento di coloro che avessero violato le regole della concorrenza. Considerando che nella maggior parte dei casi gli acquirenti indiretti non sono altro che consumatori, la decisione *Illinois Brick Co. v. Illinois* fu considerata come una violazione dei propositi di tutela del consumatore alla base dello *Sherman Act* e del *Clayton Act*. Conseguentemente, la dottrina del caso *Illinois Brick* non fu seguita da molti Stati e, successivamente, con la sentenza *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989), la Corte Suprema affermò l'insussistenza di un conflitto dovuto alla differenza tra coesistenti diritti d'azione a livello statale e federale. Da quel momento in poi si verificò un'impressionante divisione tra gli scopi dei rimedi *antitrust* a livello federale e statale. Basti pensare che un indiretto acquirente, ancorché gli venisse proibito di ottenere un risarcimento del danno subito a livello federale, avrebbe comunque potuto ottenerne il risarcimento in molti Stati, tanto da diventare le sedi ideali per l'accensione di azioni di classe⁵⁶⁶. In considerazione della necessità di un'armonizzazione delle politiche *antitrust* a livello federale e statale nell'aprile 2007 l'*Antitrust Modernization Commission* raccomandò che la posizione del caso *Illinois Brick* venisse annullata legislativamente attraverso un pacchetto di generali riforme relative alle controversie tra acquirenti diretti ed indiretti a livello federale⁵⁶⁷.

⁵⁶³ M. D. Bauer, *ibidem*, 143.

⁵⁶⁴ Nella decisione si legge: «Fintantoché salvaguardiamo un'economia imprenditoriale prevalentemente libera, l'allocazione delle nostre risorse in grande misura sarà fatta attraverso decisioni adottate per lo più dai privati. È un fatto di pubblico interesse che queste decisioni, nell'insieme, debbano essere adottate con intelligenza e fondate su informazioni corrette. A tal fine, il libero flusso delle informazioni commerciali è indispensabile» (mia traduzione).

⁵⁶⁵ L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust*, cit., 106 et 110.

⁵⁶⁶ A. I. Gavil, W. J. Kovacic, J. B. Baker, *Antitrust Law in Perspective*, cit., 1096.

⁵⁶⁷ A riguardo si veda <http://govinfo.library.unt.edu/amc/>.

In *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Serv. Inc.*, 504 U.S. 451 (1992), viene discussa la posizione degli acquirenti svantaggiati da asimmetria informativa, a seguito dell'adozione da parte della Kodak di politiche restrittive per l'accesso al mercato da parte degli *Independent Service Organizations* (ISOs) nella distribuzione del servizio di assistenza e vendita delle apparecchiature fotografiche. Questo caso dimostra come il c.d. "tying arrangement" esercitato da chi detiene un apprezzabile potere di mercato non solo determini asimmetria informativa, ma altresì contribuisca all'aumento dei prezzi di quanto offerto sul mercato, essendo ridotta la concorrenza sul mercato, da cui deriva conseguenzialmente un detrimento della posizione del consumatore.

I benefici goduti dal consumatore attraverso il perseguimento della tutela della concorrenza dimostrano che la concorrenza non sia un lusso proprio dei prosperi periodi di benessere e a cui bisogna rinunciare durante le fasi di crisi economica. Infatti, la concorrenza non costituisce il problema, bensì è parte della soluzione del problema stesso⁵⁶⁸. Sul punto, si è consolidato un crescente consenso intorno al ruolo della concorrenza come strumento di tutela dei consumatori e come stimolo per lo sviluppo e la crescita della produttività⁵⁶⁹. Infatti, il ricorso ad una efficace normativa *antitrust* è

⁵⁶⁸ L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust*, cit., 75. Sullo scarso utilizzo dell'*antitrust* nei periodi di crisi economica si veda D. A. Crane, *Antitrust Enforcement during National Crises: an Unhappy History*, in *Global Competition Policy*, dicembre 2008, il quale ripercorre i periodi di crisi negli Stati Uniti, in cui le politiche a tutela della concorrenza vennero accantonate, per via della considerazione dell'*antitrust* quale ostacolo al superamento delle difficoltà economiche. Il *New Deal* di Franklin Delano Roosevelt ha, infatti, "sospeso" il diritto *antitrust* attraverso l'introduzione del *National Industrial Recovery Act* (NIRA), un piano di recupero che - probabilmente - ha prolungato la durata della Depression. In Italia, parimenti, furono adottate delle politiche interventistiche come reazione alla crisi economica mondiale. A riguardo, V. Ottaviano, *L'iniziativa privata fra intervento pubblico ed esigenze di produttività*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. III, Milano, 1977, 885, analizza gli interventi pubblici seguiti alla crisi del 1929, evidenziando come essi fossero mirati a ripartire il reddito tra investimenti e consumi e, questi ultimi, tra consumi sociali e consumi privati. A quell'epoca, la reazione alla crisi avvenne attraverso l'assunzione da parte dello Stato del compito di assicurare il funzionamento e lo sviluppo dell'economia, per mezzo di interventi pubblici volti alla riorganizzazione dei settori industriali e al finanziamento delle imprese, quali l'istituzione dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI) e dell'Istituto Mobiliare Italiano (IMI), nonché la concessione di finanziamenti, fondati sulla giustificazione del perseguimento di scopi di utilità collettiva da parte dell'attività privata. Invero, non ricorrere al diritto *antitrust* è erroneo durante un periodo di depressione, perché limita gli incentivi dei produttori ad espandere la produzione e, di conseguenza, ad aumentare l'occupazione. D. A. Crane, in *Obama's Antitrust Agenda*, in *Regulation*, Fall 2009, trattando della crisi economica in corso e dell'impegno dell'amministrazione Obama nella promozione delle politiche *antitrust*, ha messo in evidenza come l'attuale Presidente degli Stati Uniti debba affrontare significativi ostacoli nell'attuazione di azioni a tutela della concorrenza in grado di migliorare il benessere del consumatore, nonostante le conseguenze delle azioni (anti)*antitrust*, attuate nella grave crisi economica mondiale, iniziata nel 2008, abbiano dato prova di non essere stato affatto a vantaggio del benessere sociale.

⁵⁶⁹ L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust*, cit., 136. Nella Relazione annuale relativa all'anno 2010, cit., 8 ss., l'AGCM ha evidenziato che «mercato e concorrenza sono i migliori servitori del progresso, come dimostra il fatto che hanno assicurato prosperità, pace e benessere in Europa per oltre un cinquantennio» e che per ottenere un'efficace politica di sviluppo sia necessario adottare «come strada maestra l'adozione di interventi strutturali di riforma della regolazione dei mercati, volti a conseguire un rapido ammodernamento dell'offerta di beni e servizi attraverso un'accentuata promozione delle dinamiche competitive». Inoltre, «assetto regolatori meno restrittivi generano enormi benefici per i cittadini e per il Paese in termini di reddito ed occupazione, peraltro senza costi per il bilancio pubblico», nonché «l'attivazione di efficaci dinamiche concorrenziali richiede un generale processo di riforma della regolazione in senso pro-concorrenziale, una rigorosa applicazione della disciplina *antitrust* e un'altrettanto

necessario anche ai fini della riduzione del tasso naturale di disoccupazione. Consideriamo che il salario reale, ovvero il salario misurato in termini di beni e non di moneta corrente, derivi dalla determinazione dei prezzi, di talchè se aumentano i prezzi, diminuisce il salario reale. Orbene, una normativa *antitrust* non restrittiva consente alle imprese di colludere più agevolmente e di aumentare il proprio potere di mercato, elevando il ricarico del prezzo sul costo di produzione (c.d. *markup*), si ha una riduzione del salario reale, che causa una disoccupazione più alta. Ciò costringe i lavoratori ad accettare un minor salario reale, determinando un aumento del tasso naturale di disoccupazione⁵⁷⁰. A queste condizioni, quindi, la concorrenza accresce l'occupazione e migliora le retribuzioni.

In conclusione, tutto il mercato tende a beneficiare della tutela del consumatore e considerando che l'interesse del consumatore è quello di operare in un mercato trasparente ed efficiente, esso non può che coincidere con l'interesse alla tutela del libero gioco della concorrenza, purchè si abbia considerazione - ai fini della tutela - della distinzione tra il momento dell'acquisto rispetto al momento dell'effetto dell'acquisto. È, infatti, necessario distinguere gli effetti che la tutela può determinare sulle altre categorie che interagiscono nel mercato, le quali possono subire un nocumento dalla predisposizione di interventi a tutela del consumatore⁵⁷¹. A tal fine, la disciplina posta a tutela del consumatore non può mirare esclusivamente al consumatore in sé e per sé considerato, ma deve tenere soprattutto conto del mercato e, quindi, apprestare tutele a quelle regole che consentano la nascita e lo sviluppo di una economia sana e solida, tramite appunto la piena attuazione del principio di trasparenza ed efficienza del mercato. Quando la tutela del consumatore coincide con tali obiettivi, ancorchè gli

incisiva azione a tutela del consumatore». Invero, specialmente durante i periodi di crisi economica, l'*antitrust* non è un ostacolo, bensì un aiuto. In tale prospettiva sembra siano direzionate le recenti azioni del Governo italiano volte all'adozione di politiche di liberalizzazione, quali strumenti per affrontare la crisi e superare la crescita. Già nella segnalazione AS901 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 5 gennaio 2012, pubblicata in Boll. ed. speciale del 9 gennaio 2012, supplemento al n. 51/11 (*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - anno 2012*), l'Autorità affianca la crescita economica ed il benessere del consumatore alla competitività del Paese, attraverso la promozione di interventi in materia di: servizi pubblici locali; appalti pubblici; distribuzione carburanti, gas ed energia elettrica; infrastrutture per trasporti, autostrade ed aeroporti; trasporto ferroviario; autotrasporti di merci su gomma; comunicazioni; servizi postali; banche ed assicurazioni; promozione della concorrenza nei mercati locali; servizio taxi; distribuzione dei farmaci; distribuzione editoriale; libere professioni.

⁵⁷⁰ O. Blanchard, A. Amighini, F. Giavazzi, *Macroeconomia. Una prospettiva europea*, Bologna, 2010, 191 s. Inoltre, se la competizione tra le imprese è ridotta, esse hanno un limitato bisogno di aggiustare i propri livelli di impiego e, pertanto, anche il costo della protezione dei lavoratori può essere contenuto. Al contrario, quindi, in presenza di un sistema competitivo, anche qualora le regole di protezione dei lavoratori non cambiassero, le imprese sarebbero tenute ad affrontare dei costi maggiori in termini di adempimento delle regole di protezione dei lavoratori, il che genererebbe un più alto livello di disoccupazione naturale (O. Blanchard, A. Amighini, F. Giavazzi, *Macroeconomia*, cit., 245). Ciò spiega l'effetto deleterio della globalizzazione di mercati in cui gli operatori che non sono tenuti a rispettare regole di protezione dei lavoratori e regole di concorrenza prevalgono rapacemente su chi, invece, è tenuto a tali adempimenti dal proprio ordinamento, realizzandosi conseguentemente le c.d. discriminazioni alla rovescia (v. *infra*, capitolo II).

⁵⁷¹ Cfr. M. Cerchiara, *op. cit.*

interventi così diretti possano – nel breve e nel medio termine – arrecare uno svantaggio a determinate categorie di soggetti del mercato, essi saranno comunque giustificati dal prioritario interesse pubblico di mantenere e costituire il benessere derivante da un'economia sociale di mercato, riconducibile al dovere inderogabile di solidarietà economica di cui all'art. 2 della Costituzione. Quell'economia sociale di mercato, che è divenuta il principio costituzionale immanente del modello dello Stato costituzionale, appunto perché la società aperta ha il proprio corrispettivo nell'apertura e nella libertà dei mercati⁵⁷².

4. Rapporto tra Stati/Federazione e tra Regioni/Stato

Una delle forme di divisione dei poteri si colloca sull'asse verticale del governo, ovvero su quello politico-territoriale. La forma di Stato è, in quest'ottica, rappresentazione dei vincoli associativi derivati dallo stabile radicarsi in uno stesso territorio di gruppi sociali tenuti insieme da interessi in largo senso politici, sorti in virtù della tradizione e di un comune modo di valutare i bisogni collettivi di base⁵⁷³. Alla luce di quanto già ricostruito, nel presente paragrafo si intende considerare il rapporto tra il modo di suddivisione dei poteri sull'asse territoriale ed i sistemi di tutela della concorrenza all'interno di un sistema propriamente federale, quale il modello statunitense, ed uno regionale, secondo la rielaborazione italiana.

Il modello originario di federalismo statunitense è di carattere duale, ovvero basato sul principio della piena separazione tra Federazione e Stati membri. Tale modello è proprio dello Stato liberale e contempla una riduzione degli interventi statali al minimo, specie in materia di regolazione economica e, conseguenzialmente, risulta incompatibile con le esigenze di uno Stato sociale. Proprio per la necessità di integrare lo Stato liberale con elementi di Stato sociale, nella prima metà del XX secolo negli Stati Uniti si è assistito al passaggio ad un sistema di federalismo cooperativo⁵⁷⁴. Il federalismo cooperativo si distingue dal federalismo duale per essere volto all'integrazione tra gli Stati membri, anziché alla separazione, prevedendo a livello centrale istituzioni, procedimenti e meccanismi di cooperazione fra i diversi livelli di governo al fine di perseguire finalità pubbliche riguardanti l'intera collettività nazionale, tipiche del *Welfare State*. A tale scopo, il *New Deal* di Franklin Delano Roosevelt del 1933, mosso dall'intento di stimolare la domanda di mercato e gli investimenti produttivi, ha introdotto dei correttivi propri di un modello di federalismo cooperativo. Tali alterazioni del modello duale erano legate, da un lato, all'affermazione di un mercato di

⁵⁷² P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, cit., 152.

⁵⁷³ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1976, 139.

⁵⁷⁴ Sul passaggio dal federalismo duale a quello cooperativo si veda l'attenta analisi di A. Pierini, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzione e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Torino, 2003.

dimensione nazionale e, dall'altro lato, alla garanzia dei diritti fondamentali da parte del *Bill of rights* in condizioni di eguaglianza, ai sensi della *equal protection clause* del XIV emendamento. Tra le innovazioni principali a livello costituzionale e legislativo che hanno arato il terreno su cui è intervenuto il *New Deal*, oltre al XIV ed al XVI emendamento, si ricorda lo *Sherman Act* e la successiva istituzione di un'Autorità *antitrust* a livello federale⁵⁷⁵.

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha svolto un determinante ruolo di stimolo per una legislazione innovativa, contribuendo a definire le linee politiche di volta in volta emergenti⁵⁷⁶. Nell'ambito dell'applicazione della *commerce clause*, in virtù della quale il Congresso ha il potere di regolare il commercio tra i vari Stati e con le nazioni straniere, la Corte suprema ha svolto la funzione di guardiano della libertà del commercio da misure (poste dagli Stati) fiscali o regolatorie gravose o di ostacolo alla circolazione e, quindi, alla concorrenza⁵⁷⁷.

Col *New Deal* muta la forma di Stato statunitense e si passa dalla Costituzione liberale a quella democratica, a seguito del rafforzamento dell'intervento pubblico nell'economia a fini redistributivi e di una maggiore concentrazione di potere degli organi federali su quelli locali⁵⁷⁸. Il ritorno ad un'impostazione più marcatamente liberale si registra nella seconda metà degli anni Ottanta del XX secolo, quando il Congresso riduce l'intervento pubblico in economia, ricorrendo alle politiche di *deregulation* e la Corte Suprema riconosce una maggiore sfera di autonomia agli Stati membri nell'esercizio del loro potere legislativo, tanto che la Corte giunge a consentire che il

⁵⁷⁵ C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, 2006, 222 ss.

⁵⁷⁶ G. Buttà, *Costituzionalismo e giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America tra Otto e Novecento*, in *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'età delle rivoluzioni all'età contemporanea*, a cura di F. Mazzanti Pepe, Genova, 2005, 231. In merito al rapporto tra scelte politiche e intervento giudiziario, Tocqueville osservò come negli Stati Uniti non vi fosse «avvenimento politico in cui non si senta invocare l'autorità del giudice; dal che egli conclude che il giudice sia una delle principali forze politiche. Quando, poi, esamina la costituzione dei tribunali, non vi si scopre, in un primo momento, che attribuzioni e abitudini giudiziarie. Ai suoi occhi il magistrato sembra introdursi negli affari pubblici solo per caso; senonchè, è un caso che si ripete tutti i giorni» (in A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., 122). Pertanto, la funzione politica delle corti è intrinseca al potere, ancorchè ciò non significa confusione di poteri e di ruoli (G. Buttà, *op. cit.*, 231, 232). Riguardo agli interventi della Corte in tema di libertà economiche W. F. Murphy, J. Tanenhaus, *Comparative Constitutional Law. Cases and Commentaries*, New York, 1977, 263, hanno evidenziato: «to curb State authority judges expanded the term “due process of law” in the XIV Amendment to encompass substantive as well as historic procedural protections. To curb federal authority, they read the X Amendment as if it restricted delegated powers of Congress to tax, regulate commerce and “make all laws which shall be necessary and proper” to execute specific grants».

⁵⁷⁷ Cfr. A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Londra, 1962, 229. È esplicitativo del rapporto tra concorrenza e *commerce clause* quanto espresso dalla Corte Suprema in *New Energy Co. of Indiana v. Limbach*, 486 U.S. 269, 273-274 (1988): «It has been long accepted that the Commerce Clause not only grants Congress the authority to regulate commerce among the States, but also directly limits the power of the States to discriminate against interstate commerce. [...] This ‘negative’ aspect of the Commerce Clause prohibits economic protectionism – that is, regulatory measures designed to benefit in-state economic interests by burdening out-of-state competition. [...] Thus, State statutes that clearly discriminate against interstate commerce are routinely struck down, [...] unless the discrimination is demonstrably justified by a valid factor unrelated to economic protectionism».

⁵⁷⁸ G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, in *La Costituzione liberale*, vol. II, Torino, 2000, 28.

Congresso potesse disciplinare qualsiasi materia che, anche indirettamente, incidesse sul commercio tra gli Stati membri⁵⁷⁹. Il recepimento di tale inversione di tendenza da parte della giurisprudenza è provato dal caso *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), in cui la Corte ha - per la prima volta - dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma federale per violazione della *commerce clause*, specificando le aree in cui sia consentito un intervento federale per mezzo di tale clausola: l'utilizzo delle reti del commercio infrastatale; la protezione e la regolamentazione delle risorse necessarie per il commercio infrastatale; la regolamentazione di tutte le attività che hanno una sostanziale relazione col commercio infrastatale⁵⁸⁰.

Fino alla *Reconstruction* di Roosevelt la Corte aveva escluso la legittimità costituzionale di leggi, federali e statali, che regolassero orari di lavoro e attività industriali. Nell'introduzione di elementi di federalismo cooperativo, il ruolo della Corte suprema diventa determinante: infatti, reinterpreta la *commerce clause*, la Corte consentì che le leggi federali potessero regolare tali materie⁵⁸¹. La cooperazione si sostanzia nella collaborazione da parte delle amministrazioni statali per l'esecuzione di leggi federali.

Dalla *commerce clause* discende il principio per cui l'unità economica è la Nazione che - di per sé - dispone della gamma di poteri necessari per controllare l'economia. Tale principio ha come corollario che gli Stati della Federazione non sono unità economiche separabili⁵⁸². Come argomentato nel *Federalist Paper* n. 42, tale clausola era volta a togliere

⁵⁷⁹ M. Comba, *Gli Stati Uniti d'America*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, Roma, Bari, 2009, 127, 129 et 132. Sul punto, si ricorda la sentenza *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964), in cui la Corte ha censurato la prassi di un hotel della Georgia di non accogliere *negroes*, in forza della considerazione che l'obbligo dei titolari di pubblici servizi di servire anche le "persone di colore" avrebbe favorito il commercio tra gli Stati.

⁵⁸⁰ La giurisprudenza statunitense ha elaborato anche il principio della "*negative or dormant commerce clause*", ovvero il principio costituzionale per cui la *commerce clause* impedisce la regolamentazione statale di un'attività commerciale intrastatale anche quando il Congresso non si è avvalso del suo potere per disciplinare quell'attività. Recentemente, la Corte Suprema in *Dep't of Revenue of Ky. v. Davis*, 553 U.S. 338-339 (2008), ha precisato che: «We ask whether a challenged law discriminates against interstate commerce. A discriminatory law is "virtually *per se* invalid," and will survive only if it "advances a legitimate local purpose that cannot be adequately served by reasonable nondiscriminatory alternatives." Absent discrimination for the forbidden purpose, however, the law "will be upheld unless the burden imposed on [interstate] commerce is clearly excessive in relation to the putative local benefits». Sull'applicazione della *dormant commerce clause* in alcuni casi disciplinati dalla legislazione statale *antitrust* si veda: B. O. Bruckmann, *The Case for a Commerce Clause Challenge to State Antitrust Laws Banning Minimum Resale Price Maintenance*, in *39 Hastings Constitutional Law Quarterly* 391 (2012). La *dormant commerce clause* consente agli Stati di disciplinare una parte del commercio al di là dei propri confini, finché tali discipline non entrano in conflitto con leggi federali. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 209 s. (1824), specifica che gli Stati possono sancire leggi che regolano il commercio fintantochè queste leggi non contraddicano o interferiscano con le leggi federali.

⁵⁸¹ C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, 2006, 224. Sulla *Reconstruction* si veda B. Ackerman, *We The People. Transformations*, Cambridge (MA), Londra, 1998, 99 ss. e S. Skowronek, *The Politics Presidents Make. Leadership from John Adams to Bill Clinton*, Cambridge (MA), Londra, 1993, 288 ss.

⁵⁸² Così la Corte Suprema in *Or. Waste Sys., Inc. v. Dep't of Env'tl. Quality*, 511 U.S. 93, 98 s. (1994), ove cita *H. P. Hood & Sons, Inc. v. Du Mond*, 336 U.S. 525, 537 s. (1949).

agli Stati membri il potere di impedire la libera circolazione di merci, capitali e persone sul territorio federale e, quindi, svolgeva la funzione di garanzia indiretta dell'unità dell'intero mercato statunitense⁵⁸³. Pertanto, la *commerce clause* costituisce il limite dell'uniformità della disciplina della tutela della concorrenza sull'intero territorio federale: laddove vi sia un'area che, per importanza e per scopo dell'attività, comporti un commercio infrastatale, allora sarà necessaria una regolazione uniforme della disciplina attraverso il ricorso alla c.d. *supremacy clause*⁵⁸⁴. Quest'ultima rappresenta la garanzia dell'unità nazionale ed il perno del sistema federale statunitense, in forza del quale la Costituzione e le leggi dello Stato centrale prevalgono su quelle degli Stati membri⁵⁸⁵.

A riguardo, si osserva che i sistemi *antitrust* a livello statale e federale non operano in maniera interamente indipendente l'uno dall'altro⁵⁸⁶. Infatti, i due sistemi legislativi si integrano come parti di uno schema a doppio livello in cui le leggi federali non sostituiscono, bensì integrano quelle statali. Il diritto *antitrust* statale ordinariamente completa il diritto federale occupandosi delle condotte anticoncorrenziali che si verificano all'interno dello Stato. Tuttavia, alcuni Stati hanno costruito i loro regimi *antitrust* in modo da occuparsi anche di condotte che varcano i confini dello Stato. Ciò ha destato significativi problemi nel rapporto tra federalismo e *commerce clause*, a causa delle possibili responsabilità extraterritoriali per condotte che non hanno effetti all'interno dello Stato⁵⁸⁷. Sebbene gli Stati possono applicare i propri sistemi *antitrust* alle

⁵⁸³ Così, G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, vol. I, Torino, 1998, 38. Nel *Federalist Paper* n. 42 (firmato da "Publius" James Madison) si legge: «A very material object of this power was the relief of the States which import and export through other States, from the improper contributions levied on them by the latter. Were these at liberty to regulate the trade between State and State, it must be foreseen that ways would be found out to load the articles of import and export, during the passage through their jurisdiction, with duties which would fall on the makers of the latter and the consumers of the former. We may be assured by past experience, that such a practice would be introduced by future contrivances; and both by that and a common knowledge of human affairs, that it would nourish unceasing animosities, and not improbably terminate in serious interruptions of the public tranquillity. To those who do not view the question through the medium of passion or of interest, the desire of the commercial States to collect, in any form, an indirect revenue from their uncommercial neighbors, must appear not less impolitic than it is unfair; since it would stimulate the injured party, by resentment as well as interest, to resort to less convenient channels for their foreign trade. But the mild voice of reason, pleading the cause of an enlarged and permanent interest, is but too often drowned, before public bodies as well as individuals, by the clamors of an impatient avidity for immediate and immoderate gain» (A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers* (1788), a cura di C. Rossiter, New York, 2003, 264).

⁵⁸⁴ Art. 6, *clause 2*, Cost. USA: «This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding».

⁵⁸⁵ Un esempio di necessaria uniformità della disciplina è descritto nel caso *State v. Milwaukee Braves, Inc.* 144 N.W.2d 1 (Wis. 1966), commentato da J. Goldberg, *Antitrust Law - Constitutional Law - Commerce Clause - Applicability of State Law to Professional Baseball. - State v. Milwaukee Braves, Inc.*, in 8 *Boston College Law Review* 341 (1967).

⁵⁸⁶ H. Hovenkamp, *State Antitrust in the Federal Scheme*, in 58 *Ind. L.J.* 375, 375 (1983).

⁵⁸⁷ M. J. Ruttinger, *Is there a dormant extraterritoriality principle?: Commerce Clause limits on State Antitrust Laws*, in 106 *Mich. L. Rev.* 545 (2007).

condotte fuori dallo Stato, la violazione denunciata deve avere un sufficiente effetto all'interno dello Stato. Da ciò consegue che la *commerce clause* teoricamente impedisce a qualsiasi Stato di applicare la propria legge extraterritorialmente, quando la condotta ritenuta illecita non ha avuto effetti all'interno dello Stato o quando il sistema di tutela impedirebbe il libero flusso commerciale tra gli Stati⁵⁸⁸.

Un ulteriore profilo di analisi del rapporto tra forma di Stato e tutela della concorrenza – e di cui già si è in parte trattato nel capitolo III, par. 4 - concerne il ruolo degli Stati della Federazione statunitense, quali *parens patriae* nelle azioni avverso illeciti *antitrust* che arrechino pregiudizio agli interessi dei consumatori. Basti ricordare il caso *Georgia v. Pennsylvania Railroad Co.*, 324 U.S. 439 (1945), in cui la Corte Suprema riconosce la legittimazione dello Stato della Georgia avverso un cartello ferroviario, appunto perché esso «limits the opportunities of her people, shackles her industries, retards her development and relegates her to an inferior economic position among her sister States». La Corte, quindi, riconosce non solo le conseguenze su imprese ed utenti, ma anche la parità di condizioni di concorrenza tra Stati, elementi tali da integrare un interesse pubblico che riguarda singoli individui, ma che è generale ed acefalo e, conseguenzialmente, autonomo da specifiche situazioni soggettive affette dall'illecito. In *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972), lo Stato attore lamenta il pregiudizio subito dal proprio sistema economico a causa di un cartello nel settore degli idrocarburi, consistente nella diminuzione dei redditi dei propri cittadini, più basse entrate fiscali, nonché riduzione delle opportunità di sviluppo e di sfruttamento della ricchezza nazionale. La Corte rigetta l'azione dello Stato, paventando una duplicazione dei risarcimenti perché quanto richiesto dalle Hawaii sarebbe il riflesso dei danni al “business or property” dei consumatori, i quali comunque possono agire con altri strumenti processuali previsti dal *Clayton Act*, ritenendo possibile un'azione risarcitoria dello Stato solo qualora siano lesi i suoi propri interessi commerciali. Resta comunque possibile lo strumento dell'azione inibitoria a cui può ricorrere lo Stato per la lesione dell'interesse acefalo al buon andamento dell'economia nazionale⁵⁸⁹. La Corte Suprema, quindi, ammette la lesione di un interesse pubblico ad opera di condotte contrarie al principio di concorrenza, tanto che nelle *dissenting opinions* dei giudici Douglas e Brennan viene considerato come non siano esattamente sovrapponibili il pregiudizio del singolo consumatore col pregiudizio subito dall'interesse generale dello Stato, non esaurendosi

⁵⁸⁸ Così in *Freeman v. Hewitt*, 329 U.S. 249, 252 (1946). M. J. Ruttinger, *Is there a dormant extraterritoriality principle?*, cit., ritiene che, in alternativa al principio di extraterritorialità e alla teoria della *dormant commerce clause*, un ulteriore metodo di risoluzione del problema di porre un argine alla legislazione statale potrebbe essere l'applicazione del principio di incoerenza (*Inconsistency Principle*), in forza del quale le Corti dovrebbero invalidare qualsiasi disciplina che forma una “obbligazione giuridica incoerente”, ovvero quando si richiede ad una parte di scegliere tra seguire le regole dello Stato di provenienza o dello Stato regolante, cosicché la scelta per una delle due determinerà una violazione della legge in un altro Stato. L'obiettivo di tale principio è di perseguire l'equilibrio tra leggi federali e statali contro la minaccia di extraterritorialità applicata alle discipline statali, non già di spostare il bilanciamento in favore della legge federale.

⁵⁸⁹ Così, G. Rossi, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, cit., 132 ss.

in una mera sommatoria di interessi individuali azionabili dai singoli, in via individuale o collettiva. Infatti, il giudice Douglas argomenta che «Hawaii [...] measures the health of her economic by her economic growth. No one citizen can stand in her shoes in those respect, for she represents the collective. Those interests should be held to be the State's "business or property" [...] and not merely the plants, factories, or hotels which she may own as a proprietor».

È stato autorevolmente affermato che tutti i sistemi possono essere comparabili fra loro, a patto di comprenderne, prima che le analogie, le differenze di fondo⁵⁹⁰. Tra il sistema *antitrust* statunitense e quello adottato in Italia, riflesso ed attuazione di quello dell'Unione Europea, sussistono profonde differenze che, comunque, non si ergono ad ostacolo per una proficua comparazione.

Da quanto descritto discende che nel sistema federale statunitense il rapporto tra Federazione e Stati nell'attuazione dei meccanismi di tutela della concorrenza è caratterizzato: dalla presenza di molteplici soggetti in grado di porre in essere la disciplina *antitrust*; dalla predisposizione di una disciplina legislativa *antitrust* sia a livello statale che federale, nonché dalla possibilità che, in presenza di determinate circostanze, gli Stati possano presentare – come *parens patriae* – ricorsi *antitrust* a livello federale.

Al contrario, nel sistema regionale italiano tali caratteri non sono rinvenibili, in quanto: l'attuazione della legge *antitrust* è limitata a determinati soggetti, la disciplina è unica sull'intero territorio nazionale e le Regioni non svolgono funzione di *parens patriae*, anzi – come è stato dimostrato dall'analisi della giurisprudenza costituzionale svolta nel capitolo II – l'attuazione degli interventi a tutela della concorrenza ha trovato un ostacolo proprio nelle barriere poste dalle Regioni. Per quanto riguarda le prime due differenze, dall'esame della giurisprudenza costituzionale svolto emerge che, dato il rilievo costituzionale della concorrenza, le leggi statali teleologicamente orientate alla sua tutela, quale la l. n. 287 del 1990, si pongono, rispetto alle norme regionali, alla stregua di un paramentro interposto di costituzionalità rispetto all'art. 117, co. 2, lett. e), della Costituzione⁵⁹¹.

L'influenza dell'articolazione dei poteri tra ente centrale ed enti territoriali è provata anche dall'evoluzione dell'ordinamento italiano. Infatti, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, la tutela della concorrenza è stata introdotta tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, e ciò ha definito la necessità di uniformità ed unità di disciplina del mercato sull'intero territorio nazionale. Il teso rapporto tra struttura territoriale dello Stato e modalità di tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano discende anche dalla considerazione che le decisioni della Corte costituzionale italiana in materia, dal 2001 in poi, sono prevalentemente derivanti

⁵⁹⁰ G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986, 38.

⁵⁹¹ Tale osservazione è argomentata da: F. Pizzolato, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, n. 2-3, 507, 522.

da ricorsi in via principale, ex art. 127 Cost., dello Stato contro leggi delle Regioni e delle Regioni contro leggi dello Stato⁵⁹².

Nella citata Segnalazione AGCM AS659 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza* (4 febbraio 2010), l'Autorità ha messo in evidenza la ricorrente difficoltà di applicazione a livello regionale e locale dei principi pro-concorrenziali statuiti nelle norme nazionali e la necessità della funzione di promozione della concorrenza a livello centrale, ai fini del funzionamento di alcuni meccanismi propri del federalismo competitivo. Infatti, secondo l'Autorità, in molti mercati permangono oggi discipline regionali ingiustificatamente restrittive e frequentemente in aperto contrasto con gli interventi nazionali di liberalizzazione. A riguardo, l'Autorità ha riscontrato questa difformità specialmente in alcuni settori, quali: la distribuzione commerciale (cfr. AS480, AS399); la distribuzione di carburanti (cfr. AS502); distribuzione di farmaci senza obbligo di prescrizione medica e modalità di esercizio della relativa attività (cfr. AS381; AS383; AS413); servizio idrico integrato (AS512; AS469; AS486; AS446); svolgimento di attività professionali (cfr. AS541; AS460; AS456).

L'esercizio della potestà legislativa esclusiva o concorrente delle Regioni rischia di compromettere l'efficacia dei processi di apertura avviati a livello nazionale o, quantomeno, di impedirne un omogeneo svolgimento nelle diverse aree geografiche del Paese, con effetti discriminatori per le imprese a seconda della localizzazione sul territorio e con grave pregiudizio per lo sviluppo dell'economia nazionale. A tale scopo, la norma introduttiva della legge annuale per il mercato e la concorrenza ha previsto che con tale strumento il legislatore possa dettare "principi fondamentali" nelle materie di competenza delle Regioni⁵⁹³. Recentemente l'art. 34 della l. n. 214 del 2011 (conversione in legge del d.l. n. 201 del 2011, "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici") ha dato una risposta all'esigenza di garantire la

⁵⁹² Come rilevato da A. Argentati, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di "tutela della concorrenza"*, cit., 8. A riguardo P. Ridola, *Intervento*, in *Quale, dei tanti federalismi?*, a cura di A. Pace, Padova, 1997, 371 s., sostiene che tale dato può essere considerato come un indice della separatezza o di una tensione tra la "Costituzione delle autonomie" e quella economica.

⁵⁹³ Cfr. Segnalazione AGCM AS659, cit., 70 ss. In prospettiva di introduzione di strumenti aggiuntivi e ulteriori rispetto a quelli già oggi previsti ai fini dell'effettività della funzione di promozione della concorrenza, tra le proposte indicate nella segnalazione vi è quella di attribuire alla stessa Autorità, quale soggetto dotato di peculiari connotazioni di indipendenza, terzietà e qualificazione tecnica, la legittimazione a sollevare, direttamente nell'ambito dei propri procedimenti di accertamento di illeciti o per il tramite del Consiglio dei Ministri, questioni di legittimità costituzionale in relazioni a previsioni considerate lesive del principio costituzionalmente protetto della libera concorrenza. Al fine di rafforzare il ruolo dell'Autorità è intervenuto l'art. 35 della l. n. 214 del 2011, che ha aggiunto alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'art. 21-bis (*Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*), in forza del quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Inoltre, l'Autorità, qualora ritenga che una p.a. abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate e, in caso di mancata risposta da parte dell'amministrazione, potrà presentare ricorso contro l'amministrazione stessa.

libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità per il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché per assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai beni e servizi su tutto il territorio nazionale. A tale scopo, ha abrogato – *inter alia* - tutte le norme restrittive che imponessero: un divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l’abilitazione a esercitarla solo all’interno di una determinata area; le distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all’esercizio di una attività economica; il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche. L’art. 34 della l. n. 214 del 2011 ha, altresì, imposto alle Regioni di adeguare, conseguenzialmente, la legislazione di propria competenza.

Da ultimo, nel solco delle proposte dell’AGCM⁵⁹⁴, l’art. 4 del d.l. n. 1 del 2012 intitolato “Norme a tutela e promozione della concorrenza nelle Regioni e negli enti locali”, attua il potere sostitutivo, di cui all’art. 120, co. 2, Cost. attraverso l’attribuzione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri del compito di monitorare la normativa regionale e locale al fine di individuare disposizioni in contrasto con la tutela e la promozione della concorrenza. Tali compiti sono esercitati anche su segnalazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. All’ufficio sono attribuiti altresì i poteri di assegnare all’ente territoriale interessato un congruo termine entro il quale rimuovere i limiti alla concorrenza riscontrati e, in casi di inutile decorso dello stesso, di proporre al Presidente del Consiglio dei Ministri l’esercizio del potere sostitutivo, previsto dall’articolo 120, co. 2, della Costituzione, con le modalità indicate dall’articolo 8 della legge n. 131 del 2003. In tal modo, il governo acquista il compito specifico di controllare la normativa regionale e locale, e, qualora ravvisi ostacoli alla concorrenza, di esercitare il potere sostitutivo, cioè il potere di rimuovere d’imperio tali ostacoli, dopo aver dato all’ente interessato il tempo necessario per procedere autonomamente⁵⁹⁵.

Come già argomentato precedentemente, i fenomeni economici possono incidere anche su settori di competenza legislativa regionale, ma la visione d’insieme delle forze capaci di influenzare il sistema economico deve competere ad un soggetto unitario.

⁵⁹⁴ Immediatamente prima dell’adozione del d.l. n. 1 del 2012 l’AGCM ha pubblicato AS901 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza* (5 gennaio 2012). Una parte di tali proposte ha, infatti, rappresentato il punto di partenza ed il riferimento del Governo nell’adozione del suddetto decreto-legge, attualmente in fase di conversione in legge. In riferimento al primo recepimento delle proposte dell’AGCM presentate mediante lo strumento della suddetta legge annuale, l’Autorità ha presentato alla X Commissione del Senato della Repubblica *Osservazioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato al disegno di legge AS 3110 di conversione in legge del decreto – legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, 8 febbraio 2012, in cui è stata evidenziata sia la relazione tra liberalizzazioni e crescita economica, che la necessità di una coerente implementazione delle regole sulla concorrenza, le quali – non necessariamente – devono essere imposte attraverso lo strumento legislativo.

⁵⁹⁵ A riguardo S. Boccalatte, *Decreto liberalizzazioni. I nuovi poteri dell’Antitrust: un freno al socialismo municipale?*, in <http://www.chicago-blog.it/>, gennaio 2012, ritiene che sarebbe stato più opportuno attribuire sostanzialmente tale potere all’AGCM, «relegando il Governo al mero ruolo di adozione formale di decisioni in realtà assunte dall’Autorità: così si sarebbe rispettato l’articolo 120 della Costituzione, che individua nel Governo l’unico soggetto che può esercitare il potere sostitutivo, valorizzando le capacità tecniche e l’autonomia di un soggetto “terzo” quale l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato».

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale illustrata ha dimostrato come l'uniformità sia un carattere variabile in funzione del settore d'incidenza, il cui fine sia quello di consentire la parità di accesso su tutto il territorio nazionale. L'uniformità, oltre ad essere presupposto della tutela della concorrenza, ne diventa anche limite. Infatti, la Corte costituzionale ha ammesso che la disciplina regionale possa ampliare la portata liberalizzatrice della normativa nazionale solo qualora goda di un autonomo titolo di legittimazione in quella materia e se gli effetti proconcorrenziali, indiretti e marginali, non siano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali a tutela e promozione della concorrenza. Tale spazio d'intervento è del tutto escluso in settori, come quello delle procedure ad evidenza pubblica, in cui la Corte ha ritenuto che le Regioni non possono intervenire neppure quando esse mirino a garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale, considerando che «l'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali» (sent. n. 283 del 2009). Ciò nonostante, sono state individuate dalla Corte delle aree di intervento proconcorrenziale regionale nei servizi pubblici locali (sent. n. 307 del 2009) e nella disciplina degli orari degli esercizi commerciali (sent. n. 150 del 2011)⁵⁹⁶.

In definitiva, nell'ordinamento costituzionale italiano ha prevalso la forza dell'uniformità della legge statale, al fine di evitare che il federalismo competitivo tra le Regioni degenerasse in federalismo corporativo, favorito dall'avvicinamento del livello decisionale a quello degli interessi direttamente incisi⁵⁹⁷. Pertanto, la disciplina della tutela della concorrenza a livello statale assume il ruolo di baricentro della regolazione pubblica dell'economia e costituisce un limite agli interventi regolatori regionali.

L'attitudine della tutela della concorrenza a porsi più come principio che come materia ha richiesto, sia in Italia che negli Stati Uniti d'America, una *actio finium regundorum* ad opera delle Corti. Tali interventi hanno provato che uniformità e cooperazione rappresentano gli strumenti necessari per dare equilibrio al rapporto tra tutela della concorrenza e enti centrali e territoriali, tra Federazione e Stati membri, tra Stato e Regioni.

⁵⁹⁶ Tuttavia, secondo A. Argentati, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di "tutela della concorrenza"*, cit., 40, in tali casi la Corte dovrebbe riconsiderare gli effetti sulla dinamica competitiva del mercato nazionale che, comunque, sono prodotti dalle discipline regionali differenziate.

⁵⁹⁷ Così, A. Argentati, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di "tutela della concorrenza"*, cit., 41. Sull'evoluzione dello Stato sociale all'interno di un disegno federale si veda il Rapporto Fornez, *Federalismo, concorrenza e Riforma del Titolo V della Costituzione. Risultati e proposte di una ricerca sul campo*, Milano, 2006.

5. Riflessi sulla forma di Stato democratica e osservazioni conclusive

Nel presente paragrafo si tenta di rispondere alla domanda se la libertà di mercato sia un attributo indispensabile per una forma di Stato democratica o se, invece, l'assoluta libertà di mercato costituisca un limite rispetto al processo democratico.

In generale, per forma di Stato si intende la forma che dà essenza allo Stato (*quae dat esse rei*): è la configurazione tipica che riguarda il modo di essere dello Stato considerato nel suo insieme rispetto ai suoi elementi costitutivi⁵⁹⁸. Tra le principali classificazioni della forma di Stato, elaborate a partire dalle esperienze del XVIII secolo, rileva il modo di determinare l'interesse pubblico, considerato specificamente in relazione ai rapporti economici, al cui perseguimento lo Stato è diretto⁵⁹⁹. Si è ritenuto, quindi, che uno dei livelli di analisi delle forme di Stato fosse quello attinente ai caratteri dell'ordinamento quale formazione economico-sociale, ovvero come il modo di produrre e distribuire ricchezza condizioni la società⁶⁰⁰.

Al contrario, secondo la lettura di Kelsen la libertà economica del liberalismo non appartiene al principio vitale di ogni democrazia, perché la democrazia può essere sia liberale che socialista⁶⁰¹. Seguendo il ragionamento di Kelsen, la libertà economica – e per estensione la libertà di concorrenza – non rappresenta un elemento distintivo di ogni democrazia, essendo possibile che, all'interno di un sistema democratico, sia adottato un sistema dirigitico o uno concorrenziale, come è dimostrato dalla lettura dell'art. 41 della Costituzione italiana (v. *supra*)⁶⁰². Tuttavia, l'evoluzione della libertà di

⁵⁹⁸ G. U. Rescigno, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Torino, 1989, 1.

⁵⁹⁹ Così, A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, 179. Le ulteriori principali classificazioni delle forme di Stato sono: la struttura unitaria o pluralistica dello Stato; il modo di configurare i rapporti fra governanti e governati nella formazione dell'indirizzo politico; il modo di conformare i rapporti fra le autorità ed i cittadini nell'ambito dei diritti dei cittadini. La classificazione basata sulla tutela dell'interesse pubblico con riferimento ai rapporti economici si fonda specialmente sulla distinzione tra Stato liberale, Stato sociale e Stato socialista. Secondo la dottrina dello Stato liberale, la massimizzazione del benessere è raggiungibile dagli uomini qualora fossero lasciati il più possibile liberi di sviluppare le loro capacità in concorrenza tra loro e, conseguentemente, allo Stato spetta assicurare il rispetto di un minimo di regole essenziali per la realizzazione di una convivenza pacifica. La teoria dello Stato sociale o di benessere si fonda su un più intenso coinvolgimento statale, volto a realizzare una parziale redistribuzione dei redditi. Lo Stato socialista, in ultimo, prevede il conferimento della gestione dei mezzi di produzione del reddito, al fine di svolgere un'equa redistribuzione tra tutti i cittadini. Cfr. A. Pizzorusso, *op. cit.*, 185 s.

⁶⁰⁰ Così, G. U. Rescigno, *Forme di Stato e forme di governo*, cit., 12, secondo cui una determinata forma economico-sociale tollera alcuni sistemi politici, ma non già qualsiasi sistema politico, e un sistema politico tollera alcune, ma non tutte le forme di governo conosciute.

⁶⁰¹ H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, 46. A riguardo, F. Neumann, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario* (1957), trad. it., Bologna, 1973, 298, ricorda che per Adam Smith monarchia, aristocrazia, democrazia andavano parimenti bene, purché lasciassero spazio al gioco della libera concorrenza. Infatti, secondo la teoria evoluzionistica di Adam Smith non è dovuta alcuna forma di intervento normativo nella sfera economica, in quanto si ritiene che il sistema economico non ha bisogno di essere "costruito" con interventi normativi, bensì si evolve spontaneamente verso le condizioni di massima efficienza (V. Donativi, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990, 13).

⁶⁰² Sul punto, si evidenziano le osservazioni di V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 52: «in relazione alla forma di Stato può accadere che la scelta di una formula politica di

concorrenza e dei relativi sistemi *antitrust* nei sistemi democratici ha dimostrato come l'esercizio della libertà di concorrenza sia foriero di risultati che influiscono sul miglior funzionamento della democrazia.

Consideriamo i due classici opposti politici: autocrazia e democrazia. Secondo Kelsen, l'idea di autocrazia si fonda su una totale negazione del valore della libertà corrispondente alla massimizzazione del potere, mentre quella di democrazia è l'idea di libertà come autodeterminazione politica tale per cui, affinché si pervenga al concetto di forma sociale democratica, è necessario che all'idea di libertà si aggiunga – limitandola - l'idea di uguaglianza⁶⁰³. Orbene, la concorrenza è il fondamento della libertà di autodeterminazione economica all'interno di un ordinamento costituito, che postula la necessità della “possibilità di iniziativa economica” per i potenziali ed attuali operatori del mercato. Se così non fosse, si favorirebbero posizioni di accentrimento di potere economico che ostacolerebbero il buon funzionamento di qualsiasi sistema democratico.

In un ordinamento caratterizzato dalla tutela della libertà individuale, quale quello democratico, risulta endemica l'inammissibilità della formazione di centri di potere economico privato, capaci di incidere sull'eguaglianza delle opportunità. Al contrario, nei sistemi corporativistici, propri delle forme di Stato dittatoriali, gli interventi dello Stato nell'economia sono rivolti - con il pretesto di garantire la pace sociale - a rafforzare il predominio dei detentori dei mezzi di produzione⁶⁰⁴.

La determinazione della libertà economica come un fine in se stesso, oltre che come un mezzo, risolve la questione della interdipendenza tra democrazia e libertà di mercato. Infatti, una democrazia indirizzata verso obiettivi di benessere “collettivo” e di restrizione delle libertà di mercato è un segno di inquinamento del quadro delle libertà. Ciò nondimeno viene ritenuto essenziale un ruolo dello Stato quale garante delle condizioni esteriori dell'ordine di mercato e, dunque, nel quadro delle libertà degli altri soggetti e dell'interesse pubblico sottostante⁶⁰⁵.

organizzazione valga di per sé ad escudere o ad affermare recisamente un dato tipo di Costituzione economica. [...] naturalmente ciò non può dirsi che avvenga sempre, ed anzi di norma l'indice qui adoperato consente un certo margine di gioco» e a pagina 85: «si considerino le connessioni fra i principi cardinali sulla formula politica dello Stato e l'esplicazione dell'iniziativa e dell'economia privata in genere, in rapporto alla possibilità di puntuale applicazione di quelli in regime di libero sviluppo di questa: se ne trarrà la chiave per intendere il vero significato e la vera portata dell'art. 41, nella composizione dell'apparente contrasto delle sue proposizioni e nell'attribuzione di un contenuto alle sue “formule in bianco”».

⁶⁰³ H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, cit., 43 s.

⁶⁰⁴ C. Mortati, *Istituzioni*, cit., 150.

⁶⁰⁵ M. R. Ferrarese, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, 291, 307. Invero, la relazione tra forma di Stato e forma di mercato risale al pensiero di Adam Smith, il quale non solo mise in luce gli effetti negativi del protezionismo mercantilista nei confronti dei principi di libertà ed eguaglianza, ma altresì evidenziò la capacità dei monopoli di condizionare con il loro potere le decisioni del Parlamento (A. Smith, *La ricchezza delle nazioni* (1776), trad. it., Torino, 1975, 821). Per Adam Smith, la forza della mano invisibile consente che l'interazione concorrenziale di individui liberi, in cerca di benessere personale, produca benessere generale. Se gli attori economici sono liberi, l'interazione economica può condurre a più elevati *standard* di vita per l'intera nazione, oltre che per gli attori stessi. Al contrario, i controlli governativi e

L'ordinamento statale fondato su una Costituzione democratica trova la sua *ratio* nell'esigenza di garantire i singoli dall'esercizio arbitrario del potere e, corrispondentemente, di tutelare e difendere la loro libertà⁶⁰⁶. In quest'ottica si pone anche il sistema di tutela della libertà di concorrenza: in tal senso, la concorrenza è stata riconosciuta come il più straordinario ed ingegnoso strumento per la riduzione del potere conosciuto nella storia⁶⁰⁷. Infatti, lo Stato costituzionale rifiuta la concentrazione del potere a garanzia delle libertà: non solo la concentrazione di poteri politici, ma anche la concentrazione di poteri economici è pericolosa⁶⁰⁸. Le concentrazioni monopolistiche in campo economico possono minacciare la libertà ed «imporre ad un popolo i propri sistemi di valori»⁶⁰⁹. Il mercato – presupponendo scambi pacifici, razionali e reciprocamente accettabili tramite la contrattazione - può esistere solo all'interno di un ordine sociale⁶¹⁰. Se la forma di Stato è espressione del rapporto tra autorità e libertà, allora la disciplina *antitrust*, che si pone come limite e tutela della libertà nell'esercizio di autorità, deve essere ricondotta tra i criteri identificativi della forma di Stato.

Come provato dalle vicende del pluralismo dell'informazione e della tutela del consumatore, gli interventi legislativi *antitrust* si pongono come esempio di disciplina statale di garanzia di situazioni soggettive private costituzionalmente rilevanti. In forza di tale garanzia, l'intervento dello Stato si configura come volto soltanto a porre le regole del gioco dell'attività dei privati, e ad assicurarne il rispetto, al fine di consentire che tale attività si svolga su un piano di parità e di coordinamento con quella degli altri privati e non in contrasto con l'interesse generale⁶¹¹.

Il rapporto tra modalità organizzative del mercato e sfera di libertà degli attori del mercato e della società in generale era alla base anche dello *Sherman Act* (v. *supra*, capitolo III). Infatti, secondo gli autori di tale *statute* il problema da affrontare era il modo di combattere le concentrazioni di poteri derivanti dalle restrizioni di mercato,

corporativi sulle decisioni economiche private hanno reso davvero gli Stati più poveri e deboli a causa dell'interferenza con tale processo. Per Smith un sistema competitivo – di per sé e senza intervento legislativo – favorisce la distribuzione generale dei benefici economici. Cfr. D. J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford, 1998, 19 s.

⁶⁰⁶ Si veda L. Carlassare, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, n. 1, 33, 45.

⁶⁰⁷ F. Böhm, *Democracy and Economic Power*, in *Cartel and Monopoly in Modern Law*, 1961, vol. I, 25, 42.

⁶⁰⁸ L. Carlassare, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, cit., 33, 60.

⁶⁰⁹ F. Neumann, *op. cit.*, 305. Per Woodrow Wilson, i trusts e i monopoli non segnavano il trionfo della libertà d'impresa, bensì la sua sconfitta che travolgeva anche la libertà politica (W. Wilson, *The New Freedom*, New York, 1913, 18 ss.). Pertanto, la libertà economica diventa un indispensabile mezzo per la realizzazione della libertà politica (in tal senso, M. Friedman, *Efficienza economica e libertà*, Firenze, 1967, 26). Sulla relazione tra pace e libertà di commercio si ricorda quanto affermato da C. - L. de Secondat de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), Libro XX, trad. it., vol. II, Milano, 1973, 650: «Il commercio guarisce dai pregiudizi distruttori, ed è quasi massima generale che ovunque vi sono costumi miti, v'è commercio; e che ovunque v'è commercio vi sono costumi miti».

⁶¹⁰ J. W. Hurst, *Law And Markets In United States History, Different Modes Of Bargaining Among Interests*, Union, New Jersey, 1982, 27.

⁶¹¹ R. Niro, *op. cit.*, 12.

nonché le infauste ripercussioni sulle libertà individuali e sul funzionamento della democrazia⁶¹². Invero, già nel periodo antecedente l'adozione dello *Sherman Act* era diffusa l'idea che non solo la libertà d'impresa, ma anche la democrazia politica fosse messa in pericolo dallo sviluppo delle potenti concentrazioni d'affari⁶¹³. Infatti, nel *Federalist Paper* n. 10 (v. *supra*) viene indicata quale grave minaccia alla democrazia la fazione, ovvero la concentrazione di interessi particolari a discapito di quelli generali. La storia della legislazione *antitrust* statunitense e della sua interpretazione giurisprudenziale dimostrano il proposito di soddisfare delle aspirazioni intangibili volte ad ottenere un'appropriata distribuzione del benessere, dell'opportunità economica, della sicurezza, della scelta e della libertà politica⁶¹⁴. Se è vero che non c'è crescita senza democrazia e che la concorrenza, quale libertà in grado di promuoverne altre, è in grado di contribuire alla crescita nazionale, allora la tutela della concorrenza diventa elemento fondante di una democrazia moderna⁶¹⁵.

Nella “repubblica democratica di produttori e proprietari indipendenti” degli Stati Uniti d'America, caratterizzata dal decentramento politico ed economico tipico di una società pluralistica, la formazione di *trusts* ed il consolidamento di monopoli privati venivano avvertiti come minacce alla “vitalità della stessa democrazia”⁶¹⁶. Pertanto, la

⁶¹² Cfr. A. Argentati, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, cit., 151. L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'état. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Parigi, 1985, 130, osserva che, nella concezione americana, la concorrenza è collegata ad una certa lettura dell'eguaglianza delle possibilità e della dinamica sociale. Infatti, la libertà di iniziativa economica risale all'ideale di Jefferson della democrazia americana strettamente collegata ad un'economia di piccoli produttori, fondata sull'eguaglianza, al di là delle ingerenze governative (v. *supra*). Inoltre, l'Autore osserva che, come la Costituzione per l'ordine generale, così la legge *antitrust* per l'ordine economico, sono norme fondamentali della libertà degli individui, all'interno dello Stato federale, degli Stati dell'Unione e delle collettività pubbliche.

⁶¹³ H. B. Thorelli, *op. cit.*, 565.

⁶¹⁴ D. W. Barnes, *Revolutionary antitrust: efficiency, ideology, and democracy*, 58 *U. Cin. L. Rev.* 59, 61, 1989. L'Autore sostiene, *inter alia*, che i mercati concorrenziali consentono di ottenere una distribuzione del benessere coerente con la premessa normativa che qualsiasi differenza tra il costo di realizzazione di un prodotto ed il prezzo massimo che un consumatore è disposto a pagare “dovrebbe” andare a beneficio del consumatore piuttosto che del produttore.

⁶¹⁵ Sul rapporto tra sviluppo, libertà e democrazia si veda: A. Sen, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia* (1999), trad. it., Milano, 2000. Negli Stati Uniti, afferma Robert Dahl, «una richiesta di libertà economica è tanto valida quanto quella di libertà o di uguaglianza politica, dal momento che la prima include un diritto alla proprietà privata e che quest'ultima comprende i diritti, per i proprietari, di controllare ovvero delegare il controllo sulle loro imprese nella maniera che essi reputano idonea», in R. Dahl, *La democrazia economica*, Bologna, 1989, 285. Dahl ha investigato il rapporto tra democrazia e capitalismo, sostenendo che se è vero che la democrazia rappresentativa moderna si è affermata solo in Paesi con economia capitalista, favorendola per le conseguenze sociali e politiche, è pur vero che il mercato e la concorrenza senza regole risultano dannosi per la democrazia, non perseguendo – di per sé – interessi utili a raggiungere l'equità sociale. Pertanto, la concorrenza ed il mercato necessitano di una regolamentazione ed un intervento governativo al fine di attenuarne gli effetti nocivi, in tal modo risulta evidente come l'economia di mercato influisca sull'operato delle istituzioni politiche e viceversa (R. A. Dahl, *Sulla democrazia* (1998), trad. it., Roma, Bari, 2000, 175 ss.).

⁶¹⁶ Così R. Niro, *Profili costituzionali*, cit., 23 s.

libertà di mercato è da considerare essenziale ai fini del mantenimento di un quadro politico liberale⁶¹⁷.

Di fatti, l'allocazione di beni e servizi è una delle funzioni del diritto dal cui modo di manifestarsi dipende anche la forma di Stato adottata⁶¹⁸. La libertà di iniziativa economica è, quindi, annoverabile tra quei fini definibili come "interessi costituzionalmente protetti" che contrassegnano la forma di Stato⁶¹⁹. Non è un caso che la democrazia costituzionale abbia trovato «sostegno intellettuale nella scoperta del XVIII secolo delle proprietà di coordinamento spontaneo dell'economia di mercato»⁶²⁰. Il mercato assolve ad una funzione di carattere costituzionale, a difesa delle libertà personali. Conseguentemente, laddove le libertà economiche entrano nel quadro delle libertà fondamentali, vengono protette a livello costituzionale⁶²¹.

L'istituzione e l'uso del potere economico influiscono sulla Costituzione dello Stato democratico e sulle relazioni - bilanciate costituzionalmente - tra la sfera pubblica e quella privata⁶²². Da ciò consegue che prevenire e distruggere i monopoli attraverso la promozione della concorrenza ha il vantaggio di attivare il potere di autocontrollo del sistema economico di libero mercato e simultaneamente attenua i meccanismi di controllo governativo e di interventi restrittivi⁶²³.

Per John Locke la società naturale, di cui lo Stato è la rappresentanza politica, si configura come il luogo in cui si svolgono i rapporti economici tra gli uomini, del tutto affidati all'iniziativa libera dei singoli, mentre lo Stato ha la funzione di garantire il libero

⁶¹⁷ M. R. Ferrarese, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, 291, 300.

⁶¹⁸ G. Amato, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2006, 11.

⁶¹⁹ G. Bianco, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999, 80 s. e F. Galgano, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionale*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Vol. I – Costituzione economica*, diretto da F. Galgano, Padova, 1977, 511, 513.

⁶²⁰ J. Buchanan, *Stato, mercato e libertà*, Bologna, 1989, 285.

⁶²¹ M. R. Ferrarese, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, 291, 300.

⁶²² F. Böhm, *Democracy and Economic Power*, in *Cartel and Monopoly in Modern Law*, vol. I, 1961, 25, 42. Ne *La democrazia in America*, cit., Tocqueville afferma che «nelle democrazie niente è più grande o più brillante del commercio; attrae l'attenzione del pubblico e riempie l'immaginazione della moltitudine; tutte le passioni energetiche sono dirette verso di esso. [...] Coloro che vivono in mezzo a fluttuazioni democratiche hanno sempre davanti ai propri occhi l'immagine della possibilità e finiscono per apprezzare tutte le imprese in cui la possibilità ha un ruolo. Loro sono tutti, quindi, diretti ad entrare nel commercio, non solo per la salvezza del profitto, ma anche per l'amore per la costante eccitazione proveniente da quella ricerca».

⁶²³ F. Böhm, *Democracy and Economic Power*, cit., 25, 43. Inoltre, a pagina 33 l'Autore osserva che «private power does not in any way fit into a constitutional democracy. It has no legitimate standing either in the system of government or the system of society of a constitutional democracy. Our system of government cannot tolerate it, because it knows no other than constitutionally assigned power with a political purpose». Secondo l'A., i membri economicamente potenti della società acquisiscono un'influenza politica sulle autorità e usano questa influenza al fine di rafforzare e di ottenere la legittimazione politica per le loro posizioni economicamente dominanti con l'aiuto della legge e del governo, determinando, quindi, un «feudalizing process which poses a serious threat to democracy».

gioco della concorrenza economica⁶²⁴. Pertanto, allo Stato deve essere attribuito il compito di tutelare la libertà di concorrenza, quale valore strumentale al perseguimento del benessere economico⁶²⁵. La funzione dello Stato - nel suo esercizio di imposizione di regole al potere - diventa quella di limitarsi a garantire il rispetto delle “regole del gioco”, in una posizione neutrale, diretta alla tutela del principio di uguaglianza formale⁶²⁶. Infatti, la funzione delle politiche *antitrust* è proprio quella di porre argini ai poteri consolidati che impediscono l'ingresso di nuovi soggetti all'interno del mercato di loro interesse. L'intervento pubblico rappresenta, quindi, la “mano visibile” che indirizza la “mano invisibile” verso fini di interesse generale.

Sia in Italia che negli Stati Uniti d'America la concorrenza, a seguito di un arduo percorso, si è assestata come valore strumentale all'affermazione di altri valori fondamentali. Infatti, l'effettività del diritto costituzionale implica necessariamente l'apertura del mercato a tutti i cittadini, la parità di accesso tra gli stessi, ovvero la concorrenza e l'economia di mercato e, pertanto, la sua corrispondenza all'utilità sociale⁶²⁷. Negli Stati Uniti tale affermazione è avvenuta attraverso il XIV emendamento e il *due process of law*, mentre in Italia è stata necessaria l'influenza comunitaria e poi, nel 2001, la definitiva conferma costituzionale dell'affermazione della tutela della concorrenza all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano.

Il riconoscimento del valore sociale della concorrenza si riflette essenzialmente nella capacità di migliorare nel lungo periodo il benessere dei consumatori. Vista sotto questo profilo la concorrenza appare chiaramente come un bene pubblico⁶²⁸.

⁶²⁴ S. Tassinari, *Storia della filosofia occidentale*, vol. II, Firenze, 1994, 304. Come affermato da N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Torino, 1963, 239: «l'astratto stato di natura dei teologi e dei giusnaturalisti si riempie in Locke di un contenuto concreto, diventa il luogo dei rapporti economici tra gli individui e rappresenta assai bene la scoperta di un piano economico dei rapporti umani distinto dal piano politico o, se si vuole, l'individuazione del momento economico come momento precedente e determinante quello politico; la società naturale, cioè la società in cui gli uomini vivono seguendo leggi naturali (non poste più o meno arbitrariamente da un'autorità) si trasforma in una società dominata dalle leggi, anch'esse naturali, della libera concorrenza economica. Si viene delineando una contrapposizione, che sarà gravida di conseguenze, tra la società economica come società naturale e la società politica come società artificiale che si sovrappone alla prima, ed è retta e quindi accettabile solo se vi si sovrappone non per deformarla ma per regolarla. In questa risoluzione della società di natura nella società dei rapporti economici l'economia funge da struttura e la politica da sovrastruttura. Non c'è dubbio che in Locke la politica debba essere al servizio dell'economia. E in questo primato dell'economico che è anche il naturale stanno le caratteristiche e anche la modernità del giusnaturalismo lockiano». Secondo Bobbio, la concezione lockiana dello Stato potrebbe essere sintetizzata nella formula: “il potere politico al servizio del potere economico”. Così, C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, 1962, ritiene che lo stato di natura pensato da Hobbes e da Locke sia una prefigurazione della società di mercato.

⁶²⁵ R. Niro, *op. cit.*, 29.

⁶²⁶ V. Donativi, *Introduzione della disciplina antitrust*, cit., 46. Sul ruolo svolto dalla regolazione nei mercati interessati da tali interventi si veda: S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, n. 2, 265.

⁶²⁷ G. Di Gaspare, *Costituzionalizzazione simbolica*, cit., 1.

⁶²⁸ I. Musu, *op. cit.*, 12 s., il quale efficacemente evidenzia che, essendo la concorrenza un bene pubblico, sia suscettibile di “free-riding”: tutti invocano la concorrenza per gli altri, ma cercano di ottenere protezione dalla concorrenza per sé. In tal senso, è eloquente il risultato dello studio di *Demos & Pi*, come ricostruiti da I. Diamanti, *Fra concorrenza e protezione: indagine sull'atteggiamento degli Italiani nei confronti del*

Quindi, come per tutti i beni pubblici anche per la concorrenza l'intervento pubblico deve farsi carico di promuoverla e tutelarla. Garantire la concorrenza è, dunque, attualmente una delle modalità con cui si persegue l'utilità sociale. Se si riconosce alla concorrenza il carattere di bene pubblico ed il suo valore sociale, allora appare di immediata applicabilità il limite dell'utilità sociale all'esercizio della libertà di iniziativa economica. Il percorso interpretativo dell'art. 41 della Costituzione e l'inserimento nell'economia sociale di mercato europea consentono di affermare che oggi è la stessa libertà di iniziativa economica a non potersi svolgere in contrasto con le condizioni di libera concorrenza⁶²⁹.

mercato, in *Concorrenza bene pubblico. Ricerca per il Convegno biennale 2006 del Centro Studi Confindustria. Vol. I, Le regole e le autorità*, a cura di I. Cipolletta, S. Micossi, G. Nardozi, S. Trento, Roma, 2006, 345, 351, secondo cui gli italiani sono «tifosi del mercato, delle privatizzazioni, della flessibilità. Della concorrenza in via di principio. Mentre, in pratica, preferirebbero che queste logiche e queste regole venissero applicate agli altri. Temono la concorrenza, molti di coloro che la vogliono, perché non percepiscono l'esistenza di tutele sociali adeguate. Gli italiani sono protezionisti per sé e liberisti per gli altri». In relazione alla difficoltà dell'affermazione in Italia del mercato come istituzione, ovvero come insieme di rapporti intersoggettivi retti da regole condizionali, C. Pinelli, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.*, in *I Dossier di ApertaContrada*, in <http://www.apertacontrada.it/discussione-intorno-allart-41-cost/>, settembre 2011, ritiene che «l'idea che la legge possa accompagnare e non guidare lo svolgimento di un tessuto pluralistico di iniziative capaci di assicurare beni e servizi socialmente utili deve farsi largo in uno spazio ingombro da intrecci pubblico-privato risalenti e duri a morire, che si convertono in rendite di gruppi chiusi, in posizioni dominanti di oligarchie e corporazioni, se non in rapine istituzionalizzate e formalmente ineccepibile. Una strada terribilmente in salita: e sarebbe già molto se ne acquisissimo collettiva consapevolezza».

⁶²⁹ I. Musu, *op. cit.*, 12 s.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV., *Concorrenza e Autorità Antitrust - Un bilancio a dieci anni dalla legge, Atti del convegno*, Roma, ottobre 2000, in *www.AGCM.it*;
- Abrescia M., *Le ricerche gius-economiche e la frontiera del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2001, n. 3, 635;
- Ackerman B., *We The People. Foundations*, Cambridge, Londra, 1991;
- Ackerman B., *We The People. Transformations*, Cambridge, Londra, 1998;
- Afferni G., *L'azione di classe in antitrust*, scheda informativa n. 10, in *http://www.osservatorioantitrust.eu/index.php?id=748*;
- Algostino A., *Democrazia sociale e libero mercato: Costituzione italiana versus Costituzione europea?*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 99;
- Amadeo S., Dolso G. P., *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, in *Giur. cost.*, 1998, 1221;
- Amato G., *Il governo dell'economia: il modello politico*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Vol. I – Costituzione economica*, diretto da F. Galgano, Padova, 1977, 209;
- Amato G., *Il gusto della libertà, L'Italia e l'antitrust*, Roma, Bari, 1998;
- Amato G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, n. 1, 7;
- Amato G., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998;
- Amato G., *La Costituzione economica*, in *Dalla Costituente alla Costituzione*, Roma, 1998, 179;
- Amato G., *Radici storiche, ruolo e prospettive dell'Antitrust in una moderna democrazia economica*, in *Rivista di politica economica*, 1995, n. 4, 99;
- Amatucci C., *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, in *Anal. Giur. dell'Econ.*, 2008, n. 1, 11;
- Amendola V., Parcu P., *L'antitrust italiano. Le sfide della tutela della concorrenza*, Torino, 2003;
- Ammannati L., *La tutela della concorrenza tra influenza del sistema comunitario e principio di sussidiarietà*, in *La concorrenza in Europa*, a cura di L. Ammannati, Padova, 1998, 1;
- Amorelli G., *Disciplina della concorrenza e violazione di norme pubblicistiche*, in *Giur. di merito*, 1999, n. 1, 7;
- Amorelli G., *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario*, in *Riv. it. di dir. pubbl. e comunit.*, 1991, 943;

- Antonini L., voce *Art. 117, 2°*, 3° e 4° *co.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 2228;
- Antonioli M., *Appunti per uno studio sul diritto pubblico della concorrenza*, in *Dir. Econ.*, 2000, 321;
- Antonioli M., *Concorrenza* in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Tomo II, Milano, 2007, 847;
- Arcidiacono L., *Governo, autorità indipendenti e pubblica amministrazione*, in *Le autorità indipendenti*, a cura di S. Labriola, Milano, 1999, 63;
- Arcidiacono L., *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento*, Milano, 1974;
- Arconzo G., *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di N. Zanon, A. Concaro, Milano, 2005, 189;
- Argentati A., *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008;
- Argentati A., *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, collana *Studi e ricerche*, a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dicembre 2011, n. 5;
- Arnaudo L., *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2005, n. 2, 377;
- Ascarelli T., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1954, 873;
- Azzariti G., in AA.VV., *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 1999, 3;
- Bachelet V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904;
- Baker C. E., *Media concentration: giving up on democracy*, in *54 Florida Law Review* 839, 2002;
- Baldassarre A., in AA.VV., *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 1999, 53;
- Baldassarre A., *Le trasformazioni dell'impresa di fronte alla Costituzione*, in *Dem. e dir.*, 1977, 15;
- Baldassarre A., voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, 1971, 582;
- Baquero Cruz J., *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, Portland, 2002;
- Barnes D. W., *Federal and State philosophies in the antitrust law of mergers*, in *56 George Washington Law Review* 263, 1988;
- Barnes D. W., *Revolutionary antitrust: efficiency, ideology, and democracy*, in *58 University of Cincinnati Law Review* 59, 1989;
- Bartole S., *Spigolando nelle recente letteratura costituzionalista americana*, in *Quad. cost.*, 2001, 2, 375;
- Bartolomei F., *Rapporti economici e garanzie costituzionali*, Milano, 1979;
- Bastianon S., *Consumatore ed imprenditore (...futuro) nel diritto comunitario: luci ed ombre di due nozioni dai confini incerti*, in *Resp. civ. e previdenza*, 1998, 62;

- Bastianon S., *La Corte di giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello assicurativo*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2006, n. 11, 1855;
- Bastianon S., *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2008, n. 7-8, 1460;
- Bastianon S., *Tutela antitrust del consumatore finale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, n. 11, 1133;
- Bauer M. D., *The licensed professional exemption in consumer protection: at odds with antitrust history and precedent*, in *73 Tennessee Law Review* 131, 2006;
- Bauman Z., *Consumo dunque sono*, trad. it., Roma, Bari, 2008;
- Bauman Z., *Homo consumens*, trad. it., Gardolo (TN), 2007;
- Bauman Z., *La libertà*, trad. it., Troina (EN), 2002;
- Beard C. A., *An economic interpretation of the Constitution*, in *The United States constitution. 200 years of anti-federalist, abolitionist, feminist, muckraking, progressive and especially socialist criticism*, a cura di B. Ollman e J. Birnbaum, New York, 1990
- Beard C. A., *Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1959;
- Belletti M., *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni ed il superamento del riparto per materie*, in *Le Regioni*, 2006, n. 5, 903;
- Benedettelli M., *Sul rapporto tra 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.*, IV, 235;
- Benelli F., Bin R., *Prevalenza e «rimaterializzazione delle materie»: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, n. 6, 1185;
- Benelli F., *La «smaterializzazione delle materie». Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V*, Milano, 2006;
- Benelli F., *Separazione vs. collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Le Regioni*, 2008, n. 4-5, 909;
- Benelli F., voce art. 117, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, V. Crisafulli, L. Paladin, Padova, 2008, 1044;
- Berle A. A., *The American Economic Republic*, New York, 1963;
- Bernini G., *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1993;
- Berretta P., *Osservazioni in tema di limiti alla libertà di iniziativa economica privata (con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte cost.)*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1970, 312;
- Berti L., Pezzoli A., *Le stagioni dell'antitrust. Dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*, Milano, 2010;
- Bianco G., *Costituzione ed economia*, Torino, 1999;
- Bickel A. M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Londra, 1962;

- Bilancia F., Filippini A., *L'intervento pubblico nell'economia delle Regioni e degli enti locali tra aiuti di Stato e tutela della concorrenza*, in *Le istituzioni del feder.*, 2011, n. 3, 561;
- Bilancia P., *Determinazione dei prezzi e libertà d'impresa*, Padova, 1986;
- Bilancia P., *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996;
- Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992;
- Bin R., *Alla ricerca della materia perduta. Nota a Corte cost. n. 401/2007*, in *Le Regioni*, 2008, 398;
- Bin R., *Che cos'è la costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, n. 1, 11;
- Bin R., *I diritti di chi non consuma*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di G. Cocco, Milano 2010, 95 ed in <http://www.forumcostituzionale.it>;
- Bin R., *Lavori pubblici: quanto «intangibili» sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, in *Le Regioni*, 2010, n. 5, 1148;
- Bin R., *Prevalenza senza criterio. Nota alla sent. n. 211/2008*, in *Le Regioni*, 2009, n. 3-4, 615.
- Bin R., *Primo comandamento: non occuparsi delle competenze, ma delle politiche*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2009, n. 2, 203;
- Bin R., *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 319.
- Blaise J., Idot L., *La jurisprudence du tribunal de premiere instance en matière de concurrence*, in *Revue du marche commun*, 1995, n. 1, 392;
- Blake H., Jones S., *Toward a Three Dimensional Antitrust Policy*, in *65 Colum. Law Rev.* 377 (1965);
- Blanchard O., Amighini A., Giavazzi F., *Macroeconomia. Una prospettiva europea*, Bologna, 2010;
- Bocalatte S., *Decreto liberalizzazioni. I nuovi poteri dell'Antitrust: un freno al socialismo municipale?*, in <http://www.chicago-blog.it/>, gennaio 2012;
- Boccuzzi I., *Il recepimento della direttiva ricorsi: occasio legis per sciogliere i nodi problematici in materia di appalti pubblici*, in <http://www.giustamm.it>, luglio 2010;
- Bognetti G., *Costituzione, televisione e legge antitrust*, Milano, 1996;
- Bognetti G., *L'assemblea costituente e le libertà economiche*, in *Valori e principi del regime repubblicano 2. Diritti e libertà*, a cura di S. Labriola, Roma, Bari, 2006, 177;
- Bognetti G., *L'oggetto e il metodo*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, Roma, Bari, 2009, 5;
- Bognetti G., *La costituzione economica italiana*, Milano, 1995;
- Bognetti G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, vol. I, Torino, 1998;
- Bognetti G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, vol. II, Torino, 2000;
- Böhm F., *Democracy and economic power*, Francoforte sul Meno, 1961;
- Böhm F., *Democracy and Economic Power*, in *Cartel and Monopoly in Modern Law*, 1961, vol. I, 25;

- Bonelli E., *Amministrazione Governance e servizi pubblici locali tra Italia e Unione Europea*, Torino, 2008;
- Bonomo A., *Viaggio nel federalismo economico statunitense. La commerce clause*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, n. 3, 833;
- Bork R., *Legislative intent and the policy of the Sherman Act*, in 9 *Journal of Law & Economics* 7, 39 (1966);
- Bork R., *The Antitrust Paradox*, New York, 1993;
- Bruckmann B. O., *The Case for a Commerce Clause Challenge to State Antitrust Laws Banning Minimum Resale Price Maintenance*, in 39 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 391 (2012);
- Bruzzone G., Saija A., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, 2010;
- Buchanan J. M., *Stato, mercato e libertà*, Bologna, 1989;
- Buffoni L., *La tutela della concorrenza dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istit. del Feder.*, 2003, II, 345;
- Buonocore V., *L'art. 41 della Costituzione: libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Iniziativa economica e impresa*, a cura di V. Buonocore, Napoli, 2006, 3;
- Buttarelli G., *Diritti fondamentali e libertà d'iniziativa economica*, in *Cons. Stato*, 2003, n. 2, 399;
- Buzzacchi C., *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *le Regioni*, 2006, n. 4, 797;
- Buzzacchi C., *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 2004, 277;
- Calabresi G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (MA), Londra, 1982;
- Calabresi G., *Cosa è l'analisi economica del diritto?*, in *Riv. di dir. finanz. e scienza delle finanz.*, 2007, I, 344;
- Calabresi G., *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, 1985, III, 7;
- Calamandrei G., *La nozione di consumatore*, in *Nuova Rassegna*, 2004, 987;
- Camera dei Deputati, Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto 2010 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione europea*, Tomo II, Roma, 2010, 281, reperibile in [http://www.issirfa.cnr.it/download/File/AA_RAPPORTO_2010_\(tomo_II\)-RIDOTTO.pdf](http://www.issirfa.cnr.it/download/File/AA_RAPPORTO_2010_(tomo_II)-RIDOTTO.pdf);
- Caranta R., *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. comm.*, 2003, n. 2, 170;
- Caranta R., *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione (nota a Corte cost. n. 14/2004)*, in *Le Regioni*, 2004, n. 4, 990;

- Caravita B., *Tutela della concorrenza e regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, 229;
- Cardì E., *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, 2005;
- Cardì E., *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, 2009;
- Caringella F., *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Società*, 2001, 539;
- Cariola A., *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Diritto amministrativo*, 1997, n. 3, 469;
- Cariola A., *Regolazione e giurisdizione: la prospettiva europea e italiana*, in *Jus*, 2005, 452;
- Cariota Ferrara L., *Osservazioni sull'iniziativa economica privata*, in *Rivista giur. dell'ed.*, 1962, II, 195;
- Carlassare L., *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, n. 1, 33;
- Carlassare L., *Libertà d'iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione*, in *Riv. trim. di dir. pen. dell'econ.*, 1992, 605;
- Carloni E., *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2010 ed in *Le Regioni*, 2010, n. 3, 670;
- Carlton D. W., *The use of entry barriers in antitrust and regulatory proceedings*, in *American Economic Review*, 2004, n. 2, 469;
- Caronna F., *Qualche spunto sull'evoluzione della costituzione economica dell'unione europea*, in *Ars Interpretandi*, 2001, 271;
- Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G. F. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma, Bari, 2009;
- Carullo A., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2005;
- Casalini D., *Il recepimento nazionale del diritto dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di "tutela dell'unità giuridica ed economica" dell'ordinamento*, in *Il foro amministrativo C.d.S.*, n. 5, 1215;
- Casalotti F., *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004*, in <http://www.forumcostituzionale.it> e *Le Regioni*, 2005, n. 1, 262;
- Cassese S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma, Bari, 2007;
- Cassese S., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, n. 2, 265;
- Cassese S., *Dubbi e interrogativi sulla Costituzione economica*, in *La Costituzione economica*, a cura di M. D'Antonio, Milano, 1985;
- Cassese S., *Oltre lo Stato*, Roma, Bari, 2006;
- Cassetti L., *La Corte costituzionale "salva" le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in <http://www.federalismi.it>, n. 9, 2008;

- Cassetti L., *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in <http://www.federalismi.it>, 2004, n. 5;
- Cassetti L., *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997;
- Cassetti L., *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, 2002;
- Cassinis P., Fattori P., *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in *I contratti*, 2001, n. 4, 416;
- Cassinis P., *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, 719;
- Cassinis P., *La sentenza della Corte nel caso «Consorzio industrie fiammiferi» (CIF), prevalenza del diritto comunitario e tutela della concorrenza in contesti regolamentati*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2004, n. 2, 291;
- Castorina E., *Efficienza e concorrenzialità nel mercato europeo: l'esperienza della privatizzazione delle imprese pubbliche in Italia*, in *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Torino, 2010, 26;
- Caterini E., *Obbligo a contrarre e posizioni dominanti*, in *Giur. cost.*, 1990, 1487;
- Catricalà A., Troiano P. (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010;
- Catricalà A., Lalli A., *L'antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, Milano, 2010;
- Cavaleri P., *La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione in Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale. Un primo bilancio*, a cura di R. Tarchi, Torino 2006, 27 ss
- Cerchiara M., *La tutela del consumatore rispetto ai diritti fondamentali della Costituzione e il rischio di eccesso di potere legislativo in materia*, in *Giust.Amm.it*, 2007, n. 9;
- Cheli E., *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubb.*, 1960, I, 260;
- Cheli E., *Orientamento della giurisprudenza costituzionale in tema di "monopoli pubblici"*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. III, Milano, 1977;
- Chiara G., *La tutela della concorrenza sul piano costituzionale e comunitario*, in *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, a cura di E. Castorina, Torino, 2007, 334;
- Chiassoni P., *Istruzioni sull'uso della legge antitrust*, in *Pol. dir.*, 1991, 327;
- Chieppa R., *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, n. 4, 1019;
- Chieppa R., *Il ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Cons. Stato*, 2003, 1121;
- Chieppa R., *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>;

- Choper J. H., R. H. Fallon Jr., Y. Kamisar, S. H. Shrifin, *The American Constitution, Cases – Comments – Questions*, St. Paul (MN), 2001;
- Cifarelli R., *Il Servizio Idrico Integrato tra liberalizzazione ed “incerta” privatizzazione*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, dicembre 2010;
- Cintioli F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010;
- Cintioli F., *L’art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Diritto e società*, n. 3-4, 373;
- Cintioli F., *L’art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, relazione presentata all’incontro “L’Italia ha bisogno di una nuova Costituzione Economica?” promosso dalla Fondazione Magna Carta - Roma, 15 giugno 2010, <http://www.astrid-online.it>;
- Clarich M., *Art. 41 Costituzione. “L’attività economica è libera. La legge può prevedere limiti e controlli indispensabili per la tutela di interessi pubblici”*, in *I Dossier di ApertaContrada*, in <http://www.apertacontrada.it/discussione-intorno-allart-41-cost/>, settembre 2011;
- Clarich M., *Per uno studio sui poteri dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. ammin.*, 1993, n. 1, 77;
- Clarke, M. St. Clair, D. A. Hall, *Legislative and Documentary History of the Bank of the United States, Including the Original Bank of North America*, Washington, 1832;
- Cloud D. C., *Monopolies and the people* (1873), Bristol, 2003;
- Cocco G. (a cura di), *Diritti dell’individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010;
- Cocozza F., *Diritto pubblico applicato all’economia*, Torino, 2007;
- Cocozza F., *Profili di diritto costituzionale applicato all’economia. I “diritti di cittadinanza” tra libertà economiche ed integrazione sociale*, vol. II, Torino, 2000;
- Cocozza F., *Profili di diritto costituzionale applicato all’economia. Incidenza dei rapporti economici sull’organizzazione del potere politico e sul sistema delle fonti del diritto*, vol. I, Torino, 1999;
- Cocozza F., *Riflessioni sulla nozione di “costituzione economica”*, in *Il dir. dell’econ.*, 1992, 71;
- Comba M., *Gli Stati Uniti d’America*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, Roma, Bari, 2009, 127;
- Concaro A., Pellizzone I., *Tutela della concorrenza e materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004*, in <http://www.forumcostituzionale.it> ed in *Le Regioni*, 2005, n. 3, 431;
- Consiglio della Regione Piemonte, *Rassegna sulla giurisprudenza costituzionale della Regioni a statuto ordinario*, 2008, 28.
- Conticelli M., Tonetti A., *La difficile convivenza tra regolazione e antitrust: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 2008, n. 1, 71;
- Corso G., *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, n. 3, 629;

- Corso G., *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubb.*, 2002, n. 3, 981;
- Cossiri A., *Un'opinione sulle liberalizzazioni delle professioni nel decreto Bersani*, in *Quad. cost.*, 2007, 144;
- Costantino F., *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. n. 325 del 2010*, in <http://rivistaaic.it>, 2011, n. 1;
- Crane D. A., *Antitrust Enforcement during National Crises: an Unhappy History*, in *Global Competition Policy*, dicembre 2008;
- Crane D. A., *Obama's Antitrust Agenda*, in *Regulation*, Fall 2009;
- Croce B., Einaudi L., *Liberismo e liberalismo*, Milano, 1957;
- Cyrino A. R., *Direito Constitucional Regulatório*, Rio de Janeiro, 2010;
- D'Alberti M., *Considerazioni intorno all'art.41 della Costituzione*, in *La Costituzione economica*, a cura di M. D'Antonio, Milano, 1985, 139;
- D'Alberti M., *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Riv. dir. commerc. e del dir. gener. delle obbligaz.*, 2007, n. 4-5, 239;
- D'Alberti M., *Intervento introduttivo: parsimonia regolatoria e potenziamento della concorrenza*, in CINDUSTRIA I ns., a. XXII, n. 1, gennaio-marzo 2001, 3;
- D'Alberti M., *La "rete" europea delle autorità di concorrenza*, in <http://www.learlab.it/Relazioni/D'Alberti.pdf>;
- D'Alberti M., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. ammin.*, 2004, n. 4, 705;
- D'Alberti M., *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2004, n. 2, 347;
- D'Alberti M., *Misure urgenti a tutela della concorrenza e dei consumatori nel decreto legge n. 223/2006*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 11, 1173;
- D'Alberti M., Pajno A. (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010;
- D'Alberti M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008;
- D'Alberti M., voce *Concorrenza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, 1140;
- D'Andrea L., *Corte ed economia*, in <http://www.gruppodipisa2010.it/>, giugno 2010;
- D'Atena A., *La Consulta parla...e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, 2002, 2012, nota a Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282.
- D'Atena A., *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 2003, n. 1, 15;
- D'Atena A., *Solidarietà orizzontale e affidamento in house*, in *Giur. cost.*, 2008, n. 6, 5009;
- Dahl R. A., *La democrazia economica* (1985), trad. it., Bologna, 1989;
- Dahl R. A., *Sulla democrazia* (1998), trad. it., Roma, Bari, 2000;

- Daintith T., *The constitutional protection of economic rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 1, 56;
- Damaska M. R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to Legal Process*, New Haven, Londra, 1986;
- Dani M., *Assembling the Fractured European Consumer*, in *Eur. L. Rev.*, 2011, n. 36, 362;
- Dani M., *Costituzione e integrazione europea: dalle "limitazioni della sovranità" alla trasformazione del diritto costituzionale*, in *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, a cura di C. Casonato, Torino, 2010, 329;
- Dani M., *Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness: Comparative Study on the Economic Constitutional Identities of Italy, the WTO and the EU*, in *Yearbook of European Law*, 2006, 25, 205;
- Dani M., *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quad. cost.*, 2007, n. 4, 795;
- Dani M., *Politiche per la competitività e proiezione comunitaria dei sistemi economici territoriali*, in *Le Regioni*, 2001, n. 5, 973;
- De Benedetto M., *Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Rivista della SSEF*, <http://rivista.ssef.it/site.php?page=20041129120739175&edition=2010-01-01>;
- De Carli P., *Costituzione ed attività economiche*, Padova, 1978;
- De Carli P., *Lezioni ed argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1995;
- De Minico G., *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Jus*, 1996, n. 3, 374;
- De Nictolis R., *I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401 del 2007*, in <http://www.federalismi.it>, 2007, n. 23;
- De Pasquale P., *La tutela della concorrenza tra Unione Europea, Stato e Regioni nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, n. 1, 99;
- De Stefano R., *Libertà privata e potere pubblico nell'art. 41 della Costituzione*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 185;
- de Tocqueville A., *La democrazia in America* (1848), trad. it. a cura di N. Matteucci, Torino, 2007;
- della Cananea G., *Giudice amministrativo e giurisdizione sulle regole*, in *Giorn. di dir. ammin.*, 2003, n. 12, 1287;
- della Cananea G., *L'ordinamento delle professioni dopo la riforma costituzionale*, in *Giorn. di dir. ammin.*, 2003, n. 1, 92;
- della Cananea G., *Regolazione e concorrenza dal vecchio al nuovo ordinamento delle professioni*, in G. della Cananea (a cura di), *Professioni e concorrenza*, Milano, 2003, 3;
- della Cananea G., *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole della concorrenza*, in *Riv. delle Soc.*, 2007, n. 4, 49;

- Denozza F., *Antitrust, leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988;
- Denozza F., *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1988, n. 1, 5;
- Di Cataldo V., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, 467;
- Di Gaspare G., *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, 2011;
- Di Gaspare G., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003;
- Di Pace M., *Manuale di diritto dell'economia*, Padova, 2000;
- di Plinio G., *Costituzione economica e scienza politica*, in *Il Politico*, 2009, n. 3, 168;
- di Plinio G., *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Dir. Pubb. Comp. Eur.*, 2003, n. 4, 1780;
- di Plinio G., *Mutamento costituzionale e libertà economica*, in <http://www.fondazionecristofocolombo.it>, marzo 2011;
- Di Stefano E., *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2008*, in *Rubrica Studi di Consultaonline*;
- Di Via L., *Antitrust e diritti sociali*, Napoli, 2004;
- Diamanti I., *Fra concorrenza e protezione: indagini sull'atteggiamento degli Italiani nei confronti del mercato*, in *Concorrenza bene pubblico. Ricerca per il Convegno biennale 2006 del Centro Studi Confindustria. Vol. I, Le regole e le autorità*, a cura di I. Cipolletta, S. Micossi, G. Nardozi, S. Trento, Roma, 2006, 345;
- Djankov S., McLiesh C., Nenova T., Shleifer A., *Who owns the media?*, Cambridge (MA), 2001;
- Dolso G. P., *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2004, 265;
- Donativi V., *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990;
- Downs A., *Teoria economica della democrazia* (1957), trad. it, Bologna, 1988;
- Dugato M., *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 51;
- Edwards J. R., *Regulation, the Constitution, and the economy*, New York, Oxford, 1998;
- Edwards J. R., *Regulation, the Constitution, and the Economy, The regulatory road to serfdom*, Lanham, New York, Oxford, 1984;
- Elliot J., *The Debates in the Several conventions on the adoption of the federal constitution* (1836), ried. 1987;
- Esposito C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33;
- Falcon G., *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, in *le Regioni*, 2001, n. 1, 5;

- Falzea P., *Il codice dei contratti pubblici ed i limiti dell'autonomia regionale. Nota alla sentenza n. 160/2009 della Corte costituzionale*, in <http://www.forumcostituzionale.it>;
- Farias D., *Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 43;
- Farlow J.C., *Ego or Equity? Examining United States Extension of the Sherman Act*, in 11 *Transnat'l Law*. 175 (1998);
- Fattori P., Todino M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010;
- Ferrarese M. R., *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992;
- Ferrarese M. R., *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, 291;
- Ferrari G. F. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2010;
- Ferri G., voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, 1961, 532;
- Ferri G., *L'ordine pubblico economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, 464;
- Ferro G. A., *Le norme fondamentali di riforma economico-sociale ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Nuove Autonomie*, 2005, n. 4-5, 633;
- Fiorentino L., *Autorità garante e interventi a tutela del consumatore*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Atti del VIII Convegno, Treviso, 22-23 maggio 2008;
- Foer A., *The goals of antitrust: thoughts on consumer welfare in the US*, in *Handbook of research in transatlantic antitrust*, a cura di P. Marsden, Cheltenham, Northampton (MA), 2006, 566;
- Forkosch M. D., *Antitrust and the Consumer (Enforcement)*, Buffalo (NY), 1956.
- Fox E. M., Sullivan L. A., Peritz R. J. R., *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, St. Paul (MN), 2004;
- Fragola A., *L'impugnativa di atti e provvedimenti dell'AGCM*, in *Tar*, 1995, II, 1;
- Franceschelli R., voce *Concorrenza - I) Libertà di concorrenza*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988, 1;
- Francis J., *The Politics of Regulation. A Comparative Perspective*, Oxford (UK), Cambridge (MA), 1993;
- Friedman M., *Capitalism and freedom*, Chicago, Londra, 2002;
- Friedman Milton e Rose, *Free to choose, a personal statement*, New York, Londra, 1980;
- Frosini T. E., *Iniziativa economica e sussidiarietà*, in <http://www.fondazionecristofocolombo.it>, marzo 2011;
- Galgano F., *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionale*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Vol. I – Costituzione economica*, diretto da F. Galgano, Padova, 1977, 511;
- Galgano F., voce *Art. 41 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, 1982, 1;

- Gambino A., *La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del d.lgs. 25 gennaio 1992 in materia di pubblicità ingannevole*, in *Contr. e impr.*, 1992, 411;
- Garofolo M. G., *È ineluttabile un passaggio da una Costituzione fondata sul lavoro ad un ordinamento fondato sul libero mercato*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, maggio 2009;
- Gavil A. I., Kovacic W.J., Baker J.B., *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, St. Paul (MN), 2008;
- Gerber D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford, 1998;
- Ghidini G., Arezzo E., *La tutela della concorrenza nella Costituzione economica comunitaria e nazionale, in 20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, 217;
- Ghidini G., Falce V., *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, n. 2, 517;
- Giampieretti M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, 2003, n. 4, 439;
- Giampieretti M., *Pluralismo e concorrenza nel caso Seat-Tmc*, in *Giur. cost.*, 2001, 828;
- Giampieretti M., voce *art. 41 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, V. Crisafulli, L. Paladin, Padova, 2008, 289;
- Gianfrancesco E., *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, n. 3, 2209;
- Gianfrancesco E., *Materie (riparto tra Stato e Regioni)*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, 2006, 3597;
- Giannini A., *L'attività economica nella Costituzione italiana*, in *Cons. Stato*, 1957, II, 58;
- Goldberg J., *Antitrust Law - Constitutional Law - Commerce Clause - Applicability of State Law to Professional Baseball. - State v. Milwaukee Braves, Inc.*, in *8 Boston College Law Review* 341 (1967);
- Grisi G., *L'autonomia privata-diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999;
- Grottanelli de' Santi G., *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo II, Milano, 1996, 981;
- Grottanelli de' Santi G., Recensione di C. A. Beard, *Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1969, in *Rass. Parl.*, 1960, 272;
- Guarino G., *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, n. 1, 21;
- Gueli E., voce *Concorrenza* in *Nuovo Digesto italiano*, vol. III, Torino, 1940;
- Guizzi G., *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, 479;
- Häberle P., *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in *La democrazia alla fine del secolo*, a cura di M. Luciani, Roma, Bari, 1994, 95;

- Häberle P., *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005;
- Hadley A. T., *Private Monopolies and Public Rights*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1887, n. 1, 28;
- Hamilton A., Madison J., Jay J., *The Federalist Papers* (1788), a cura di C. Rossiter, New York, 2003;
- Hawley E. W., *The New Deal and the problem of Monopoly, a study in economic ambivalence*, New York, 1995;
- Hergas A., Heimler A., *Le Autorità indipendenti raccontate dagli economisti: alcune riflessioni sui criteri di scelta degli assetti istituzionali*, in *Dir. amm.*, 2000, n. 2, 341;
- Hirschman A. O., *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge (MA), 1970;
- Hodges E. P., *The antitrust act and the Supreme Court*, St Paul (MN), 1941;
- Hovenkamp H., *State Antitrust in the Federal Scheme*, in 58 *Ind. L.J.* 375 (1983);
- Hovenkamp H., *The Antitrust enterprise, principle and execution*, Cambridge (MA), 2005;
- Hurst J. W., *Law and markets in United States History, Different modes of bargaining among interests*, Union, 1982;
- Immenga U., *The proposal for a “universal code”*, in *Antitrust e globalizzazione, Atti del convegno “Fondazione nazionale di prevenzione e difesa sociale”*, Milano, 2004;
- Indagine conoscitiva sugli effetti delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione davanti alla I Commissione permanente del Senato della Repubblica, 5 dicembre 2001;
- Irti N., *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 15;
- Irti N., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2000, n. 2, 435;
- Irti N., *Il carattere politico giuridico del mercato*, in *Riv. internaz. di fil. del dir.*, 2004, n. 1, 1;
- Irti N., *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, IV, 226;
- Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, Bari, 1998;
- Irti N., *La concorrenza come statuto normativo*, in *Istituzioni, mercato e democrazia, Liber amicorum per gli 80 anni di A. Predieri*, Torino, 2002;
- Irti N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. di dir. civ.*, 2002, n. 5, 625;
- Irti N., *Persona e mercato*, in *Riv. di dir. civ.*, 1995, n. 3, 289;
- Irti N., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 1;
- Irwin M. R., *Competitive freedom versus national security regulation*, New York, 1989;
- Jones C. A., *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*, Londra, 1999;
- Kelsen H., *Il primato del parlamento*, Milano, 1982;

- Kysar D. A., *The expectations of consumers*, in 103 *Columbia Law Review* 1700, 2003;
- Kysar D. A., *The process/product distinction and the regulation of consumer choice preferences for processes: the process/product distinction and the regulation of consumer choice*, in 118 *Harvard Law Review* 525, 2004;
- Lacava C., *I contratti pubblici tra Stato e Regioni e la tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2008, n. 6, 624;
- Lalli A., *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008;
- Lalli A., *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, n. 4, 358;
- Lamberti L., *La disciplina dei servizi pubblici locali nella Costituzione riformata e la tutela della concorrenza*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, 24 marzo 2006;
- Lanza E., *Public enforcement a presidio della libertà di concorrenza: i limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti adottati dall'Autorità antitrust*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, vol. IV, Torino, 2010, 1819;
- Lanza E., *The Relationships between EU and Global Antitrust Regulation*, in *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, a cura di E. Chiti e B. G. Mattarella, Berlino, Heidelberg, 2011, 225;
- Lanza E., *The right to good administration in the European Union. Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law*, in *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, Roma, n. 1-2-3, 2008, 478;
- Lanza E., *Trasversalità ed uniformità della tutela della concorrenza nel rapporto tra Stato e Regioni*, in Sezione Studi del sito web dell'ISSIRFA – CNR: <http://www.issirfa.cnr.it/5991,908.html>;
- Lavori dell'assemblea costituente per l'art. 41 della Costituzione in: <http://www.nascitacostituzione.it/02p1/03t3/041/index.htm>;
- Leotta F., *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà*, Milano, 2007, 268;
- Letwin W., *Law and Economic Policy in America, The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, Chicago-Londra, 1954;
- Libertini M., *A "Highly competitive social market economy" as a founding element of the European Economic Constitution*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 491;
- Libertini M., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. di dir. comm. e di dir. gen. delle obbligaz.*, 2002, 433;
- Libertini M., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*, in *Giur. cost.*, 2010, n. 4, 3296;
- Libertini M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, n. 5, 649;

- Libertini M., *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, 97;
- Libertini M., *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in *Giorn. di dir. ammin.*, 2003, n. 11, 1129;
- Libertini M., *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*, in *Giorn. di dir. ammin.*, 2007, n. 6, 632;
- Libertini M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, n. 2, 1429;
- Libertini M., *Le misure cautelari amministrative nella disciplina amministrativa antitrust*, in *Riv. di dir. industr.*, 2008, n. 1, 5;
- Libertini M., *Libertà di iniziativa e concorrenza*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Iniziativa economica e impresa*, Tomo III, Napoli, 2007, 231;
- Libertini M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: ancora una relazione incerta*, in *federalismi.it*, agosto 2008;
- Libertini M., *Un nuovo testo per l'art. 41 Cost.?*, in *I Dossier di ApertaContrada*, <http://www.apertacontrada.it/discussione-intorno-allart-41-cost/>, settembre 2011;
- Libertini M., Maugeri M. R., *Ancora sul giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, n. 1, 520;
- Lindblom C. E., *Politics and Markets, The World's Political Economic Systems*, New York, 1977;
- Lipari N., *Persona e mercato*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, 43;
- London P.A., *Concorrenza, Il segreto bipartisan della prosperità americana*, Milano, 2006;
- Lowenfield A. F., *Reflections on the insurance antitrust case*, in *American Journal of International Law*, 1995, 42;
- Luchena G., *La «tutela della concorrenza» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Governance dell'economia e integrazione europea*, a cura di F. Gabriele e M. A. Cabiddu, vol. I, Milano, 2008, 103;
- Luciani M., *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 557;
- Luciani M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983;
- Luciani M., voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, 1990, 373;
- Manetti M., *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 1;
- Mangiameli S., *I servizi pubblici locali: il riparto delle competenze alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, Torino, 2008, 51;
- Mangiameli S., *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002;
- Mangiameli S., *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992, 69;

- Mangiameli S., *Sull'arte di definire le materie dopo la Riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, n. 1, 337;
- Mangiameli S., *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*, in *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, a cura di C. Magnani, Torino, 2007, 366, e in Sezione Studi del sito web dell'ISSIRFA – CNR: <http://www.issirfa.cnr.it>;
- Manica S., *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, in <http://www.federalismi.it>, n. 8, 2008;
- Marchetti P., *Impresa e mercato nella disciplina della concorrenza italiana e comunitaria*, in *Dem. e dir.*, 1977, 2, 299;
- Marini F. S., *Il «privato» e la Costituzione. Rapporto tra proprietà ed impresa*, Milano, 2000;
- Marini F. S., *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giur. cost.*, 2002, 2951;
- Marino I. M., *Autorità garante della concorrenza e del mercato e giustizia amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 1992, 573;
- Marongiu G., *Appunti per un manuale di diritto pubblico dell'economia*, in *La democrazia come problema*, vol. II, Bologna, 1994, 397;
- Marongiu G., *Interesse pubblico e attività economica*, in *Jus*, 1991, 89;
- Massera A., *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giorn. di dir. ammin.*, 2009, n. 12, 1;
- Mazzanti Pepe F. (a cura di), *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'età delle rivoluzioni all'età contemporanea*, Genova, 2005;
- Mazzina P., *Prime considerazioni sugli aspetti costituzionali dell'«azione collettiva»*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 6 giugno 2008;
- Mendelson W., *Capitalism, Democracy, And The Supreme Court*, New York, 1960;
- Merloni F., *Una «new entry» tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le «funzioni fondamentali» degli enti locali. Commento alla sentenza n. 307 del 2009*, in *Le Regioni*, 2010, n. 4, 794;
- Merusi F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000;
- Messineo D., *Competenze legislative dello Stato e riforma del procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2006, n. 2, 447;
- Mezzetti L., *Costituzione economica e libertà di concorrenza in Italia*, in *Costituzione economica e libertà di concorrenza*, a cura di L. Mezzetti, Torino, 1994;
- Mill J. S., *On liberty* (1859), Londra, 1973;
- Millon D., *The Sherman Act and the Balance of Power*, in 61 *S. Cal. L. Rev.* 1219, 1220 (1987-1988);
- Minervini G., *La tutela della libertà di concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1961, 25;
- Monaco R., Fois P., *Costituzione economica e Comunità Economica Europea*, in *La Costituzione economica*,

a cura di M. D'Antonio, Milano, 1985;

- Morbidelli G., *Libertà di iniziativa economica e pianificazione commerciale*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1976, 165;
- Morbidelli G., voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, Roma, 1989, 1;
- Morgante D., *Sulle materie "trasversali" la parola alle regioni*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2008, n. 4, 15;
- Morrone A., *Libertà d'impresa nell'ottica dell'utilità sociale*, in *Giur. cost.*, 2001, 1471;
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976;
- Muris T.J., *The interface of competition and consumer protection*, in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, a cura di B. E. Hawk, New York, 2003, 7;
- Murphy W. F., Tanenhaus J., *Comparative constitutional law. Cases and Commentaries*, New York, 1977;
- Musolino S., *I rapporti Stato-Regioni nel nuovo Titolo V alla luce dell'interpretazione della Corte costituzionale*, Milano, 2007;
- Musu I., *Gli aspetti economici della Costituzione italiana: è superato l'art. 41?*, in *Le Note di Lavoro del Dipartimento di Scienze economiche, Università Ca' Foscari di Venezia*, <http://www.dse.unive.it/publicazioni/>, 2008, n. 3;
- Nania R., *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino, 2001, 68;
- Nascimbene B., *Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria*, in *Dir. del comm. internaz.*, 2001, 2, 309;
- Nascimbene B., Bastianon S., *La Corte di Giustizia e i poteri dell'autorità garante della concorrenza*, in *Corr. Giur.*, 2003, n. 11, 1421;
- Nascimbene B., *La Corte applica alla disciplina della concorrenza un ovvio principio*, in *Diritto & Giustizia*, 2003, n. 57, 96;
- Neumann F., *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario* (1957), trad. it., Bologna, 1973;
- Niccolai S., *Mercato come valore o come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. cost.*, 1991, 3680;
- Ninatti S., voce *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. IV, Milano, 2006, 3142;
- Niro R., *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994;
- Niro R., voce *art. 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 846;
- Nivarra L., Bastianon S., *"Interesse pubblico" ed antitrust: qualche osservazione*, in *Danno e responsabilità*, 2000, n. 1, 57;

- Occhiocupo N., *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, 197;
- Oppo G., *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir.civ.*, 1992, I, 15;
- Oppo G., *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543;
- Osti C., Pardolesi R., *I falsi amici: le concentrazioni in Europa e negli USA*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, 167;
- Ottaviano V., *Il governo dell'economia: i principi giuridici*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Vol. I – Costituzione economica*, diretto da F. Galgano, Padova, 1977, 185;
- Ottaviano V., *L'iniziativa privata fra intervento pubblico ed esigenze di produttività*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. III, Milano, 1977, 885;
- Pace A., *Gli aiuti di stato sono forme di tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2004, 259;
- Pace A., *I diritti dei consumatori: una nuova generazione di diritti?*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 19 maggio 2010;
- Pace A., *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 1217;
- Pace A., *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova «class action»*, in <http://www.rivistaic.it>, 2011, n. 1 ed in *Riv. dir. proc.*, 2011, n. 1, 15;
- Pace A., *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, 1992, 1594;
- Pace A., *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 1999, n. 5, 2965;
- Pace A., *Libertà “del”mercato e “nel”mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 327;
- Pace A., *Problematiche delle libertà costituzionali*, *Lezioni, Parte speciale*, Padova, 1992;
- Pace A., *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 l. n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà d'impresa*, in *Giur. cost.*, 1990, 1482;
- Pace L. F., *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la «costituzionalizzazione» della figura dell'«imprenditore sovvenzionato»*, in *Giur. cost.*, 2004, 4678;
- Pace L. F., *Il ruolo della Commissione nel rapporto con i giudici nazionali ai sensi del Reg. 1/2003: teoria e prassi*, in *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, a cura di G. Bennacchio e M. Carpagnano, Padova, 2009, 81;
- Paladin L., *Giurisprudenza costituzionale di rilievo privatistico (giugno 1956 – luglio 1957)*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1958, 308;
- Paladin L., *Rassegna di giurisprudenza costituzionale di rilievo privatistico (giugno 1956 - luglio 1957)*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1958, 338;

- Paladin L., *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Bologna, 2008;
- Palandri I., *La legislazione antitrust degli Stati Uniti d'America*, in *Il dir. dell'econ.*, 1988, 243;
- Palmieri A., Pardolesi R., *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro It.*, 2005, 1015;
- Paramithiotti G., *L'evoluzione del concetto di concorrenza nella scienza economica*, in *Il politico*, 1994, n. 1, 37;
- Pardolesi R., *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Il Foro italiano*, 1993, parte V, 1;
- Pardolesi R., Calmieri A., *L'incompiuta ascesa e declino costituzionale della libertà di concorrenza*, in *Il Foro Italiano*, 2010, I, 2913;
- Passaglia P., *Osservazioni in tema di definizione e delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, in *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale. Un primo bilancio*, a cura di R. Tarchi, Torino 2006, 95;
- Pedrini F., *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 18 gennaio 2010;
- Pegoraro L., A. Rinella, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Padova, 2002;
- Pera A., *Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, n. 2, 329;
- Pera A., *Le relazioni pericolese: Antitrust e interesse dei consumatori*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, 1165;
- Perez R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 115;
- Peritz R. J., *Competition Policy in America*, Oxford, 1996;
- Petersmann E., *Legal, economic and political objectives of national and international competition policies: constitutional functions of WTO "linking principles" for trade and competition*, in *34 New England Law Review* 145, 1999;
- Petersmann E., *Theories of justice, human rights and the constitution of international markets*, in *37 Loyola of Los Angeles Law Review* 407, 2003;
- Piccioli C., *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1996, I, 29;
- Picone P., *Origine ed evoluzione delle regole di concorrenza comunitarie: l'apologia del mercato "sociale" europeo*, in *Crit. Dir.*, 1974, n. 1, 69;
- Picozza E., *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. di dir. pubbl. comunit.*, 1996, 23;
- Pierandrei F., *Le decisioni della Corte costituzionale in materia economica*, in *Il diritto dell'economia*, 1958, 419;

- Pierini A., *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzione e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Torino, 2003;
- Pignataro L., *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n.1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contr. Impr. Europa*, 2003, 233;
- Pignataro L., *Le misure di esecuzione del regolamento n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, in *Contr. Impr. Europa*, 2004, 1031;
- Pinelli C., *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, 2006;
- Pinelli C., *Riflessioni sull'art. 41 Cost.*, in *I Dossier di ApertaContrada*, in <http://www.apertacontrada.it/discussione-intorno-allart-41-cost/>, settembre 2011;
- Pinnarò M., *Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza. Di talune ellissi e pleonasmi, nella legge antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990*, in *Giur. comm.*, 1993, 430;
- Piperita G., *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" della società in house*, in *Le Regioni*, 2009, n. 3-4, 651;
- Pisaneschi A., *Dallo stato imprenditore allo stato regolatore e ritorno?*, Torino, 2009;
- Pizzetti F., *Federalismo Regionalismo e riforma dello Stato*, Torino, 1998;
- Pizzetti F., *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in *Le Regioni*, 2004, n. 4, 1014;
- Pizzolato F. (a cura di), *Libertà e potere nei rapporti economici. Profili giuspubblicistici*, Milano, 2010;
- Pizzolato F., *Autorità e consumo. Diritti dei consumatori e regolazione del consumo*, Milano, 2009;
- Pizzolato F., *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, n. 2-3, 507;
- Pizzorusso A., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995;
- Pizzorusso A., *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in *Stato ed economia. Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Milano, 1984, 6;
- Police A., *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, Torino, 2008, 65;
- Pollicino O., *L'economia nella Costituzione: le scelte dell'Assemblea costituente*, in Ferrari G. F. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2010, 47;
- Pollicino O., *L'economia nella Costituzione: modello originario e tendenze evolutive*, in Ferrari G. F. (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2010, 63;
- Pomelli A., *Il giudice e l'antitrust: quale self-restraint?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, n. 2, 239;
- Priest G., Romani F., *L'antitrust negli Stati Uniti ed in Europa: analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, n. 1, 151;
- Prosperetti L., *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, n. 2, 277;

- Purcaro A., *La disciplina dei servizi pubblici locali. Analogie e differenze tra l'art. 14 del d.l. n. 269/2003 e la legislazione regionale successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Nuova Rassegna*, 2004, n. 15, 1750;
- Quadri G., *Il diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980;
- Rescigno G. U., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2007;
- Rescigno G. U., *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Torino, 1989;
- Resnik J., *Lessons in federalism from the 1960s class action rule and the 2005 class action fairness act: "the political safeguards" of aggregate translocal actions*, in *156 University of Pennsylvania Law Review* 1929, 2008;
- Ridola P., *Diritti di libertà e mercato nella costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 2000, n. 1, 15;
- Ridola P., *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, Roma, Bari, 2009, 5, 21;
- Rivière y Marti J.A., *Competition enforcement and consumers*, in *Handbook of research in transatlantic antitrust*, a cura di P. Marsden, Cheltenham (UK), Northampton (MA), 2006, 594;
- Romani F., *Pensiero economico, pensiero giuridico e concorrenza*, in AA.VV., *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma, Bari, 2000, 47;
- Romano G., *Il ruolo dell'AGCM nei rapporti con i giudici nazionali: disciplina e prassi*, in *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, a cura di G. Bennacchio e M. Carpagnano, Padova, 2009, 67;
- Rossi Dal Pozzo F., Nascimbene B., *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009;
- Rossi G., *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. Soc.*, 1995, 1;
- Rossi G., *Governo, Magistratura, Autorità Garante: tre diverse filosofie dell'antitrust*, in *Rivista delle società*, 2000, 1081;
- Rossi G., *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Torino, 2009;
- Rossi G., *L'antitrust come libertà dei cittadini*, in *Micromega*, 1995, I, 113;
- Rostow E. V., *Planning for freedom, the Public Law of American Capitalism*, New Haven, 1959;
- Ruttinger M. J., *Is there a dormant extraterritoriality principle?: Commerce Clause limits on State Antitrust Laws*, in *106 Mich. L. Rev.* 545 (2007);
- Sacco F., *Competenze statali trasversali e potestà legislativa regionale: un tentativo di razionalizzazione (a proposito della «tutela della concorrenza») della Corte costituzionale*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 4 febbraio 2004;
- Salerno G. M., *Costituzione, Unione Europea e mercati globali: proposte e riflessioni*, in <http://www.federalismi.it>, 2010, n. 12;

- Salvati M., *Mercato e democrazia*, in *Mulino*, 2006, n. 2, 231;
- Salvia F., *Il mercato e l'attività amministrativa (discrezionalità, automatismi, accordi)*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, 1992, 1287;
- Santoni G., *Non cambiate l'art. 41 Cost.*, in *I Dossier di ApertaContrada*, in <http://www.apertacontrada.it/discussione-intorno-allart-41-cost/>, settembre 2011;
- Sbailò C., *La libertà economica come libertà dimidiata. La parabola dell'articolo 41 della Costituzione tra dirigismo e iperregolamentazione*, in <http://www.fondazionecristoforocolombo.it>, marzo 2011;
- Scaccia G., *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000;
- Scaccia G., *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, n. 2, 461;
- Scherer F. M. (a cura di), *Monopoly and Competition Policy*, Aldershot, 1993;
- Scherer F. M., *Competition Policy, Domestic and International*, Cheltenham, Northampton, 2000;
- Schlesinger A. M., *The Age of Jackson*, Boston, 1945;
- Schumpeter J. A., *Capitalism, Socialism and democracy*, Londra, 1947;
- Schwartz L. B., *The mind of a liberal law professor: selections from the writings of Louis B. Schwartz*, in 131 *University of Pennsylvania Law Review* 847 (1983);
- Schwarze J., *European Administrative Law*, Londra, 1992, 360;
- Scoditti E., *Il consumatore e l'antitrust (nota a Cass., sent. n. 17475 del 2003)*, in *Foro It.*, 2003, 1127;
- Scoditti E., *L'antitrust dalla parte del consumatore (nota a Cass., sent. n. 2207 del 2005)*, in *Foro It.*, 2005, 1018;
- Scuffi M., *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, in *Il dir. ind.*, 2009, n. 4, 341;
- Scuffi M., *Tutela antitrust del consumatore e class action*, in *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, a cura di G. Bennacchio e M. Carpagnano, Padova, 2009, 255;
- Seager H. R., Gulick C. A. Jr., *Trust and Corporation problems*, New York, Londra, 1929;
- Sen A., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia* (1999), trad. it., Milano, 2000;
- Senato della Repubblica, Servizio Studi, *La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione*, XVI Legislatura, ottobre 2010, n. 244;
- Siegan B. H., *Economic liberties and the Constitution*, Chicago, Londra, 1980;
- Sileoni S., *Art. 41 Cost.: la proposta dell'Istituto Bruno Leoni*, in http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/Focus/IBL_Focus_190_Sileoni.pdf, 20 settembre 2011;
- Skowronek S., *The Politics Presidents Make. Leadership from John Adams to Bill Clinton*, Cambridge (MA), Londra, 1993;
- Slot P. J., McDonnell A. (a cura di), *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. competition law*, Londra, 1993;

- Smith J. M., *The Republic of Letters, The correspondence between Thomas Jefferson and James Madison 1776 - 1826*, New York, Londra, 1995;
- Sorace D., *Il governo dell'economia*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1991, 787;
- Sorace D., Recensione del volume di M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, in *Dir. Pubblico*, 1999, n. 3, 949;
- Spagnuolo Vigorita V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959;
- Spagnuolo Vigorita V., *La "grande impresa" privata nella Costituzione italiana*, in *Impresa e società. Scritti in memoria di A. Graziani*, vol. V, Napoli, 1968, 1877;
- Stecchetti L., Amaretti G., *Il ventennale dell'antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, n. 3, 459;
- Sterrantino D., *Codice dei contratti: il problema riparto di competenze Stato e Regioni*, in *Diritto della Regione*, 2005, n. 5-6, 791;
- Strong F. R., *American Constitutional Law*, Buffalo (NY), 1950
- Sullivan L.A., *Handbook of the Law of Antitrust*, St. Paul (MN), 1977;
- Sullivan T., *The Political Economy of the Sherman Act*, New York, Oxford, 1991;
- Taft W.H., *The Anti-Trust Act and the Supreme Court*, New York, 1914;
- Tavassi M., Scuffi M., *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998;
- Tesauo G., D'Alberti M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000;
- Tesauo G., *Diritto transnazionale antitrust e tutela dei diritti individuali*, in *Antitrust e globalizzazione, Atti del convegno "Fondazione nazionale di prevenzione e difesa sociale"*, Milano, 2004;
- Tessaro T., *Miti e no: l'Idra di Lerna e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (commento a Corte cost. sent. n. 272 del 2004)*, in <http://www.lexitalia.it>;
- Thorelli H. B., *The Federal Antitrust Policy, Origination of an American Tradition*, Londra, 1954;
- Tivelli L., *Indirizzi costituzionali dell'economia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *La Costituzione economica*, a cura di M. D'Antonio, Milano, 1985;
- Tizzano A., *Diritto comunitario e sviluppo del principio di libera concorrenza in Italia*, in *Il dir. dell'Un. Eur.*, 1996, III, 741;
- Torchia L., *"Concorrenza" fra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria*, in *Le Regioni*, 2002, n. 4, 647;
- Tosato G., Bellodi L., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004;
- Travi A., *Giudice amministrativo ed autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti delle autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, n. 2, 425;
- Trimarchi Banfi F., *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, n. 1, 3;

- Van Bael I., Bellis J. F., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009;
- Vanacore V., *La «tutela della concorrenza» come materia trasversale nei rapporti fra leggi statali e regionali*, in *Dir. Giur.*, 2005, 592;
- Vanzetti A., Di Cataldo V., *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2005;
- Venturi A., *La «tutela della concorrenza»: da «valore-materia» a «materia-valore». La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal Codice de Lise (nota a margine di Corte costituzionale 27 novembre 2007, n. 401)*, in *Le Regioni*, 2008, n. 2, 407;
- Voigt S., Wagner H.-J. (a cura di), *Constitution, Markets and Law. Recent experiences in Transition Economies*, Cheltenham, Northampton, 2002;
- Warmser F., *Enforcement of Antitrust Law, A comparison of the legal and factual situation in Germany, the EEC, and the USA*, a cura di P. Lang, Francoforte sul Meno, 1994;
- Weber Waller S., Brady J. G., Acosta R. J., *Consumer Protection in the U.S.: An Overview*, in *European Journal of Consumer Law*, maggio 2011;
- Weber Waller S., *Indonesia: intersection of human rights, financial markets and competition policy*, in 25 *Brooklyn Journal of International Law* 161, 1991;
- Weber Waller S., *The Modern Antitrust Relevance of Oliver Mendell Holmes*, in 59 *Brooklyn L. Rev.* 1443;
- Wellstone P., *VLCOM-CBS MERGER: Growing media consolidation must be examined to preserve our democracy*, in 31 *Federal Communications Law Journal* 551, 2000;
- Wesley A. Cann Jr, *Section 7 of the Clayton Act and the pursuit of economic “objectivity”: is there any role for social and political values in merger policy?*, in 60 *Notre Dame Law Review* 273, 1985;
- Zäch R., Heinemann A., Kellerhals A. (a cura di), *The Development of Competition Law. Global Perspectives*, Cheltenham, Northampton, 2010;
- Zagrebelsky G., *Imparare democrazia*, Torino, 2007;
- Zanettin B., *Cooperation between antitrust agencies at the international level*, Oxford, Portland, 2002;
- Zito A., *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998;
- Zito A., *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, XXVI, 219.