

# **La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative**

*di Laura Buffoni*

## **Sommario**

**1. Introduzione.** – **2. Tutela della concorrenza e Costituzione economica: i percorsi logico-argomentativi della dottrina e della giurisprudenza costituzionale.** – **3. La novella del Titolo V, Parte seconda, della Costituzione, la “tutela della concorrenza” e la possibilità di individuarne un nuovo fondamento costituzionale: un principio fondamentale nella Parte seconda della Costituzione?** – **4. La difficile individuazione della materia: “tutela della concorrenza” ed il suo rapporto con le materie attribuite alla legislazione regionale: un tentativo di ricostruzione del sistema delle fonti che incidono sulla tutela della concorrenza.**

## **1. Introduzione**

La riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione ha espressamente attribuito alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la “tutela della concorrenza” (art. 117, c. 2, lett. e)).

L’esplicita menzione nel testo costituzionale novellato della materia “tutela della concorrenza” offre l’occasione, da un lato, per riflettere sul ruolo che il principio della libertà di concorrenza ha assunto nella nostra “Costituzione economica” <sup>(1)</sup>;

---

(1) Si precisa che nel presente lavoro la formula “Costituzione economica” viene utilizzata in senso neutro-descrittivo, per indicare le norme ed i principi costituzionali governanti “il modo di realizzazione di tutti i rapporti economici”: così U. POTOSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, p. 74, nota 10. In questo senso, più di recente, v. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 1, p. 7 ss.; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, *ivi*, p. 21 ss. e, seppur con accenti differenti, G. BOGNETTI, *La Costituzione economica*, Milano, Giuffrè, 1993.

Per contro, sulla nozione di Costituzione economica intesa non già in senso descritti-

dall'altro, per chiarire l'impatto che la riserva allo Stato di tale materia può avere nella dinamica di un ordinamento a forte vocazione regionalista <sup>(2)</sup>.

In questa riflessione si procederà, quindi, partitamente, nella prospettiva di ordine generale del rinnovato rapporto tra il principio della libertà di concorrenza e la "decisione politica fondamentale" del nostro ordinamento in materia di rapporti economici ed in quella, più prettamente attinente all'ambito materiale della riforma del Titolo V, del sistema delle fonti chiamate, dal nuovo riparto di competenze, a disciplinare la materia "tutela della concorrenza".

In via del tutto preliminare giova osservare che solo apparentemente si tratta di due prospettive estranee l'una all'altra e questo per il motivo che, al fine di una corretta esegesi del testo costituzionale, il piano del fondamento costituzionale e quello del riparto delle competenze legislative risultano inestricabilmente connessi dalla necessità logico-concettuale – ancora prima che ermeneutica – di ricondurre il dibattito sulla tutela della concorrenza in un "alveo tipicamente costituzionale" <sup>(3)</sup>. Infatti,

---

vo, come parte integrante della Costituzione dello Stato, ma come "Costituzione economica della società, separata dalla Costituzione dello Stato" e quindi da essa del tutto autonoma, si era, invece, espresso C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, trad. it. a cura di A. CARACCILO, *Il custode della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 149 ss., secondo il quale la configurazione di una specifica Costituzione economica come parte integrante della Costituzione politica statale avrebbe determinato una "economicizzazione" dello Stato ovvero la affermazione di una "giusta Costituzione economica quale può essere quella di uno Stato dei ceti, dei sindacati o dei Soviet". Critica tale nozione autonoma e prescrittiva di Costituzione economica M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, p. 140 ss.; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. it. disc. pubbl.*, Vol. V, Torino, Utet, 1990, p. 373 ss. Sulle diverse accezioni dell'espressione, cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 14-8; F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di Costituzione economica*, in *Dir. econ.*, 1992, p. 71 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

(2) Sull'opportunità di definire ancora "regionale" la forma di Stato delineata dalla riforma del Titolo V e sull'impossibilità di considerare il nostro come un ordinamento di tipo propriamente "federale", vedi A. CARDONE, *La potestà legislativa delle Regioni dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in G. Volpe (a cura di), *Alla ricerca dell'Italia federale*, Pisa, Ed. Plus, 2003, p. 97, nota 17.

(3) Già A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 1217 ss., sottolineava la necessità di ricondurre il dibattito sulla libertà di iniziativa economica privata *tout-court* intesa in un "alveo ti-

solo un'esatta individuazione della valenza costituzionale della libertà di concorrenza consente di apprezzare le ragioni che devono presiedere alla lettura del sistema delle fonti in questa materia e, specularmente, solo un'attenta analisi del riparto di competenze legislative permette di capire quale sia l'attuale ruolo del principio di concorrenza nel nostro ordine pubblico economico di rango costituzionale.

## 2. *Tutela della concorrenza e Costituzione economica: i percorsi logico-argomentativi della dottrina e della giurisprudenza costituzionale*

Sotto il primo angolo visuale, l'indagine delle possibili implicazioni sull'ordinamento costituzionale dei rapporti economici del riconoscimento espresso della "tutela della concorrenza" non pare possa prescindere, per ragioni metodologiche, dalla ricostruzione dei percorsi logico-argomentativi già da tempo utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale nell'individuare l'ancoraggio alla Carta del 1948 del principio della libera concorrenza, al dichiarato fine di saggiarne la loro perdurante o meno validità.

A sua volta, la ricerca del corretto fondamento costituzionale della libertà di concorrenza, sia prima che dopo la riforma, impone preliminarmente la corretta identificazione (o per lo meno un tentativo di definizione <sup>(4)</sup>) della nozione di concorrenza.

Prescindendo in questa sede dai significati di segno schiettamente economicistico, pare di poter dire che nel linguaggio giuridico il concetto di concorrenza designa un modo d'essere dell'iniziativa economica, consistente nella fondamentale condizione di libertà e di eguaglianza per tutti i consociati di entrare ed agire su un medesimo mercato, attuale o potenziale, of-

---

picamente costituzionale".

(4) Su carattere "polisemico" delle nozioni di concorrenza e mercato, cfr., in particolare, M.R. FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, p. 317 ss.; M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 581 ss.

frendo beni o servizi suscettibili di soddisfare bisogni ed interessi identici o simili o complementari <sup>(5)</sup>. In altri termini, la libera concorrenza sembra potersi definire come “il regime nel quale è assicurata a ciascun soggetto la libertà di iniziativa economica” <sup>(6)</sup>.

Nel concetto di libertà di concorrenza è, però, opportuno distinguere, ai fini della presente indagine, due differenti piani: accanto al profilo marcatamente soggettivo-relazionale della libertà di concorrenza intesa come “diritto di libertà” del singolo, corrispondente ad un’ottica microeconomica, si pone, infatti, in una prospettiva macroeconomica, il profilo oggettivo-strutturale del libero gioco della concorrenza intesa come struttura portante dell’economia di mercato, come garanzia di una certa forma e funzionalità del mercato <sup>(7)</sup>.

Da anni la dottrina, prima quella civilistica <sup>(8)</sup> e poi quella costituzionalistica <sup>(9)</sup>, si interroga sull’eventuale fondamento costituzionale del principio della libera concorrenza, tanto nella sua accezione microeconomica che in quella macroeconomica, dal momento che, almeno fino alla novella del Titolo V, Parte

---

(5) Così R. FRANCESCHELLI, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, p. 66.

(6) G.B. FERRI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 532.

(7) Sul punto, per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L’iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, p. 210 ss.

(8) In merito all’interesse mostrato al tema della tutela della concorrenza dagli studiosi di diritto privato, N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 93, osserva che “il tema (come materia di disciplina normativa e di considerazione teorica) non discende dal diritto costituzionale al diritto privato, ma piuttosto sale dal diritto privato al diritto costituzionale”.

(9) Sull’interesse della scienza costituzionalistica per le libertà economiche, cfr. S. MAZZAMUTO, *Costituzione economica, libertà di impresa e ausili finanziari*, in AA. VV., *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 54, il quale sottolinea la necessità di verificare “la discesa dei valori costituzionali nel sistema positivo” anche nel settore delle attività economiche, oggetto di indagine soprattutto di politica economica, di sociologia o di storia delle istituzioni. Ha criticato il ritardo accumulato nello studio delle regole del mercato dalla dottrina costituzionalistica, intrappolata per lo più nel dilemma ideologico dei padri costituenti, rispetto a quella civilistica, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., p. 13, il quale espressamente osserva che “è significativo che tanto nelle monografie, quanto nei manuali di diritto pubblico dell’economia sia regolarmente assente (anche nelle ultime e più recenti edizioni) la tutela della concorrenza. Il diritto costituzionale, insomma, non ha avuto un suo Ascarelli”.

II, Cost., il principio concorrenziale ed antimonopolistico non aveva trovato esplicita “contemplazione” nella nostra Carta costituzionale, analogamente, del resto, a quanto era avvenuto in altre esperienze costituzionali <sup>(10)</sup>.

La fundamentalità del dibattito e la sua rinnovata attualità oggi che l’art. 117, c. 2, lett. e) ha “costituzionalizzato”<sup>(11)</sup> l’espressione “tutela della concorrenza” è, d’altro canto, riconducibile alla circostanza che proprio dall’esatta configurazione e delimitazione costituzionale della libertà di concorrenza dipende oggi la definizione stessa della nostra forma di Stato <sup>(12)</sup>.

Procedendo, quindi, nell’indagine, si osserva che, a fronte della estrema e già rilevata laconicità della Costituzione del 1948 riguardo la tutela della concorrenza e, più in generale, del mercato, qualche utile indicazione per una necessitata ricostruzione in via interpretativa del grado e livello di garanzia costituzionale delle regole del mercato la si è desunta dai lavori dell’Assemblea costituente. L’impressione che se ne è tratta, nonostante i numerosi riferimenti al pericolo di concentrazioni

---

(10) In una prospettiva di diritto comparato, si osserva, infatti, che anche la Legge fondamentale di Bonn non contiene alcuna espressa garanzia costituzionale del principio della libera concorrenza. La dottrina tedesca, sin dall’inizio, ha, comunque, desunto dal riconoscimento del principio fondamentale di tutela della libera esplicazione della personalità dell’uomo (in tutti i settori, quindi anche in quello dell’attività lavorativa) nel limite del rispetto dell’altrui libertà (art. 2, abs. 1) il valore ed il vero fondamento costituzionale della libertà di concorrenza, definita “come diritto fondamentale del singolo all’interno di un’economia di mercato”. Sull’argomento, v. H.C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, Berlin, 1961, p. 24 ss.; F. BOHM, *Democracy and Economic Power*, in *Internazionale Kartellrechts-Konferenz*, Frankfurt am Main, 1960, p. 28; più di recente cfr. P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, I ed. it. a cura di P. RIDOLA, Roma, Nis, 1993, p. 431.

(11) L’espressione è di S. CASSESE, *L’energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Osservatorio sul federalismo*, disponibile al sito web [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

(12) Sull’inconfutabile nesso tra libertà di concorrenza e forma di Stato o più in generale tra Costituzione economica e forma di Stato, v. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., p. 375; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L’iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 50, il quale rileva come “la connessione tra forma di Stato e costituzione economica non richiede di essere sottolineata: se per forma di Stato, infatti, si intende la correlazione fra l’apparato autoritario o di governo ed il sistema di regolamentazione dei rapporti dei singoli e dei gruppi sociali tra loro e con la Stato, la sua incidenza sul tipo di costituzione economica, e perciò la sua rilevanza ai fini della determinazione e della enucleazione di questa, appaiono per definizione stessa”.

antimonopolistiche fatti sia nella prima e nella terza sottocommissione<sup>(13)</sup>, sia nelle discussioni nel *plenum* dell'Assemblea<sup>(14)</sup>, è stata quella di una complessiva estraneità dell'economia di mercato e del principio di concorrenza alla cultura dell'Assemblea costituente<sup>(15)</sup>.

Passando, poi, dalla difficile ricerca della *voluntas legislatoris* a quella, altrettanto complessa dato il carattere "anfibiologico"<sup>(16)</sup> delle norme costituzionali di riferimento, della *voluntas*

---

(13) Partitamente, nella relazione di TOGLIATTI, in *Atti della I Sottocommissione*, 3 ottobre 1946, p. 123, si collegava al monopolio "la fine della libertà"; nella proposta MARINARO, in *Atti della III Sottocommissione*, 1 ottobre 1946, si suggeriva di inserire nel testo della disposizione sull'iniziativa economica l'espressa previsione di un intervento dello Stato atto "ad impedire la formazione di privilegi e monopoli", in corrispondenza della necessità di "ovviare a situazioni di fatto di monopoli privati dannosi per la collettività".

(14) Gli interventi più significativi sul punto (in *Atti dell'Assemblea Costituente. Discussioni*, Vol. IV, p. 3502 ss.) paiono essere stati quelli di MALVESTITI, che si riferì al sistema della concorrenza come al "modo meno imperfetto di scegliere gli uomini", di CORTESE, il quale rilevò la necessità di "porre riparo alle degenerazioni dell'economia di mercato, agli sfruttamenti monopolistici", che "incidendo sulla libertà economica avrebbero finito coll'incidere anche sulla libertà politica", e, soprattutto, di EINAUDI, che, qualificando i monopoli come "il male più profondo della società presente", "vera fonte di disuguaglianza [...] vera fonte della disoccupazione delle masse operaie", prospettò la necessità di introdurre un'espressa disposizione costituzionale volta ad escludere la possibilità di istituire monopoli economici con legge ed a sottoporre quelli esistenti "a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta".

(15) In questi termini si è sostanzialmente espresso G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., p. 7 ss., il quale, partendo dall'osservazione che "è un classico sentimento misto quello che l'Assemblea Costituente, nella sua larga maggioranza, prova e fa valere nei confronti del mercato. Del mercato essa diffida nel momento stesso in cui lo difende; e lo difende essendo in buona parte insensibile a buona parte delle ragioni per cui è giusto e merita farlo", conclude affermando come "nella cultura dei costituenti il mercato fosse tendenzialmente un disvalore, difeso soltanto perché inesorabilmente accoppiato alla libertà politica". Tra gli altri, cfr. anche N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica)*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 226. Per ulteriori riferimenti bibliografici, v. P. BILANCIA, *Libertà economiche e situazioni giuridiche soggettive*, in *Quaderni della Rassegna parlamentare*, 2001, p. 32.

(16) L'espressione è di E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, p. 303, secondo il quale l'art. 41 si presenterebbe come "indeterminata nel suo nucleo politico centrale" e "anfibiologica, suscettibile cioè di essere sviluppata in due direzioni opposte". Critica tale opinione, ritenendo, comunque, centrale la proclamazione di libertà di cui al comma 1, A. PACE, *L'iniziativa economica privata come di-*

*legis*, emerge come referente obbligato del principio della libera concorrenza l'art. 41 Cost., che, nel definire lo statuto costituzionale dell'iniziativa economica privata, ha, peraltro, finito per costituire la norma cardine e la chiave di volta dell'intero ordinamento costituzionale della vita economica.

La dottrina, nel tentativo di chiarire il senso e la portata dell'inerenza della libera concorrenza all'iniziativa economica, si è, però, aspramente divisa, nell'individuare gli specifici valori di riferimento, tra il momento garantistico del riconoscimento dell'iniziativa economica come diritto di libertà<sup>(17)</sup>, da un lato, ed il momento autoritativo dell'imposizione di limiti dettati da esigenze di interesse generale, dall'altro.

Secondo un primo orientamento dottrinale (per la verità, maggioritario) la tutela costituzionale, seppur indiretta, della concorrenza sarebbe rinvenibile nella garanzia dei presupposti permissivi della libertà di iniziativa economica privata di cui al comma 1 dell'art. 41 Cost.<sup>(18)</sup>.

Partendo dalla connessione logica, prima ancora che storica, tra libertà di iniziativa economica e libertà di concorrenza, inte-

---

*ritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1595 e ss.

(17) Sul riconoscimento dell'iniziativa economica come diritto di libertà, v., in particolare, A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, p. 470; ID., *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, cit., p. 1605 ss., ove l'Autore include il diritto di libertà economica tra i "diritti della persona", senza con ciò, peraltro, voler attribuire al medesimo il carattere della fundamentalità e della inviolabilità. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 45, ritiene, invece, la libertà d'iniziativa economica una libertà di rango inferiore rispetto alle libertà fondamentali e – perciò – "inviolabili". Sul punto, v. anche G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, Vol. XVII, Roma, 1989, p. 1; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, Vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 596.

(18) Sembra, peraltro, interessante osservare che la libertà di iniziativa economica, antecedente logico e storico della libertà di concorrenza, fu introdotta per la prima volta in Francia dalla loi d'Allarde del 17 marzo 1791, n. 2 e rafforzata dalla loi Le Chappelier del 17 giugno 1791, n. 14, sotto la formula della cd. "libertà di commercio e di industria". Soltanto più tardi, invece, con la rivoluzione industriale, si affermerà, per la prima volta nella storia, quel particolare aspetto della libertà di iniziativa economica privata che è la libertà di concorrenza come "valore" in contrasto con l'ideale solidaristico della cultura preindustriale. In questo senso cfr. M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. dell'econ.*, diretto da F. GALGANO, Vol. III, *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979, p. 361.

sa come libertà di entrare in un certo mercato e di competere con gli altri, si è, in estrema sintesi, interpretata la garanzia di libertà di cui al comma 1 come garanzia efficace *erga omnes*, non solo cioè verso lo Stato (libertà in senso verticale), ma anche verso gli altri soggetti privati, operatori del mercato (libertà in senso orizzontale) <sup>(19)</sup>. In questa prospettiva, l'una diviene un aspetto dell'altra: la libertà di iniziativa economica del singolo si presenta, in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza <sup>(20)</sup>. In altri termini, secondo questa ricostruzione la libertà di concorrenza altro non è che la libertà economica riguardata in una prospettiva relazionale, la cui espressa previsione costituzionale diviene, quindi, tutela implicita del pluralismo nel mercato.

Parte di quella dottrina, peraltro, ha ritenuto possibile trarre dal riconoscimento costituzionale della libertà di concorrenza, desunto dal comma 1 dell'art. 41, non solo una garanzia individualistica di tipo microeconomico, ma anche, in un'ottica tutta macroeconomica, una garanzia del mantenimento di una struttura tendenzialmente concorrenziale del mercato <sup>(21)</sup>: la Costi-

---

(19) Critica tale lettura "orizzontale" del comma 1 dell'art. 41 Cost., N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 18, secondo cui il contenuto di tale diritto di libertà si risolverebbe piuttosto nella mera pretesa all'astensione da parte dei pubblici poteri.

(20) Così F. GALGANO, *Rapporti economici – Art. 41, 44*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli: Soc. Ed. del Foro italiano, 1982, p. 11, il quale, peraltro, afferma anche che "l'esigenza che l'iniziativa economica privata si attui in regime di concorrenza è costituzionalmente affermata dall'art. 43 Cost.", laddove è enunciato "il principio che la libertà di iniziativa economica privata viene meno quando l'esercizio di essa abbia dato luogo, di fatto, a situazioni di monopolio". In senso sostanzialmente conforme già G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Padova, Cedam, 1961, p. 14; G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 7. Più di recente, v. V. DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, nn. 3-4, p. 335 ss.; A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, cit., p. 1629. Per ulteriori, ampi, riferimenti bibliografici, si rinvia a R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, Cedam, 1994, p. 107 ss.; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 107 ss.

(21) In questo senso G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, Cedam, 1978, p. 88; ID., *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, Vol. XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, p. 793, ove l'Autore, per la verità, pur ritenendo desumibile



tuzione all'art. 41, nel passaggio da un piano soggettivo ad un piano oggettivo, avrebbe, cioè, prefigurato un tipo di mercato al cui rispetto avrebbe vincolato il legislatore ordinario. In questa linea si è addirittura giunti ad individuare nel mercato l'oggetto della tutela costituzionale (il mercato come "valore")<sup>(22)</sup> e ad individuare in esso, in quanto bene maggiore, il presupposto ed il potenziale limite del diritto individuale di iniziativa economica.

Si tratta, a parere di chi scrive, di un'opinione difficilmente sostenibile, se non al prezzo di un'inevitabile forzatura della lettera dell'art. 41 e del tradimento dell'ispirazione complessiva della nostra Carta costituzionale. Infatti, l'art. 41, come del resto tutte le disposizioni costituzionali contenute nella prima Parte, riconosce e disciplina esclusivamente una situazione giuridica soggettiva, la libertà di iniziativa economica e, per quanto qui interessa, tramite essa, la libertà di concorrenza di ciascuno. Ne deriva, come è stato autorevolmente osservato<sup>(23)</sup>, che "nella nostra Costituzione il mercato non è né previsto né garantito" e che la libertà di mercato non costituisce un valore costituzionale a sé stante, come tale idoneo ad incidere su altri interessi primari costituzionalmente protetti. La dimensione valoriale spetta esclusivamente alla libertà di iniziativa economica

---

dal comma 1 dell'art. 41 un'affermazione di principio a favore di una struttura concorrenziale del mercato, osserva, però, che si tratta non di una vera garanzia, ma più propriamente di una direttiva contro il rovesciamento della struttura economica del mercato. Nota, infatti, l'A. che "l'affermazione del principio concorrenziale non è accompagnato da alcuna previsione, sia pur genericamente formulata, di interventi a difesa, appunto, di condizioni concorrenziali [...]. Insomma il principio concorrenziale appare disarmato rispetto alla tendenza alla concentrazione immanente nell'economia a struttura concorrenziale". Così anche G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, cit., p. 7; M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, cit., p. 469 ss. Sul punto, più di recente, v. F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Vol. II, Torino, Giappichelli, 2001, p. 49.

(22) V., in particolare, G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 54 ss. *Contra* A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà*, cit., p. 1629; S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3680 ss.

(23) A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, Intervento al VI Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, "La Costituzione economica negli anni Novanta", Ferrara, 11-12 ottobre 1991, in *Pol. dir.*, 1993, p. 328.

del singolo, nella configurazione positiva che essa assume nel disegno costituzionale complessivo che si riflette nei commi 1 e 2 dell'art. 41. E da quella libertà discende, con le stesse limitazioni esterne, la garanzia della permanenza della libertà individuale nel mercato <sup>(24)</sup>.

Venendo ora alla seconda opzione interpretativa, altra parte della dottrina <sup>(25)</sup> ha, invece, ancorato il principio della libera concorrenza alla previsione costituzionale del limite dell'utilità sociale alla libertà economica, imposto dal comma 2 dell'art. 41 Cost. e ha individuato in quella clausola il dover essere costituzionale della legislazione antimonopolistica.

Partendo dalla duplice osservazione che, da un lato, le intese limitative della concorrenza altro non sono che "manifestazione ed esercizio dell'iniziativa" stessa e, in quanto tali, rivelatrici di quel "segno di contraddizione sotto il quale vive l'economia di mercato, espresso dal detto che la concorrenza divora se stessa" <sup>(26)</sup>, e che, dall'altro, neppure il monopolio è, a livello costituzionale, condannato in assoluto, ma solo in quanto monopolio privato, si è ritenuto mistificatorio e meramente fideistico ricondurre il principio antimonopolistico alla semplice ed isolata affermazione della libertà di iniziativa <sup>(27)</sup>. La tutela della con-

---

(24) In proposito, A. PACE, ult. cit., parla, in contrapposizione al concetto, privo di garanzia costituzionale, di "libertà di mercato", di "libertà nel mercato", intesa come "la risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura". Contro una lettura macroeconomica del comma 1, art. 41, v. anche M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 57.

(25) Cfr., tra gli altri, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 224; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, Relazione presentata al convegno su "La Costituzione economica (a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale)", Milano, 6-7 maggio 1988, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 309 ss.; ID., *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 543 ss. Per una ricostruzione sistematica di tale orientamento, v. C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (cd. legge antitrust)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 29 ss.

(26) G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 329.

(27) È stato, infatti, osservato che una cosa è ritenere la libertà di concorrenza valore implicito nella libertà di iniziativa economica di ciascuno. Altra cosa è ritenere che dalla garanzia costituzionale della libertà economica sia racchiuso un principio imperativo di tutela della concorrenza.

correnza, infatti, si è detto, si converte in una limitazione, dall'interno, della esplicazione ed espansione della libera iniziativa, che sulla base del comma 1 non può, invece, tollerare l'apposizione di limiti interni che ne snaturerebbero la natura stessa di libertà.

Semplificando, la tutela della concorrenza è, nell'ordine economico reale, limite artificiale e non conseguenza naturale del libero esplicarsi dell'altrui iniziativa economica. Ma se così è, coordinando il comma 1 con il comma 2, come esigono da tempo la dottrina e la giurisprudenza costituzionale prevalenti<sup>(28)</sup>, sembra corretto, per la tesi che qui si espone, cercare il fondamento ed il titolo legittimante del principio concorrenziale o, più in generale, dei principi costitutivi dell'economia di mercato proprio in quel secondo comma e, soprattutto, nel canone dell'utilità sociale che, appunto, costituisce un vincolo al libero dispiegarsi dell'iniziativa economica in nome della tutela dell'interesse generale<sup>(29)</sup>.

In questa prospettiva il nodo centrale della questione diventa, allora, la difficile delimitazione, per il profilo che qui interessa, del concetto di utilità sociale<sup>(30)</sup> (e di interesse generale),

---

(28) Sulla necessità di considerare unitariamente i commi 1 e 2 dell'art. 41 Cost., cfr., tra gli altri, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., p. 460 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, p. 1114 ss. *Contra*, A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 593 ss.

(29) Sembra interessante sottolineare che la stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella *Prima "relazione annuale" al Presidente del Consiglio dei ministri* (in *Riv. dir. ind.*, 1991, p. 372), mostra di ricondurre la tutela della concorrenza al valore dell'"utilità sociale", osservando che, in un ordinamento che consente "l'acquisizione di posizioni di supremazia", la libertà di iniziativa economica finisce per scavalcare i vincoli contenuti nell'utilità e nei fini sociali, indicando poi che gli strumenti atti ad evitare un esercizio abusivo di quella libertà avrebbero una ragione nel rispetto dei valori espressi nell'utilità sociale.

(30) È fin troppo nota la discussione sulla difficile qualificazione dell'utilità sociale. Sembra, comunque, utile rammentare che una prima rassegna degli orientamenti dottrinali sulla nozione di "utilità sociale" è stata compiuta da E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, cit., p. 260 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 582 ss. Più di recente, cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, S. NICCOLAI, *Sull'utilizzo del principio dell'utilità sociale in una sentenza sulla pianificazione*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 472 ss.; R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, cit., p. 121 ss.; C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzio-*

nella sua duplice caratterizzazione di principio valvola e di concetto di valore costituzionale, che ben ne esprimono la valenza dinamica e la funzione di adeguamento dell'ordinamento costituzionale al mutare della realtà normativa ordinaria e dei fatti sociali.

In estrema sintesi, in merito alla natura degli interessi riconducibili nella nozione di utilità sociale intesa come il diretto aggancio costituzionale della normativa *antitrust* emergono, sostanzialmente, tre correnti di pensiero: per alcuni il concetto di utilità sociale sarebbe principio riassuntivo delle garanzie costituzionali preordinate alla tutela delle posizioni più deboli, prima fra tutte quella dei consumatori; per altri la medesima clausola avrebbe una valenza prevalentemente economica, "mercantistica", e coinciderebbe con la massimizzazione della produzione o con l'efficienza del mercato <sup>(31)</sup>; per altri, infine, l'utilità sociale si identificherebbe con il benessere economico collettivo, con il progresso materiale di tutti in condizioni di uguaglianza <sup>(32)</sup>, in un tentativo di armonizzarne la valenza pu-

---

nale della normativa a tutela della concorrenza (cd. legge antitrust), cit., in particolare note 119 e 159.

(31) V. al riguardo le posizioni di P. BARCELLONA, *Programmazione e soggetto privato*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 101 ss.; L. MICCO, *Lavoro ed utilità sociale nella Costituzione*, Torino, Giappichelli, 1966, pp. 183, 241-2; G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, cit., p. 269, secondo il quale la "produttività delle imprese e dell'apparato produttivo nel suo insieme costituirebbe valore costituzionale primario e meritevole di garanzia, in quanto interesse "sociale" e "pubblico" trascendente lo stesso interesse privato dei singoli imprenditori (in quanto parte di quell'"utilità sociale" contro cui non può svolgersi - ai sensi dell'art. 41 - l'iniziativa economica)".

(32) Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 243; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 324; A. PREDIERI, *Mercati e concorrenza: asimmetria e diseconomia nello Stato prefederativo*, in *Nuova Antologia*, 1993, fasc. 2186, p. 8; ID., *Interpretazione autentica e collisione con i diritti costituzionali alla difesa e al giudice naturale e precostituito nelle leggi sulle concentrazioni editoriali*, in *Quaderni di Nomos*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1989, n. 1, p. 21. In particolare, S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1282, ha sottolineato come, attraverso tale norma, il Costituente avrebbe voluto garantire non solo l'incremento produttivo, ma un incremento produttivo accompagnato dallo stabilirsi di più equi rapporti sociali. Peraltro, non distante da tale posizione è chi identifica la nozione di utilità sociale - secondo la celebre definizione fornita da Bentham - con "la maggiore quantità di be-

ramente economica con gli obiettivi, sociali e politici, di progresso e trasformazione prefigurati dall'art. 3, c. 2, Cost. <sup>(33)</sup>.

Tentata una pur sommaria ricostruzione delle posizioni dottrinali in merito al fondamento costituzionale del principio della libera concorrenza, non vi è chi non veda che le implicazioni teoriche dell'una o dell'altra scelta di esegesi costituzionale sono profonde e toccano alla radice la questione della definizione stessa della nostra forma di Stato.

Infatti, individuare la fonte della libertà di concorrenza nella libertà di iniziativa economica di cui al comma 1 dell'art. 41 significa ritenere la tutela della concorrenza prevalentemente tutela delle posizioni di libertà dei singoli operatori economici e, al contempo, considerare gli interessi e le esigenze di ordine sociale di cui al comma 2 come meri limiti negativi esterni al libero gioco concorrenziale, con conseguente attenuazione del carattere sociale della nostra economia di mercato.

Viceversa, ancorare il principio della libertà di concorrenza e la sua difesa al perseguimento dell'utilità sociale e dell'interesse generale significa configurare la clausola dell'utilità sociale come elemento costitutivo della libertà di concorrenza e attribuire a quest'ultima il crisma di valore costituzionale garantito nella misura in cui contribuisce al benessere economico ed al progresso sociale della generalità dei consociati.

---

nessere disponibile per il maggior numero di uomini possibile" (U. COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, Vol. I, Firenze, G. Barbera, 1950, I, p. 363). Esclude, invece, che possano ricondursi all'utilità sociale le esigenze di giustizia sociale (presumibilmente legate all'equa distribuzione della ricchezza) M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 153-4.

(33) Soprattutto, A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, Comunità, 1963, pp. 195-6, ha individuato il fondamento costituzionale del principio di concorrenza nel collegamento della clausola di cui al comma 2 dell'art. 41 con l'art. 3, c. 2, Cost. Tale posizione è stata ripresa più tardi da A. ZITO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, p. 219 e G. MARONGIU, *Interesse pubblico ed attività economica*, *ivi*, 1991, p. 91. Tali Autori, nella sostanza, individuano nel principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. la copertura costituzionale della libertà di concorrenza intesa come tutela del soggetto privato dalla concentrazione di poteri privati e, quindi, dalla posizione di forza che gli stessi sono in grado di esercitare nei confronti del singolo.

La scelta dell'una e dell'altra ipotesi interpretativa corrisponde a precise opzioni di valore.

Pur condividendo l'esistenza di un rapporto di consanguineità, anzi di filiazione, fra libertà economica *tout court* intesa e libertà di concorrenza, sembra maggiormente conforme alla cultura dei padri costituenti (ed al conseguente orientamento emerso a conclusione del dibattito svoltosi in Assemblea costituente<sup>(34)</sup>) ravvisare il titolo legittimante gli interventi legislativi a tutela del libero gioco della concorrenza del mercato nella clausola dell'utilità sociale.

Con ciò non si vogliono certo sottacere i rischi insiti in tale opzione interpretativa. Per un verso, infatti, laddove si limitasse quel concetto di utilità sociale ad interessi esclusivamente sociali ed in essi solamente si ravvisasse il fondamento costituzionale della normativa *antitrust*, si rischierebbe di prospettare una soluzione irrealistica, persino "velleitaria", e, comunque, completamente avulsa dai meccanismi di un'economia propriamente di mercato. Per altro verso, viceversa, laddove si facesse coincidere la medesima clausola con l'efficienza del sistema economico, si finirebbe, "dietro l'apparente conciliazione del dissidio libertà economica/utilità sociale per il tramite del mercato", per svuotare la *ratio* originaria del principio di concorrenza e per legittimare situazione di oligopolio o di quasi monopolio in un'ottica tutta economica di massimizzazione della ricchezza nazionale<sup>(35)</sup>.

Tali rischi sembrano, però, a parere di chi scrive, superabili se si individua il fondamento e la ragion d'essere costituzionale del principio di concorrenza nella clausola di utilità sociale intesa come intreccio tra le ragioni del progresso economico e le

---

(34) In particolare, sulla base delle indicazioni espresse nel *plenum* dell'Assemblea, si era ritenuto che la sfavore verso le concentrazioni monopolistiche o oligopolistiche di potere economico trovasse il proprio fondamento in quelle norme costituzionali che in tema di iniziativa economica prescrivevano la possibilità di sottoporre a controllo ogni formazione sociale "non rispondente ai fini di utilità sociale, fra le quali in primo luogo sono da considerare quelle monopolistiche": così l'intervento di DOMINEDÒ, in *Atti dell'Assemblea Costituente. Discussioni*, cit., p. 3941.

(35) È questa l'opinione espressa da R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, cit., p. 130.

ragioni connesse al programma di trasformazione della società mediante il superamento delle disuguaglianze di fatto, in altri termini come contemperamento ed armonizzazione tra le esigenze della ricchezza e quelle della sua equa distribuzione<sup>(36)</sup>.

Né tale prospettiva può, d'altronde, essere ritenuta estranea alla giurisprudenza della Corte costituzionale.

La Corte, infatti, ha espressamente riferito il libero mercato e le regole che ne garantiscono il funzionamento al comma 2 dell'art. 41: ha, nello specifico, individuato la *ratio* della normativa *antitrust* nell'utilità sociale, identificata ad un tempo nella tutela della stessa libertà di concorrenza ("valore basilare della libertà di iniziativa economica" e "funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori") e nelle "esigenze dei contraenti più deboli", in linea peraltro con quel "programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, c. 2, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie"<sup>(37)</sup>.

La Consulta, in altri termini, nel riconoscere l'indubbio rilievo costituzionale della tutela della concorrenza, ha tentato, per il tramite della clausola dell'utilità sociale, la ricomposizione degli interessi economici *stricto sensu* intesi con quelli di carattere marcatamente sociale. Del resto, anche quando la Corte è parsa più esplicitamente collegare la tutela della concorrenza al "fine di utilità sociale cui deve essere finalizzata l'attività

---

(36) Pare suffragare tale lettura "contemperativa" e non unilaterale della clausola dell'utilità sociale la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha più volte ripetuto che costituiscono fini di utilità sociale non solo la protezione del contraente più debole, ma anche gli interessi della produzione: v. sentt. nn. 45 e 54 del 1962, 30 del 1965, 65 del 1966, 97 del 1969, 220 del 1975.

(37) Così la sent. 241/90, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1467 ss., su cui v. le notazioni fortemente critiche di A. PACE, *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 l. m. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà d'impresa*, *ivi*, pp. 1482-7. In senso conforme alla sentenza virgolettata nel testo, cfr. anche la sent. 223/82 (*ivi*, 1982, p. 2249 ss.), in cui si legge che "la libertà di concorrenza è diretta alla protezione della collettività", in quanto l'esistenza di "una pluralità di imprenditori in concorrenza tra loro giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i costi" e la 65/66 (*ivi*, 1966, p. 962 ss.), secondo la quale "nella disciplina legislativa dei rapporti economici costituiscono fini di utilità sociale sia gli interessi della produzione che la protezione del contraente più debole".

imprenditoriale” esclusivamente in nome dei “valori aziendali di efficienza, potenzialità e competitività delle imprese, della loro permanenza in un mercato libero e del mantenimento delle regole della libera concorrenza”, lo ha fatto, comunque, precisando che quelle scelte di politica socio-economica sono da ricondurre non solo agli interessi della produzione, ma anche alla tutela dei lavoratori e in genere dei contraenti più deboli<sup>(38)</sup>.

Sul punto sembra utile, inoltre, dar conto che in un recente giudizio di legittimità costituzionale di una legge regionale in materia turistica, la Corte costituzionale è parsa addirittura “disonoscere il valore costituzionale della libertà di concorrenza”. La Consulta, infatti, nel dichiarare l’inammissibilità del ricorso presentato dal Governo per indeterminatezza delle “norme costituzionali presuntivamente violate”, ha sottolineato che ad avviso del ricorrente la norma regionale impugnata “violerebbe

---

(38) Sent. 439/91, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3679 ss. Sulla decisione richiamata si rinvia alle notazioni di S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, cit. Per una lettura marcatamente critica della pronuncia v. R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, cit., pp. 128-30. Sostanzialmente conforme alla suindicata sentenza è anche la decisione 362/98 (*ivi*, 1998, p. 3189 ss.), nella quale, in particolare, la Corte sembra individuare il limite dell’utilità sociale nelle regole economiche della concorrenza, che varrebbero da sole “ad orientare l’imprenditore verso l’impiego di mezzi tecnici e di personale più confacente alla propria posizione di mercato e alle aspettative dei consumatori”. Censura tale lettura “liberistica” del testo costituzionale F. SALMONI, *Quando la concorrenza diventa il limite della libertà d’impresa. Riflessioni a partire da una sentenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, I, I, p. 411 ss. L’A. rileva come con tale decisione la Corte abbia finito per identificare il limite dell’utilità sociale esclusivamente con le regole della concorrenza, con la conseguenza di aver considerato l’utilità sociale sinonimo di utilità economica e di aver tramite essa fornito fondamento costituzionale alla libera concorrenza (ed alle sue regole non scritte) intesa nella sua accezione oggettivo-strutturale. Concludendo l’A. osserva come “porre il fondamento costituzionale della libera concorrenza nel comma 2 dell’art. 41 Cost., quindi equivarrebbe a pietrificare il libero mercato e le regole che ne garantiscono il funzionamento, in contrasto con i principi e i valori dello Stato sociale tutelati e garantiti dalla nostra Costituzione sin dalla prima ora”. A parere di chi scrive, se sembra condivisibile la censura nella parte relativa all’inaccettabilità di una lettura che esaurisca l’utilità sociale nelle regole economiche della concorrenza e che consideri di per sé la libera concorrenza come soddisfattiva dell’utilità sociale, non pare, viceversa, suscettibile di adesione il rilievo relativo all’inopportunità, comunque, di individuare il fondamento della libertà di concorrenza nel comma 2 dell’art. 41 Cost.: come già osservato nel testo, il vero nodo della questione è la nozione di utilità sociale che si accoglie.



[...] il principio della libera concorrenza. Ma che questo sia anche una norma costituzionale – cioè dove essa sia contenuta o da dove essa sia ricavabile – non è precisato né per esplicito né per implicito”<sup>(39)</sup>.

Prescindendo da questo episodio giurisprudenziale significativo, ma isolato, pare di poter dire, in estrema sintesi, che anche la Consulta, pur nel sibillino silenzio della Carta costituzionale del 1948, ha più volte affrontato la spinosa questione del dover essere costituzionale della tutela della concorrenza e nel coraggioso tentativo di risolverla si è sostanzialmente mossa, pur con accenti e sfumature differenti, in una logica di contemperamento degli interessi coinvolti nel processo economico con le istanze legate ad esigenze di giustizia sociale.

Conclusivamente, è interessante osservare che, se negli ultimi anni sono aumentati i giudizi di costituzionalità imperniati sul parametro dell’art. 41 Cost., relativamente al profilo della garanzia costituzionale del principio concorrenziale, e più severo ed attento rispetto al passato è divenuto il controllo del giudice delle leggi sulla legislazione restrittiva della libertà di concorrenza, per converso le relative pronunce della Corte sono divenute più evasive e laconiche circa l’individuazione del corretto fondamento costituzionale del principio concorrenziale. Tali pronunce, infatti, si sono per lo più risolte in meri *obiter dicta*, in semplici richiami al principio della libera concorrenza ed in generici ancoraggi della medesima all’art. 41 Cost. <sup>(40)</sup>.

---

(39) Così sent. 384/99, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2958 ss., pronunciata nel giudizio di legittimità costituzionale della legge regionale Marche 28 ottobre 1997, recante “Norme per l’attività agrituristica e per il turismo rurale”. Sul punto v. il commento di A. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, *ivi*, pp. 2965-9, il quale, peraltro, dopo aver ritenuto non percorribile né l’ipotesi che con quella sentenza la Corte abbia preteso, a pena di inammissibilità, l’indicazione dell’articolo contenente la disposizione costituzionale di cui si assume la violazione, né l’ipotesi che la Consulta abbia inteso negare “valore costituzionale” alla libertà di concorrenza che costituisce ormai un “indiscutibile dato di fatto”, ha interpretato più semplicemente la pronuncia di inammissibilità come una censura mossa dalla Corte nei confronti dell’Avvocatura generale dello Stato per la eccessiva stringatezza dei ricorsi governativi, i quali di frequente addossano a controparte e alla Corte “l’individuazione non solo della sostanza, ma addirittura, dei termini della questione di legittimità costituzionale”.

(40) Così le pronunce nn. 236/96, 288/96, 386/96, 90/97, 147/97, 20/98, 196/98,

Tale prassi invalsa nella recente giurisprudenza costituzionale pare in piena sintonia con la sempre più profonda integrazione del nostro ordinamento nell'ambito dell'Unione europea, in cui il principio dell'economia di mercato ed in libera concorrenza svolge un ruolo assolutamente primario: tale integrazione sembra, infatti, aver fatto assurgere la libertà di concorrenza a principio cardine della nostra stessa Costituzione materiale<sup>(41)</sup>, con un'evidenza tale da rendere apparentemente superflua ogni ulteriore indagine sul ruolo della concorrenza nella nostra Costituzione economica.

**3. La novella del Titolo V, Parte II della Costituzione, la "tutela della concorrenza" e la possibilità di individuarne un nuovo fondamento costituzionale: un principio fondamentale nella Parte seconda della Costituzione?**

A tale indagine, invece, pare obbligare nuovamente la l. cost. 3/2001. Dal testo riformato del Titolo V, Parte II, emergono, infatti, alcuni dati che potrebbero indurre ad una rimediazione degli ancoraggi costituzionali del principio della "libertà di concorrenza". In altri termini, acquisita ormai da anni – pur nel silenzio dei costituenti – la convinzione dell'implicito rilievo costituzionale del principio concorrenziale<sup>(42)</sup>, la novella

---

419/2000, 413/2002, 24/2003, 26/2003, 27/2003.

(41) Sull'orientamento dottrinale che ha individuato il fondamento costituzionale del principio della libera concorrenza nella partecipazione del nostro ordinamento all'Unione europea, per il tramite del varco aperto dall'art. 11 Cost., e sulla posizione di chi scrive in proposito, v. *infra* par. 3.

(42) Al riguardo sembra utile osservare che l'indiscussa rilevanza costituzionale della libertà di concorrenza è stata più volte affermata, oltre che dalla citata giurisprudenza costituzionale, anche dalla giurisprudenza civile ed amministrativa: v., ad esempio, Cass. Civ., Sez. I, 3 luglio 1996, n. 6079, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 451; Id., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831; Tar Sicilia, Sez. Catania, 7 febbraio 1996, n. 122, in *Foro amm.*, 1996, p. 3062; Trib. Milano, 17 giugno 1994, in *Riv. dir. ind.*, 1995, II, p. 190; Tar Lombardia, Brescia, 28 dicembre 1996, n. 1396. In alcuni casi, poi, la giurisprudenza ordinaria ha espressamente ricollegato la libertà di concorrenza alla libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41, c. 1, Cost.: in questo senso cfr. Cass., 26 giugno 1973, n. 1829, in *Foro it.*, 1973, I, 1, p. 1412; di recente, anche Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 22 febbraio 2000, n. 2126, punto 5

impone alcune riflessioni sul ruolo del mercato e delle regole che ne garantiscono il funzionamento nell'ordine pubblico economico di livello costituzionale.

Ci si riferisce, soprattutto, a due elementi che, pur introdotti dal legislatore della revisione nell'ambito di una riforma volta a ridefinire il ruolo dello Stato, delle Regioni e degli enti locali, sembrano meritare attenzione anche dal punto di vista della rinnovata configurazione costituzionale del principio della libera concorrenza e, più in generale, dei rapporti economici e delle regole che ad essi presiedono. Si pensi, in particolare, all'espressa enumerazione della "tutela della concorrenza" tra le materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117 Cost., c. 2, lett. e)) ed alla previsione come limite esplicito della legislazione statale e regionale dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario<sup>(43)</sup>.

Procedendo con ordine, l'esplicita previsione della materia "tutela della concorrenza"<sup>(44)</sup> nell'elenco ampio, anche se non

---

della motivazione in diritto, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 203 ss.; Id., 29 giugno 1999, n. 2523 (inedita). Viceversa, il Tribunale di Milano, 22 marzo 1976, in *Temi*, 1978, p. 419, ha individuato nel regime della libera concorrenza un principio costituzionalmente garantito per la sua funzione di utilità sociale.

(43) Sia pure incidentalmente, si dà conto che non è mancato neppure chi (F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia tra libertà economiche ed integrazione sociale*, cit., p. 66 ss.) ha ravvisato un potenziamento del ruolo del mercato ed un nuovo fondamento costituzionale dei principi costitutivi dell'economia concorrenziale nel principio di sussidiarietà orizzontale, già contenuto nel progetto di legge di revisione costituzionale licenziato dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali, istituita con la l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1, e ora formalmente costituzionalizzato dall'art. 118, u.c., Cost.

(44) Pare significativo osservare come la materia "tutela della concorrenza" sia stata aggiunta nel corso della seconda lettura, la prima del Senato, del disegno di legge di revisione costituzionale (S. 4809) sulla base di un emendamento, il n. 3.800, proposto dai senatori della Casa delle libertà La Loggia, Mantica, Castelli, D'Onofrio, Gubert. Si dà, altresì, conto del fatto che, sempre nel corso della prima lettura al Senato, i senatori Tirelli, Stiffoni e Castelli hanno proposto l'emendamento n. 1.30 volto a modificare il testo originario dell'art. 114, c. 1, Cost. con la esplicita previsione che "gli Statuti delle Regioni aderenti al patto federale si conformano altresì ai seguenti principi: a) tutela della piena libertà di iniziativa economica privata". La attribuzione espressa della "tutela della concorrenza" al legislatore statale in una prospettiva di riforma dello Stato in senso spiccatamente federale era, del resto, già stata prevista dal Comitato di studio sulle riforme istituzionali, elettorali e costituzionali, cd. Comitato Speroni, e dal progetto elaborato nel 1995 dalla Fondazione Agnelli. Per contro, tale

amplissimo<sup>(45)</sup>, delle materie attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato, unitamente ad altre materie di contenuto più strettamente economico e finanziario (moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie), ha fatto parlare di “costituzionalizzazione” della disciplina della concorrenza<sup>(46)</sup>.

Pare, però, opportuno intendersi sul significato da attribuire a tale “costituzionalizzazione”.

Se è vero, infatti, che con la riforma del Titolo V, per la prima volta, l’espressione “tutela della concorrenza” entra formalmente nel nostro testo costituzionale e che tale novità ha la sua oggettiva rilevanza<sup>(47)</sup>, è altrettanto vero che tale espressione è stata inserita nella parte relativa alla ripartizione delle competenze normative, al delimitato scopo di attribuire allo Stato, per evidenti esigenze di uniformità dell’ordinamento, interventi legislativi teleologicamente orientati alla tutela della libera concorrenza sull’intero mercato nazionale.

Ciò che appare estremamente controvertibile e pericoloso è dedurre da tale esplicita, ma materialmente limitata, menzione una elevazione della struttura concorrenziale del mercato al

---

materia non era espressamente enumerata nell’elenco di materie attribuite alla competenza statale nel progetto di legge di revisione costituzionale licenziato dalla Commissione bicamerale del 1997.

(45) Di questa opinione, tra gli altri, è S. PANUNZIO, in occasione dell’audizione del 20 novembre 2001 presso la Commissione affari costituzionali del Senato, nel corso dell’indagine conoscitiva sugli effetti nell’ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione, resoconto stenografico disponibile alla pagina web [www.senato.it/att/resocon/resosten/1/Regioni](http://www.senato.it/att/resocon/resosten/1/Regioni).

(46) In questo senso si è incidentalmente espresso S. CASSESE, *L’energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, cit., p. 2. Anche M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, p. 1274, nota 2, ha parlato di “inedita costituzionalizzazione di principi come quello della concorrenza”.

(47) G. TESAURO, Presidente della Autorità garante della concorrenza e del mercato, in occasione dell’audizione del 5 dicembre 2001 presso la Commissione affari costituzionali del Senato, nel corso della citata indagine conoscitiva, ha, infatti, rilevato come l’introduzione in Costituzione dell’espressione tutela della concorrenza sia “una novità di grande rilievo per il fatto stesso che le parole “concorrenza” e “mercati” entrano nella Costituzione. E le parole di per sé hanno un significato, specie in un testo costituzionale”.

rango di valore costituzionalmente garantito e giungere ad individuare proprio nella lett. *e*), c. 2, dell'art. 117 Cost. il rinnovato fondamento costituzionale del principio concorrenziale, sino ad oggi ravvisato, peraltro nella limitata prospettiva microeconomica<sup>(48)</sup> e con gli accenti e le sfumature sopra delineate, nell'art. 41 Cost.

È vero che parte della dottrina, constatando come effettivamente alcuni principi contenuti nel novellato Titolo V (si pensi al principio di sussidiarietà cd. "orizzontale", che avrebbe meritato ben altra collocazione) "travalichino" la materia propria dello stesso Titolo (che continua ad intitolarsi "le Regioni, le Province, i Comuni"), ha concluso che "si tratta di "travalicamenti", d'altronde, che non possono stupire più di tanto, alla luce del fatto che quella appena approvata costituisce senza dubbio la più rilevante legge di revisione costituzionale dell'epoca repubblicana e altresì in considerazione delle strette connessioni esistenti sia tra la prima e la seconda Parte della Carta costituzionale, sia tra i diversi Titoli che compongono la parte dedicata all'"Ordinamento della Repubblica", connessioni a più riprese evidenziate dalla dottrina, assai critica nei confronti dell'artificiosa separazione proposta dalla legge costituzionale 1/97"<sup>(49)</sup>.

Tali considerazioni, pur condivisibili in astratto, sembrano, però, mal attagliarsi ad un principio che, come quello in esame, finisce per caratterizzare pesantemente e marcatamente la nostra stessa forma di Stato, particolarmente sotto il profilo dell'ordinamento costituzionale dei rapporti economici (la cd.

(48) Sul punto v. *infra* par. 2.

(49) L'osservazione è presente in N. LUPO, *Nel nuovo titolo V il fondamento costituzionale della potestà regolamentare del Governo?*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, disponibile al sito web [www.unife.forumcostituzionale/contributi/titoloV.htm](http://www.unife.forumcostituzionale/contributi/titoloV.htm). Concordano con tale lettura della riforma del Titolo V anche M. CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., p. 1274, il quale espressamente riconosce che "al di là della denominazione del Titolo V non c'è dubbio che la portata [della riforma] è assai più ampia" e G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, p. 1247 ss., il quale sottolinea come la novella costituzionale abbia mutato il ruolo e la portata del Titolo V da mera sede della disciplina delle autonomie territoriali a luogo di disciplina generale dell'organizzazione repubblicana.

*Wirtschaftsverfassung* del diritto costituzionale tedesco). Non pare, cioè, possibile, per profilassi costituzionale, ravvisare nell'art. 117 Cost., contenuto nella Parte II della Costituzione, il fondamento costituzionale del principio della libera concorrenza, intesa per di più in senso macroeconomico, quale assetto concorrenziale del mercato, perché così facendo si arriverebbe a modificare surrettiziamente, attraverso norme di riparto delle competenze, il Titolo III ("Rapporti economici"), Parte I della nostra Costituzione e, attraverso esso, finanche il delicato equilibrio tra tutela del mercato e delle regole che ne garantiscono il corretto funzionamento e garanzia delle esigenze *latu sensu* sociali in esso a fatica raggiunto.

Si ritiene allora che l'unico modo costituzionalmente legittimo per attribuire al medesimo principio, già dedotto in via implicita dall'art. 41 Cost., il crisma di valore autenticamente costituzionale sarebbe quello di prevederlo esplicitamente nel Titolo dedicato ai rapporti economici: non a caso, infatti, alcune tra le proposte di revisione costituzionale presentate prevedevano, al fine di inserire il principio dell'economia in libera concorrenza in Costituzione, la modifica delle norme contenute negli artt. 35-47 Cost. <sup>(50)</sup>. Non è, peraltro, mancato neppure chi, nel corso dei lavori della Commissione bicamerale istituita con la legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1, ritenendo che, da un lato, il diritto comunitario, con la sua professione di fede per "un'economia aperta ed in libera concorrenza", avesse ormai sostanzialmente svuotato la Carta repubblicana e che, dall'altro, il principio di concorrenza o, più in generale, i principi costitutivi dell'economia di mercato fossero ricavabili dall'art. 41 Cost. "soltanto con fatica esegetica ed in ispregio della lettura complessiva della norma", sollecitava la riappropriazione costituzionale del diritto dell'economia attraverso la modifica

---

(50) Si veda, ad esempio, il progetto di revisione della Costituzione predisposto dalla Lega nord nel corso della XII legislatura (Senato n. 1304), in base al quale il Tit. III esordisce – art. 35 Cost. come mod. dall'art. 25 d.d.l. di rev. Cost. – con una forte dichiarazione liberista: "L'economia della Repubblica federale si basa sul libero mercato, sul lavoro in tutte le sue forme, sulla libera iniziativa economica dei cittadini. La legge fissa le norme che disciplinano e garantiscono la concorrenza ed il libero accesso ai mercati".

dell'art. 99 Cost. L'ultimo comma di tale norma, prevedendo un potere d'iniziativa legislativa del CNEL e stabilendone l'esercizio "secondo i principi ed entro i limiti stabiliti dalla legge", avrebbe, infatti, fornito il varco per introdurre nella Costituzione, "in luogo del rinvio alla legge ordinaria, i principi della concorrenza e del libero mercato" <sup>(51)</sup>. A parere di chi scrive, però, anche tale proposta di modifica del testo costituzionale avrebbe assai difficilmente potuto determinare una elevazione al rango costituzionale del principio della libera concorrenza, atteso che la medesima avrebbe comunque, inciso sulla Parte II ("Ordinamento della Repubblica") della Costituzione (per l'esattezza sul suo Tit. III "Governo", Sez. III "Organi ausiliari") e avrebbe, inoltre, riguardato le sole iniziative legislative del CNEL.

Tornando, quindi, alle possibili conseguenze in materia di disciplina costituzionale dei rapporti economici della novella costituzionale del 2001, è, d'altronde, chiaro che, laddove prevalesse l'interpretazione unilaterale e "mercaticistica" sopra tratteggiata della medesima riforma, la nostra Costituzione economica, ove da sempre convivono, in un sottile e assai malleabile equilibrio, istituti e principi spesso contrapposti, finirebbe per perdere quel carattere compromissorio e, per alcuni versi, "anfipolico", che ad essa i costituenti hanno inteso attribuire.

Con ciò non si vuole certo sostenere né l'irrilevanza o la marginalità della espressa previsione, a livello costituzionale, di una specifica competenza statale in materia di "tutela della concorrenza", né l'inesistenza di implicazioni sul governo dell'economia del nuovo assetto tendenzialmente federale dello

---

(51) Così N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica)*, cit., p. 228, la cui proposta di modifica costituzionale prevedeva espressamente all'u.c. dell'art. 99 Cost. che il CNEL "ha l'iniziativa legislativa e può contribuire alla elaborazione della legislazione economica e sociale secondo i principi della concorrenza e del libero mercato". Sembra, peraltro, opportuno precisare che tale proposta è stata considerata dall'A. come imposta per la duplice circostanza che alla competenza della Commissione bicamerale era sottratta la revisione della prima Parte della Costituzione e che, comunque, una modifica in tal senso dell'art. 41 Cost. avrebbe fatto nascere "tali dispute ideologiche ed esami di coscienza e processi teorici che decisamente la sconsigliano".

Stato e della diversa ripartizione dei poteri tra i diversi livelli territoriali. È indubbio, infatti, che con tale esplicita menzione, la libertà di concorrenza, già assurta a dignità costituzionale in forza dell'art. 41 Cost., appare però, per la prima volta, accompagnata dalla previsione, seppur genericamente formulata, di interventi legislativi a sua difesa (*rectius*, tutela) e armata rispetto alla tendenza monopolistica insita nelle economie a struttura concorrenziale.

Ciò che preme qui rilevare è, piuttosto, la necessità di mantenere separato il piano dell'organizzazione dei poteri e, per quanto qui interessa, quello dei poteri territoriali costitutivi della Repubblica, in cui si gioca sostanzialmente la portata della riforma del Titolo V, dal piano dei principi caratterizzanti, in una dimensione "valoriale", la nostra Costituzione economica, non implicata dalla riforma costituzionale.

In altri termini, la previsione della materia "tutela della concorrenza" alla lett. e) del comma 2 dell'art. 117 Cost. non pare sufficiente a far assurgere la medesima al rango di valore costituzionale in sé e per sé protetto, almeno non più di quanto non l'abbia già fatto da tempo l'art. 41 Cost. e l'interpretazione di esso fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale. Tale esplicita menzione pare, piuttosto, riflettere lo "spirito dei tempi" e ricordare, quindi, che ogni opzione ermeneutica deve con esso misurarsi.

Chiarita, quindi, in perfetta sintonia con i più recenti orientamenti dottrinali<sup>(52)</sup>, l'impossibilità logica e giuridica che una revisione costituzionale relativa al sistema delle autonomie incida, seppure in via indiretta e mediata, su norme contenute nella Parte I, in questo caso nel suo Titolo III, pena lo scardinamento dell'assetto costituzionale dei rapporti economici, sembra opportuno, per una corretta metodologia esegetica del testo costituzionale, interpretare, a rovescio, le disposizioni del nuovo Titolo V in base ai principi contenuti nella prima Parte della Costituzione. In questa prospettiva, allora, l'evidenziato bilan-

---

(52) Cfr. T. GROPPI, *La riforma del Titolo V della Costituzione tra attuazione ed autoapplicazione*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, cit.



ciamento e contemperamento tra interessi della produzione ed esigenze di giustizia sociale, che si realizza in seno all'art. 41 Cost. e nell'interpretazione di esso data dalla giurisprudenza costituzionale, potrebbe costituire la chiave di volta per armonizzare gli interventi legislativi statali a "tutela della concorrenza" con quelli diretti alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", previsti dalla lett. m), c. 2, dell'art. 117 Cost.: in altri termini, la contemporanea previsione, come titoli trasversali<sup>(53)</sup> legittimanti l'intervento statale, della tutela della concorrenza, da un lato, e della garanzia dell'uniformità minima dei diritti civili e sociali, dall'altra, sembrerebbe imporre al potere centrale l'obiettivo di delineare futuri assetti economici maggiormente concorrenziali ed efficienti nel rigoroso ed imprescindibile rispetto, però, dei principi cardine del *Welfare State*. In questa sorta di esegesi circolare della Carta costituzionale si addiverrebbe, così, ad una lettura equilibrata delle novellate competenze legislative statali incidenti sull'ordito economico e sociale del nostro Paese in sintonia con l'ispirazione di fondo del testo costituzionale, senza pericolose forzature interpretative.

Dall'asserita necessità di contemperamento, anche in tema di concreto esercizio delle competenze legislative dello Stato delineate dalla novella, degli interessi riconducibili al mercato ed alle sue regole di corretto funzionamento con gli interessi sociali ricollegabili in qualche misura al canone dell'utilità sociale di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost., pare derivarne un'indicazione chiara per il legislatore statale in sede di attuazione delle norme costituzionali attributive di competenze: nell'esercizio della potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza, il mercato va, comunque, inteso da parte del legislatore come regola e non come valore, come un mezzo per conseguire altro, come "un tassello, uno strumento per fini di benessere e di efficienza"<sup>(54)</sup>.

(53) Sulle materie cd. "trasversali" v. *infra*, par. 4.

(54) In merito alla inconfigurabilità del mercato come valore in sé e per sé v., tra gli altri, S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, cit., p. 3683; C. MARZUOLI, *Mercato e valore*

Sempre nel tentativo di meglio definire la portata della menzione nel Titolo V della “tutela della concorrenza”, sembra meritare qualche riflessione anche l’opinione di chi ha osservato che nella nostra Costituzione scritta trovano già implicito riconoscimento il mercato e la concorrenza e che, dunque, la disposizione arriva ora a dare espressa e diretta esplicitazione di quanto nella Costituzione era già racchiuso<sup>(55)</sup>. In primo luogo, anche con questa opzione interpretativa si finiscono per accostare piani tra loro diversi e separati, tra cui intercorre, viceversa, sotto il profilo che qui interessa, una geometrica incongruità delle grandezze. In secondo luogo, pare indubbio che la lett. e) con l’espressione “tutela della concorrenza” si riferisca all’assetto concorrenziale del mercato ed accolga il concetto di libera concorrenza in una accezione macroeconomica e oggettiva; viceversa, dalla accennata ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale è emerso come sia fortemente controversa la questione se il principio concorrenziale desumibile dall’art. 41 Cost. abbia anche una valenza oggettivo-strutturale oppure esclusivamente soggettivo-relazionale. Ne deriva, allora, che considerare la lett. e) esplicitazione di quanto già contenuto in Costituzione significherebbe, in questa prospettiva, considerare costituzionalmente garantita dall’art. 41 non solo la individuale libertà di concorrenza, ma anche la strutturale concorrenzialità del mercato. Significherebbe, in altri termini, con una operazione assai dubbia dal punto di vista della ermeneutica costituzionale, elevare surrettiziamente al rango di valore costituzionale la struttura concorrenziale del mercato in sé e per sé considerata.

Un cenno a parte merita, infine, l’altro elemento, a cui si faceva sopra riferimento, che potrebbe costituire la base per una

---

*dell’intervento pubblico*, relazione presentata al Convegno svoltosi a Firenze il 19-20 febbraio 1993, “*Valori costituzionali e pubblica amministrazione*”, in *Le Regioni*, 1993, n. 6, p. 1598 ss. Simile la posizione espressa da A. PREDIERI,  *Mercati e concorrenza: asimmetria e diseconomia nello Stato prefederativo*, cit., p. 8; ID.,  *Interpretazione autentica e collisione con i diritti costituzionali alla difesa e al giudice naturale e precostituito nelle leggi sulle concentrazioni editoriali*, cit.

(55) Questa è l’opinione manifestata da G. TESAURO, in occasione dell’audizione del 5 dicembre 2001, cit.

ridefinizione del ruolo dell'economia concorrenziale di mercato nella nostra Costituzione.

Ci si riferisce all'esplicita previsione come limite di carattere generale che la legge statale condivide con quella regionale del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, previsto dall'art. 117, c. 1, Cost. <sup>(56)</sup>. L'inserimento di tale obbligo costituzionale comporta oggi "un meccanismo di permanente apertura dell'ordinamento interno all'ordinamento europeo" e la recezione formale, attraverso la definitiva sostituzione della logica della separazione tra i due ordinamenti con la logica della integrazione <sup>(57)</sup>, della *primauté* del diritto comunitario, il cui principio istituzionale di base è proprio "il principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza" (art. 3 A Trattato CE, come modificato dall'accordo di Maastricht). Si comprende, quindi, come tale riferimento imponga una riconsiderazione più attenta della valenza costituzionale del principio della concorrenza aggiornata ai principi dell'ordinamento comunitario.

Parte della dottrina <sup>(58)</sup>, del resto, già da tempo, aveva ravvi-

---

(56) Sul significato del riferimento ai vincoli comunitari, in generale, v. C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 194 ss. Pare, peraltro, opportuno osservare come ci si sarebbe piuttosto aspettati una specifica ed autonoma previsione che desse esplicito fondamento costituzionale alla partecipazione dell'ordinamento nazionale all'ordinamento comunitario, secondo quanto era previsto, del resto, dagli artt. 114, 115 e 116 del progetto licenziato dalla Commissione bicamerale.

(57) L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, p. 1203 ss.

(58) In particolare, cfr. C. MARZUOLI, *Mercato e valore dell'intervento pubblico*, cit.; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, cit.; A. PERINI, *Le trasformazioni in atto nel settore dei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione*, in *Dir. e soc.*, 1997, pp. 237-9; P. BILANCIA, *Libertà economiche e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 322 e 326. A parere di chi scrive è, peraltro, condivisibile la critica sollevata avverso tale tesi da A. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, cit., p. 2968, secondo il quale "se la Costituzione all'art. 41 non avesse riconosciuto o non avesse avuto le virtualità sufficienti per inglobare anche in un momento successivo la libertà di concorrenza, sarebbe mai stato possibile il recepimento del valore di tale libertà, nel nostro ordinamento, da parte dell'ordinamento comunitario, per il solo tramite dell'art. 11 Cost., il quale consente bensì reciproche possibili limitazioni della sovranità, ma non modifiche della forma di Stato?".

sato il vero ed ultimo fondamento costituzionale del principio della libera concorrenza in quella norma costituzionale, l'art. 11, che, prima della riforma del Titolo V, costituiva il varco costituzionale per l'ingresso nel nostro ordinamento del diritto comunitario: con tale norma la Costituzione avrebbe additato come obiettivo di rilievo costituzionale il concorso alla formazione di ordinamenti sopranazionali senza preclusioni di materia e con estensibilità, quindi, anche all'economia. Quindi, già per mezzo del varco aperto dal citato art. 11, l'ordinamento comunitario avrebbe introdotto il principio istituzionale del mercato ispirato alla libera concorrenza come principio di struttura del nostro ordinamento.

Aggiornando tale ipotesi interpretativa all'intervenuta novella costituzionale, ne deriva che la fonte del preteso ingresso nel nostro ordine economico costituzionale dei principi di un'economia perfettamente concorrenziale, sinora basato su di una interpretazione evolutiva ed estensiva dell'art. 11 Cost., diverrebbe l'art. 117, c. 1, Cost. Anche con riferimento a tale soluzione, sembra, comunque, opportuno sottolineare la necessità di leggere il riferimento ai vincoli comunitari all'interno della riforma del Tit. V, per ricostruirne correttamente la portata, senza indebite commistioni e sovrapposizioni di piani.

In sintesi, pare opportuno concludere che, nell'interpretare il significato costituzionale della esplicita menzione della "tutela della concorrenza" e della apertura dell'ordinamento nazionale all'ordinamento comunitario in cui tanta parte hanno i principi costitutivi dell'economia di mercato, non si deve mai dimenticare che il terreno del Titolo V era e rimane quello della organizzazione dei pubblici poteri e delle pubbliche funzioni in una rinnovata logica di *actio finum regundorum* tra Stato ed autonomie territoriali e che è proprio su quel terreno che si gioca prevalentemente la portata innovativa di quella espressa menzione. E che, per converso, la novella lascia sostanzialmente impregiudicato l'evidenziato dibattito sulla valenza costituzionale attribuita alla libertà di concorrenza dall'art. 41 Cost.

4. *La difficile individuazione della materia “tutela della concorrenza” ed il suo rapporto con le materie attribuite alla legislazione regionale: un tentativo di ricostruzione del sistema delle fonti che incidono sulla tutela della concorrenza*

Le conclusioni cui si è giunti nel paragrafo che precede inducono, una volta presa posizione sul corretto ancoraggio costituzionale del principio concorrenziale, ad analizzare l’inserimento nel testo costituzionale della formula “tutela della concorrenza” nella prospettiva che le è propria, vale a dire quella del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, senza indebite forzature interpretative. Tale precisazione costituisce, da un punto di vista metodologico, la necessaria e doverosa premessa logico-concettuale per passare, nella consapevolezza del limitato significato costituzionale di quella previsione, all’individuazione della *ratio* sottesa alla attribuzione della “tutela della concorrenza” alla competenza dello Stato in un sistema fortemente decentrato, alla messa a punto dei profili caratterizzanti la materia “tutela della concorrenza” e, infine, alla definizione del complesso rapporto con la legislazione regionale competente in numerosi settori chiave dell’economia, a vario titolo interferenti con il funzionamento concorrenziale dei mercati <sup>(59)</sup>.

Negli Stati contemporanei a forte vocazione regionalista (o federalista), caratterizzati dal policentrismo decisionale, forte è sempre stata l’esigenza, per ragioni di identità e di tenuta dell’ordinamento stesso, di una disciplina unitaria del mercato nazionale e delle sue condizioni di funzionamento. Guardando alle esperienze federali o parafederali straniere più agevolmente comparabili, per vicinanza geografica e culturale, alla nostra, e cioè quella “geneticamente” federale tedesca e quella essenzialmente regionalistica anche se fortemente autonomistica

---

(59) Sul punto, per una analitica disamina del nuovo “regolamento di confini” e delle possibili interferenze tra legislazione statale a tutela della concorrenza e legislazione regionale, concorrente o residuale, competente per la disciplina dei vari settori della vita economica, v. anche L. CASSETTI, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza*, in *Osservatorio sul federalismo*, cit.

spagnola, emerge con chiarezza che anche in quegli ordinamenti la dimensione nazionale della “tutela della concorrenza” è pressochè ovvia. In un sistema decentrato occorre, infatti, evitare che la pur ammissibile differenziazione territoriale della disciplina dei vari mercati e settori economici determini una iperregolazione anticoncorrenziale, con conseguenze esiziali per l’economia nazionale.

Anche nel nostro caso la riserva allo Stato, nel rinnovato assetto federale o profederale della Repubblica, degli interventi legislativi a tutela del principio concorrenziale trova il suo fondamento nella necessità di garantire un certo grado di unità e di uniformità dell’ordinamento: l’entropia e la frammentazione nella disciplina del mercato nazionale sarebbero, infatti, già di per sé ostative al suo funzionamento concorrenziale<sup>(60)</sup>. Si tratta di una materia in cui “il valore della differenziazione, costituzionalizzato dal nuovo art. 118, c. 1, deve in qualche maniera cedere il passo per consentire allo Stato di mantenere una sua individualità, intesa come riconoscibilità e classificabilità sulla base dei noti criteri ormai acquisiti dalla scienza costituzionalistica (elementi dello Stato, forma di Stato, etc.)”<sup>(61)</sup>. Non sembra, dunque, fuori luogo interrogarsi sulla possibilità di configurare la “tutela della concorrenza”, proprio nella sua veste di interesse imputabile allo Stato nel suo complesso, come uno dei possibili titoli abilitanti l’intervento statale a protezione di quell’interesse nazionale che, scomparso come limite generale della legislazione regionale, rimarrebbe nel nostro ordinamento costituzionale sotto forma di specifiche e tassative riserve di competenza allo Stato<sup>(62)</sup>.

---

(60) Di quest’avviso è anche G. TESAURO, in occasione dell’audizione del 5 dicembre 2001, cit., secondo il quale “la circostanza che la tutela della concorrenza sia stata prefigurata come oggetto di una competenza legislativa esclusiva da parte dello Stato non può sorprendere, non potendosi ipotizzare ragionevolmente una reale alternativa. Un intervento positivo, dunque diretto a disciplinare l’assetto competitivo del mercato, ad integrazione o a sostituzione delle norme attualmente in vigore, non può che restare a livello di legislazione nazionale ovvero comunitaria”.

(61) Così, A. CARDONE, *La potestà legislativa delle Regioni dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, cit., p. 88.

(62) In questo senso, cfr. G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte Seconda della Costituzione*, cit., p. 1247 ss.; C. PINELLI, *I limiti generali alla*

D'altro canto, il valore ed il significato del mantenimento in capo allo Stato della competenza in materia di concorrenza fornisce la chiave di volta sia per una corretta individuazione dei tratti distintivi la materia "tutela della concorrenza" rilevante ai sensi della lett. e), sia per una corretta delimitazione degli interventi legislativi statali dalla medesima giustificati ed autorizzati, soprattutto nel delicato ed articolato rapporto con la novellata competenza legislativa delle Regioni.

Sotto il primo angolo visuale, relativamente agli elementi strettamente inerenti la materia "tutela della concorrenza", si osserva, in primo luogo, che la "tutela della concorrenza" è una competenza costruita finalisticamente, in funzione, cioè, dello scopo e non dell'oggetto<sup>(63)</sup>. Tale carattere finalistico, se da un lato, come vedremo nel prosieguo, consente al legislatore statale un vasto ambito materiale di incidenza, dall'altro porta a ritenere che, sulla base del titolo competenziale intersettoriale fornito dalla lett. e), potranno legittimamente essere adottate con legge dello Stato solo quelle disposizioni strettamente funzionali al mantenimento o alla creazione-promozione della concorrenza nei vari settori economici, molti dei quali affidati, per la disciplina degli altri profili, alla potestà legislativa regionale. Ne deriva l'esclusione, pena la loro illegittimità costituzionale

---

*potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, cit., p. 199; P. CAVALIERI, *La nuova autonomia legislativa delle Regioni*, in *Foro it.*, 2001, V, pp. 199-202, i quali sostanzialmente individuano oggi, dopo la novella del Titolo V, tracce dell'interesse nazionale nelle lettere m), n) e r) dell'art. 117, c. 2, nei "principi fondamentali" dell'art. 117, c. 3, nei meccanismi perequativi di cui all'art. 119 e nei casi legittimanti il potere sostitutivo del Governo di cui all'art. 120, c. 2. Sul punto, v. anche R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, p. 1213 ss.

(63) L'espressione è di A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, cit., il quale espressamente annovera tra le competenze finalistiche, altresì definite "materie non materie", la tutela della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale e ne identifica i caratteri salienti, da un lato, nel loro atteggiarsi come competenze senza oggetto, che definiscono il loro ambito di incidenza mediante il proprio esercizio e, dall'altro, nella loro estrema duttilità nel rapportarsi con il legislatore regionale, che ne fa meccanismi di mobilità del riparto di competenze tra Stato e Regioni.

per invasione della sfera di competenza regionale, di interventi legislativi statali solo indirettamente e debolmente legati alla tutela della concorrenza e genericamente legati ad esigenze di regolamentazione dei diversi settori della vita economica.

D'altronde, affermare la necessità che gli interventi legislativi statali si limitino in maniera pressoché esclusiva a quelli teleologicamente preordinati alla concorrenzialità dei mercati, non significa ritenere costituzionalmente legittimi solo quelli finalizzati al mantenimento della concorrenza in mercati ad essa già informati. Come noto, infatti, la disciplina legislativa per la tutela pubblicistica della concorrenza include sia la normativa *antitrust*, diretta a garantire, attraverso la repressione della pratiche monopolistiche, il mantenimento della concorrenza in mercati già liberalizzati, sia interventi di regolazione "economica" volti a sostituire, nei mercati ove non è possibile la concorrenza tra più operatori (ad esempio in alcuni servizi di pubblica utilità per il carattere non economicamente duplicabile delle infrastrutture di rete), la "concorrenza sul mercato" con meccanismi di "concorrenza per il mercato" <sup>(64)</sup>. Sembra, in altri termini, che l'espressione "tutela della concorrenza" di cui alla lett. e) abbia non solo una valenza statica, ma anche una valenza dinamica <sup>(65)</sup>: che allo Stato, cioè, continui legittimamente a spettare non solo la competenza per interventi a difesa del mantenimento delle condizioni di concorrenzialità in mercati già libe-

---

(64) Sempre per rimanere nell'ambito dei servizi di pubblica utilità a rete, vanno, ad esempio, in questa direzione di regolazione pro-competitiva i procedimenti di asta competitiva per l'assegnazione di concessione di servizio (il cd. *franchise bidding*), il confronto tra le condizioni di offerta di un'impresa con quelle praticate da operatori di mercati economicamente omogenei o comparabili (la cd. *yardstick competition*), la separazione tra le varie fasi del servizio, tra gestione della infrastruttura di trasmissione ed esercizio del servizio.

(65) Di questa opinione è anche M. D'ALBERTI, il quale, in occasione dell'audizione del 5 dicembre 2001, cit., ha configurato gli interventi legislativi statali a "tutela della concorrenza" come "attività dinamica, perché la locuzione adoperata usa il termine "tutela" e non "difesa" della concorrenza (se volessimo esaminare anche i profili di carattere linguistico, la locuzione in questione ha quindi un significato preciso)". Anche A. PREDIERI, in *Interpretazione autentica e collisione con i diritti costituzionali alla difesa e al giudice naturale e precostituito nelle leggi sulle concentrazioni editoriali*, cit., sembra distinguere, con le implicazioni appena prospettate, tra tutela e difesa della concorrenza.



ralizzati (così, ad esempio, soprattutto nel caso dei settori del commercio, dell'industria e del turismo <sup>(66)</sup>), ma anche interventi di promozione della concorrenza laddove questa fatica ad affermarsi per la presenza di monopoli naturali (così nel caso della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, del trasporto locale e dell'ordinamento della comunicazione).

In terzo luogo, così estensivamente ricostruito l'ambito materiale della "tutela della concorrenza", vale la pena rilevare, sempre nel tentativo di meglio definirne i tratti distintivi e fondativi, che nel dibattito dottrinale in corso la concorrenza è stata qualificata come "una competenza ovvero una finalità trasversale rispetto a tutti i settori della vita economica" <sup>(67)</sup>, in grado cioè di consentire allo Stato di travalicare i rigidi confini attribuitigli dalla riforma ed occupare, addirittura, ambiti altrimenti riservati alla legislazione regionale. La concorrenza diviene, cioè, in questa prospettiva, più che una materia in senso stretto <sup>(68)</sup>, una clausola generale di competenza statale idonea, in virtù del suo necessitato carattere intersettoriale, ad incidere su materie assegnate dal legislatore della revisione alla competenza legislativa esclusiva delle Regioni (si pensi ai settori sopra evidenziati dell'industria, del commercio, del trasporto locale, etc.). Competenza regionale che, peraltro, proprio per l'esistenza di siffatte materie statali "trasversali" <sup>(69)</sup>, diviene

---

(66) Sul riparto di competenze in materia di "turismo", v., in particolare, B. CARAVITA, *Brevi osservazioni sulle politiche regionali in tema di turismo dopo la riforma del Titolo V*, in *Osservatorio sul federalismo*, cit.

(67) In tal senso v. L. ELIA, in occasione dell'audizione del 23 ottobre 2001 presso la Commissione affari costituzionali del Senato, nel corso della citata indagine conoscitiva.

(68) Sulla dubbia possibilità tecnica di qualificare come "materia" la tutela della concorrenza v. A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, cit., il quale parla di "materia non materia"; R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, pp. 1233-4, la quale sembra considerare alcune tra le materie di cui al c. 2 dell'art. 117 Cost. come "punti di vista anziché come oggetti".

(69) La "tutela della concorrenza" non pare, del resto, costituire un *unicum*: altri esempi di materie "trasversali" sono stati individuati dalla dottrina nelle lettere *m*) (determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali), *b*) (immigrazione), *l*) (ordinamento civile), *n*) (norme generali sull'istruzione), *o*)

preferibile definire residuale.

Si è, in proposito, parlato di “titoli di legittimazione sostanzialmente trasversali”<sup>(70)</sup>, che si traducono in occasioni per lo Stato di condizionare la legislazione regionale nelle materie non espressamente enumerate. In questo modo la concorrenza (e con essa gli altri titoli competenziali trasversali) si viene a configurare come una valvola che consente forme di mobilità del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni<sup>(71)</sup>, in un sistema in cui è vero che il potere centrale ha perso la competenza generale, ma in cui è altrettanto vero che il medesimo è, comunque, preposto alla cura degli interessi nazionali ed unitari, di cui la concorrenza e le altre materie di competenza statale costituiscono significative, anche se tassative, esemplificazioni.

Sul punto sembra, peraltro, opportuno dar conto che la questione è stata affrontata anche dalla Corte costituzionale, la quale è parsa aderire all’opinione dottrinale dell’esistenza, tra le materie attribuite al legislatore statale, di competenze finalistiche trasversali. La Consulta, infatti, nella sentenza 282/2002<sup>(72)</sup>, ha ammesso, con un ragionamento riferito ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ma agevolmente estensibile anche alla tutela della concorrenza, che

---

(previdenza sociale), *s*) (tutela dell’ambiente), *p*) (funzioni fondamentali di Comuni, Province e città metropolitane).

(70) Così G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte Seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, n. 5, p. 5; ID., *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte Seconda della Costituzione*, *ivi*, 2001, n. 6, p. 1251-3. In questo senso si è sostanzialmente espresso anche B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V – Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 71 e 73-6.

(71) Sul punto sembra interessante osservare che A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, *cit.*, proprio sulla base della configurabilità nel nostro ordinamento di competenze finalistiche e trasversali e del loro carattere “mobile” e flessibile, desume punti di contatto, seppur indipendenti dalla volontà del legislatore della revisione, tra l’assetto costituzionale emerso dalla novella e la *Konkurriende Gesetzgebung* del federalismo mitteleuropeo, che “pone il legislatore centrale in condizione di articolare variamente il proprio rapporto con i legislatori locali, permettendogli, non solo di indirizzarne, ma anche di espropriarne la competenza, occupando ambiti a questa altrimenti riservati”. Pressoché negli stessi termini ID., *La Consulta parla... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 2030-1.

(72) In *Giur. cost.*, 2002, p. 2012 ss.

“non si tratta di una “materia” in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare [...]”; nella sentenza 407/2002<sup>(73)</sup> ha, quindi, espressamente parlato, con riguardo alla materia “tutela dell’ambiente”, di “materia trasversale”, la quale, lungi dall’identificare “una “materia” in senso tecnico, [...] configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze”.

Passando ora all’analisi sistematica del profilo più marcatamente attinente i rapporti tra legislatore statale e legislatori regionali con riferimento precipuo alla “tutela della concorrenza” nei vari settori della vita economica, non si può non tenere conto, *in primis*, dei nuovi principi che informano il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. Come noto, la novella del Titolo V accoglie il criterio, tipico dei modelli di federalismo “duale”, della rigida separazione delle competenze, attraverso l’espressa previsione, al comma 2, delle materie attribuite alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, al comma 3 delle materie spettanti alla potestà concorrente delle Regioni e, al comma 4, mediante il cd. capovolgimento dell’art. 117 previgente, della clausola di residualità a favore delle Regioni “per ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”. Per l’aspetto che qui interessa, pare opportuno osservare che, a fronte dell’attribuzione in via pressoché<sup>(74)</sup> esclusiva allo Stato della materia “tutela della concorrenza”, innumerevoli “settori” rilevanti per il governo dell’eco-

---

(73) In *Giur. cost.*, 2002, p. 2940 ss., con commento di F. S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie “trasversali”: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, *ivi*, p. 2951 ss.

(74) L’utilizzo dell’avverbio “pressoché” pare giustificato dalla circostanza che nella materia “tutela della concorrenza” (così come in altre materie contenute nell’elenco di cui al c. 2 dell’art. 117) anche la legge regionale può in astratto intervenire, limitando la esclusività della competenza legislativa dello Stato, laddove si consideri che è rimessa alla competenza concorrente regionale la regolazione dei rapporti delle Regioni con l’Unione europea, in cui, come noto, il principio dell’economia aperta ed in libera concorrenza ha una indiscussa centralità.

nomia e variamente interferenti con la concorrenzialità dei mercati di riferimento sono, invece, attribuiti alla potestà legislativa regionale sia essa a carattere concorrente (si pensi ad esempio ai “porti e aeroporti civili”, alle “grandi reti di trasporto e di navigazione”, alla “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”, all’“ordinamento della comunicazione”, al “sostegno all’innovazione per i settori produttivi”), sia essa a carattere esclusivo-residuale (come nel caso del commercio, dell’industria, del turismo, nonché dell’energia e del trasporto per i profili di interesse locale).

Questa vasta “regionalizzazione” della competenza legislativa su materie di carattere strettamente economico e la conseguente moltiplicazione dei centri di produzione normativa a vario titolo incidenti sulla materia “tutela della concorrenza” ha sollevato in dottrina forti timori per le sorti della concorrenzialità e della competitività del mercato nazionale, ove a livello regionale si introducano disposizioni normative di ostacolo al libero dispiegarsi del gioco concorrenziale. Si è, quindi, proposto, in una prospettiva *de iure condendo*, un sistema di monitoraggio e di verifica preventiva da parte dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato della compatibilità della legislazione regionale di settore con i principi posti a tutela della concorrenza o una legge statale di orientamento in senso *pro* concorrenziale della normazione regionale, con la espressa previsione degli interventi da evitare (ingiustificate barriere di accesso al mercato, frammentazioni e segmentazioni dei mercati, trattamento non uniforme e discriminatorio degli operatori economici) e di quelli da incentivare (forme di semplificazione della legislazione e delle procedure essenziali allo sviluppo della competizione economica) <sup>(75)</sup>.

---

(75) Queste, in particolare, le soluzioni prospettate da G. TESAURO, in occasione dell’audizione del 5 dicembre 2001 cit. Del resto, soluzioni simili a quella testé indicata sono state evidenziate dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato nella recente segnalazione generale sulla “Riforma della regolazione e promozione della concorrenza”, ove si raccomandano forme di incentivi per le regolazioni regionali idonee a promuovere la concorrenza.

È interessante, peraltro, osservare, che, sempre nel corso della audizione del 5 dicembre 2001 cit., il senatore F. BASSANINI ha addirittura parlato della necessità che

Premessa e condivisa la necessità di controllare e monitorare le possibili implicazioni della fase attuativa del riformato riparto di competenze sui processi di liberalizzazione dei mercati e, più in generale, sul governo dell'economia nazionale, per fornire adeguata risposta ai dubbi sopra prospettati sembra, però, opportuno tentare una ricostruzione del riformato sistema delle fonti che incidono sulla concorrenza, adoperando a tal fine sia gli elementi genericamente riconducibili al novellato riparto di competenze, sia gli elementi specificamente qualificanti la materia. Procediamo con ordine.

In primo luogo, si osserva che il comma 1 dell'art. 117 Cost. enuncia tra i limiti che la legge regionale condivide con quella statale i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario: le misure *pro* concorrenziali adottate a livello comunitario costituiscono, quindi, un primo, invalicabile, limite per il legislatore regionale. D'altro canto, giova osservare come, da un lato, proprio l'inadempienza delle Regioni nell'attuazione e nell'esecuzione degli atti dell'Unione europea legittimi l'esercizio del potere sostitutivo statale di cui all'art. 117, c. 5, e che, dall'altro, il mancato rispetto da parte degli organi delle Regioni dei vincoli comunitari costituisca titolo legittimante l'intervento del Governo nazionale nell'esercizio del potere sostitutivo previsto dall'art. 120, c. 2. È di tutta evidenza che tali canali di intervento statale previsti dal legislatore della revisione per tutte le ipotesi di violazione o elusione del diritto comunitario troveranno un terreno privilegiato di applicazione nel caso della copiosa normativa comunitaria in materia di concorrenza.

In secondo luogo, allo Stato è riservata la disciplina della concorrenza in forma esclusiva, potenzialmente comprensiva, quindi, sia della potestà legislativa di principio e di dettaglio, sia della potestà regolamentare, salvo delega alle Regioni: ciò non può che significare che la normazione statale a tutela della concorrenza, a prescindere dalla materia su cui andrà ad incide-

---

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato effettui un controllo sugli eventuali aiuti regionali distorsivi della concorrenza, in parallelo al controllo esercitato dalla Commissione europea sugli aiuti di Stato.

re, deve essere “autosufficiente, non limitarsi ad affermare principi da affidare per lo svolgimento e l’applicazione al legislatore regionale”<sup>(76)</sup>. Pare, altresì, opportuno segnalare che alla competenza esclusiva del potere centrale sono assegnate in via esclusiva le materie “ordinamento civile”<sup>(77)</sup> (lett. *l*), “dogane” (lett. *q*), “pesi e misure” (lett. *r*), vale a dire una serie di materie variamente riconducibili e funzionali alla effettiva concorrenzialità del mercato nazionale. La disciplina dell’ordinamento civile, delle dogane, dei pesi e delle misure, etc. sono, infatti, suscettibili, *ex ante*, di tradursi, ove occorra, in altrettanti titoli legittimanti l’intervento dello Stato a difesa della unitarietà, della contendibilità e della competitività del mercato nazionale; *ex post*, di rappresentare i parametri di eventuali giudizi di legittimità costituzionale delle leggi regionali invasive delle competenze statali.

In terzo luogo, nei settori della vita economica oggetto di potestà concorrente, allo Stato spetta, comunque, la determinazione dei principi fondamentali della materia: nell’esercizio di tale competenza lo Stato potrà vincolare la legislazione regionale di dettaglio al rispetto del principio concorrenziale, senza che sia, peraltro, necessaria a legittimare l’intervento statale la dimostrazione di una specifica ragione di collegamento con la materia concorrente. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all’ordinamento della comunicazione o alla produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia. In quei settori, a fronte della novellata competenza regionale per la disciplina di dettaglio dei profili organizzativi e funzionali che attengono alla loro regolazione, allo Stato rimane, comunque, la possibilità di vincolare il legislatore regionale al rispetto sia dei principi fondamentali della promozione della concorrenza e dell’efficienza, sia degli innovativi principi di organizzazione e gestione dei servizi di pubblica utilità funzionali ad una loro au-

---

(76) A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2002, n. 5, p. 1118.

(77) Sull’ordinamento civile v. E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia “ordinamento civile”, di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, p. 1343 ss.

tentica liberalizzazione, quali, ad esempio, la previsione di meccanismi di accesso al mercato in base ad autorizzazioni non discrezionali, motivate, oggettive, trasparenti e non discriminatorie, la soppressione o la limitazione delle riserve originarie, la distinzione tra il carattere pubblico del servizio e la natura pubblica o privata del gestore, la separazione tra rete e servizio (ed i suoi corollari costituiti dal diritto di accesso alla rete e alle *essential facilities* e dal diritto di interconnessione), la separazione tra regolazione e gestione <sup>(78)</sup>.

Infine, nelle materie non enumerate, riservate alla competenza esclusivo-residuale delle Regioni, lo Stato può dettare norme, sia di principio che di dettaglio, esclusivamente, però, per quei profili della materia strettamente connessi alla tutela della concorrenza: pare, infatti, opportuno osservare che nel caso delle materie riservate alle Regioni, a differenza di quanto accade in quelle oggetto di potestà concorrente, occorre, comunque e sempre, uno specifico, puntuale, dimostrato e dimostrabile collegamento tra la materia e il titolo legittimante trasversalmente – in questo caso, per l'appunto la “tutela della concorrenza” – l'intervento statale <sup>(79)</sup>. Sussistendo tale titolo abilitante l'intervento del potere centrale, al legislatore regionale, competente in via esclusiva per la regolamentazione di tutti gli altri profili, saranno, però, precluse tutte quelle iniziative suscettibili di introdurre elementi di distorsione della concorrenza all'interno di

---

(78) A titolo meramente esemplificativo, applicando tali considerazioni al caso specifico dell'energia, ne risulta che l'attribuzione allo Stato della determinazione dei principi fondamentali della materia consente al medesimo di dettare disposizioni legislative in quel settore, almeno quanto alla determinazione dei livelli massimi di mercato che ogni singola impresa può occupare, alla separazione tra le varie attività della stessa filiera, alla separazione tra proprietà degli impianti e gestione dei servizi e, più in generale, al processo di liberalizzazione *tout-court* considerato del settore energetico. Questa è, in particolare, la ricostruzione fornita anche da L. R. PERFETTI, *Il governo dell'energia tra federalismo e liberalizzazione. Profili di ricomposizione del quadro delle competenze*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, n. 2, p. 376 ss. Contro l'inclusione nella materia “tutela della concorrenza” del processo di liberalizzazione del settore elettrico aperto dal d.lgs. 79/99, v. S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, cit., p. 3.

(79) È questa la tesi sostenuta da B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V – Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, cit., p. 73, nota 12.

una parte consistente del mercato nazionale e di bloccare il processo di liberalizzazione dei vari settori, magari attraverso forme di irrigidimento dell'accesso al mercato di riferimento o di svolgimento delle relative attività economiche. Saranno, per contro, consentite alle Regioni "soluzioni normative diverse da quelle indicate dal legislatore statale" purchè in grado di garantire la massima concorrenzialità nel mercato di riferimento<sup>(80)</sup>. Insomma, anche nelle materie non enumerate, almeno per i profili che più spiccatamente afferiscono la concorrenzialità del mercato di riferimento, la legge nazionale *antitrust*, da un lato, e le varie leggi statali settoriali di liberalizzazione (si pensi al d.lgs. 114/98 per il settore del commercio, al d.lgs. 422/97 per il trasporto locale o alla l. 135/2001 per il turismo), dall'altro, continueranno, proprio sulla base del titolo competenziale intersettoriale fornito dalla lett. e), a mantenere un elevato livello di vincolatività per il legislatore regionale. Parimenti, è da chiedersi se nelle materie riservate alle Regioni, in cui esistono forti vincoli comunitari in tema di concorrenza, lo Stato debba, comunque, lasciare l'intera normazione alle Regioni, come parrebbe imporre l'attribuzione alle Regioni della competenza a dare attuazione ed esecuzione nelle proprie materie agli atti dell'Unione europea (art. 117, c. 5) o se, viceversa, lo Stato possa (o, addirittura, debba) porre, al limitato fine di preservare l'ordinamento nazionale dall'insorgere di eventuali responsabilità nei confronti dell'Unione, norme di principio anche in am-

---

(80) In questo senso cfr. L. CASSETTI, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza*, cit., p. 6: *Contra* F. BASSANINI, in occasione dell'audizione del 5 dicembre 2001 cit., il quale ritiene, invece, che, avendo la novella costituzionale riservato la materia "tutela della concorrenza" alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, le legislazioni regionali non dovrebbero contenere né disposizioni anticompetitive, né disposizioni di disciplina pro competitiva, a meno che non siano di mera attuazione della legislazione statale in materia, pena la loro illegittimità costituzionale per invasione della sfera di competenza statale.

Incidentalmente, si può osservare che anche sotto la vigenza del precedente riparto di competenze legislative la Corte costituzionale, con la sent. 65/2001 (in *Giur. cost.*, 2001, p. 384 ss.), ha affermato che le Regioni, nelle materie di loro competenza, possono essere interpreti del principio della libera concorrenza, non essendo, quindi, aprioristicamente pregiudicato il loro intervento dalle esigenze di uniformità della disciplina dei mercati.



biti materiali al medesimo altrimenti preclusi.

Dalla ricostruzione che precede pare si possa desumere, in definitiva, che l'ordinamento, almeno sul piano delle fonti, racchiude in sé sufficienti garanzie per la tenuta del principio concorrenziale in tutti i settori dell'economia. Piuttosto, la molteplicità delle occasioni di intervento *pro* concorrenziale fornite allo Stato dal carattere trasversale della materia "tutela della concorrenza" e dal suo ruolo di garante ultimo del rispetto e dell'attuazione del diritto comunitario mette in luce la difficoltà di assolvere alla funzione di tutela della concorrenza senza dilatare a dismisura i canali di intervento statali ed entrare, così, in conflitto con la competenza regionale, soprattutto a carattere esclusivo-residuale. Si pensi, a titolo esemplificativo, a quanto è accaduto con la disciplina statale sui servizi pubblici locali contenuta nell'art. 35 della l. 448/2001: lo Stato, mal adoperando la competenza esclusiva a tutela della concorrenza, ha finito per regolamentare aspetti dei servizi locali non direttamente funzionali ed essenziali a tale obiettivo<sup>(81)</sup>, esorbitando dai propri compiti ed invadendo le attribuzioni costituzionali delle Regioni, competenti a legiferare sugli aspetti di regolazione e di gestione dei servizi<sup>(82)</sup>.

È facile previsione che se simili interventi del legislatore statale non saranno debitamente limitati e se non prevarrà una interpretazione restrittiva e prettamente "finalistica" della trasver-

---

(81) Si pensi ad esempio alle previsioni del nuovo art. 113-*bis* del d.lgs. 267/2000 ed alla minuziosa e tassativa definizione delle forme di organizzazione dei servizi non industriali, alla definizione del contenuto del contratto di servizio, alla fissazione dei principi per l'aggiudicazione delle gare e così via.

(82) Più dettagliatamente, sulla compatibilità costituzionale dell'art. 35 con il nuovo riparto di competenze legislative, v. A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 1109 ss.; M. CAMMELLI, *Il nuovo Titolo V della Costituzione e la finanziaria 2002: note*, disponibile sulla Rivista online *Aedon*, 2002, n. 1; A. CARSELLI, *Primi dubbi e perplessità sulla compatibilità costituzionale dell'art. 35 L. 448/01*, disponibile al sito web [www.giust.it/articoli](http://www.giust.it/articoli); M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, n. 2, pp. 222-3. Risulta, peraltro, che il 27 giugno 2002 la Commissione europea ha inviato al Governo italiano una lettera di costituzione in mora relativa alla non compatibilità di alcune disposizioni dell'art. 35 con le direttive sugli appalti di servizi (92/50/CEE) e sui settori esclusi (93/38/CEE): in discussione vi sono, in particolare, i primi 5 commi dell'articolo ed il quindicesimo.

salità della materia “tutela della concorrenza”, si altererà irrimediabilmente il disegno del legislatore della revisione costituzionale che si gioca prevalentemente proprio sulla tenuta del criterio della separazione delle competenze <sup>(83)</sup>.

Abbandonando il piano delle fonti a vantaggio di una lettura più ampia degli istituti adoperabili a garanzia della tutela del libero gioco concorrenziale nel mercato nazionale, pare, da ultimo, opportuno evidenziare il significato che può assumere in questa prospettiva l’art. 120 Cost.

Al comma 1, infatti, il medesimo sancisce il divieto per le Regioni di istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni e di adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose: è di tutta evidenza la connessione tra il principio della libera circolazione delle persone e delle cose e la costruzione di un mercato nazionale unitario e autenticamente competitivo. Del resto, sulla stretta connessione tra l’art. 120, c. 1, e l’art. 41 Cost. nella costruzione di una nozione di mercato unitario e concorrenziale ha, di recente, posto l’accento anche la giurisprudenza costituzionale <sup>(84)</sup>.

Al comma 2, come noto, si prevede, invece, il potere del Governo di sostituirsi a organi delle Regioni in una serie di casi tassativamente indicati, tra i quali figura la “tutela dell’unità economica”: tale formula, sconosciuta nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale italiano e mutuata dall’ordinamento tedesco (art. 72.2 della Legge fondamentale tedesca), sembrerebbe idonea, per il suo contenuto indeterminato e non rigidamente predefinito, a coprire, sul versante dell’esecuzione amministrativa

---

(83) Analoghi timori sono stati espressi da B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V – Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, cit., p. 73, il quale include la tutela della concorrenza tra le competenze statali che, se mal adoperate, potranno costituire un forte elemento di recupero della potestà legislativa statale; A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 1119, nota 49, che ritiene indispensabile, nell’esercizio della potestà legislativa trasversale in materie riservate alle Regioni, una regola di *self restraint* a carico del legislatore statale.

(84) V., in particolare, sentt. nn. 362/98, 54/2001, 339/2001, 505/2002.

(<sup>85</sup>), la competenza legislativa statale di cui alla lett. e). Circolarmente, quindi, la funzione di tutela della concorrenza può essere svolta *ex ante* dal Parlamento nazionale (o dal Governo nell'esercizio della sua potestà normativa primaria e secondaria), dettando un assetto di regole vincolanti le Regioni nell'esercizio della loro attività legislativa, in qualsiasi materia, oppure *ex post* dal Governo attraverso l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120, c. 2, nel caso in cui lo richieda la tutela dell'unitarietà economica del mercato nazionale.

Conclusivamente, fugati i rischi di una legislazione regionale anticoncorrenziale e individuati, comunque, gli strumenti di garanzia apprestati dall'ordinamento per controllare e sanzionare le distorsioni della concorrenza eventualmente provocate nell'esercizio della competenza legislativa regionale, pare di poter dire che la possibilità di un funzionamento virtuoso del sistema delineato dalla novella dipenderà, in buona misura, dalla capacità da parte dello Stato di evitare indebiti "travalicamenti" e da parte delle Regioni di impedire che il valore della differenziazione si traduca in una eccessiva e pregiudizievole difformità delle discipline di settore (<sup>86</sup>).

---

(85) Sulla inopportunità di accedere ad un'interpretazione estensiva del potere sostitutivo di cui all'art. 120, c. 2, inclusiva anche di forme di sostituzione legislativa, v. R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, cit., pp. 1241-2. Per un caso recente, invece, in cui lo Stato ha tentato una sostituzione nel potere legislativo della Regione Sardegna, che non aveva adeguato il suo ordinamento alla riforma del commercio, v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, R. BIN, *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, in *Le Regioni*, 2001, n. 4, p. 627.

(86) Del resto, anche la Corte costituzionale nella pronuncia 422/2002 (in *G.U.* 42 del 23 ottobre 2002, I Serie speciale) pare aver posto l'attenzione sulla valenza politico-costituzionale dell'esercizio delle competenze legislative nella fase di attuazione della riforma. Sull'argomento si rinvia a A. CARDONE in A. BORZÌ, A. CARDONE, *L'esercizio della potestà legislativa regionale nell'attuazione della riforma del Titolo V tra continuità e discontinuità normativa*, in *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, Giappichelli, 2003, par. 2, in corso di pubblicazione.