

# La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001

MARIO LIBERTINI\*

## 1. Una premessa di ordine generale

Il termine 'concorrenza' (in senso economico) è impiegato in due accezioni assai diverse:

- i) concorrenza come 'libero scambio' o 'libero commercio', cioè processo spontaneo di incontro di scelte individuali di domanda e offerta di beni, che porta alla formazione del giusto prezzo degli stessi, all'equilibrio del mercato e alla migliore soddisfazione di tutti gli attori del processo (efficienza allocativa);
- ii) concorrenza come πόλεμος, 'rivalità', competizione fra imprese, cioè fra organizzazioni (tendenzialmente) stabili vocate al profitto; in questa concezione, la concorrenza determina un circuito "conflitto/preferenza/selezione" (Irti, 2000) in cui le imprese competono, in modo analogo a ciò che avviene nella competizione politica, per ottenere il consenso di una 'giuria anonima', formata dai consumatori finali; in questa competizione, inevitabilmente, qualcuno vince e qualcun altro è sconfitto, in un processo continuo di "distruzione creatrice", che sostiene sì lo sviluppo economico complessivo, ma in un contesto che è di permanente non-equilibrio (efficienza dinamica).

La teoria (economica e giuridica) della concorrenza soffre, a mio avviso, di una crisi strutturale, perché la concorrenza del mondo reale è la

---

\* Sapienza Università di Roma; email: mlibertini@liblex.it. Testo dell'intervento tenuto al convegno *Mercato e Concorrenza* organizzato il 18 novembre 2015 a Roma presso l'Accademia Nazionale dei Lincei, in collaborazione con l'associazione Economia civile.



*ii*), mentre l'idea di concorrenza su cui si fondano le principali teorie economiche e giuridiche è la *i*).

## **2. Una premessa storica. La visione dell'economia come sistema di competizione fra economie nazionali**

L'idea del libero scambio come condizione naturale di funzionamento dei rapporti economici fra gli uomini, cui si contrappone l'idea di *monopolium*, intesa come alterazione artificiosa, e delittuosa, dell'ordine spontaneo del mercato (configurato come luogo di libero scambio, e non certo di concorrenza fra imprese in senso moderno) e dei meccanismi di formazione del giusto prezzo, è molto antica.<sup>1</sup> (La teoria microeconomica della concorrenza perfetta e del monopolio rappresenta, a mio avviso, solo un'elegante formalizzazione moderna di un'idea che era radicata nel pensiero economico da molti secoli).

Nella storia delle idee e delle istituzioni, si deve alla formazione degli Stati sovrani nazionali nell'età moderna, e alle politiche mercantilistiche che a questo fenomeno tipicamente si accompagnano, una 'rivoluzione copernicana', che porta a inquadrare l'esperienza economica non più, o comunque non prevalentemente, nel paradigma dell'equilibrio, bensì nel nuovo paradigma dello sviluppo.

Gli Stati sovrani moderni, nello stesso contesto storico in cui rivendicano e conquistano la sovranità (il "monopolio della forza legittima"), si propongono anche il fine di migliorare il benessere collettivo della popolazione (è questo il significato originario dell'espressione "Stato di polizia"). In tale contesto matura così una seconda 'rivoluzione', che consiste nel perseguimento consapevole dell'obiettivo dello sviluppo economico, che si pone in radicale alternativa rispetto alla tradizionale visione del mondo, che credeva in un ordine naturale delle cose destinato a riprodursi nel tempo.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Mi permetto di rinviare a Libertini (2010).

<sup>2</sup> Cfr. in particolare Perrotta (2008).

Nella nuova prospettiva, la funzione di protezione degli investimenti imprenditoriali da parte dello Stato, da eccezionale qual era stata per secoli, diviene sistematica. Nella visione mercantilista lo Stato assume tra i suoi compiti normali quello di protettore delle imprese private, e spesso anche quello di imprenditore in proprio, in una prospettiva di sostegno dello sviluppo economico nazionale. Il sistema dell'economia mondiale assume così, per qualche secolo, la fisionomia di un insieme di diversi sottosistemi costituiti dalle singole economie nazionali, nelle quali sono presenti imprese private e pubbliche; rispetto alle une e alle altre, lo Stato esercita una funzione di direzione, di coordinamento e di protezione (in primo luogo, ma non soltanto, mediante le frontiere doganali). La competizione fra imprese è certamente ammessa come regola generale, ed effettivamente praticata negli spazi non protetti, ma può essere variamente e legittimamente limitata, sia da accordi fra le imprese stesse (legittimati dal generale principio di libertà contrattuale), sia da interventi regolatori dello Stato.

Nella storia delle idee, a questa visione dell'economia di mercato si è contrapposta storicamente la visione liberistica, che ha sempre propugnato un modello ideale di economia di libero scambio, sostanzialmente affidandosi alla fede nell'efficienza dei mercati e – in sostanza – nel funzionamento di una “mano invisibile” che guiderebbe i mercati verso l'efficienza allocativa. Questa concezione era però certamente minoritaria, e confinata in qualche testo universitario, quando fu redatto il codice civile del 1942.

### **3. Mercato e concorrenza nel codice civile del 1942**

Il modello di funzionamento dell'economia di mercato che sta alla base dei principi del diritto dell'economia sanciti nel codice civile del 1942, e che era interiorizzato a quel tempo come dato di fatto storicamente acquisito (con il superamento di concezioni più liberistiche, che erano talora emerse nella giurisprudenza dei decenni precedenti<sup>3</sup>), è dunque quello che vede il sistema economico mondiale come un insieme

---

<sup>3</sup> Cfr. Fonderico (2015).

di economie nazionali, fra loro legate da rapporti di competizione/cooperazione.

Si veda, in tal senso, l'art. 2595 c.c.: “La concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge”. In altri termini: la concorrenza fra imprese è una regola di *default* (così si direbbe oggi) del sistema giuridico, conseguente al riconoscimento in via generale della libertà contrattuale e della libertà di commercio. La concorrenza però non deve svolgersi in modo distruttivo, ma deve indirizzarsi nel supremo interesse dell'economia nazionale, e quindi sulla base di un rapporto di fedeltà/protezione fra le imprese e lo Stato.

In questa prospettiva i cartelli (che il codice chiamava “consorzi”) sono visti, in linea di principio, come strumenti di razionalizzazione dei processi concorrenziali.<sup>4</sup> Lo Stato può imporre la costituzione di consorzi obbligatori (art. 2616 c.c.) e non vieta affatto la formazione di cartelli (“consorzi”) volontari, imponendo solo un limite di durata (10 anni). Solo per i cartelli più importanti, coinvolgenti l'intero mercato nazionale, alle imprese interessate è imposto l'obbligo di sottoporsi ad approvazione e a vigilanza del Ministero dell'Economia nazionale (artt. 2618 ss. c.c.).

Anche gli accordi bilaterali restrittivi della concorrenza sono considerati validi, in quanto espressione di libertà contrattuale; vi si impongono solo limiti di durata (5 anni) e si vieta che possano comportare un divieto assoluto dell'esercizio della libertà di iniziativa economica in capo a uno o più dei contraenti.

Ancora, la disciplina generale del funzionamento dei mercati era completata dalle norme in materia di concorrenza sleale (che l'Italia aveva il dovere di recepire nel proprio ordinamento, in qualità di Stato aderente all'Unione per la protezione della proprietà industriale). Le norme sulla concorrenza sleale erano allora concepite come insieme di regole di deontologia professionale, intese soprattutto a proteggere la fruizione dei risultati del lavoro imprenditoriale (si potrebbe anche dire: le posizioni di mercato acquisite) contro comportamenti contraffattori, parassitari o denigratori. Era completamente estranea, all'epoca,

---

<sup>4</sup> Questa scelta normativa era conforme all'indirizzo prevalente in tutti gli ordinamenti europei nella prima metà del secolo XX. Cfr. Gerber (2001).

l'esigenza di tutela della libertà di scelta del consumatore contro le pratiche ingannevoli o aggressive, che oggi sta al centro dell'interpretazione evolutiva della disciplina.<sup>5</sup>

Infine, il disegno generale della disciplina dei mercati era completato dalla norma dell'art. 2597 c.c., che imponeva ai monopolisti legali, cioè alle imprese titolari di diritti esclusivi incaricate della produzione di un pubblico servizio, l'obbligo di contrarre con chiunque chiedesse di accedere ai beni o servizi offerti e di non discriminare fra i diversi acquirenti. Norma potenzialmente importante, nel sistema, anche se poi fu interpretata dalla giurisprudenza, discutibilmente, in modo restrittivo.<sup>6</sup>

In conclusione, dal codice civile emerge un disegno coerente di sistema economico caratterizzato da un capitalismo di Stato, in cui l'intervento pubblico può incidere profondamente sul funzionamento dei mercati e la direzione/protezione delle imprese esistenti da parte dello Stato è espressione di un principio più importante della concorrenza fra imprese, che appare solo come un dato residuale nel sistema.

#### **4. Il protezionismo liberale e la costituzione economica italiana**

Il tipo ideale dell'"economia nazionale", che aveva dominato la cultura dell'Italia postrisorgimentale e fascista condizionava ancora (più o meno consapevolmente) la visione dell'economia di mercato dei componenti dell'Assemblea Costituente, e le stesse contrapposizioni ideologiche che erano presenti in quell'assemblea.<sup>7</sup> A sinistra, la lotta sindacale era vista come tentativo di riappropriazione di un *surplus* usurpato dall'imprenditore (era dato per implicito che l'appropriazione di questo *surplus* fosse in qualche modo a lui garantita dallo Stato e dalle leggi, e che il rischio di mercato fosse remoto). Il solidarismo cattolico era pienamente convinto della necessità che l'intervento correttivo dello Stato temperasse le asperità della lotta concorrenziale. La componente

---

<sup>5</sup> Vedi, per tutti, Ghidini (2015).

<sup>6</sup> Per una retrospettiva critica sul punto cfr. Osti (2004).

<sup>7</sup> Cfr. Luciani (2011), ove si sottolinea anche il prestigio di cui, nell'ambito della Costituente, godevano le idee keynesiane.

liberale, dominata dalla grande figura di Luigi Einaudi, aveva certo convinzioni liberoscambiste, ma non escludeva affatto l'intervento correttivo dello Stato, per finalità di politica sociale, in una prospettiva ideale che può dirsi vicina (anche se il termine era ignorato, nella cultura economica del tempo) a quella ordoliberal.

In tale contesto, non stupisce che il testo base della nostra costituzione economica, l'art. 41 Cost., consideri la concorrenza come un mero stato di fatto, e costituisca il mero riflesso del riconoscimento della libertà di iniziativa economica individuale, non bisognosa di particolare tutela costituzionale. L'attenzione principale del testo costituzionale è invece rivolta al potere/dovere dello Stato di correggere e indirizzare le tendenze naturali dell'economia di mercato, per conseguire finalità sociali.

Se dalle enunciazioni dei testi normativi costituzionali si passa a quella che fu la 'costituzione materiale' dell'economia italiana negli anni in cui si fece la Costituzione e in quelli immediatamente successivi, può vedersi una piena coerenza con il modello prima descritto. La costituzione economica materiale di quel periodo storico è stata definita il "protezionismo liberale" (Amato, 1972): le imprese private stavano al centro del sistema economico, ma era scontato che accettassero un certo livello di guida e di protezione da parte dello Stato. Allo Stato, ma anche agli enti pubblici territoriali, era riconosciuto un ampio potere generale di regolazione dell'economia (per esempio nell'autorizzare l'apertura di nuovi esercizi commerciali o di nuovi stabilimenti industriali).

In questa visione trovano coerenza le politiche interventiste dell'impresa pubblica, come anche le politiche sociali e sindacali. Le stesse politiche tendenzialmente keynesiane, che caratterizzarono la costruzione di uno "stato sociale" italiano avevano senso – peraltro, in Italia come altrove – soprattutto all'interno di economie nazionali tendenzialmente protette, ove ogni incremento di capacità di spesa per le famiglie si traduceva in incremento di domanda per le imprese nazionali, con effetti benefici sull'intero sistema produttivo, ove in questo vi fossero state risorse inutilizzate.

## **5. L'attuazione dell'art. 41 della Costituzione, fino alla svolta liberistica degli anni Novanta**

Nella storia delle interpretazioni della costituzione economica italiana può porsi come punto di svolta il 1990: è l'anno in cui viene approvata la legge antitrust nazionale; nello stesso tempo si avvia il processo di liberalizzazione di diversi mercati in precedenza soggetti a regolazione e a monopoli pubblici.

Nella prima fase (cioè quella che si colloca dagli inizi al 1990 circa) la giurisprudenza costituzionale in materia asseconda la visione tradizionale del sistema economico, legittimando senza riserve le vecchie norme del "protezionismo liberale" (monopoli fiscali, regimi di autorizzazione discrezionale, limiti all'offerta, come gli orari di apertura e chiusura dei negozi). La concorrenza effettiva, cioè l'esistenza di un mercato effettivamente concorrenziale, è considerata un dato estraneo alla tutela costituzionale. Un caso limite è costituito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 223/1982: in questa sentenza, a fronte di un'ordinanza di rimessione (del Tribunale di Milano) che interpretava l'art. 2596 c.c. come norma pienamente legittimante la conclusione di accordi di cartello fra imprese, e per ciò stesso ne sosteneva l'incompatibilità con i principi di libertà d'impresa, la Corte conferma questa interpretazione, ma si dichiara altresì priva di poteri di intervento, perché la tutela della concorrenza non è vista come un principio di rango costituzionale. Ciò ad un quarto di secolo dall'entrata in vigore, nel nostro ordinamento, delle norme sulla concorrenza dei trattati europei, e pur essendo ben possibile un'interpretazione evolutiva di quella disposizione del codice civile, che avrebbe giustificato una sentenza interpretativa di rigetto.<sup>8</sup>

Nella storia delle interpretazioni dell'art. 41 Cost. da parte della Corte costituzionale vi sono però tre importanti episodi in controtendenza: il divieto di imponibili di mano d'opera (sent. 78/1958), la liberalizzazione dell'attività televisiva (sentt. 226/74 e 202/76) e l'abrogazione del divieto di brevettazione dei farmaci (sent. 20/78). Si trattò di interventi incisivi, che hanno inciso non marginalmente sulle

---

<sup>8</sup> Per questa interpretazione evolutiva si veda, ad esempio, Libertini (1981, sub art. 2596).

regole generali di funzionamento dei mercati (divieto di imponibili di mano d'opera) o hanno modificato strutturalmente alcuni mercati importanti (televisione, produzione farmaceutica).

Non si può tacere tuttavia l'impressione che si sia trattato di fenomeni importanti ma episodici, in un contesto generale diverso, in cui le misure regolative dei mercati (e anche l'esistenza di monopoli, come quelli fiscali) erano normalmente considerate dalla Corte legittima espressione di discrezionalità legislativa.<sup>9</sup> E tuttavia, mediante un'argomentazione molto semplice (combinato disposto degli artt. 3 e 41: eguaglianza e libertà d'impresa) la Corte introdusse nell'ordinamento italiano il brevetto farmaceutico, dando alle imprese italiane una *chance* di conquista di vantaggi competitivi nei mercati internazionali (*chance* poi non adeguatamente sfruttata, ma questo è un altro discorso).

In sintesi può dunque dirsi che, se la Corte costituzionale, nel primo periodo di applicazione dell'art. 41, non ha ostacolato il sopravvivere del vecchio dirigismo, ciò non è avvenuto perché la norma costituzionale ponesse ostacoli oggettivi e insuperabili alla liberalizzazione dei mercati e allo sviluppo di un'efficiente economia di mercato in Italia (come qualcuno ha affermato, nel superficiale dibattito di qualche anno fa sulla pretesa necessità di riforma dell'art. 41 Cost.).<sup>10</sup> Gli episodi in controtendenza, sopra ricordati, provano che su questa norma si sarebbe potuto costruire anche un percorso ben diverso. E del resto, anticipando quanto si dovrà meglio segnalare fra breve, la Corte, sempre applicando l'art. 41, non ha certo posto ostacoli nei decenni successivi alle diverse politiche di liberalizzazione avviate dal legislatore italiano, spesso – ma non sempre – sulla base di direttive europee.

## 6. Il dibattito dottrinale sull'art. 41 della Costituzione

La storia delle interpretazioni dottrinali dell'art. 41 non ha certo contribuito a costruire un modello razionale di quello 'stato sociale di

---

<sup>9</sup> Per una critica a questo orientamento si veda Libertini (1979).

<sup>10</sup> Cfr. *Discussione intorno all'art. 41 della Costituzione* (Satta e Ciocca, 2012).



diritto', che pur si cercava di costruire, nella costituzione materiale del Paese.

La storia delle dottrine in materia di costituzione economica manifesta, a mio avviso, un limite culturale significativo.<sup>11</sup> La costituzione economica è stata pensata secondo una doppia chiave di lettura:

- i) da un lato la contrapposizione tra 'liberismo' e 'socialismo', che portava tendenzialmente a legittimare come "socialmente utile" qualsiasi intervento, diretto o indiretto, dello Stato nel funzionamento dei mercati;
- ii) dall'altro la riflessione sulla libertà economica nei termini classici dei diritti individuali; ciò portava a un risultato di protezione formalmente forte (riserva di legge, ecc.) ma sostanzialmente debole (la 'libertà economica' vista come meritevole di una protezione più debole di quella spettante agli altri diritti fondamentali).

Il risultato interpretativo, in termini di diritto vivente, è stato insoddisfacente: la libertà economica è stata pensata come un diritto individuale, soggetto a riserva di legge, e questo risultato interpretativo è stato esteso anche al secondo comma dell'art. 41 (ove pur manca un riferimento testuale alla riserva di legge), ponendo ostacoli alla possibilità di individuare limiti generali di diritto privato all'esercizio dell'attività d'impresa (si pensi all'annoso dibattito sui limiti all'applicazione del rimedio inibitorio e dei rimedi specifici in genere); ma questa impostazione ha anche fornito la premessa per vari processi interpretativi, volti a ridurre la portata della situazione soggettiva protetta (quando non si è ridotta la tutela dell'iniziativa economica a semplice "garanzia d'istituto", si è affermato che la situazione costituzionalmente protetta era solo l' 'iniziativa', come investimento iniziale, e non anche lo svolgimento dell'attività economica).

Questo processo interpretativo raggiunse il proprio acme con l'egemonia marxista degli anni '70, che influenzò anche buona parte della

---

<sup>11</sup> Il quadro delle dottrine formatesi nel dibattito interpretativo sull'art. 41 Cost. è stato ricostruito in molte sedi. Si veda, ad esempio, Niro (2006)

cultura giuridica italiana. In quel tempo si arrivò a leggere la costituzione economica formale del 1948 come un progetto di transizione al socialismo reale (Lavagna, 1977). Contemporaneamente si moltiplicavano gli sforzi interpretativi per ridurre l'ambito della situazione soggettiva costituzionalmente tutelata (Baldassarre, 1971; Luciani, 1983). Più in generale, si affermava una lettura, molto ideologizzata, della Costituzione italiana come programma di rottura del vecchio modello di Stato borghese-liberale e di affermazione di un modello vagamente socialista (il tema dell'“eguaglianza sostanziale” dell'art. 3 Cost. costituiva la chiave di volta di tutte le costruzioni dogmatiche in materia).

Ciò che colpisce, di quel dibattito dottrinale, è la mancanza di alcuni temi centrali ai fini della costruzione di un modello razionale di costituzione economica.<sup>12</sup> Mancano (quasi) totalmente nel dibattito:

- a) il ruolo dell'impresa, intesa come formazione sociale stabile, vocata al profitto: l'impresa è vista nel prisma riduttivo della libertà economica individuale e il profilo dell'efficienza imprenditoriale è (implicitamente) considerato costituzionalmente irrilevante;
- b) il ruolo del mercato concorrenziale; la stessa libertà (soggettiva) di concorrenza è vista come espressione di una regola generale presente nel sistema, ma solo residuale, piuttosto che di una norma di principio; la concorrenza effettiva, come modalità di funzionamento del mercato, è considerata come costituzionalmente irrilevante;
- c) un tentativo di approfondimento del ruolo positivo dello Stato in un'economia a base capitalistica (cioè quello che è un punto cruciale della dottrina dell'economia sociale di mercato, ESM, su cui torneremo); il ruolo dello Stato è visto linearmente come momento di realizzazione di un “governo democratico dell'economia” e la legislazione economica è interpretata in chiave di “transizione al socialismo” (Galgano, 1978).

---

<sup>12</sup> Le proposte di lettura del testo costituzionale in linea con un modello di moderna economia di mercato (fra le quali si segnala Bognetti, 1995) sono rimaste minoritarie nel dibattito.

## 7. L'adesione alla CEE e la sua scarsa influenza iniziale sulla costituzione economica italiana

Per tutta una prima fase storica, l'adesione dell'Italia alla CEE non fu avvertita, né dalla giurisprudenza italiana (ordinaria e costituzionale), né dalla dottrina giuridica, come un fatto idoneo a incidere sulla costituzione economica nazionale. Eppure i principi del diritto europeo presentavano differenze significative rispetto al modello di "economia nazionale" di tipo dirigistico, che stava al fondo delle idee dei nostri costituenti.<sup>13</sup>

L'influenza ordoliberal, pur non permeando di sé *in toto* i Trattati, aveva comunque introdotto il principio per cui l'esistenza di mercati competitivi fosse da considerare una condizione essenziale del benessere economico collettivo. Da qui un tipo ideale di sistema economico che protegge l'esistenza di mercati competitivi, e non le imprese private esistenti in quanto tali. Da qui anche l'obiettivo centrale della costruzione di un mercato unico europeo (controlli sugli aiuti, ecc.: eliminazione del protezionismo nazionale).

Con i trattati europei si passava dunque dall'idea di un sistema di competizione fra economie nazionali a quella della costruzione di un mercato unico fondato sulla competizione fra imprese. Rimaneva sullo sfondo l'ipotesi di un protezionismo europeo comune, forse non estranea alle idee ispiratrici originarie, che certamente tuttavia non è mai stata fra le idee portanti dei trattati, rimanendo limitata alle misure anti-dumping e all'idea della costruzione di una politica industriale europea di interesse comune.

Accanto a ciò, la versione originale dei Trattati lasciava agli Stati membri, ritenuti i soli "democraticamente legittimati", ampi spazi di intervento per l'attuazione di politiche sociali (in tal senso era la lettura originaria dell'allora art. 90 del Trattato, ora art. 106 TFUE). Non si concepì poi, per lungo tempo, l'idea che le norme europee potessero acquisire un valore costituzionale o anche solo fungere da criteri di

---

<sup>13</sup> Sulla costituzione economica europea si veda la trattazione sistematica di Müller (2014); si veda anche Cassese (2001).

attribuzione di contenuto a clausole generali presenti nell'ordinamento nazionale.

## **8. La svolta liberistica degli anni Novanta**

Negli anni '90 si determina una svolta nel diritto europeo, destinata a riflettersi anche sulla costituzione economica nazionale. Per comprendere la portata storica di questo fenomeno, si deve tenere presente che in quel contesto storico maturava, a livello mondiale, una generale svolta liberistica. Questa era stata preparata, nei vent'anni precedenti, sul piano delle idee, dalle numerose critiche allo Stato sociale, di cui si denunciavano la crescente crisi finanziaria e il peso eccessivo degli apparati politici e burocratici; e sul piano delle politiche concrete, dal successo dei programmi liberisti di Margaret Thatcher e di Ronald Reagan.<sup>14</sup>

Il collasso dei sistemi comunisti, all'inizio degli anni '90, diede la spinta decisiva al successo delle politiche liberiste. Per la prima volta nella storia, il liberismo diveniva davvero ideologia egemone, e insieme con esso si affermava l'ideologia della centralità dei mercati finanziari in un sistema economico efficiente; ciò comportava anche una rivoluzione nella teoria dell'impresa, che da 'comunità di lavoro' si trasformava in 'centro d'investimento di capitali'.

La nuova costituzione economica liberista che si afferma a livello mondiale (soprattutto in termini di egemonia culturale) relega le funzioni statali allo stretto indispensabile, ed esalta la formazione dell'ordine spontaneo creato dai mercati e dalle regole di formazione privata. Il compito degli Stati viene limitato alla prospettiva della "competizione fra ordinamenti" (nel senso di chi è più bravo ad attirare capitali finanziari).

---

<sup>14</sup> Può essere interessante ricordare che questa critica allo stato sociale, se vedeva in prima linea i liberisti puri alla Friedman o alla Hayek, il cui pensiero poi è divenuto egemone, era alimentata – negli anni Settanta del secolo scorso – anche da contributi di autori di ispirazione marxista, che pensavano giusto criticare lo stato sociale 'da sinistra', auspicando la sua sostituzione con modelli più socialisti di organizzazione politica ed economica. In tal senso si veda, ad esempio, O'Connor ([1973] 1979).

In quel contesto maturava anche la massima apertura mondiale dei mercati mai avvenuta nella storia, con la costituzione dell'organizzazione mondiale del commercio (WTO) nel 1995. Si determinava così il processo di "globalizzazione" dell'economia di mercato, che avrebbe dovuto far dimenticare il vecchio assetto mondiale, costituito da una pluralità di economie nazionali in competizione fra loro. (In realtà, si determinava in questo modo una grave asimmetria: all'apertura del commercio mondiale corrisponde la partecipazione alla gara sia di paesi a economia di Stato protetta, dalla Cina ai paesi arabi, sia di paesi privi di strumenti di protezione, i singoli Stati membri dell'UE, e sostanzialmente l'UE stessa).<sup>15</sup>

È in questo contesto storico che, con i trattati di Maastricht (1992) e di Amsterdam (1997), si delinea una costituzione europea (non ancora in senso formale). L'insieme di principi del diritto europeo si arricchisce da un lato di contenuti nuovi (dalla tutela dell'ambiente a quella dei consumatori, ecc.), e dall'altro la tutela della concorrenza fra imprese viene elevata a principio fondamentale del diritto europeo. Questa nuova impostazione porta con sé una rivoluzione copernicana nell'interpretazione del vecchio art. 90 (allora divenuto 86) del Trattato: non più norma di delega di politiche sociali agli Stati, ma una norma affidata alla vigilanza degli organi comunitari, con necessità di giustificazione di compatibilità degli interventi statali con i rafforzati principi di diritto europeo. Su questa base, la Comunità avvia e realizza le politiche di liberalizzazione dei tradizionali servizi pubblici essenziali. L'Italia segue, con esperienze a 'velocità variabile', le direttive di liberalizzazione.

Con ciò non si può concludere che la Comunità Europea, con i trattati degli anni '90, abbia fatto una scelta pienamente liberista: la verità è che il trattato di Amsterdam ha accentuato il valore costituzionale dell'economia di mercato, ma al contempo ha definito una ricca gamma di interventi correttivi,

---

<sup>15</sup> Bisogna dare atto a Tremonti (2005) di avere colto lucidamente il punto. La modestia dell'apparato teorico e il fatto che l'autore svolgesse, in quegli anni, un ruolo di primo piano nella politica italiana, spiegano, ma solo in parte, la scarsa attenzione che queste posizioni hanno suscitato nel dibattito italiano. Sul tema cfr. anche Bremmer (2010), fiducioso nella possibilità di prevalenza, nel lungo periodo, dei sistemi di capitalismo liberale.

rimanendo però ‘in mezzo al guado’ per ciò che attiene all’acquisizione di poteri di governo propri delle tradizionali strutture statali.

## **9. La nuova costituzione economica italiana: la riforma del 2001**

Negli anni Novanta l’Italia è impegnata in un grande sforzo politico di costruzione di quella che si sperava potesse divenire una “seconda Repubblica”, in grado di superare i difetti del sistema precedente, e in particolare di riequilibrare una finanza pubblica deteriorata dalle politiche di spesa facile dei decenni precedenti. In questo programma politico un punto fermo diviene la piena adesione ai principi e alle scelte politiche dell’Unione Europea. La Repubblica Italiana accetta senza particolari criticità l’idea del primato del diritto comunitario e, nel 2001, eleva formalmente a rango costituzionale l’accettazione dei principi del diritto dell’Unione.

In questo processo, che culmina con l’adesione alla moneta unica alla fine del decennio, il sistema politico italiano scopre la “tutela della concorrenza”, come valore politico e come principio giuridico. Questo passaggio avviene, dapprima, con la rapida approvazione (1990) della legge antitrust nazionale, caratterizzata dalla piena riproduzione delle norme europee e dall’esplicita scelta dell’interpretazione vincolata agli orientamenti delle autorità europee.<sup>16</sup> Pochi anni dopo, con la riforma costituzionale del 2001, la tutela della concorrenza viene elevata a rango costituzionale, e assegnata alla competenza esclusiva, legislativa e amministrativa, dello Stato.

Si è trattato di una scelta politico-legislativa nient’affatto scontata: la maggior parte delle costituzioni (a cominciare da quella americana) non riconoscono la tutela della concorrenza a livello di principi costituzionali.<sup>17</sup> Lo stesso diritto dell’Unione, con il Trattato di Lisbona,

---

<sup>16</sup> Sulla storia recente della politica antitrust in Italia si veda Pera e Cecchini (2015).

<sup>17</sup> La costituzione americana non tutela la concorrenza, nei suoi enunciati normativi. Nel dibattito dottrinale v’è chi sostiene che il fondamento costituzionale dell’antitrust starebbe nel divieto di formazione di poteri normativi privati (Nachbar, 2013); ma in senso critico (cioè per la negazione di un rilievo costituzionale delle politiche antitrust) si veda Crane (2013).

riconoscerà alla concorrenza fra imprese carattere di “obiettivo” o “strumento” delle politiche europee, ma non di “valore in sé” o principio fondamentale dell’Unione (Petit, 2008; Libertini, 2011). A questa scelta di livello giuridico-costituzionale si accompagna poi, nella legislazione ordinaria, la serie di leggi di “liberalizzazione”, inaugurata dal primo “Decreto Bersani” del luglio 2006 (d.l. 223/2006) e provvisoriamente conclusa con il “Decreto Monti” del gennaio 2012 (d.l. 1/2012). Infine, con l’intento di rafforzare questo orientamento politico di *deregulation*, il legislatore italiano, con una scelta politico-legislativa invero originale, ha impegnato il Governo (art. 47, l. 99/2009) a presentare annualmente una “legge per il mercato e la concorrenza”, con l’obiettivo dichiarato di rimuovere tutti gli ostacoli che ancora separano il nostro ordinamento dalla piena accettazione dei principi del libero mercato.

In questo modo l’ordinamento italiano si è posto, almeno a livello di enunciati normativi, in una posizione estrema di accettazione dell’ideologia del libero mercato. Queste scelte legislative sono state, a loro volta, pienamente legittimate dalla Corte costituzionale (quella stessa Corte che, ancora nel 1982, dichiarava che il principio di tutela della concorrenza fra imprese era sconosciuto alla Costituzione italiana).<sup>18</sup> Può dirsi dunque che il ‘filo rosso’ che lega la giurisprudenza costituzionale del prima e del dopo la ‘rivoluzione liberistica’ è la deferenza alle scelte politiche del legislatore, più che la chiara adesione di principio ad una certa ideologia economica.

Ciò però pone un problema, oggi aperto nel nostro diritto vivente. Se la deferenza verso le scelte del legislatore può essere un criterio di valutazione praticamente efficace in una prospettiva dirigistica, come quella che l’ordinamento italiano coerentemente accettava nella sua precedente fase storica, lo stesso non può dirsi per la fase attuale: l’accettazione di un’idea di sistema economico improntata ai principi del libero mercato non consente di attribuire una presunzione di legittimità e di coerenza con il pubblico interesse a qualsiasi intervento dello Stato nei processi economici, ma anzi richiede una valutazione di coerenza di

---

<sup>18</sup> Per questi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale dell’ultimo decennio (sviluppati soprattutto nel paragrafo successivo) mi permetto di rinviare a Libertini (2014).

ciascun intervento rispetto a un certo modello ideale, che dovrebbe essere previamente definito con precisione, in sede interpretativa.

## **10. La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale**

L'attuale fase storica pone dunque un urgente problema di definizione del contenuto del bene giuridico 'concorrenza', oggetto della tutela costituzionale. Su questo punto la Corte costituzionale ha fatto una scelta interpretativa preliminare netta, nel senso di qualificare la concorrenza come materia "trasversale", cioè non definibile con riferimento a una determinata sezione della realtà socioeconomica (come avviene generalmente per le "materie" costituzionali, elencate nell'art. 117 Cost.: ad esempio, moneta, finanza, istruzione, agricoltura, ecc.), ma definibile solo con riferimento a fini o risultati da conseguire; fini o risultati che possono essere presenti in tutti i settori della vita socioeconomica.

Questa tesi – peraltro condivisibile, a mio avviso – è stata strumento razionale di un'operazione politica di grande importanza: quella con cui la Corte ha sostanzialmente ridimensionato la scelta politica del legislatore costituente del 2001, volta a trasferire alle Regioni gran parte delle competenze legislative e amministrative. La "tutela della concorrenza" è divenuta, infatti, lo strumento per consentire allo Stato di riappropriarsi del potere di intervenire, anche in maniera pervasiva, in materie formalmente divenute di competenza regionale.<sup>19</sup>

In ogni caso, una volta posta questa condivisibile premessa, la definizione normativa di "tutela della concorrenza" dovrebbe constare di tre passaggi, fra loro logicamente concatenati:

- a) definizione del profilo finalistico (benessere del consumatore? Sviluppo economico? Pluralismo economico? Altro?), rispetto a cui la concorrenza costituisce strumento, e che dovrebbe fornire fondamento e limite alla relativa tutela;

---

<sup>19</sup> Questo giudizio è comune fra i commentatori della giurisprudenza della Corte. Si veda, ad esempio, oltre al mio scritto sopra citato, Scoca (2013).



- b) precisazione che la concorrenza, come bene giuridicamente tutelato, è una condizione di effettivo funzionamento dei mercati ('concorrenza effettiva'), e che, come tale, non coincide con la 'libertà di concorrenza', che pur ne costituisce un presupposto logico: la libertà individuale di concorrenza può esercitarsi, infatti, anche in senso negativo (non-concorrenza) o comunque in direzioni contrarie al benessere del consumatore e allo sviluppo economico;
- c) precisazione del tipo di concorrenza effettiva che dovrebbe essere giuridicamente tutelata; in questa prospettiva, a mio avviso, dovrebbe precisarsi che la concorrenza giuridicamente tutelata dev'essere intesa come processo dinamico di innovazione imprenditoriale, orientato dalla libertà di scelta dei consumatori (e come tale non coincide con il pluralismo imprenditoriale, e più in generale con la concorrenza in senso statico).

Rispetto a tutti e tre i profili, lo stato della giurisprudenza costituzionale appare, per diversi aspetti, ancora insoddisfacente. Per vero, la Corte non si è sottratta al compito di tentare una definizione contenutistica della tutela della concorrenza. In proposito, anzi, ha progressivamente consolidato una propria definizione di 'concorrenza', caratterizzata dall'accostamento di tre diversi contenuti: la "tutela" (che coinciderebbe con le norme antitrust); la "promozione" (intesa come liberalizzazione dei mercati); l'evidenza pubblica nei contratti della pubblica amministrazione. Questo modo di definire la concorrenza può dirsi ormai tralatizio, nella giurisprudenza della Corte, anche se tra una sentenza e l'altra non mancano differenze lessicali, che denotano una residua incertezza di fondo. In realtà, tuttavia, non si hanno delle vere e proprie definizioni di 'concorrenza': la Corte procede piuttosto per accumulo di esperienze di decisione su singole materie (antitrust, liberalizzazioni, evidenza pubblica), formulando una enunciazione riassuntiva, che però non riesce a portare veramente a sintesi tali esperienze.

Un passo avanti si nota soltanto in una sentenza (94/2013) in cui la concorrenza viene descritta come "esistenza di una pluralità di imprenditori [... che] giova a migliorare la qualità dei prodotti e a

contenerne i prezzi”; si afferma inoltre che essa “è una delle leve della politica economica del Paese” e che ciò giustifica misure legislative di promozione della concorrenza con “finalità di ampliamento dell’area di libera scelta sia dei cittadini sia delle imprese”. Qui, per la prima volta, accanto a un elemento di carattere statico-pluralistico, la concorrenza viene definita anche con un connotato effettivamente di tipo finalistico (miglioramento della qualità dei prodotti; ampliamento della libertà di scelta del consumatore), che potrebbe aprire un potenziale notevole per il controllo di coerenza dei singoli interventi normativi. Rimane comunque, anche in quest’ultima sentenza, una certa povertà di contenuti.

In sostanza, si può dire che nella giurisprudenza della Corte è mancata la percezione piena dell’esigenza – pur formalmente riconosciuta – che l’allargamento della competenza statale, mediante il criterio di trasversalità, richiederebbe una particolare cura del *profilo finalistico della tutela della concorrenza*: solo il coerente perseguimento di finalità ricomprese nel principio può infatti giustificare, sul piano sistematico, il superamento di una definizione della materia mediante confini oggettivi, e quindi quell’“invasione” delle competenze regionali che il testo dell’art. 117, in quanto tale, non prevede espressamente.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza costituzionale – e con essa la definizione sopra riportata – è rimasta carente, perché:

- i) affermare che la materia “tutela della concorrenza” comprende la disciplina antitrust è tautologico, perché la disciplina di cui si tratta ha come scopo proprio dichiarato quello di tutelare la concorrenza; ma la disciplina antitrust non definisce, a sua volta, il bene giuridico tutelato, ed è stata interpretata in modi assai diversi nel corso della sua storia; è proprio la norma costituzionale che (in coerenza con il diritto europeo) dovrebbe fornire un’indicazione di principio (finalistica) atta a orientare sistematicamente l’interpretazione delle norme della legge ordinaria;
- ii) nelle enunciazioni sopra riportate è evidente l’inclinazione a identificare la tutela della concorrenza con la libertà di concorrenza (il che è riduttivo e fuorviante); nella seconda delle enunciazioni sopra riportate la Corte si spinge anzi fino a far intravedere una concezione della concorrenza come sintesi delle libertà economiche

fondamentali del diritto europeo (circolazione delle merci, ecc.), senza una propria specificità contenutistica;<sup>20</sup>

*iii)* considerare parte integrante e necessaria della tutela della concorrenza la disciplina dell'evidenza pubblica nelle concessioni e nei contratti degli enti pubblici è una petizione di principio, e in ogni caso significa spostare l'attenzione da un criterio finalistico a un criterio oggettivo di delimitazione di una "materia".

In conclusione, gli ultimi 15 anni di giurisprudenza costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" si caratterizzano per un uso molto frequente della formula (più di 200 sentenze), ma anche per una permanente incertezza contenutistica sul significato da attribuire ad essa.

## 11. Conclusione

Un carattere singolare della riflessione giuridica in materia è data dal fatto che l'adesione ai principi dell'Unione Europea, che dovrebbe essere rafforzata dopo la riforma costituzionale del 2001, non ha valorizzato le scelte politiche compiute con il Trattato di Lisbona.

La scelta europea, che era stata alla base della spinta liberalizzatrice degli anni Novanta e seguenti, si è in un certo modo cristallizzata su una visione che tende a identificare il diritto europeo con l'ideologia del libero mercato.

Non voglio invadere il terreno di altre relazioni, ma credo che il diritto europeo, con l'espressa scelta fatta a favore di un sistema di "economia sociale di mercato altamente competitiva", offra oggi elementi di riflessione per la costruzione razionale del significato del principio costituzionale di tutela della concorrenza. È su questo terreno che dovrebbe auspicabilmente incrementarsi il dialogo fra economisti e giuristi nei prossimi anni.

---

<sup>20</sup> Questa concezione è, in effetti, presente nel dibattito dottrinale, anche a livello comparatistico (soprattutto nella dottrina tedesca), ma sembra insoddisfacente: cfr. Fabbio (2013).

## BIBLIOGRAFIA

- AMATO G. (1972), *Il governo dell'industria in Italia*, Il Mulino, Bologna.
- BALDASSARRE A. (1971), "Iniziativa economica privata", in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, pp. 582-610.
- BOGNETTI G. (1995), *La costituzione economica italiana*, Giuffrè, Milano.
- BREMMER I., (2010), *The End of the Free Market: Who Wins the War between States and Corporations*, Portfolio, New York.
- CASSESE S. (2001), "La costituzione economica europea", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, pp. 907-921.
- CRANE D.A. (2013), "'The Magna Carta of Free Enterprise' Really?", *Iowa Law Review Bulletin*, vol. 99, pp. 17-23.
- FABBIO P. (2013), "Funzioni e ancoraggi apicali del diritto antitrust", *AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore*, vol. 22 n. 1, pp. 212-234.
- FONDERICO G. (2015), "La concorrenza dimenticata. L'infanzia breve del diritto italiano della concorrenza agli inizi del '900", in Di Cataldo V., Meli V. e Pennisi R. (a cura di), *Impresa e mercato – Scritti dedicati a Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, pp. 875-891.
- GALGANO F. (1978), *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Editori Riuniti, Roma.
- GERBER D.J. (2001), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, Oxford.
- GHIDINI G. (2015), *Profili evolutivi del diritto industriale*<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano.
- IRTI N. (2000), "La concorrenza come statuto normativo", in Lipari N. e Musu I. (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Roma-Bari, pp. 59-67.
- LAVAGNA C. (1977), *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bologna.
- LIBERTINI M. (1979), "La regolazione amministrativa del mercato", in Boichicchio F. e Bonsignori A. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. III. L'azienda e il mercato*, Cedam, Padova, pp. 469.
- (1981), "Commento all'art. 2596", in Cendon P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Utet, Torino.
- (2010), "Concorrenza", in AA.VV., *Enciclopedia del diritto – Annali*, III vol., Giuffrè, Milano, pp. 191-247.
- (2011), "A 'Highly Competitive Social Market Economy' as a Founding Element of European Economic Constitution", *Concorrenza e mercato*, pp. 491-507.
- (2014), "La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio", *Mercato Concorrenza Regole*, vol. 16 n. 3, pp. 503-560.
- LUCIANI M. (1983), *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova.
- (2011), "Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della costituzione repubblicana", *Diritto e società*, vol. 4, pp. 635-719.
- MÜLLER T. (2014), *Wettbewerb und Unionsverfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- NACHBAR T. (2013), "The Antitrust Constitution", *Iowa Law Review*, vol. 99 n. 1, pp. 57-113.
- NIRO R. (2006), "Commento all'art. 41", in Bifulco R., Celotto A. e Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino, pp. 846-857.
- O'CONNOR J. ([1973] 1979), *La crisi fiscale dello Stato*, Einaudi, Torino.

- OSTI C. (2004), *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Milano.
- PERA A. e CECCHINI M. (2015), *La rivoluzione incompiuta. 25 anni di Antitrust in Italia*, Fazi, Roma.
- PERROTTA C. (2008), *Paura dei beni*, B. Mondadori, Milano.
- PETIT N. (2008), "Traité de Lisbonne et politique de concurrence – Rupture?", *Revue de la Faulté de Droit de l'Université de Liège*, vol. 53 n. 1, pp. 265-279.
- SATTA F. e CIOCCA P. (a cura di) (2012), "Discussione sull'art. 41 della Costituzione", *ApertaContrada* 2012, disponibile alla URL: <http://www.apertacontrada.it/category/articolo-41/>
- SCOCA S.S. (2013), "La tutela della concorrenza come contenitore omnibus dell'evidenza pubblica, dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma anche funzionale a garantire la virtuosità degli enti territoriali nell'ambito del patto di stabilità", *Giurisprudenza italiana*, n. 12, pp. 2659-2665.
- TREMONTI G. (2005), *Rischi fatali. L'Europa vecchia, la Cina, il mercatismo suicida. Come reagire*, Mondadori, Milano.