

LUCA ARNAUDO(*)

COSTITUZIONE E CONCORRENZA: NOTE A MARGINE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Avvertenze sul tema. — 2. Svolgimenti giurisprudenziali. — 2.1. Pronunce precedenti alle modifiche dell'art. 117 Cost. — 2.2. Interventi recenti della Corte costituzionale. — 3. Considerazioni e interrogativi. — 3.1. Sul ruolo della concorrenza nel nuovo quadro costituzionale. — 3.2. Sull'intersecarsi di piani costituzionali diversi. — 3.3. Sulla trasversalità della concorrenza nel nuovo ordine costituzionale.

1. AVVERTENZE SUL TEMA.

Tenuto conto che la considerazione del principio di concorrenza nella Costituzione italiana vigente e vivente è momento fondamentale per la comprensione dell'attuale quadro giuridico-economico istituzionale, può risultare di qualche interesse una verifica di come la concorrenza sia stata trattata nella giurisprudenza costituzionale, soprattutto a seguito delle modifiche apportate dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, al titolo V della Costituzione (1). Simile rassegna, seppure sommaria, si mostra funzionale anche a una specificazione di nozioni e valori la cui necessità è quantomai sentita in tempi quali gli attuali, caratterizzati, da un lato, da una travagliata carenza di riferimenti costituzionali condivisi (2) e, dall'altro, dalla necessità montante di

(*) L'autore desidera ringraziare il prof. Nicola Occhicupo, Angelo Lalli e Luciano Di Via per i commenti resi a una versione preliminare del testo, del cui contenuto resta ovviamente unico responsabile. La rassegna di giurisprudenza costituzionale è aggiornata al 28 febbraio 2005.

(1) Si ricorda come, a seguito della legge costituzionale citata, l'articolo 117, comma 2, nella sua nuova formulazione stabilisca congiuntamente alla lettera e) la riserva di potestà legislativa esclusiva dello Stato per *((moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie))*.

(2) Con grande amarezza, in termini ancora più generali, è stato recentemente considerato che *«nuoce ad una serena attività [della Corte costituzionale] la mancata con-*

combinare istanze di politica del diritto — proprie dell'ordinamento italiano così come di quello comunitario, in modo particolare a fronte della Costituzione europea da ultimo sottoscritta da parte degli Stati membri — tra loro distinte.

Il tema specifico della concorrenza, del resto, s'impone all'attenzione già per il suo caratteristico situarsi al crocevia di economia e diritto, posizione da cui consegue una notevole densità semantica del termine⁽³⁾ che, spesso, complica non poco la comprensione degli elementi di fatto e diritto coinvolti nel discorso. A questo proposito, non è forse inutile ricordare in apertura come la concorrenza possa rilevare tanto in una prospettiva più propriamente pubblicistica — ovvero quale principio operativo dell'economia, di cui l'autorità pubblica cura la tutela e l'indirizzo nel rispetto delle c.d. scelte di sistema dell'ordinamento — quanto nel suo estrinsecarsi in atti e fatti di immediata rilevanza tra singoli soggetti di diritto, riconducibili a un ambito privatistico che, storicamente, ha avuto nella disciplina della concorrenza sleale il proprio primo referente⁽⁴⁾ (anche se si tratta di due prospettive, va pur detto per inciso, necessariamente destinate a sovrapporsi e spesso intersecarsi, come da ultimo ben dimostra la pronuncia della Corte di cassazione a sezioni unite con cui è stata sciolta la controversa questione della legittimazione ad agire dinanzi alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, sancendo la possibilità di ricorso per il singolo contraente di contratti a valle di un'intesa illecita secondo la normativa antitrust nazionale)⁽⁵⁾.

vergenza delle maggiori forze politiche su una interpretazione condivisa del costituzionalismo contemporaneo» (LEOPOLDO ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*. Alcuni nodi critici, in MARCO OLIVETTI-TANIA GROPPPI, a cura di, *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano 2003, p. 146).

(3) Un'utile rassegna, anche in prospettiva storica, delle controversie interpretative che il termine («concorrenza» ha originato sta in REMO FRANCESCHELLI, *Valore attuale del principio di concorrenza, ora in Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano 1974, pp. 459 ss. (ma il testo risale in realtà al 1956). Per un confronto tra concezioni distinte di concorrenza si veda, recentemente, WILLIAM KOLASKY, *What is competition? A comparison of U.S. and European perspectives*, in *The Antitrust Bulletin*, 2004, pp. 29 ss.

(4) Sul punto vd. già TULLIO ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1960, pp. 25 ss.

(5) Vd. Cassazione, sentenza n. 2207 del 4 febbraio 2005. Il tema della rilevanza dei principi di concorrenza espressi dalla legge n. 287/1990 nei rapporti tra privati è particolarmente complesso ed esula sia dagli obiettivi che dai limiti del presente scritto, dagli intenti segnatamente pubblicistici: per un suo primo inquadramento si rinvia, in ogni caso, all'approfondita recente trattazione (anche se precedente alla sentenza appena ci-

Con tutta evidenza, la Costituzione s'impone come principio ordinatore tanto della sfera pubblica di una società che di quella privata, e dunque svolge un ruolo determinante nell'orientamento e coordinamento della concorrenza sotto diversi aspetti: un superficiale approccio economicistico al diritto — come alle volte è pur dato di verificare — può tuttavia determinare una certa confusione di elementi eterogenei tra i vari ambiti sopra delineati, confusione che certo non contribuisce a sciogliere la questione qui fiancheggiata dei rapporti tra Costituzione e concorrenza (6). In particolare, l'eccessivo concentrarsi dell'attenzione sugli aspetti operativi delle attività economiche private è suscettibile di indurre a riconoscere un valore universalistico e preponderante al gioco economico della concorrenza, facendo perdere di vista la natura normativo-precettiva propria degli ordinamenti entro cui tale gioco si svolge, e che s'incardina nella maniera più alta nel discorso costituzionale in vista di un'opportuna «*efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati intesa anzitutto come garanzia contro la stabilizzazione dei poteri privati*» (7). Nel momento in cui dalla Costituzione emergano richiami espressi alla concorrenza, pertanto, occorre verificare in primo luogo in che modo essa sia stata e possa considerarsi, e quali siano le possibili conseguenze di diritto di tale considerazione.

2. SVOLGIMENTI GIURISPRUDENZIALI.

2.1. *Pronunce precedenti alle modifiche dell'art. 117 Cost.*

In relazione alla vigente Costituzione italiana, che fino alla già citata riforma del suo titolo V non conteneva alcun riferimento espresso alla concorrenza (richiamando semmai, all'articolo 43, le possibili virtù del monopolio), si dà per storia nota come costante sia risultato lo sforzo dottrinale di collegare la concorrenza alla let-

tata) svolta da CRISTINA LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità, in Banca borsa e titoli di credito*, n. 2, 2004, pp. 175 ss.

(6) Come è stato opportunamente riconosciuto, «*gli economisti moderni hanno gravemente trascurato i requisiti costituzionali-istituzionali indispensabili per il funzionamento di un sistema economico, e analogamente coloro che economisti non sono non sono riusciti a capire fino in fondo in che modo l'organizzazione del sistema economico può influenzare le opportunità per la libertà di scelta*» (JAMES BUCHANAN, *Libertà nel contratto costituzionale*, Milano 1990, p. 9).

(7) PAOLO RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997, p. 62.

tera delle disposizioni esistenti, su tutte l'articolo 41 nel suo riferirsi alla libertà d'iniziativa privata. Quanto alle pronunce rese in tema di concorrenza dalla Corte costituzionale, queste sono risultate incentrate più sulla considerazione della libertà d'impresa come diritto costituzionalmente garantito che sulla concorrenza in sé (8).

Per la verità, scorrendo la giurisprudenza pare che, almeno originariamente, la questione fosse stata inquadrata entro termini più ampi da parte della Consulta, a partire dalla considerazione della concorrenza come uno dei principi che, pur non espressi testualmente, informavano l'ordinamento nel suo complesso: già in una pronuncia del 1956, relativa a una questione di legittimità di una legge della Provincia di Bolzano disciplinante la formazione professionale artigiana, la Corte rilevò infatti come «*la regolamentazione del lavoro è [...] permeata da un indirizzo fondamentale di libera concorrenza che può ben essere ritenuto uno dei principii del nostro ordinamento giuridico*» (9).

Il richiamo alla concorrenza in connessione alla libertà d'iniziativa privata (e ai conseguenti limiti funzionali della stessa rispetto all'utilità sociale, di cui all'art. 41, comma 2, Cost.) nella giurisprudenza si è imposto solo progressivamente, attestandosi in particolar modo in una decisione resa sul finire degli anni sessanta (10), dunque in un periodo di temperie ideologico-culturale che ha influito non poco sul successivo dibattito circa l'assetto economico dello Stato in cui il tema della concorrenza necessariamente rientra. Quale conseguenza di una maggiore attenzione isti-

(8) Sul punto, in effetti, si può concordare abbastanza agevolmente con chi ha rilevato come (*nonostante che 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*) (così LUISA CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali: l'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino 2002, p. 212).

(9) Sentenza n. 6 del 15 giugno 1956.

(10) Nel caso di specie, trovandosi a sciogliere una controversia di legittimità costituzionale in via incidentale in merito alla disciplina dei magazzini di vendita a prezzo unico, 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 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*» (sentenza n. 97 del 22 maggio 1969).

tuzionale alla cura del benessere collettivo attraverso strumenti di intervento pubblico (11) — per loro natura fortemente compressivi della libertà d'iniziativa privata (basti pensare all'istituto del monopolio di Stato) — la concorrenza è venuta a ritirarsi in un ambito di considerazione di tipo più propriamente privatistico, secondo la distinzione richiamata in apertura di questo contributo, salvo sporadiche pronunce volte a riconoscere una tutela «di rimessa») delle strutture di libero mercato già attraverso la disciplina codicistica della concorrenza (12).

La successiva giurisprudenza costituzionale si è dunque limitata ad alcuni generici richiami al principio della libertà di concorrenza o alle regole di questa (13) senza presentare rilevanti prese di posizione sull'argomento: ciò, si badi bene, anche dopo la fondamentale introduzione di un corpo organico di ((norme per la tutela della concorrenza e del mercato)), avvenuto con la già citata legge n. 2871/1990. È però da segnalarsi al riguardo un'eccezione di rilievo, costituita da una pronuncia in cui, sul finire degli anni novanta, la Corte è persa incidentalmente manifestare dubbi circa la natura di principio costituzionale della libera concorrenza (14). Tale posizione, tuttavia, non risulta poi essere stata meglio e ulteriormente esplicitata.

(11) Emblematica, in tal senso, è una sentenza costituzionale degli anni settanta in tema di radiotele diffusione, secondo cui «*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)*» (sentenza n. 225 del 9 luglio 1974).

(12) Interessante al riguardo è la lettura di un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, risalente ai primi anni ottanta, delle disposizioni del codice civile in materia di patti di non concorrenza rispetto all'articolo 41 Cost., ove la Corte considerò come «*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 tutelando, così, nella misura (sia pure modesta) espressa dalla norma stessa, il mercato nelle sue oggettive strutture*» (sentenza n. 223 del 2 dicembre 1982).

(13) Cfr. ordinanza n. 338 del 21 luglio 1992; sentenza n. 420 del 5 dicembre 1994; sentenza n. 236 del 26 giugno 1996.

(14) La Corte, nel dichiarare inammissibile un ricorso proposto in via principale

2.2. *Interventi recenti della Corte costituzionale.*

Se la considerazione della concorrenza in ambito costituzionale, nei termini sin qui rilevati, non ha riservato passaggi di particolare rilievo, si è avuto un notevole cambiamento negli ultimi tempi. Il rilievo a livello costituzionale riconosciuto alla concorrenza è, infatti, variato a seguito della nota riscrittura dell'articolo 117 della Costituzione che, nell'inserire espressamente la «*tutela della concorrenza*») tra le riserve di potestà legislativa statale, ha conseguentemente determinato una più impellente necessità di definire meglio la stessa, se non altro per ovvie ragioni applicative di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni. A tale compito clarificatore si è da ultimo accinta la Corte costituzionale, che, dalla fine del 2003, ha reso alcune pronunce direttamente volte a definire contenuti e natura della concorrenza, così come richiamata dalla Costituzione novellata.

Nella prima delle sentenze appena introdotte, la questione inespresa — come opportunamente rilevato dalla stessa Corte costituzionale — era quella (*cruciale del rapporto tra le politiche statali di sostegno del mercato e le competenze legislative delle Regioni nel nuovo Titolo V, parte II, della Costituzione*) (15). Nel prendere le mosse dall'interrogativo preliminare «*se lo Stato, nell'orientare la propria azione allo sviluppo economico, disponga ancora di strumenti di intervento diretto sul mercato, o se, al contrario, le sue funzioni in materia si esauriscano nel promuovere e assecondare l'attività delle autonomie*», i giudici costituzionali hanno così proceduto a una considerazione del tema degli aiuti di Stato, a partire dalla disciplina per i medesimi prevista dall'ordinamento

da parte del Governo verso una legge della Regione Marche in tema di agriturismo, ha considerato in particolare come l'atto introduttivo del giudizio, «*se è preciso nell'identificare le disposizioni della legge regionale impugnata, non lo è affatto nell'individuare le norme costituzionali presuntivamente violate o le norme di legge ordinaria la cui violazione ridonderebbe in violazione di norme costituzionali. L'art. 5, comma I, lettere a) e c), della legge regionale, contenendo norme di privilegio per le imprese agrituristiche a conduzione in forma 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*» (sentenza n. 384 del 30 settembre 1999). Da rilevarsi come, nei confronti della citata pronuncia, voci autorevoli abbiano subito sollevato forti critiche: vd. ALESSANDRO PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 5, 1999, pp. 2965 ss. Più di recente cfr. anche MARCO ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano 2001, p. 85.

(15) Sentenza n. 14/2004 del 18 dicembre 2003.

comunitario. Rilevato come, a fronte dell'articolo 4, comma 1, del Trattato CE, la Comunità si sia data per (*principio ordinario quello di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*)), la riflessione conseguente è che tali principi non sono comunque «*svincolati da un'idea di sviluppo economico-sociale e sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche compiti di intervento sul mercato*», come dimostra il fatto che il divieto di aiuti statali sia derogabile quando la loro erogazione risulti funzionale «*ad assecondare lo sviluppo economico e a promuovere la coesione sociale*», con la conclusione che «*nel diritto comunitario, le regole della concorrenza non sono quindi limitate all'attività sanzionatoria della trasgressione della normativa anti-trust, ma comprendono anche il regime degli aiuti*)).

Stabilite tali premesse comunitarie, la Corte passa poi a considerare l'ordinamento nazionale, stilando un paragrafo che costituisce, almeno sino ad ora, la più rilevante statuizione costituzionale in materia di diritto della concorrenza, e che per questo vale la pena di riportare per esteso. «*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 libera concorrenza. Quando l'art. 117, comma 2, lettera e), affida alla potestà legislativa esclusiva statale la tutela della concorrenza, non intende certo limitarne la portata ad una sola delle sue declinazioni di significato. Al contrario, proprio l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che 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*».

Ancora, proseguono i giudici costituzionali, l'inclusione della tutela della concorrenza in un elenco ben specifico di competenze esclusive dello Stato, quale quello della lettera e) dell'articolo 117, «*evidenzia l'intendimento del legislatore costituzionale del*

2001 di 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. L'intervento statale si giustifica, dunque, per la sua rilevanza macroeconomica», estrinsecandosi in interventi atti «ad incidere sull'equilibrio economico generale».

Successivamente alla sentenza sopra citata, la Corte si è occupata di concorrenza in diverse pronunce in via quasi esponenziale, a conferma evidente — e per molti versi preoccupante in termini di mole di attività attesa per i giudici — dell'importanza ormai stabilmente assunta dall'argomento nell'attuale arena costituzionale.

In un caso — incentrato sul rigetto per mancanza di requisiti argomentativi minimi di un ricorso presentato dal Governo nei confronti di una legge regionale in tema di attività commerciali — si è trattato di una considerazione dell'argomento piuttosto concisa e, per certi versi, accostabile a quella controversa contenuta nella sentenza n. 38411999 sopra citata. Nella nuova pronuncia, nondimeno, pare preponderante un intento per così dire disciplinare, volto a evitare i rischi insiti in una interpretazione «anfibia» dell'acquisito riferimento costituzionale alla concorrenza, buono cioè per ogni uso proprio perché sostanzialmente indeterminato (16).

Specificata trattazione è stata invece riservata al tema della concorrenza nella sentenza n. 27212004, originata da un quesito di legittimità costituzionale relativo alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (17). La Corte per prima cosa riprende espressamente, citandola in maniera estesa, la statuizione di principio sulla concorrenza contenuta nella citata sentenza n. 14/2004 per poi specificare ulteriormente i contenuti delle competenze statali al riguardo, in questo aiutata dall'ingegnosa for-

(16) In particolare, secondo la lettera della sentenza «il ricorrente, con riferimento alla censura relativa all'art. 117, comma 2, lettera e), della Costituzione, si limita ad affermare che la norma impugnata "riserva alla legislazione esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza"», per cui «l'assenza di qualsiasi motivazione impedisce a questa Corte di valutare quale possa essere l'incidenza dell'intervento regionale sul regime della concorrenza e dunque sull'equilibrio economico generale» (sentenza n. 176 del 10 giugno 2004).

(17) Sentenza n. 272 del 13 luglio 2004. Sul medesimo argomento vd. anche l'ordinanza n. 274, sempre del 13 luglio 2004.

mula giuridica proposta dalla Regione ricorrente, la quale distingue tra «tutela» (di competenza statale) e «promozione» della concorrenza (spettante invece alle Regioni nel concreto svolgersi dei servizi pubblici locali).

Nel contrastare tale prospettazione, la Consulta ha sottolineato come «*la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato. Alla stregua dei principi espressi da questo indirizzo giurisprudenziale, dunque, non può essere accolta la tesi della ricorrente 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 la 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*»). Richiamata nuovamente la sentenza n. 14/2004, questa volta per il suo stabilire come i vari (*strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi*), nella sentenza n. 27212004 viene poi riconosciuto il criterio di proporzionalità e adeguatezza come «*essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla "tutela della concorrenza" e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali*»). In considerazione della natura trasversale della competenza attribuita allo Stato in tema di concorrenza ("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 risulta pertanto 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*».

Altre pronunce, come si diceva, hanno preso a susseguirsi in tema di concorrenza, originate per lo più da ricorsi delle Regioni avverso la legge n. 289/2002 (c.d. legge finanziaria 2003) per supposte violazioni del riparto di competenze(18). Se, al loro interno

(18) Vd. sentenza n. 320 del 28 ottobre 2004; sentenza n. 345 del 28 ottobre 2004; sentenza n. 354 del 15 novembre 2004; sentenza n. 372 del 29 novembre 2004; ordinanza

in generale, non si registrano novità di rilievo — dal momento che la Corte si limita a richiamare i principi seminali espressi nelle sentenze n. 14 e 272, semmai provvedendo di tanto in tanto a una sorta di loro riassunto autentico (19) — va nondimeno segnalato come siano desumibili anche alcune indicazioni di un certo interesse circa la vivacità dell'argomento. Si richiama brevemente al proposito la sentenza n. 354/2004, ove dà atto di come l'avvocatura di Stato, per giustificare l'art. 67 della legge finanziaria 2003 nella parte (impugnata da una Regione) in cui prevedeva l'estensione a determinati Comuni montani della normativa relativa alla promozione e allo sviluppo dell'imprenditorialità giovanile nel Mezzogiorno, abbia fatto leva su una nozione di « *tutela della concorrenza, intesa nel suo aspetto dinamico* », rilevando che la promozione dell'imprenditoria giovanile « *risponderebbe infatti ad esigenze di riequilibrio del mercato e comporterebbe un evidente impatto sull'economia generale, così da trascendere l'ambito regionale ed acquisire dimensione macroeconomica* ». Per quanto, nel caso di specie, il ricorso sia stato rigettato dalla Corte costituzionale per mera genericità della censura avanzata alla legge, la difesa adottata dallo Stato ben mostra quanto rapidamente sia stato compreso il rilievo della flessibilità operativa riconosciuta dalla sentenza n. 14/2004 al principio di concorrenza nell'ambito degli strumenti di intervento diretto sul mercato da parte dello Stato.

3. CONSIDERAZIONI E INTERROGATIVI.

3.1. *Sul ruolo della concorrenza nel nuovo quadro costituzionale.*

La pur rapida rassegna giurisprudenziale sin qui svolta permette di tentare alcune riflessioni generali. In primo luogo,

n. 386 dell'1 dicembre 2004; sentenza n. 50 del 13 gennaio 2005; sentenza n. 65 del 13 gennaio 2005.

(19) Cfr. ad esempio la sentenza n. 345 del 28 ottobre 2004, ove si legge che, nel riferirsi alla concorrenza di cui all'articolo 117 Cost., « *la giurisprudenza di questa Corte (sentenze nn. 14 e 272 del 2004) ha posto in evidenza che si tratta di una competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali, si caratterizza per la sua natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale. Peraltro la stessa giurisprudenza ha chiarito che l'intervento del legislatore statale è legittimo se contenuto entro i limiti dei canoni di adeguatezza e proporzionalità* ».

va preso atto di come la considerazione della concorrenza sia ormai da ritenersi a pieno titolo parte integrante della Costituzione economica vivente⁽²⁰⁾, e ciò, più ancora che per l'affermazione testuale contenuta nel novellato art. 117 Cost., a seguito degli ultimi interventi interpretativi resi dalla Corte costituzionale, la quale ha manifestato una netta variazione di tendenza rispetto alla precedente timidezza dimostrata in proposito. La lettura da ultimo resa dalla Corte, in ogni caso, mentre da un lato non fa che riconoscere espressamente una scelta di sistema già sottesa sin dalla redazione costituzionale del 1947 al riconoscimento della libertà d'iniziativa economica⁽²¹⁾, dall'altra sancisce il passaggio dalla preponderante rilevanza di una concorrenza di tipo privatistico a una di tipo più propriamente pubblicistico, in linea con la già citata scelta operata dall'ordinamento attraverso l'adozione nel 1990 di una normativa antimonopolistica.

Il compito della Corte al riguardo, peraltro, non è certo stato dei più facili quando si pensi (sullo sfondo della più generale instabilità critica, già ricordata in apertura, dell'attuale fase di transizione costituzionale italiana) ai delicati equilibri di competenze ancora in corso di assestamento, a livello sia interno che internazionale. Assai interessante, pertanto, risulta la distinzione che nella sentenza n. 14/2004 i giudici costituzionali paiono stabilire tra un diritto della concorrenza da intendersi in senso ampio — cioè comprensivo delle disposizioni in tema di aiuti statali — e un diritto antitrust che andrebbe invece circoscritto alla repres-

(20) Il riferimento alla nozione di costituzione economica, notoriamente tanto controversa, è da intendersi qui e di seguito adottato tenendo in ogni caso salva la necessità di un'interpretazione costituzionale quanto più possibile unitaria, in linea con quel pensiero secondo cui «*in luogo di rompere l'unità della costituzione, e di scomporla in una pluralità di autonomi nuclei normativi (individuati con l'empirico criterio della materia regolata), occorre concentrare l'unità del disegno costituzionale e quindi applicarla a singole materie e campi di attività. Il processo di concentrazione richiede lo sfruttamento di tutte le norme costituzionali, in modo che la scelta della forma di economia s'inquadri nella decisione suprema sulla esistenza politica dello Stato, e quasi ne discenda come una particolare applicazione*» (NATALINO IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1998, p. 16). Va da sé come ogni discorso in qualche misura attinente ai rapporti tra Costituzione e concorrenza si presti assai bene, e forse meglio di ogni altro, a tentare una simile prospettiva integrata di considerazione giuridica.

(21) Non a caso, si ritiene, nel commentare le citate modifiche all'art. 117 Cost. l'Autorità garante della concorrenza ha rilevato una «*diretta esplicitazione nella Carta costituzionale*» della concorrenza e della sua tutela (cfr. segnalazione AS226 - *Riforma della regolazione e promozione della concorrenza*, 20 dicembre 2001, in *Bollettino* n. 1-21 2002).

sione delle condotte anticoncorrenziali. La ripartizione non è certo nuova (22), e tuttavia essa si mostra particolarmente densa di significato una volta considerata tanto in relazione al nuovo ruolo degli ordinamenti statali in ambito comunitario, che rispetto alla nuova ripartizione interna di competenze tra Stato e Regioni conseguente alle modifiche apportate al titolo V della Costituzione, consentendo un più definito inquadramento costituzionale dello stesso principio di concorrenza.

Nel richiamare una nozione ampia di concorrenza, tale da consentire (ancora) un effettivo margine di manovra all'intervento pubblico nell'economia, si produce infatti il duplice effetto di riconoscere esplicitamente la piena legittimità di tale intervento e, insieme, di ribadire nella definizione dell'ordinamento economico-sociale il ruolo centrale ma non «assolutistico» della concorrenza. Questa risulta essere, secondo quanto direttamente si legge nella sentenza n. 1412004, «una delle leve della politica economica statale»): essa è dunque — come la sentenza n. 272/2004 chiaramente ha stabilito con il rigetto dell'artificioso ricorso regionale presentato, in ciò seguita pedissequamente dalla sentenza n. 345/2004 — in primo luogo competenza esclusiva dello Stato centrale, mentre per altro verso una componente di quella *machina machinarum* icasticamente descritta di recente da Irti (23), ma certo non la sua guida.

Tale ultimo aspetto si mostra di grande interesse sia sotto il profilo immediatamente applicativo, sia in una prospettiva più propriamente di politica del diritto, in quanto tenta la fondamentale questione dei valori fondanti una convivenza civile organizzata in forma statale, che proprio nella Costituzione trova il suo primo documento di riferimento, o (a voler tenere ancora la me-

(22) Già quarant'anni or sono, infatti, si specificava come «parlare di antitrust, invece che di legislazione antimonopolistica o a tutela della concorrenza, ha una duplice funzione: da un lato, consente di individuare subito l'ambito materiale della legislazione in esame attraverso il richiamo dell'esperienza statunitense, terra d'origine del diritto antitrust (e di fare riferimento, quindi, anche ad ipotesi che non si risolvano necessariamente in monopoli attuali o potenziali); dall'altro, aiuta ad evidenziare — indirettamente — lo scopo (perlomeno originario) della medesima disciplina, individuato [...] non tanto nel mantenimento di condizioni concorrenziali di mercato, quanto nella lotta alle concentrazioni di potere economico»)(GIORGIO BERNINI, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, Milano, 1960, vol. 1, p. 8. Per ulteriori riferimenti al riguardo vd. RAFFAELLA NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova 1994, p. 1).

(23) NATALINO IRTI, *Lo Stato: machina machinarum*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 2, 2004, pp. 309 ss.

tafora meccanica) tanto la carta stradale che il libretto d'istruzioni. Se, infatti, i principi di un'economia di mercato e libera concorrenza possono effettivamente costituire un momento importante nel passaggio contemporaneo — secondo la suggestiva dicotomia costituzionale proposta da Peter Häberle — da un pensiero delle alternative a uno delle possibilità nell'ambito di una sempre maggiore libertà d'iniziativa individuale (24), nondimeno essi non sono accettabili (o, perlomeno, tali non sono parsi ai giudici della Consulta nell'ambito delle citate sentenze) quali valori in sé, ma vanno piuttosto considerati operativamente rispetto a specifiche situazioni giuridiche soggettive ricollegate a diritti costituzionalmente riconosciuti e garantiti, in vista del raggiungimento di fini di utilità sociale (25).

3.2. *Sull'intersecarsi di piani costituzionali diversi.*

Si tratta di fini che, in linea con il fondamentale principio della funzione sociale propria del diritto (26), la Costituzione ha previsto sin dalla sua formulazione originaria e che pure l'Unione Europea ha riconosciuto come propri e fondamentali quando, all'art. 2 del Trattato CE, fa riferimento alla promozione «*mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria*) di «*un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri*)». I giudici della Corte costituzionale, del resto, non hanno mancato di rilevare ciò anche nella sentenza n. 14/2004, ricordando l'attenzione comunitaria verso un armonioso sviluppo economico-sociale.

(24) La citazione è ripresa dal bel saggio di PAOLO RIDOLA, Diritti di libertà e mercato nella Costituzione Europea, in *Quad. cost.*, n. 1, 2000, p. 33, cui si rinvia anche per altri riferimenti in proposito.

(25) Fondamentale sul tema, per la lettura che rende della legislazione antimonopolistica nazionale rispetto al comma 2 dell'art. 41 Cost., resta il contributo di GIORGIO OPPO, Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, pp. 543 ss.

(26) Sull'idea della funzione sociale come «elemento essenziale del diritto e soprattutto dei diritti fondamentali» in vista dell'abbandono di un'impostazione unilaterale delle libertà costituzionali, nonché funzionale allo svolgimento di un opportuno bilanciamento di valori, si vedano le pagine esemplari di PETER HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma 1993, pp. 43 ss.

A tale ultimo riguardo, peraltro, non si può fare a meno di rilevare come la Costituzione europea di recente approvazione (27) sembri operare un'attenuazione della funzionalità del mercato comune e delle sue istituzioni economiche rispetto al raggiungimento di obiettivi di politica sociale: ciò in controtendenza, oltre che con i riferimenti normativi sopra richiamati, anche con le pur timide indicazioni emerse da atti recenti della Commissione circa la necessità di prevedere una responsabilità sociale delle imprese (28).

In effetti, oltre che in alcuni passaggi di parte speciale (emblematico in tal senso è l'art. III-209, ove, in tema di politica sociale, si fa presente che Unione e Stati membri agiscono «*tenendo conto [..] della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione*»), è negli stessi principi generali che la Costituzione europea connota l'agire istituzionale proprio e degli Stati membri in maniera più insistentemente «pro-concorrenziale» rispetto al passato, senza che a tale connotazione si accompagni un'esplicita considerazione equilibratrice di altri interessi. Risulta così che l'Unione si adopera per uno sviluppo sostenibile «*basato [...] su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*» (art. 1-3; sottolineatura aggiunta), cui è vincolata la politica economica degli Stati membri e dell'Unione «*conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*» (art. III-177), con l'ulteriore avvertenza costituzionale che gli Stati membri sono tenuti ad attuare le rispettive politiche economiche «*nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*» (art. III-178).

Non è dato ovviamente conoscere, allo stato attuale, in che modo tali indicazioni della Costituzione europea influiranno sul-

(27) Il testo del documento (sottoscritto dai rappresentanti degli attuali venticinque Stati membri dell'Unione lo scorso 29 ottobre 2004 a Roma, e per la cui entrata in vigore si deve ora attendere la ratifica secondo le rispettive procedure costituzionali interne) è consultabile in internet all'indirizzo http://www.europa.eu.int/constitution/index_it.htm.

(28) Una lettura interessante al proposito è la comunicazione della Commissione del 2 luglio 2002 *Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile*, adottata al termine della consultazione avvenuta su un relativo libro verde, dove il richiamo a una (pur esclusivamente volontaria) integrazione «*delle problematiche sociali ed ecologiche nelle operazioni commerciali e nei rapporti delle imprese con le parti interessate*» ha aperto scenari di suggestiva novità, forse non dovutamente sviluppati in sede di Convenzione europea (il testo è disponibile in internet all'indirizzo http://europa.eu.int/eur-lex/it/com/cnc/2002/com2002_0347it01.pdf).

l'assetto economico-sociale dell'Unione: per quel che riguarda l'orizzonte attuale, in ogni caso, pare a chi scrive che, perlomeno a livello nazionale, i recenti interventi della Consulta abbiano chiaramente delineato una nozione di concorrenza come principio organizzati della sfera economica che lo Stato è tenuto a tutelare, ma che al contempo rientra operativamente in un'attività istituzionale volta al perseguimento di fini sociali. Tale rilievo, va da sé, non può che portare a considerare l'ulteriore aggravarsi di quel ((*problema politico-giuridico del diritto comunitario*))⁽²⁹⁾ ruotante intorno al contrasto, nell'ambito delle scelte di sistema economiche, tra norme costituzionali di diritto interno e norme comunitarie, questa volta assurte anch'esse a rango costituzionale senza che — sia detto per inciso — tale rango appaia caratterizzato dalla dovuta chiarezza giuridica⁽³⁰⁾. Al riguardo, non sembra che la recente esplicitazione della concorrenza all'art. 117 Cost. da un lato, e il richiamo della Costituzione europea alle «*tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*» (vedi l'art. I-9 in tema di diritti fondamentali) dall'altro possano consentire un superamento della questione, fornendo al più una maggiore elasticità di principi utile agli interventi che i giudici del caso si troveranno a svolgere.

3.3. Sulla trasversalità della concorrenza nel nuovo ordine costituzionale.

Le considerazioni sopra svolte circa la funzionalità dei principi di mercato e concorrenza non sono da intendersi fondate, si badi bene, su una supposta contrapposizione tra diritti c.d. sociali ed economici dove i secondi siano ideologicamente subordinati ai primi, ma piuttosto — in linea, si ritiene, con le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale prima riportate — come una modesta annotazione a margine di un dibattito, quello tra fautori del mercato e della solidarietà sociale, che spesso sembra

(29) Cfr. NATALINO IRTI, *L'ordine giuridico* cit., p. 24.

(30) Per alcuni rilievi critici su un tema, quale quello del costituzionalismo comunitario, comprensibilmente ancora assai instabile, e in particolare sul fatto che «*la notion de traité établissant une Constitution devra être sérieusement balisée et étayée si le droit constitutionnel de l'Union européenne veut s'imposer es qualité*», vd. assai recentemente PIERRE-YVES MONJAL, *Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, n. 3, 2004, p. 445.

non prendere neppure in considerazione la possibilità di un incontro sintetico tra le diverse ragioni (31). Il tentativo — naturalmente modesto — è qui di sostenere una prospettiva integrata dei diritti costituzionalmente riconosciuti in un'ottica di dovuto bilanciamento costituzionale.

Alla luce di tale distinguo, peraltro, viene anche da considerare bisognosa di aggiornamento l'ordinaria considerazione della concorrenza quale («materia trasversale» ai sensi del nuovo art. 117 Cost. (32)). Tale nozione è stata tratta da una recente sentenza della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e trasferita di peso al tema della concorrenza sempre nell'ottica — che comprensibilmente sta tanto a cuore agli operatori del diritto nell'attuale fase di riorganizzazione istituzionale — di una maggiore chiarezza nel riparto di competenze tra Stato e Regioni (33). Ora, se a prima vista la definizione si attaglia bene alla concorrenza in ragione della sua portata «diagonale», suscettibile cioè di interessare le più disparate situazioni di diritto e di fatto (ed è la stessa sentenza n. 272/2004 a parlare, come visto, di materia-funzione al proposito), pare però doversi sottolineare con forza come diverso sia lo statuto costituzionale della stessa concorrenza rispetto ad altre materie, quali l'ambiente appunto, la cui tutela — oltre che nelle competenze di legislazione esclusiva riconosciute dal nuovo art. 117 (vedi lettera *s*) — rientra direttamente nel novero dei principi costituzionali fondamentali (vedi il riferimento alla tutela

(31) Da segnalarsi sul tema un recente intervento di STEFANO GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o «concorso»?*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1, 2004, pp. 75 ss.. Per una suggestiva trattazione dei diritti sociali in relazione al diritto della concorrenza, si veda poi LUCIANO DIVIA, *Antitrust e diritti sociali. Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Napoli 2004 (in particolare pp. 11 ss.).

(32) Sul punto, tra gli altri, cfr. MARCO D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2004, p. 357. Una considerazione più dilungata della questione sta poi in SIMONE MEZZACAPO, *La concorrenza tra regolazione e mercato*, Bari 2004, pp. 146 ss.

(33) Il riferimento è alla sentenza n. 407/2002 del 10 luglio 2002 in cui, prendendo a riferimento la tutela dell'ambiente, la Corte ha chiarito come, per almeno alcune delle competenze riservate alla legislazione dello Stato ai sensi del nuovo articolo 117, è da escludersi che possa identificarsi una («materia» in senso tecnico, «dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale 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».

del paesaggio di cui all'art. 9 Cost. (34)). Detta in altro modo, l'ambiente è direttamente riconosciuto e tutelato in sé e per sé quale bene giuridico dalla Costituzione (anche da quella europea, come si evince dall'art. III-233) e pertanto da intendersi ((generalmente valido)) (35), mentre la concorrenza è riconosciuta e tutelata quale modalità di organizzazione dell'agire economico che risponde a fini diversi da sé medesima. Vi è del resto, in tale specificazione, una continuità con lezioni costituzionali di riconosciuta misura che, pur nel rapido e spesso scomposto svolgersi del diritto attuale, continuano a mantenere una loro indubbia autorevolezza (36).

Nell'affrontare dunque rispetto all'attualità, secondo la nota formula di Raiser, la Costituzione economica «come problema giuridico» (37), si ritiene pertanto di poter affermare chiaramente, in conclusione, la necessità di riconoscere alla concorrenza la dovuta considerazione: ciò sia nei singoli atti e fatti che la compongono, dove si estrinseca e si svolge appieno la libertà individuale d'iniziativa imprenditoriale, sia nella dimensione più propriamente pubblicistica, quale quella da ultimo delineata dalla Corte costituzionale e che vede lo Stato tutore e decisore. Al tempo stesso, nondimeno, va pur sempre tenuta a mente la fondamentale tradizione di economia sociale di mercato propria dell'Europa continentale, una tradizione secolare — sulla cui recentissima declinazione in termini di forte competitività il dibattito è tutto da costruire — dove l'economia «non è solo mercato, è an-

(34) *Sulle relazioni tra le nozioni di paesaggio e ambiente alla luce della recente riscrittura del titolo V Cost., cfr. PAOLO CARPENTIERI, La nozione giuridica di paesaggio, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 2, 2004, pp. 363 ss., anche per ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale (in particolare alle pp. 377 ss.).*

(35) *Per prime indicazioni di teoria costituzionale generale al riguardo si rinvia a PETER HÄBERLE, Le libertà fondamentali cit., p. 62.*

(36) *Una citazione d'obbligo resta, in proposito, quella del pensiero di Alessandro PACE: «La mia opinione è che, ai giorni nostra, una Costituzione, per quanto possa essere "liberista", non può (né deve) garantire il "mercato" come tale, altrimenti tutto diverrebbe suscettibile di valutazione economica e di disponibilità giuridica [...] Il "valore" sotteso alla disciplina costituzionale delle attività economiche non è, infatti, la "libertà di mercato" (idonea, di per sé, a incidere su altri interessi primari: la salute, la sicurezza ecc.); il valore "presupposto" dalla nostra Costituzione è, piuttosto, la libertà d'iniziativa economica privata, nella configurazione positiva che essa ha nel primo e nel comma 2 dell'art. 41; e da qui discende, in quei medesimi limiti, la "libertà del mercato"» (Libertà «del» mercato e «nel» mercato, in Pol. dir., 1993, n. 2, p. 328).*

(37) *Vd. LUDWIG RAISER, La Costituzione economica come problema giuridico, in Il compito del diritto privato, Milano, 1990, pp. 33 ss. (spunti interessanti al riguardo si trovano in GIOVANNI BIANCO, Costituzione ed economia, Torino, 1999, pp. 8 ss.).*

che dono, volontariato, autoproduzione, allocazioni di stato, correzione e redistribuzione, contrastanti ma coabitanti ed essenziali)(38), e dove le ragioni operative del mercato vanno opportunamente integrate con quelle esistenziali dei cittadini.

(38) Sono le parole di ALBERTO PREDIERI, *Economia sociale di mercato nell'Europa di Maastricht*, in *Dir. comm. int.*, n. 3-4, 1995, p. 537. Sotto il profilo più direttamente costituzionale, e in particolare circa la coesistenza di mercato e solidarietà all'interno delle costituzioni proprie delle odierne democrazie pluralistiche, è d'interesse leggere anche un intervento di LEOPOLDO ELIA, *Brevi riflessioni sulle trasformazioni del ruolo delle Corti costituzionali nello stato costituzionale di democrazia pluralistica (da Kelsen ai nostri giorni)*, Atti della giornata di studio dedicata a *Ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie*, 30 maggio 2003 (il testo della relazione è disponibile in internet all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/ita/documenti/documenti.asp>).