

La concorrenza nel bilanciamento dei valori

di Roberto Bin

1. *La concorrenza è un “valore”?* - La prima domanda cui rispondere, nei pochi minuti che ho a disposizione per affrontare il tema che mi è stato affidato, è se la concorrenza entri nel bilanciamento, ossia se sia un “valore” – o, in termini meno impegnativi, un “diritto” o un “interesse”. La risposta positiva mi suscita qualche perplessità.

La concorrenza non può essere un fine. C'è scritto nel *Manifesto dell'ordoliberalismo*, la corrente di pensiero economico che ha impresso il segno profondo nella concezione del mercato che ha dominato lo sviluppo dell'integrazione europea, che «la concorrenza è un mezzo, e non un fine in sé», perché il fine è garantire «il buon funzionamento dell'attività economica e condizioni di vita decenti ed umane»¹. Naturalmente esistono fini ultimi e fini strumentali: è evidente che la concorrenza appare come un mezzo necessario dove si tratti di garantire l'accesso a risorse limitate. La concorrenza è appunto questo, insegnava Adam Smith, una gara per conquistare le risorse limitate². Regolare questa gara è il compito del diritto, quale sia l'ambito a cui si riferisce: ovunque le risorse sono limitate, e se non lo fossero non ci sarebbe neppure bisogno del diritto. Anche il diritto costituzionale si occupa di concorrenza, infatti detta principi sulla regolarità della “gara” già dove disciplina l'eguaglianza – «l'eguaglianza dei punti di partenza», come ricordava Bobbio in un suo celebre scritto³, è «la premessa necessaria» di un ordinamento liberale. La concorrenza, quindi, non è un “valore” o un “interesse” che entri nel discorso giuridico come un fattore che chiede di essere bilanciato con altri, ma è la funzione stessa del diritto in ordinamenti che si ispirino alla cultura liberal-democratica. Lo stesso concetto di «bilanciamento degli interessi» (o dei diritti, dei valori ecc.) introduce un concetto di gara, competizione, concorrenza e postula che essa si svolga regolarmente, secondo criteri equilibrati e ragionevoli.

Alla prima domanda che mi sono posto risponderci quindi così: che la concorrenza non è un bene da bilanciare con altri beni costituzionali, ma sia la premessa e il quadro in cui si svolge il bilanciamento, che è poi lo strumento normale con cui i diritti (e gli altri interessi) costituzionali trovano applicazione nei casi concreti.

¹ F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DORTH, *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesis ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010, 50.

² Cfr. G.J. STIGLER, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, in 65 *J. Pol. Econ.* 1957, 1 s.

³ N. BOBBIO, *Eguaglianza e egualitarismo*, in *Riv.int.fil.dir.*, 1976, 321 ss., 325.

2. *La concorrenza può limitare i diritti costituzionali?* - La seconda domanda a cui mi sembra necessario rispondere è se vi sia qualcosa nella concorrenza che porti a restringere la tutela dei diritti costituzionali. La mia risposta è nettamente negativa.

Ogni dubbio nasce da una sovrapposizione di immagini e schemi ideologici al concetto di concorrenza, una sovrapposizione che non trae alimento dalla teoria classica dell'economia, ma ne tradisce la visione "scientifica" per degradarla in ideologia. La concorrenza richiede regole: scrisse Ronald Coase che «se c'è qualcosa che si avvicina alla concorrenza perfetta, essa richiede normalmente un complesso sistema di norme e regolamenti»⁴. Questo sistema complesso di norme e regolazioni si chiama mercato. Il mercato non è affatto una formazione spontanea, ma un'istituzione a cui la forma è data dalla disciplina normativa, ossia dalle norme di cui parla Coase. Resta da discutere chi le debba porre queste norme e quali interessi esse vogliano immettere nella regolazione della concorrenza e del mercato, ma che questa debba esserci è fuori questione.

Lo sviluppo del mercato interno dell'Unione europea è esemplare. Esso è stato costruito attraverso un'opera di regolazione gigantesca, che è venuta a disciplinare ogni settore verso cui il mercato si apriva. Lo sanno bene i paesi che sono stati coinvolti dall'allargamento dell'Unione europea verso l'Est-Europa, i quali hanno dovuto adeguarsi al complicato ed estesissimo complesso normativo che forma l'*acquis communautaire*, 97.000 pagine di *Gazzetta ufficiale* in larghissima parte contenenti regolazioni che, direttamente o indirettamente, attengono alla disciplina del mercato. Il dato storico più stupefacente è proprio questo, come le competenze delle istituzioni europee si siano rafforzate e estese includendo la disciplina di materie, non ancora attribuite alla loro competenza, ma risultate man mano rilevanti per una "corretta" disciplina del mercato. L'esempio più eclatante è senz'altro la tutela dell'ambiente: entrata solo con l'*Atto unico* (1987) tra le attribuzioni ufficiali dell'organizzazione europea, la materia era però già stata regolata in quasi ogni suo aspetto da norme europee, in quanto era stata giudicata rilevante per la costruzione del mercato interno. Nulla di strano: la concorrenza non può svolgersi a danno dell'ambiente, scaricando sulla collettiva le conseguenze dell'inquinamento prodotto dalla produzione dei beni immessi nel mercato; di conseguenza è stato necessario disciplinare i limiti dell'impatto ambientale, vietando che i beni introdotti nel mercato fossero prodotti in violazione di essi. Il principio - «costituzionale» lo si potrebbe definire - «chi inquina paga» addossa al produttore i costi ambientali

⁴ R.H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna 1995, 49.

dell'inquinamento prodotto: a questa condizione una merce può essere immessa nel mercato non falsando la concorrenza.

Com'è evidente, la regolazione del mercato e della concorrenza non è ispirata a obiettivi "interni" al mercato e alla concorrenza stessa. Parlare di tutela del consumatore e della sua sicurezza può sembrare un obiettivo "interno" (il consumatore è pur sempre uno degli operatori nel mercato), ma certo non lo è la protezione dell'ambiente, la tutela della salute, la sicurezza dei lavoratori, il divieto di discriminazione e la tutela dei diritti dei lavoratori transfrontalieri. Questi sono tutti obiettivi, interessi, diritti che stanno fuori del mercato, e che sono *scelti* per porre limiti alla concorrenza. Sono frutto di *scelte politiche* che decidono di privilegiare "valori" da porre al riparo della competizione concorrenziale. Perché questi e non altri? Perché, per esempio, le istituzioni europee hanno deciso che la tutela dei lavoratori e dei loro diritti deve fermarsi alla sola protezione dei lavoratori che si muovono liberamente in Europa e che dal loro movimento non possono derivarne danno? Perché, per esempio, non è stato incluso nel catalogo dei beni da proteggere anche la tenuta sociale dei territori che sono interessati a fenomeni di delocalizzazione industriale? Perché è possibile che, a causa dell'esercizio da parte delle imprese del diritto – riconosciuto dall'ordinamento europeo - di migrare in altri Stati che offrono condizioni migliori di produzione, quei territori si ritrovino con un ambiente devastato e un tessuto sociale degradato? La risposta è semplice: queste conseguenze sono il frutto di scelte politiche, scelte politiche che le istituzioni europee non hanno voluto compiere. Nell'Unione europea si sono fatte, esplicitamente o meno, precise scelte politiche, tradotte in norme, principi e decisioni giudiziali. I rigurgiti "sovranisti" che oggi preoccupano tutti coloro che hanno a cuore le sorti del processo di integrazione europea in quelle mancate scelte politiche ritrovano la loro principale causa.

3. *A chi compete la disciplina della concorrenza?* - Una terza domanda non è stata ancora evasa: chi le deve porre le norme che danno forma al mercato e disciplina alla concorrenza?

Il compito non può essere assolto da un'unica autorità, a me sembra. Non ho certo intenzione di sminuire il compito, prezioso e insostituibile, dell'organo che ospita questo dibattito. È evidente infatti che il suo ruolo è insostituibile per garantire il corretto funzionamento del mercato e della concorrenza. Una quantità di regole e regolazioni sono necessarie, e esse rispondono ad esigenze "interne" al mercato: si tratta di tutte quelle norme (e quegli interventi che ne sono applicazione) che regimentano la cooperazione tra imprese perché non tramodi in comportamenti destinati a falsare il gioco della concorrenza; oppure impediscono che il mercato

venga occupato da imprese che raggiungono dimensioni tali da conquistare una posizione dominante; od ancora, tutelano i consumatori da forme di pubblicità ingannevole o da pratiche commerciali scorrette, e così via. Si tratta di forme di regolamentazione che, come scriveva Sabino Cassese⁵, «non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo».

La loro complessità si moltiplica man mano siano articolate con riferimento ai singoli settori del mercato e adattate alla loro specificità: ma il profilo “tecnico” che le caratterizza le pone comunque al riparo dall’assunzione di particolari opzioni politiche, dalle quali anzi rifuggono. Le Autorità di regolazione «non fanno ponderazioni tra interessi diversi al fine di scegliere la misura soddisfattiva del bisogno loro affidato, ma stabiliscono regole o vigilano sul rispetto di regole che garantiscono le modalità di gioco tra gli operatori»⁶. In questa dimensione la concorrenza è effettivamente un obiettivo, un valore che non sembra dover cedere ad altri interessi, anzi, non deve neppure essere posto sulla bilancia con altri.

Ma la questione non può finire qui. Ci sono interessi, come abbiamo visto, la cui protezione *deve* condizionare la concorrenza e *deve* limitare l’iniziativa degli operatori del mercato. Decidere quando verranno messi fuori legge – *rectius*, fuori del mercato – i motori diesel non è una decisione “interna” alla logica concorrenziale del mercato, ma è una decisione “esterna”, cioè *politica*. Certo, essa non potrà essere presa ignorando la possibilità tecnologica e produttiva di far meno dei motori a gasolio, ma questo non significa affatto che debbano essere le imprese produttrici di autoveicoli a decidere quando il diesel *potrà* essere messo al bando al fine di proteggere l’ambiente e la salute. E, naturalmente, appartiene al regolatore politico individuare gli interessi da proteggere e regolare i modi in cui il mercato debba escludere dalla concorrenza i soggetti o le modalità di produzione che incidono negativamente su quegli interessi oltre il limite di tolleranza fissato dalla legge. Il che significa, quantomeno, che gli effetti negativi prodotti dal mercato sui livelli di protezione dei diritti individuali, e di quelli sociali in particolare, non sono affatto imputabili a quella entità astratta che è il mercato, ma all’insufficiente opera di regolazione che dovrebbe essere esercitata dalle istituzioni politiche.

Naturalmente ciò non significa che il regolatore “politico” possa dettare norme che impediscano la concorrenza e deformino il mercato. Gli interventi “politici” devono essere sottoposti a controllo di ragionevolezza ed essere «content neutral» (l’espressione è tratta dalla letteratura nordamericana in tema di libertà di

⁵ *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaurò e M. d’Alberti, Bologna, 2000, 12

⁶ G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano 1997, 9.

espressione, archetipo della disciplina del *free market*⁷): devono comunque perseguire il massimo livello di pluralismo, che della concorrenza (come della libertà di espressione) è la premessa.

4. *Forse la Costituzione ci dice già tutto* - Non sono mai stato affascinato dal problema se la nostra Costituzione contenga o meno in sé una disciplina favorevole, o quantomeno compatibile, con le esigenze del mercato e della concorrenza. I costituenti tante cose non conoscevano, per esempio tutto ciò che la tecnologia ha creato, così profondamente trasformando la nostra vita. La duttilità dei principi costituzionali sopperiscono egregiamente all'assenza di apposite discipline e, anzi, fanno anche levare un pensiero grato ai nostri padri costituenti che non hanno ceduto alla tentazione di trasformare la carta dei diritti nel catalogo del magazzino o nel prontuario di *marketing*, destinato ad invecchiare con la rapidità sconcertante che noi registriamo ogni giorno. Però la nostra Costituzione qualcosa dice (e lo dice con grande consapevolezza, a quanto emerge dagli studi approfonditi sul dibattito attorno alla c.d. "costituzione economica"⁸); e mi sembra che quel che dice sia proprio quel che serve: l'affermazione dell'utilità sociale e della sicurezza, libertà, dignità umana, come limiti alla libertà d'impresa; l'implicita riserva di legge per la traduzione di questo limite in regole entro le quali deve svolgersi la concorrenza e il gioco degli operatori del mercato. Ci segnala la necessità che la politica predetermini le coordinate legislative che incorporino i beni, i "valori", gli interessi e i diritti che da questo gioco devono restare fuori. Sono norme, come si diceva, che stanno fuori e a monte della concorrenza e del gioco del mercato: concorrenza e mercato – laddove l'utilità sociale lo consente - godono del necessario pluralismo, implicito nel diritto soggettivo a svolgere l'attività d'impresa (e immanente a tutto il disegno costituzionale); questo pluralismo è garantito, regolato e amministrato dalle autorità che operano all'interno del mercato, e quindi difendono il fondamentale "valore" della concorrenza; ma la premessa è che tutto ciò che va sottratto al gioco del mercato sia determinato dal decisore politico, ossia dal legislatore. È a lui che va imputata la responsabilità della cattiva protezione dei beni fondamentali della società e degli individui, se scopriamo che il mercato si è mangiato tutto ciò che gli si doveva impedire di mangiare. È una responsabilità pesante che produce come sanzione la perdita di consenso e, quindi, di legittimazione. Proprio ciò che si imputa in questo periodo alle istituzioni europee, che sembrano non essersi mai liberate della crisalide tecnocratica che le ha avvolte all'inizio della loro storia. La tecnocrazia non è un accidente, ma un elemento costitutivo del progetto europeo, giustificato dalla cultura

⁷ Cfr. G.R. STONE, *Content-Neutral Restrictions*, in 54 *U.Chi.L.Rev.* 1987, 46 ss.

⁸ Cfr. F. SAITTO, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, Milano 2018.

dell'epoca e dalla diffidenza nei confronti di una politica che aveva prodotto le guerre e la distruzione di tanta parte di Europa. Oggi nessuna giustificazione può essere invocata: la dilatazione della dimensione "tecnocratica" è solo frutto di un'ideologia dell'economia e del mercato che ha prodotto danni e sta distruggendo le società europee e minando le loro istituzioni. Ma la colpa non è del mercato né della concorrenza.