

**LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA E LIBERA CONCORRENZA. ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE \*\***

*1. Iniziativa economica privata e Costituzione “vivente”. – 2. Dalla libertà di iniziativa economica privata alla libera concorrenza. – 3. L’impatto dell’ordinamento europeo sulla tutela della libera concorrenza. – 4. La libera concorrenza a seguito della riforma dell’art. 117 della Costituzione. – 5. La libera concorrenza come “chiave universale”*

**1. Iniziativa economica privata e Costituzione “vivente”**

Nel 1978 veniva dato alle stampe un lavoro monografico di Paolo Cavaleri in cui si perseguiva l’obiettivo di «individuare la reale portata dell’art. 41 Cost. al di là della sua vaga ed elastica formulazione letterale»<sup>1</sup>. Le ragioni della necessità di un’analisi organica dell’argomento e dell’esigenza che questa indagine venisse svolta guardando non solo all’ampio dibattito dottrinale, ma anche all’attuazione normativa e giurisprudenziale che, a vari livelli, ha contribuito a dare un significato all’articolo costituzionale nasceva, secondo l’Autore, proprio da quella «vaga ed elastica formulazione letterale» che ne fa dipendere «largamente» l’identificazione del contenuto dall’attività di interpretazione<sup>2</sup>.

D’altro canto è noto come la “trama larga” della disposizione discenda dalla genesi dell’articolo, profondamente segnata dall’acceso dibattito circa la conformazione politica e giuridica del problema economico<sup>3</sup>, guardando alla questione taluni secondo una prospettiva

---

\* Ricercatrice di Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi di Camerino.

\*\* Il contributo è destinato agli *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*.

<sup>1</sup> Così P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione «vivente». Contributo allo studio della giurisprudenza sull’art. 41 Cost.*, Padova, 1978, 1.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, 1 s.

<sup>3</sup> Per una disamina dei lavori preparatori si veda G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica. Atti del Convegno (Ferrara, 11-12 ottobre 1991)*, Padova, 1997, 7 ss.; G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, 45 ss.; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*,

maggiormente liberista (in ragione della quale il sistema economico viene inteso come un sistema separato da quello politico e regolato dalle leggi del mercato, ritenute autonome dalle leggi dello Stato), talaltri secondo una, variamente graduata, prospettiva interventista (secondo cui lo Stato può limitare l'esercizio delle libertà private, anche di natura economica, per perseguire fini di perequazione e di utilità sociale o in ottica di pianificazione e programmazione dell'attività produttiva di beni e servizi)<sup>4</sup>. Il difficile componimento fra queste "due anime" ha segnato indelebilmente tutte le disposizioni della cd. "costituzione economica", dando vita ad un sistema piuttosto irrisolto, che si è prestato nel corso degli anni a divergenti interpretazioni e che ha aperto a differenti virtualità evolutive, in relazione al mutamento del contesto economico, sociale e politico di riferimento.

In questo quadro, un posto particolare è occupato dall'art. 41 Cost., ritenuto in dottrina una «norma che rispecchia, forse più di ogni altra, i termini della dialettica politica entro cui si svolge la realtà economica degli ordinamenti occidentali contemporanei», «*indeterminata* nel suo nucleo politico centrale, *anfibologica*, suscettibile cioè di essere sviluppata in due direzioni opposte e *sottoposta*, in fatto, a *particolare tensione* da parte delle forze politiche operanti nell'ordinamento che mirano ad attribuirle un significato corrispondente ai fini da esse perseguiti»<sup>5</sup>.

Dinnanzi a questa diffusa impostazione, stimolante è l'approccio di Cavalieri: «anche a voler individuare nell'art. 41 un terreno su cui possono aver presa indifferentemente opzioni politiche opposte, non mi pare che lo studioso del diritto debba limitarsi ad un'inoperosa attesa della conclusione del confronto tra le forze politiche contrapposte, ma abbia almeno il compito di registrarne le fasi e di dare senso alle diverse mosse smascherandone il segno, solitamente dissimulato grazie a strumenti che proprio la scienza giuridica ha creato e reso sempre più raffinati»<sup>6</sup>. È proprio questa l'impostazione che merita a nostro parere di essere ricordata e messa in pratica nell'analisi di una cruciale disposizione della nostra Costituzione, alla luce dei rilevantissimi mutamenti intercorsi e della ricchissima giurisprudenza ad essa riferita. Lo spazio limitato di questo scritto non consentirà, certo, di ripercorrere quel metodo con riferimento a tutti i numerosi aspetti controversi della disposizione in parola<sup>7</sup>. Lo scopo che ci si prefigge è ben più limitato, volendosi qui affrontare la sola problematica relativa

---

in *Dig.Disc.Pubbl.*, V, Torino, 373 ss.; R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994, 99 ss.; L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla 'costituzione economica'*, in *Dir.Pub.*, 2000, 917 ss.

<sup>4</sup> Per un quadro dei modelli economici e dei loro riflessi sul sistema costituzionale, v. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. Le prospettive della Costituzione repubblicana*, in *Rivistaaic*, 2011.

<sup>5</sup> In questi termini E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass.Dir.Pubbl.*, 1960, I, 302 ss., ma v. pure, fra gli altri, A. PREDIERI, *Planificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 220 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, 175 ss.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc.Giur.*, XVII, Roma, 1989. *Contra*, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992, 459 s.

<sup>6</sup> P. CAVALERI, *Op. cit.*, 15.

<sup>7</sup> Per i quali si vedano almeno, oltre al menzionato lavoro di P. CAVALERI, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 46 ss.; A. PACE, *La problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, cit., 457 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc.Dir.*, Milano, 1971; F. GALGANO, *Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, 1 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, cit.

all'inclusione del concetto di libera concorrenza nell'ambito applicativo della libertà di iniziativa economica privata (ed alle conseguenze di tale inclusione). Si crede, infatti, che l'analisi di questo particolare profilo sia in certo senso prodromica alla comprensione degli altri, specie alla luce delle evoluzioni interpretative ed attuative dell'articolo 41 Cost., poiché in grado di incidere su tutti quei nodi problematici sui quali la dottrina da tempo si confronta nell'interpretarlo.

Più precisamente, nel tentativo di raccogliere l'insegnamento di Cavaleri e di non farci meri spettatori del cambiamento, ma lettori attenti a "smascherarne il segno", si cercherà di individuare la radice di questa opzione inclusiva al fine di svolgere alcune precisazioni, necessarie per comprenderne ed orientarne la portata e valutarne le conseguenze sui delicati equilibri costituzionali di cui si accennava in apertura.

## 2. Dalla libertà di iniziativa economica privata alla libera concorrenza

Può riscontrarsi frequentemente nella giurisprudenza costituzionale l'affermazione che la libertà di concorrenza costituisce un presupposto della libertà di iniziativa economica privata<sup>8</sup> e della garanzia di un'eguale libertà economica degli imprenditori<sup>9</sup>, in accordo con quella dottrina che da tempo ritiene la libertà di concorrenza un valore implicito nell'art. 41 Cost.<sup>10</sup>. L'idea retrostante è quella per cui, affinché l'iniziativa privata sia effettivamente libera, occorre che venga lasciato lo spazio per il relativo esercizio da parte di ciascuno; spazio che sarebbe invece integralmente occupato in caso di presenza di monopoli sul mercato di un determinato bene o servizio, o notevolmente ridotto e alterato in caso di oligopoli, concentrazioni di imprese o in presenza di soggetti talmente forti da essere in grado di porre le condizioni per l'esistenza degli altri nel loro settore<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr., fra le altre, Corte cost., sentt. nn. 223 del 1982; 241 del 1990; 362 del 1998; 207 del 2001; 440 del 2006; 64 del 2007; 270 del 2010; 200 del 2012.

<sup>9</sup> Così, Corte cost., sentt. nn. 443 del 1997 e 64 del 2007.

<sup>10</sup> In questi termini, v. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., 602; F. GALGANO, *Art. 41*, cit., 11. Parzialmente differente appare la posizione sostenuta da C. PINELLI, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1433 s., per cui «la Costituente non riuscì ad introdurre il principio di libera concorrenza. Lo propose indirettamente, attraverso il divieto di istituire monopoli con legge e la sottoposizione a pubblico controllo di quelli esistenti».

<sup>11</sup> Nell'affermare ciò, tale dottrina non distingue – come taluni avevano invece proposto – fra la libertà di scelta dei fini economici e lo svolgimento successivo dell'attività economica, ritenendo che entrambi questi momenti costituiscano elementi della libertà di iniziativa economica privata e che dunque siano soggetti ai medesimi limiti. Per un'analisi delle varie posizioni dottrinali sul punto, v. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Milano, 1954, 184; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., 595; P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata*, cit., 67 s.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 15 s.; A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 461 ss. È la tesi dell'indistinguibilità dei due momenti ad aver trovato il sostegno della Corte costituzionale, in ragione della considerazione che l'attività imprenditoriale (che costituisce il fulcro delle attività contemplate dall'art. 41) non si risolve in un unico atto d'iniziativa, ma in una serie di iniziative connesse, nell'ottica dello svolgimento di un progetto produttivo o della preservazione dell'attività stessa nel mercato. Cfr. Corte cost., sentt. nn. 29 e 50 del 1957; 47 del 1958; 32 e 35 del 1959; 35 del 1960; 7 e 54 del 1962; 30 del 1965; 97 del 1969; 78 del 1970; 155 del 1990.

Altra autorevole dottrina ha invece risolutamente negato che la garanzia costituzionale dell'iniziativa privata lasci dedurre, «quasi vi siano implicitamente e logicamente racchiusi», il principio di concorrenza e l'economia di mercato<sup>12</sup>, supportata in ciò dall'analisi dei lavori preparatori, ove non solo non emerge l'intento di dar loro una copertura costituzionale, ma anzi può riscontrarsi un atteggiamento spesso cauto, se non talvolta diffidente verso l'economia di mercato<sup>13</sup>. Secondo tale prospettiva, la circostanza che la Costituzione non parli mai di concorrenza deve essere intesa, all'opposto, come una volontà di lasciare la relativa disciplina al codice civile, «nella ovvia presunzione che essa corrisponda ad interessi privati, non pubblici»<sup>14</sup>.

Non così intendono quegli Autori che hanno invece letto nell'art. 41 Cost. una sorta di accettazione e di implicita "costituzionalizzazione" della pregressa disciplina codicistica, ritenendo che la Costituente avesse in larga parte presupposto i concetti normativi essenziali propri di quest'ultima e che, alla luce di ciò, «è non solo doverosa una rilettura del codice in chiave costituzionale, ma è anche inevitabile, *in parte qua*, una lettura della Costituzione in chiave codicistica»<sup>15</sup>. Tale impostazione – che rischia di oltrepassare i confini della *duplex interpretatio*<sup>16</sup> per andare verso un ribaltamento dei rapporti fra Costituzione e fonte ordinaria – era in grado per la verità di dire poco sul nostro problema, dal momento che la stessa disciplina codicistica si presta a divergenti interpretazioni e che, lungi dall'evincervi una lettura di tipo concorrenziale dell'iniziativa economica privata, essa si è prestata all'opposto a letture di tipo "statico" e "corporativo", rivolte piuttosto al mantenimento dello *status quo* e dell'assetto del mercato esistente<sup>17</sup>.

Ciò nonostante, tale posizione merita di essere ricordata perché quel metodo di "inversione" della relazione fra Costituzione e normativa ordinaria nell'interpretazione ed applicazione dell'articolo 41 Cost. è stato, più efficacemente, riprodotto con riferimento alla legge n. 287 del 1990, istitutiva dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato (d'ora innanzi, AGCM), che, autoqualificandosi come legge «in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica», ha aperto un varco rilevantissimo all'ingresso della libera concorrenza e del mercato nell'ambito applicativo della disposizione costituzionale<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> In questi termini, N. IRTI, *Iniziativa economica e concorrenza*, in G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, 24.

<sup>13</sup> Cfr., oltre agli Autori riportati *supra*, in nota 3, G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, cit., 48 ss.; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; F. VARI, *L'affermazione del principio d'eguaglianza nei rapporti fra privati; profili costituzionali*, Torino, 2013.

<sup>14</sup> Così, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 12 (il quale poi, però, come si vedrà più avanti, ammette un'apertura costituzionale al concetto di mercato, che troverà esplicitazione nell'interazione con l'ordinamento europeo); N. IRTI, *Iniziativa economica*, cit., 25 s.

<sup>15</sup> In questi termini, G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 41.

<sup>16</sup> Su cui v. F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 213 e 222 ss.

<sup>17</sup> Cfr. G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc.Dir.*, Milano, 1976, 818 s.

<sup>18</sup> In tal senso v. R. ALESSI, *Concorrenza*, I) *Libertà di concorrenza*, in *Enc.Giur.*, Roma, 1994, 1. Per gli ulteriori, necessari, approfondimenti sul punto, v. *infra*, par. 3.

Per poter comprendere appieno questo passaggio occorre a nostro parere esplicitare una distinzione, elaborata prevalentemente dalla dottrina commercialistica, fra i concetti di concorrenza in senso soggettivo e concorrenza in senso oggettivo: l'uno è il «regime nel quale è assicurata a ciascun soggetto la libertà di iniziativa economica»; l'altro, il regime «in cui, essendo assicurata la presenza sul mercato di una pluralità di operatori economici, le condizioni di mercato non sono suscettibili di essere influenzate da uno qualsiasi di essi»<sup>19</sup>. Detto in altri termini, la distinzione è fra un piano «(inter)soggettivo, in cui i profili di libertà e di restrizione della concorrenza sono valutati e regolati primariamente (direttamente) in funzione di interessi privati» (in ottica microeconomica) ed un piano «definibile come oggettivo, in cui i profili di "libertà" ovvero di "restrizione" della concorrenza sono valutati e regolati direttamente e primariamente in vista della difesa di una certa struttura e/o di una certa funzionalità *del mercato*» (in ottica macroeconomica)<sup>20</sup>.

La rilevanza di questa distinzione emerge chiaramente se si prova a guardare al dissidio fra sostenitori ed oppositori dell'inclusione della libera concorrenza nell'ambito della libertà di iniziativa economica privata da una prospettiva diversa da quella sin qui considerata: escludendo che la libertà di concorrenza trovi copertura nell'art. 41 Cost., si è sostenuto in dottrina che «la libertà (...) è una *figura verticale*; la concorrenza, una *figura orizzontale*. L'una indica sfere di azione protette *contro* lo stato; l'altra indica rapporti *tra* imprenditori, cioè tra soggetti che esercitano, o hanno esercitato, la libertà d'iniziativa economica. Né varrebbe replicare che eguali libertà d'iniziativa economica fanno la concorrenza, poiché *l'eguaglianza esprime un'identica protezione verso lo stato*, ma nulla dice circa i rapporti tra coloro che esercitano la libertà»<sup>21</sup>. Dall'altro versante si è sostenuto, invece, che la libertà non può essere intesa solo come libertà *da* (nella specie, *da* interventi statali che dirigano e controllino l'attività individuale), ma anche e soprattutto come libertà *di*<sup>22</sup> (nella specie, *di* esercitare *effettivamente* l'iniziativa economica privata). Ciò, nell'ottica di questi Autori, impone allo Stato di assicurare e porre in essere le condizioni per l'effettivo esercizio di quell'attività in regime di eguale libertà.

Ebbene, fin qui, a parere di chi scrive, la dottrina sostiene la necessità di includere nell'alveo dell'art. 41 Cost. il concetto di concorrenza intesa in senso *soggettivo*, non implicando necessariamente questa lettura un'opzione di tipo oggettivo, ossia una scelta o preferenza costituzionale verso un preciso modello di mercato, o circa il grado di astensione o di intervento statale che meglio possano assicurare le condizioni per un libero esercizio dell'attività di iniziativa economica privata da parte di ciascun operatore economico. In altre parole, ove pure si voglia accedere alla tesi per cui la libertà di iniziativa implichi la predisposizione di condizioni per l'esercizio della concorrenza in senso soggettivo, la questione relativa a quali siano queste condizioni e quale tipo di intervento (o di astensione dall'intervento)

---

<sup>19</sup> Così, G. FERRI, *Concorrenza*, in *Enc.Dir.*, Milano, 1961, 532.

<sup>20</sup> Così, G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, cit., 788 s.

<sup>21</sup> Così, N. IRTI, *Iniziativa economica*, cit., 25.

<sup>22</sup> Sulla scorta di una riflessione teorica sulla quale non ci si può qui soffermare e per la quale si v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. (Parte generale)*, Padova, 1985, 28 ss.

richiedano allo Stato è questione *ulteriore e differente*<sup>23</sup> (sulla quale, come è noto, le posizioni sono decisamente varie ed il dibattito è tutt'altro che sopito, sia sul piano politico che su quello economico)<sup>24</sup>. Come è stato chiaramente ed autorevolmente precisato, «il “valore” sotteso alla disciplina costituzionale delle attività economiche non è, infatti, la “libertà di mercato” (idonea, di per sé, ad incidere su altri interessi primari, la salute, la sicurezza ecc.); il valore “presupposto” dalla nostra Costituzione è, piuttosto, la libertà di iniziativa economica privata nella configurazione positiva che essa ha nel primo e nel secondo comma dell’art. 41; e da cui discende, in quei medesimi limiti, la libertà *del* mercato»<sup>25</sup>.

Invece, come si vedrà a breve, sia in dottrina che in giurisprudenza, questa inclusione della libera concorrenza viene sovente accompagnata dall’idea per cui le condizioni necessarie per assicurare la partecipazione di chiunque alla produzione economica consistano in un modello di “economia di mercato” (sul quale, come si vedrà a brevissimo, molto ha agito l’ingresso nel sistema europeo), finendo così per attribuire alla Costituente, passando per il tramite del concetto di concorrenza soggettiva, un’opzione sulla struttura oggettiva del mercato<sup>26</sup>.

Ciò incide fortemente sugli equilibri tracciati dall’art. 41 Cost., specie ove – come doveroso – lo si legga in chiave sistematica, in combinazione con le numerose altre indicazioni

---

<sup>23</sup> V. il convincente inquadramento di R. NIRO, *Profili costituzionali*, cit., 108 ss.

<sup>24</sup> Ben rispecchiano questa articolazione i vari approcci rinvenibili nello studio dei primi sostenitori dell’inclusione della libera concorrenza nell’art. 41 Cost. Si v., ad es., T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 35 ss., secondo cui «la libertà d’iniziativa non serve soltanto a circoscrivere il potere dello Stato, ma a costruire una *nuova disciplina dei rapporti tra privati*: la libertà d’iniziativa solleva il problema della concorrenza; e questa, a sua volta, suscita il problema di tutela dei consumatori. Ecco dischiudersi il *diritto del mercato*, il quale non è una semplice sfera di azioni libere, ma un *insieme di rapporti giuridici* (rapporti vicendevoli tra imprenditori e consumatori)». Per parte sua, G. GALGANO, *Art. 41*, cit., 11 s., sottolinea le insidie del mercato lasciato alla “mano invisibile”, pur ammettendo l’inclusione della libera concorrenza, in senso soggettivo, nell’area di tutela dell’art. 41: «La realtà del sistema economico ha (...) contraddetto i teoremi dell’economica classica: le naturali ispirazioni di ogni imprenditore sono orientate verso la conquista di posizioni di monopolio, che lo liberano da tutti i rischi e da tutte le insidie della concorrenza e gli assicurano, per la possibilità di essere arbitro dei prezzi, maggiori profitti. (...) Nell’economia contemporanea queste naturali aspirazioni hanno finito con il prevalere: le imprese industriali di produzione in massa sono diventate sempre più grandi e, al tempo stesso, sempre meno numerose. Il meccanismo è noto: le imprese che potevano investire, nella produzione di massa, capitali maggiori riuscivano a produrre a costi inferiori e, quindi, a vendere a prezzi più bassi; esse hanno potuto, in tal modo, escludere dal mercato, o relegare in posizioni marginali, le unità produttive minori, conquistando così posizioni di monopolio o di quasi-monopolio o di oligopolio e determinando poi gli effetti che sono tipici del regime monopolistico: limitazione della produzione, alto livello dei prezzi, sotto-occupazione delle risorse naturali ed umane». G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, cit., 793, nota altresì che «l’affermazione del principio concorrenziale non è accompagnata da alcuna previsione, sia pur genericamente formulata, di interventi a difesa, appunto, di condizioni concorrenziali. Un silenzio che certo colpisce, specie se confrontato con le esplicite garanzie che l’art. 43 offre ai privati nei loro rapporti con lo Stato (...) nonché con la esplicita previsione di interventi volti ad assicurare il rispetto e la realizzazione di fini sociali da parte dell’iniziativa economica», mentre la programmazione economica (modello opposto a quello del mercato libero-concorrenziale) non solo non è vietata, ma anzi è prevista dalla Costituzione (*op. cit.*, 799).

<sup>25</sup> Così, A. PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, cit., 1997, 176 s. Ma v. già ID., *Iniziativa privata e governo pubblico dell’economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur.Cost.*, 1979, I, 1217 ss.

<sup>26</sup> Sulla complessità e sui diversi concetti di mercato, v. M.R. FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, 300 ss.; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 15 ss.; N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2008, 10 ss.

rinvenibili nel testo costituzionale<sup>27</sup>, le quali impongono di inquadrare la disposizione nell'ambito di una Repubblica "fondata sul lavoro" e organizzata nella forma dello Stato sociale<sup>28</sup>.

Andando infatti oltre la proclamazione della libertà e la delimitazione dell'area della sua ampiezza, il fulcro degli equilibri costituzionali fra le istanze maggiormente liberiste e quelle maggiormente interventiste si snoda – come si sa – intorno ai limiti all'esercizio della libertà di iniziativa ed alle ragioni, ai fini che possano giustificare l'imposizione di siffatti limiti e vincoli. Della delicata composizione di queste opposte tensioni si occupano i commi 2 e 3 dell'articolo 41 Cost.; commi che, per molti versi autonomi, hanno però un punto in comune: quello della individuazione del confine dell'esercizio della libertà entro un sistema ove il "sociale" non può esser sacrificato al "privato", in linea con – e in attuazione del – programma di eliminazione degli ostacoli che si frappongono all'esercizio dei diritti e al godimento di un'eguale dignità sociale per ciascun individuo (di cui all'art. 3, comma 2, Cost.)<sup>29</sup>.

### 3. L'impatto dell'ordinamento europeo sulla tutela della libera concorrenza

Come si diceva, sul problema affrontato in questo scritto ha esercitato un ruolo fondamentale il diritto dell'Unione europea che, presupponendo un differente ordine di priorità rispetto alla "scala di valori" costituzionali, ha molto influenzato la legislazione e l'operato dei giudici interni, specie in materia di concorrenza (e, di riflesso, in tutta l'area della disciplina dell'iniziativa economica privata)<sup>30</sup>. Non è neppure il caso di ricordare, poiché noto a tutti, che il principale fine dell'Unione economica risiedeva sin dall'origine nell'abbattimento delle cause ostative all'esercizio di una libera concorrenza all'interno e tra gli Stati membri e che la strategia europea si è fondata sui principi cardine della libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali. Per raggiungere questi obiettivi, l'ordinamento europeo ha posto numerosi limiti, obblighi e divieti in capo agli Stati membri, in particolare rendendo questi ultimi responsabili della creazione delle condizioni necessarie perché la concorrenza possa effettivamente e pienamente svolgersi in condizioni di libertà<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Sul ricorso all'interpretazione sistematica come «vincolo di carattere metodologico» nell'esame delle disposizioni costituzionali che regolano i rapporti economici, v. F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, in *RivistaAic*, 4/2012, 30.10.2012, 1. Per la necessità di una lettura unitaria dell'art. 41 Cost. v. P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata*, cit. 79 ss.

<sup>28</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit.

<sup>29</sup> Cfr., *inter alios*, F. GALGANO, *Art. 41*, cit., 3; M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., 42 ss.; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 375; R. NIRO, *Profili costituzionali*, cit., 22; R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in V. ATRIPALDI (a cura di), *Governi ed economia*, Padova, 1998, 505 ss.; G. AZZARITI, *L'ordine giuridico del mercato*, in ID., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, 2000, 147; G.U. RESCIGNO, *Costituzione economica*, in *Enc.Giur.*, Roma, 2001.

<sup>30</sup> Tanto da far parlare molti Autori di "nuova costituzione economica". Cfr. L. TORCHIA, *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 117 ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1997, 7 ss.; G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, cit.

<sup>31</sup> Inequivocabili sono, attualmente, gli artt. 101, 102, 107, 120 TFUE, attuativi dei principi rinvenibili nell'art. 3, par. 3, TUE: «l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato for-

Ciò che l'Unione europea richiede agli Stati membri, insomma, è un intervento differente rispetto alle classiche forme di ingerenza pubblica nell'economia di mercato: anziché concepire l'intervento statale in funzione di contrappeso, *a posteriori* rispetto ai processi economici che pongano in essere condizioni di diseguaglianza, essa richiede un intervento *a priori*, nella predisposizione e nella garanzia della persistenza delle condizioni necessarie affinché sia garantita la concorrenza tra i soggetti nello spazio economico comune. Il modello, dunque, è dichiaratamente ordoliberal e richiede agli Stati di intervenire sulle variabili condizionanti un regime puro della concorrenza; «il compito dello Stato, in altre parole, è di neutralità rispetto al mercato, ma di intervento rispetto alla società, per indirizzarla verso il mercato»<sup>32</sup>.

Ciò che risulta dalle principali norme europee in materia economica, di conseguenza, è una prevalenza del principio della libertà di concorrenza sugli altri interessi, diritti e valori<sup>33</sup>, nell'idea che la concorrenza sia in grado di perseguire anche quei fini di utilità sociale che nell'art. 41 Cost. si frapponessero, come limiti, all'esercizio della libera iniziativa economica privata<sup>34</sup>.

Ma vi è di più. Come acutamente osservato in dottrina, l'unificazione del mercato comunitario si attua mentre perdura la differenza tra i sistemi giuridici dei Paesi membri, pur richiedendo a tal fine un progressivo ravvicinamento fra sistemi normativi, sia sul piano legislativo che su quello giurisprudenziale. Ciò, in regime di libero spostamento di capitali, merci, persone e servizi, ha aperto – come si sa – alla possibilità di differenziazioni fra sistemi volte ad incentivare l'avvio o il trasferimento delle attività economiche presso l'uno o l'altro degli Stati membri, dando vita ai fenomeni di cd. “*forum shopping*” (di scelta, cioè, del diritto da parte degli operatori economici) che generano una «concorrenza tra gli Stati che è, di fatto, una *concorrenza tra sistemi*»<sup>35</sup>.

---

*temente competitiva*, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» (corsivi aggiunti). Sul punto, v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., 40 s., il quale ricorda che «di una disciplina comunitaria della concorrenza non vi sarebbe stato bisogno, in senso stretto, non essendo indispensabili norme di divieto dei limiti posti dai privati alla concorrenza, ai fini della costituzione di un mercato unico. Tuttavia, la Comunità europea è ispirata al principio liberistico, per cui le “regole della concorrenza” costituiscono una parte essenziale del mercato».

<sup>32</sup> In questi termini, L. PATRUNO, *Il modello istituzionale europeo e l'idea di Costituzione*, Torino, 2006, 114 ss. e 250.

<sup>33</sup> Così, M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol.Dir.*, 1992, 579. Si tratta, peraltro, di una prevalenza che risulta anche dalle decisioni in cui la Corte di giustizia ha ammesso la propria competenza a tutelare i diritti fondamentali, assumendo contestualmente la possibilità di una loro compressione in funzione dei fini economici. Si vedano, ad es., CGE, sentt. 14.5.1974, *Nold*; 26.6.1980, *National Panasonic*; 13.7.1989, *Wachauf*; Id., 18.6.1991, *Ert*; Id., 2.10.2008, *Heinrich Bauer Verlag*; Id., 30.9.2010, *Roca Alvarez c. Sesa Start España*. A commento di tale giurisprudenza, v. P. CAPITANI DI VIMERCATE, *Iniziativa economica e diritto della concorrenza*, in E. NAVARRETTA, A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pisa, 2004, 379 ss.

<sup>34</sup> Su questo problematico “slittamento” della concorrenza dal contenuto della libertà al contenuto del limite alla medesima, si dovrà ritornare oltre. V. *infra*, par. 5.

<sup>35</sup> In questi termini, G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia*, cit., 48 ss. Sul punto, diffusamente, A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004; A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008; F. VIOLA, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli, 2008.



Se così è, allora l'ingresso nel sistema economico comune europeo, di rilievo costituzionale secondo l'oramai notissima e consolidata giurisprudenza riferita ai rapporti fra i rispettivi ordinamenti<sup>36</sup>, è di primissima rilevanza<sup>37</sup>.

Basti qualche esempio.

Si ricordava sopra<sup>38</sup> come il legislatore nazionale, nella disciplina di istituti in questo ambito fondamentali, abbia seguito pedissequamente il modello europeo ed improntato quasi per intero la propria opera normativa al fine di garantire il rispetto degli imperativi europei. Emblematica in tal senso è la disciplina *antitrust* italiana – i cui contenuti ricalcano in buona parte le norme fondamentali dell'Unione in materia – adottata al fine dichiarato di adempiere agli oneri comunitari<sup>39</sup>. L'art. 1, comma 1, della legge n. 287 del 1990 dispone che la disciplina *antitrust* nazionale debba applicarsi solamente ai rapporti interni privi di rilevanza per il diritto europeo, essendo i rapporti dotati di effetti transfrontalieri integralmente e direttamente soggetti a quella disciplina<sup>40</sup>. In secondo luogo – ed è questo un altro profilo di assoluta novità – il legislatore nazionale ha previsto un vero e proprio obbligo di interpretazione delle norme nazionali in materia di concorrenza (per la parte relativa alle intese, all'abuso di posizione dominante ed alle operazioni di concentrazione) in maniera conforme ai principi dell'Unione<sup>41</sup>. La dottrina non ha mancato di rilevare la straordinarietà della previsione sul piano dei rapporti tra fonti, parlando di «caso più unico che raro di disposizione nazionale che impone l'interpretazione conforme al diritto comunitario di un'intera materia»<sup>42</sup>.

Si tratta di previsioni che si collocano, è il caso di ricordare, nell'ambito di una legge che si propone, altrettanto esplicitamente, come attuativa dell'art. 41 Cost.<sup>43</sup>. E ciò ci pone dinnanzi «ad un caso davvero insolito: che una norma ordinaria, emanata “in attuazione” di una norma costituzionale (ossia, di una norma enunciante, per sua natura e sua propria de-

---

<sup>36</sup> Per la quale sia consentito rinviare a T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014, non essendovi qui lo spazio per poter affrontare la complessa tematica.

<sup>37</sup> Parlano di rischi di rottura costituzionale e di svuotamento delle conquiste dello Stato sociale, G. FERRARA, *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della globalizzazione*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, II, Padova, 1998, 286; M. LUCIANI, *La Costituzione*, cit., 589.

<sup>38</sup> Cfr. par. 2.

<sup>39</sup> Sulla «genesi comunitaria» della legge, si veda M. MEROLA, G. RIZZA BAJARDO, *Tutela della concorrenza nella legge n. 287 del 1990: rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Giur.It.*, 1991, IV, 521 ss. Sulla scelta legislativa di dare prevalenza ai valori del “mercato”, v. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 7 ss., che ritiene la legge sia «proprio e in primo luogo per questo, un importante punto di svolta: essa segna in modo formale un cambio della guardia che investe la stessa interpretazione della Costituzione e che dimostra, peraltro, come questa fosse un contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori».

<sup>40</sup> È stato così accolto il criterio della cd. «barriera unica» o di «esclusione reciproca», anziché quello della «doppia barriera» o del «concorso», in osservanza del principio affermato dalla Corte di giustizia europea sin dalla sentenza del 13.2.1969, *Walt Wilhelm*, poi costantemente ribadito e rinforzato, sia dalla successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, sia dalla normativa derivata, sino alla previsione di cui all'art. 3 del Regolamento n. 1 del 2003 per cui, in caso di sovrapposizione tra discipline nazionali ed europea, ove la prima abbia la capacità di produrre effetti transfrontalieri, i giudici nazionali sono tenuti ad applicare i trattati istitutivi.

<sup>41</sup> Cfr. art. 1, comma 4, L. 287/1990.

<sup>42</sup> Così C. ACOCELLA, *Interpretazione conforme al diritto comunitario ed efficienza economica*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Torino, 2009, 96.

<sup>43</sup> V. *supra*, par. 2.

stinazione, principi generali e criteri ermeneutici), prescriva di essere interpretata in base ai principi di un "altro" ordinamento»<sup>44</sup>.

Non occorrono ulteriori parole per spiegare le ragioni per cui tale normativa sia stata utilizzata quale grimaldello per le più ampie concessioni all'ingresso della disciplina europea in sede nazionale: sin dal 1990 l'AGCM ha affermato che l'ampia formulazione dell'art. 1, comma 4, della legge 287/1990 consente di ritenere che l'adeguamento debba operare nei confronti di ogni fonte del diritto dell'Unione europea, dai principi generali, alle fonti primarie e secondarie, sostenendo che quelle disposizioni devono essere valutate, così come sono state elaborate nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e precedentemente filtrate dall'esperienza applicativa della Commissione<sup>45</sup>.

In questo quadro, la giurisprudenza costituzionale è intervenuta a confermare la prevalente rilevanza del diritto europeo ai fini dell'interpretazione delle disposizioni italiane. Un esempio si può rivenire nella notissima sentenza n. 443 del 1997, in cui la Corte ha riletto gli articoli 3 e 41 della Costituzione alla luce del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia ed ha affrontato la questione se i vincoli di protezione di tradizioni alimentari possano essere legislativamente imposti dalle leggi nazionali anche al di là di quanto giustificabile alla stregua del diritto europeo; e la risposta è stata negativa<sup>46</sup>. Ma di ulteriori casi ci si occuperà a breve, una volta esaminati gli effetti di un'altra modifica all'assetto costituzionale della tutela della concorrenza di grande rilievo per il tema di cui si discorre.

---

<sup>44</sup> Così, N. IRTI, *Iniziativa economica*, cit., 28 s.

<sup>45</sup> Cfr. relazione annuale AGCM per il 1990, reperibile in [www.agcm.it](http://www.agcm.it). La risposta degli operatori giuridici nazionali a tale previsione è stata immediatamente conforme. Cfr., ad esempio, TAR Lazio, sez. I, sent. 2.11.1993, n. 412, in *Foro it.*, 1994, III, 146. Ulteriore dimostrazione perviene dal frequente uso di tale tecnica argomentativa – ricordato da C. ACOCELLA, *Op. cit.*, 120 ss. – per la definizione della nozione di "impresa" di cui all'art. 2 della legge, strettamente dipendente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia (cfr. CGE, 16.6.1987, *Commissione c. Italia*; Id., 26.3.1987, *Commissione c. Paesi Bassi*; Id., 12.7.1984, *Hydroterm Geraetebau*; Id., 23.4.1991, *Höfner e Elser*; Id., 11.12.1997, *Job Center*) da parte di TAR Lazio, Roma, sez. I, 28.1.2000, n. 466; Id., 3.9.2004, n. 8368. Per parte sua, la CGE ha richiesto all'AGCM di disapplicare direttamente le disposizioni nazionali che possano favorire comportamenti anticoncorrenziali delle imprese nazionali (cfr. CGE, sent. 9.9.2003, *Consorzio industrie fiammiferi*).

<sup>46</sup> Nella pronuncia in questione, l'impossibilità per lo Stato di limitare l'importazione di merci prodotte e messe in commercio secondo le leggi dello Stato membro di provenienza, ove non sussistano analoghe limitazioni alla fabbricazione e alla commercializzazione delle paste alimentari, si risolve in uno svantaggio competitivo e «in ultima analisi, in una vera e propria discriminazione in danno delle imprese nazionali», uniche vincolate all'osservanza di regole finalizzate alla salvaguardia delle tradizioni alimentari italiane. Anche il regime dei limiti viene ricercato nella giurisprudenza dell'Unione, osservando che le uniche deroghe consentite al principio di libera circolazione dei beni contemplate dal TUE, in materia di circolazione di prodotti alimentari, riguardano la tutela della salute umana e, nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, la tutela dei consumatori. Ma quest'ultima ha escluso che la disciplina introdotta dalla legge n. 580 del 1967 sia necessaria per rispondere ad esigenze imperative come la difesa dei consumatori o la lealtà dei negozi commerciali o la tutela della salute pubblica (cfr. sent. 14.7.1988, *Zoni*) e la Corte costituzionale fa riferimento a questa pronuncia per escludere l'applicabilità di tali deroghe alla libera circolazione delle paste prodotte in altro Stato membro. A commento della pronuncia, si veda C. PINELLI, *Adattamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1997, 3915 ss.; G. GUZZETTA, *Libertà di circolazione delle merci, principio di eguaglianza e asserita separazione tra ordinamenti comunitario ed interno*, *ibid.*, 3919 ss.

#### 4. La libera concorrenza a seguito della riforma dell'art. 117 della Costituzione

In questo quadro, già notevolmente scosso rispetto all'assetto costituzionale originario, occorre infine esaminare gli effetti della riforma dell'art. 117 Cost., ove è stata inserita per la prima volta un'esplicita menzione della «tutela della concorrenza», nell'ambito del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni, individuando in quest'ultima una materia di competenza esclusiva dello Stato. Come è stato efficacemente sottolineato in dottrina, tale introduzione è stata differentemente intesa a seconda che si partisse dal presupposto dell'esclusione della libera concorrenza dall'ambito dell'art. 41 Cost. – nel qual caso la novella è stata ritenuta una novità assoluta – o dalla opposta premessa dell'inclusione – nel qual caso si è trattato invece di ricercare «se e in quali termini la nuova clausola contribuisse alla effettiva garanzia degli assetti concorrenziali»<sup>47</sup>.

Ebbene, la giurisprudenza costituzionale, muovendo, come si è visto, dal presupposto dell'inclusione – un'inclusione rafforzata dall'ordinamento europeo – ha dato un'applicazione ampia a questa novella normativa, conducendo così verso ulteriori approdi la “costituzionalizzazione” della libera concorrenza.

Innanzitutto, è stato nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale in via principale che la Corte ha potuto sviluppare una compiuta ed autonoma (perché svincolata dalla libertà di iniziativa economica privata) visione della tutela costituzionale della concorrenza. E nelle numerose pronunce rese sul punto è progressivamente emersa un'accezione estesa, fortemente intrisa di principi europei.

Ciò può riscontrarsi nella sentenza n. 14 del 2004, ove vengono fatti rientrare nell'ambito della “nuova” materia «interventi regolativi, la disciplina *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza», in un'ottica non solo di tipo statico, ove quest'ultima è da intendersi «come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»<sup>48</sup>. Ma può riscontrarsi anche nella sentenza n. 401 del 2007, ove la Corte ha affermato che «la nozione comunitaria di

---

<sup>47</sup> Così, C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *RivistaAic*, 1/2014, 7.3.2013, 1. Quale che sia la premessa sulla quale si voglia innestare tale innovazione costituzionale, nulla cambia però, a nostro parere, circa quanto osservato da M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 54 s., ossia circa l'impossibilità che una tale novella sia in grado di intaccare i principi fondamentali della Costituzione (in particolare, nel caso di specie, quello dell'utilità sociale) poiché «come è sottratto al legislatore di revisione il potere di cancellare anche uno solo dei principi, dei diritti o dei doveri fondamentali originariamente previsti, così gli è sottratto il potere di introdurne di nuovi, per la semplicissima ragione che ogni addizione si risolve nel mutamento di posizione relativa – nel contesto del bilanciamento – dei principi e dei diritti preesistenti, con conseguente alterazione del loro nucleo di valore».

<sup>48</sup> In dottrina è stata criticata l'ampiezza della nozione (tanto estesa da farvi rientrare un istituto – quello degli aiuti di Stato – che normalmente viene in considerazione quale limite alla concorrenza libera): cfr, A. PACE, *Gli aiuti di Stato*, cit.; C. PINELLI, *La tutela della concorrenza*, cit. 5 s.; L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 4.3.2004; R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 990 ss.; F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004*, *ivi*, 1014 ss.

concorrenza, che viene in rilievo in questa sede e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., è definita come *concorrenza "per" il mercato*, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali» (corsivi aggiunti).

Inoltre, a partire dalla pronuncia n. 14/2004, viene esplicitato il carattere trasversale della materia della concorrenza, accompagnato però dalla "promessa" di uno scrutinio stretto di proporzionalità e adeguatezza dell'intervento statale sulle materie di potestà concorrente o residuale regionale<sup>49</sup>. Di qui, l'affermazione della necessità di un controllo duplice da parte della Corte: uno circa la congruenza e la riferibilità dell'intervento statale ai principi della concorrenza nel mercato e/o per il mercato; uno circa il rispetto della proporzionalità ed adeguatezza di quell'intervento.

Ebbene, mentre la dichiarata trasversalità della materia ha consentito allo Stato un intervento normativo, anche di dettaglio, in qualsivoglia ambito, indipendentemente dal riparto di competenze fra Stato e Regioni (purché la normativa sia ritenuta in grado di incidere, direttamente o indirettamente, sulla materia della tutela della concorrenza)<sup>50</sup>, sul promesso controllo di proporzionalità ed adeguatezza di tale intervento la Corte ha progressivamente allentato le maglie<sup>51</sup>, collocando così la "nuova" materia in una posizione «speciale» anche rispetto alle altre materie trasversali individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>52</sup>.

Ciò ha prodotto almeno tre effetti.

Innanzitutto, una pervasività dell'intervento statale giustificata dalla potenziale lettura di ogni settore disciplinare in maniera funzionale alla concorrenza (ove quest'ultima viene peraltro intesa, come si è visto, nei termini indicati dall'ordinamento europeo); in secondo luogo, una conseguente inversione del rapporto fra mezzi e fini, poiché se la concorrenza era inizialmente invocata per svolgere la funzione di *mezzo* per il raggiungimento di determinati fini (la libertà di iniziativa economica o l'utilità sociale<sup>53</sup>), essa diviene ora il *fine* cui piegare le più varie normative<sup>54</sup>; infine, una capacità pervasiva della giurisprudenza elaborata

---

<sup>49</sup> Cfr. A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, in *Giur.Cost.*, 2004, 259 ss.; G.P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, *ibid.*, 265 ss.; C. BUZZACHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, *ibid.*, 277 ss.; L.F. PACE, *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la «costituzionalizzazione» della figura dell'«imprenditore sovvenzionato»*, *ibid.*, 4677 ss.

<sup>50</sup> Emblematiche in tal senso, oltre alla già richiamata sent. n. 401 del 2007 (per cui v. i commenti di R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Forumcostituzionale*; L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le «anime» della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza?»*, in *Giur.Cost.*, 2007, 4559 ss.; C. LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*, *ibid.*, 4569 ss.) sono le sentt. nn. 430, 431, 443, 452 del 2007 (su cui v. L. CASSETTI, *La Corte costituzionale «salva» le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla «prevalenza» della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 30.4.2008); 439 del 2008; 246 del 2009; 180, 233 e 325 del 2010; 150 del 2011; 18 e 291 del 2012; 232 del 2010; 8 del 2013 (su cui v. il commento di V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *Rivistaaic*, 15.3.2013).

<sup>51</sup> Cfr. C. PINELLI, *La tutela della concorrenza*, cit., 5 ss.; F. SAIITTO, *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e Regioni*, in *Rivistaaic*, 12.12.2012, 6 s.

<sup>52</sup> In questi termini, L. CASSETTI, *La Corte costituzionale «salva» le liberalizzazioni del 2006*, cit., 19 s.

<sup>53</sup> In una problematica sovrapposizione che si è già iniziata a vedere nel precedente paragrafo e che si espliciterà meglio nel prossimo.

<sup>54</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 54.

nella sede del giudizio in via principale, con riferimento alla materia “tutela della concorrenza”, sulle questioni sollevate in via incidentale aventi a parametro l’art. 41 Cost.

## 5. La libera concorrenza come “chiave universale”

Veniamo dunque alla chiusura del cerchio delineato dal percorso “a tappe” qui sinteticamente ricordato, ossia alla maniera in cui la ricezione degli indirizzi europei, la giurisprudenza riferita alla materia “tutela della concorrenza” e la sua ampia configurazione hanno permeato anche l’interpretazione ed attuazione dell’art. 41 Cost. (in quanto ritenuto includente una libertà di concorrenza intesa in senso sia soggettivo che oggettivo).

Tale chiusura ci sembra ben esplicitata dalla sentenza n. 94 del 2013, ove la Corte costituzionale afferma, sia pure in fattispecie dichiaratamente afferente il solo profilo della libertà d’iniziativa economica, che l’art. 41 «ha un contenuto più ampio, poiché enuclea la “concorrenza” quale bene giuridico distinto dalla libertà di concorrenza, in virtù di un’interpretazione che ha ricevuto conferma dalla previsione della “tutela della concorrenza” come materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.) e dalla circostanza che la relativa nozione riflette quella posta dall’ordinamento comunitario»<sup>55</sup>.

Non v’è alcun dubbio che tale trasfigurazione dell’art. 41 Cost.<sup>56</sup> possieda rilevantissime implicazioni nell’assetto degli equilibri fra la proclamazione della libertà, i limiti ad essa frapposti e la collocazione della stessa nel quadro economico-sociale rinvenibile nel complesso delle disposizioni costituzionali. Il progressivo ampliamento e la crescente attribuzione di peso al primo comma dell’articolo ha infatti abbassato il piatto di una bilancia che era stata differentemente tarata dai Costituenti: se l’idea di concorrenza immessa nell’art. 41 è quella oggettiva e se il concetto di mercato considerato è quello di uno spazio di relazioni con proprie regole, in larghissima parte autonome da quelle dell’ordinamento giuridico – anche (ma non solo) per via della sua configurazione transnazionale e “globale”<sup>57</sup> – ciò ha delle evidenti implicazioni, fra gli altri, sul rispetto della dignità umana<sup>58</sup>, sui confliggenti interessi dei lavoratori, sulla tutela del diritto alla salute, sulla tutela dell’ambiente, sugli interessi dei consumatori (per menzionare solo alcuni fra i più noti snodi problematici). La “costituzionalizzazione”

---

<sup>55</sup> Ma v. pure le sentt. nn. 270 del 2010 (su cui si v. M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur.Cost.*, 2010, 3296 ss; R. NANIA, *Ulteriori sviluppi nell’assetto della Costituzione economica (aggiornamenti sulle libertà economiche)*, in R. NANIA (a cura di), *L’evoluzione delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2011, 299 ss.) e 200 del 2012 (su cui v. F. SAIITTO, *La Corte costituzionale*, cit.).

<sup>56</sup> Parla, condivisibilmente, di “trasformazione” – nel senso individuato da S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 13 – F. ANGELINI, *Costituzione ed economia*, cit. 7.

<sup>57</sup> Cfr. S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003.

<sup>58</sup> Specie ove si voglia rinvenirvi, con G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1103, un richiamo alla dignità sociale di cui all’art. 3, comma 2, Cost.

del valore del mercato *in sé*, in altri termini, sposta il fuoco del bilanciamento fra opposti e confliggenti interessi, diritti, valori<sup>59</sup>.

E così, se in una prima fase della giurisprudenza costituzionale in tema di bilanciamento fra libertà di iniziativa economica privata ed interessi contrapposti si poteva registrare una consistente attenzione alla delimitazione del concetto di utilità sociale<sup>60</sup> come *contrappeso* alla libertà dei privati<sup>61</sup>, in seguito non solo tale contrappeso è andato diminuendo progressivamente di forza<sup>62</sup>, ma è stato in certa misura neutralizzato.

Proviamo a spiegarci meglio.

Già nella prima delle “tappe” della giurisprudenza costituzionale qui ripercorse – quella in cui si sosteneva l’inclusione della libera concorrenza (soggettiva) nell’alveo dell’art. 41, primo comma, in qualità di precondizione indispensabile per l’esercizio della *libertà di* iniziativa economica privata – si possono riscontrare affermazioni secondo cui la libera concorrenza «da una parte integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall’altra, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi»<sup>63</sup>; «è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori», nonché al «programma di eliminazione delle disequaglianze di fatto additato dall’art. 3 comma 2, che va at-

---

<sup>59</sup> Si pensi solo che in dottrina, sia pur minoritaria, era stata negata la possibilità stessa di configurare quello fra libertà di iniziativa economica privata e suoi limiti come un vero e proprio bilanciamento, sottolineando la differenza dei piani sui quali operano l’una e gli altri: «mentre i diritti fondamentali (il loro effettivo godimento) costituiscono l’oggetto delle indicazioni di scopo dell’art. 3, 2° co., la libertà di iniziativa economica si pone – rispetto a quelle indicazioni – sull’opposto versante degli (almeno potenziali) *ostacoli* al processo di trasformazione lì indicato. Essa infatti non è altro che l’espressione giuridica di quelle posizioni di vantaggio economico che si frappongono all’ottenimento del fine posto dal secondo comma dell’art. 3, e in quanto tale non può essere collocata ovviamente sullo stesso piano (e quindi avere la stessa natura) delle situazioni soggettive che ivi si vuole siano (anche nei fatti) protette»: così M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 42. Parla di «bilanciamento ineguale» L. CASSETTI, *La cultura del mercato*, cit., 5.

<sup>60</sup> Sulla cui duttilità la dottrina ha a lungo discusso: cfr. P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata*, cit., 27 ss.; A. BALDASSARRE, *Op. cit.*, 604 ss.; M. LUCIANI, *Op. ult. cit.*, 125 ss; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L’iniziativa economica privata*, cit., 80 ss. La giurisprudenza costituzionale non è addivenuta, peraltro, ad una definizione del concetto, ma, nella maggior parte dei casi, un’individuazione *de relato*, tramite la realizzazione di interessi costituzionalmente rilevanti, come quello alla salute (Corte cost., sentt. nn. 29 del 1957; 11 del 1960; 21 del 1964; 131 del 1971; 20 del 1978; 446 del 1988; 27 del 2003), al lavoro (Id., sentt. nn. 57 e 60 del 1968; 27 del 1969; 94 del 1976), alla tutela della donna lavoratrice (Id., sent. n. 27 del 1969), al riposo settimanale dei lavoratori (Id., sent. n. 111 del 1974), al mantenimento e all’assistenza sociale (Id., sent. n. 39 del 1969), alla tutela di aree di particolare interesse culturale e delle tradizioni locali (Id., sent. n. 388 del 1992), della famiglia (Id., sent. n. 27 del 1969), del contraente debole (Id., sentt. nn. 7 del 1962 e 30 del 1965), dei consumatori (Id., sentt. nn. 97 del 1969 e 137 del 1971). In alcuni casi sono stati ritenuti di utilità sociale interessi attinenti alla stessa sfera economica, come l’incremento della produzione (Id., sentt. nn. 78 del 1958; 5 e 45 del 1962; 30 del 1965) e l’equilibrio locale di mercato tra domanda e offerta (Id., sent. n. 63 del 1991).

<sup>61</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 29 del 1957; 78 del 1958; 35 del 1959; 55 del 1961; 7 del 1962; 125 del 1963; 21 del 1964; 60 del 1965; 27 del 1968; 97 del 1969; 12 del 1970; 425 del 1971; 9 del 1973; 237 del 1975; 94 del 1976; 279 del 1983.

<sup>62</sup> Si pensi, ad esempio, alla sent. 439 del 1991, in cui la Corte ha ritenuto fini di utilità sociale i “valori aziendali” costituiti dall’efficienza, potenzialità e competitività delle imprese e del sistema economico produttivo vigente. Sul “fraitendimento” del concetto di utilità sociale qui racchiuso, v. S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur.Cost.*, 1991, 3680; R. NIRO, *Profili costituzionali*, cit., 128 s.

<sup>63</sup> Sent. n. 223 del 1982.

tuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie»<sup>64</sup>.

Ci troviamo insomma dinnanzi ad un caso, più unico che raro, in cui il medesimo mezzo viene ritenuto in grado di integrare tanto la libertà, quanto i limiti che essa incontra; ad una sorta di "chiave universale" che livella ed appiattisce il conflitto tra le due opposte tensioni incorporate dai diversi commi dell'art. 41 e che neutralizza la necessità di un loro bilanciamento.

A seguito dell'approvazione della legge *antitrust*, poi, e della conseguente "certificazione positiva" del mutamento di paradigma avviato con l'ingresso nel mercato unico europeo, tale incorporazione della libera concorrenza nell'ambito dei mezzi idonei a perseguire l'utilità sociale appare sostenuta in toni maggiormente "oggettivi": «la permanenza delle imprese in un mercato libero» e «il mantenimento delle regole della libera concorrenza» costituiscono «fini di utilità sociale ai quali deve essere finalizzata l'attività imprenditoriale»<sup>65</sup>. Qui la concorrenza (oggettiva) non è più un mezzo per il perseguimento dei fini di cui all'art. 41, ma ne diviene il fine, il valore cui tendere per la sua completa attuazione.

Si è già visto, poi, come questo percorso di "teleologizzazione" della concorrenza abbia raggiunto la sua concretizzazione positiva nella modifica dell'art. 117 Cost. e nella giurisprudenza costituzionale conseguente.

Tutto ciò ha pretermesso valori costituzionali centrali, attorno ai quali dovrebbe invece ruotare il nostro ordinamento e l'attività di attribuzione di senso di tutte le disposizioni, anche costituzionali. L'esito di questa evoluzione è infatti un pericoloso assorbimento di principi fondamentali – come quello del fondamento sul lavoro, della vocazione sociale del nostro sistema, della tutela della dignità umana e dell'utilità sociale come insieme di interessi potenzialmente *in conflitto* con quelli degli operatori economici, dei fini sociali cui l'iniziativa economica può essere indirizzata e coordinata – dentro una concorrenza costruita come una sorta di meta-valore, in grado di assicurare il perseguimento tanto degli interessi dei privati, quanto di quelli della comunità, nel migliore dei modi possibili<sup>66</sup>. Si tratta di un'impostazione rinvenibile già nella riflessione ordolibera e giunta al suo compimento nel pensiero neolibera che, per quanto incontri oggi il favore di molti, non può per ciò solo ambire ad avere una copertura costituzionale, ma deve essere considerata – al pari degli altri modelli economici e delle misure attuative nelle quali si concretino – soggetta alla Costituzione ed al sistema di limiti e controlli ivi previsti.

---

<sup>64</sup> Sent. n. 241 del 1990.

<sup>65</sup> Sent. n. 439 del 1991.

<sup>66</sup> Ricorda invece efficacemente G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, cit., 806 s., che le esigenze sociali potrebbero talvolta richiedere una minore, talvolta una maggiore concorrenzialità rispetto ai modelli generali e che «gli interventi del nostro ordinamento a favore di una funzionalità di tipo concorrenziale, pur imperfetto, dell'iniziativa economica, debbono essere inquadrati (e interpretati) nel quadro di una più ampia tendenza (e di una più ampia direttiva costituzionale) che sovraordina ad ogni altro – e quindi anche a quello concorrenziale – il criterio della utilità sociale come limite funzionale dell'iniziativa economica. E ciò, come è pacifico, in assoluto: a prescindere dalle condizioni strutturali – "monopolistiche" o "concorrenziali" – in cui l'iniziativa stessa si trovi ad operare».

L'inversione dell'ordine del ragionamento che si annida dietro il percorso compiuto dalla libertà d'iniziativa economica privata, nella Costituzione «vivente», merita allora di essere segnalata, per adempiere a quel compito di smascheramento del segno dissimulato in talune operazioni interpretativo-attuative cui l'Autore qui onorato ci ammoniva e per sollecitare un ritorno all'uso della Costituzione come guida e limite per i poteri pubblici e privati.