

CONCORRENZA, ISTITUZIONI E MERCATI REGOLATI NELLA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE¹

Andrea M. Altieri

*Dottorando di ricerca in Law and Economics
nell'Università di Siena*

Antonio Dell'Atti

*Dottorando di ricerca in Diritto della banca e del mercato
finanziario nell'Università di Siena*

Fabio Di Cristina

*Dottorando di ricerca in Law and Economics
nell'Università di Siena*

Il saggio intende indagare la libertà di concorrenza in prospettiva costituzionale. Dapprima le sue radici, così come intese dall'Assemblea costituente, poi l'evoluzione dovuta all'ordinamento europeo, con l'istituzione di autorità nazionali indipendenti, di cui si discuterà la legittimità costituzionale, nonché le complesse relazioni tra pubblici poteri ed ex-monopolisti.

The essay aims to analyze freedom of competition by a constitutional point of view. Firstly, its origin in the Constitution of 1948 will be analyzed. Secondly, its evolution, mainly due to the European law, will be chronicled. Thirdly, the legal implications of the establishment of independent regulatory authorities will be evaluated. Constitutional legitimacy of these authorities and the complex relationships between public institutions and incumbents in regulated sectors will also be highlighted.

Sommario

1. Introduzione
2. Brevi cenni storici su libertà di impresa e concorrenza: l'assetto pre-costituzionale

¹ Il presente lavoro è frutto di una riflessione comune. Ad Antonio dell'Atti possono essere attribuiti i paragrafi 2, 3 e 4, ad Andrea M. Altieri possono essere attribuiti i paragrafi 6 e 7, a Fabio Di Cristina può essere attribuito il paragrafo 5 ed i relativi sottoparagrafi. I paragrafi 1 e 8 è frutto di una comune sintesi. Suggestioni ed errori possono essere segnalati a: and.altieri@yahoo.it; dellattiantonio@hotmail.it; f.dicristina@hotmail.it.

3. Il '48: la libertà di iniziativa economica ed i suoi limiti
4. Libertà di concorrenza e concorrenza effettiva: dalla problematica del fondamento di un principio all'individuazione di un bene giuridico da tutelare
5. Garanti e arbitri: assetti istituzionali e fini costituzionali delle autorità indipendenti alla luce della crisi economica
- 5.1. Le istituzioni della concorrenza nella vecchia costituzione economica
- 5.2. La nozione di concorrenza nel Trattato di Lisbona: innovazioni nella costituzione economica materiale e problemi aperti
- 5.3. La funzione “politica” di regolamentazione dei mercati al tempo della crisi: rinascita della regolazione finalistica?
6. Il potere di mercato degli incumbent: rimedi istituzionali
7. La promozione della concorrenza nei mercati regolati: il nodo delle infrastrutture; - 8. Conclusioni

1. Introduzione

La trattazione che segue interseca tre piani distinti, unificati idealmente dalla comune prospettiva costituzionale. Il primo attiene alle radici della libertà di concorrenza, così come intesa in Assemblea costituente, nonché al suo precipitato normativo. Il secondo concerne il ruolo della regolazione dei mercati e della legittimazione costituzionale delle autorità preposte a tutelare la concorrenza, invero della c.d. “nuova costituzione economica” di matrice europea. Il terzo, di impianto squisitamente pratico, riguarda il rapporto tra attività degli *incumbent* nei settori regolati e principi costituzionali, intesi quale fulcro della disciplina costituzionale dei mercati.

Il *fil rouge* dei tre piani è di hegeliana memoria: la *tesi* è rappresentata dal “monolitico” impianto costituzionale, l'*antitesi* dal ruolo dei regolatori, di cui la dottrina non ha ancora chiarito del tutto la legittimazione costituzionale, la *sintesi* dall'attività di questi nei mercati, la quale prescinde dal rapporto strettamente formalistico con la Costituzione ma vive ed opera nel *law in action*.

L'art. 41 Cost. pone in luce un'evidente criticità, ossia quella del temperamento, da un lato, della sacralità e dell'inviolabilità della libertà di industria e di commercio (già teorizzata da John Locke nel *Trattato sul governo*) e, dall'altro, delle «ingerenze ingenerose» del potere politico, volte all'adattamento dell'attività economica dei privati all'interesse nazionale. Proprio l'interesse nazionale, funzionale a logiche di eterodirezione dell'attività economica e trasfuso nella Carta del Lavoro del 1927, aveva spinto Luigi Einaudi, in sede di Assemblea costituente, a considerare il compromesso dell'utilità sociale come una «pericolosa genericità».

L'influenza del diritto europeo ha determinato lo stato di quiescenza dei «limiti» contenuti nell'art. 41 Cost., compresi i «programmi e controlli» scaturenti da fonte primaria, affermando, seppur lentamente, l'esistenza di un unico “macro-limite” alla libertà economica individuale, immanente a quest'ultima e per ciò stesso penetrante. Si tratta, nello specifico, dell'esigenza di tutela del sistema economico di mercato, *recte* concorrenziale, in funzione del quale la predetta libertà risulterebbe univocamente conformata. Proprio il diritto europeo ha determinato la caduta di alcuni strumenti di regolazione

finalistica tipici della “vecchia costituzione economica”. Si pensi, in tal senso, all’erosione dei regimi di riserva *ex art. 43 Cost.* e all’abbandono dei monopoli pubblici. Il diritto della concorrenza italiano si ispira fedelmente alle norme contenute nei Trattati europei e ne riflette lo spirito. Quello che formalmente è stato una sorta di trapianto di norme ha dato nella sostanza risultati variegati², dovuti all’assenza di una precedente disciplina nazionale e di una cultura giuridica della concorrenza (*infra*, parr. 6-7).

La nozione costituzionale di «utilità sociale», intesa come obbligo di servizio universale, potrebbe limitare la libertà economica degli operatori dominanti senza che i regolatori debbano intervenire attivamente. Tale scenario è solo teoricamente realizzabile. Il ruolo attivo delle istituzioni e dei regolatori, in questo contesto, non può essere tralasciato. Da un lato, le istituzioni politiche, specialmente negli anni della crisi economica, hanno favorito uno “sbilanciamento” della regolazione di settore: questa è transitata da modelli monistici e condizionali, affermatasi in un periodo di fiducia negli assetti concorrenziali dei mercati, a modelli dualistici e finalistici tradizionali, tipici dello spirito costituzionale post-bellico. Dall’altro, la transizione dei mercati regolati verso la concorrenza appare ancora oggi un cammino incompiuto. Infatti, l’azione istituzionale, scontando l’eccessiva timidezza ed incertezza dei regolatori, non ha spinto verso la tutela dei “fini sociali” a cui si ispira l’impianto dell’art. 41 Cost., accettando, se non suggerendo, il *self-restraint* dei regolatori e la *self-regulation* degli operatori dominanti (*infra*, par. 5).

E’ opportuno muovere da questi presupposti per sollevare quattro questioni di fondo (*infra*, par. 5). La prima riguarda la desiderabilità degli attuali assetti di mercato e gli obiettivi insiti in questa “scelta tragica”. La seconda investe il ruolo stesso dello Stato in economia: questi deve essere “arbitro dei mercati”? La regolazione presuppone un ruolo passivo delle istituzioni o questo può essere, invece, pro-attiva? La terza interessa il ruolo delle autorità indipendenti, comprese quelle di settore. Queste

² Limitatamente ai settori delle reti si veda le conclusioni a cui giunge SCARPA, *Dieci anni di riforme dei grandi settori a rete. Tanto rumore per cosa?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 1, pp. 37-49.

possono promuovere la concorrenza, oltre che tutelarla? Possono negoziare con gli *incumbent* una regolazione più blanda in cambio di investimenti infrastrutturali con effetti di moltiplicazione? La quarta, infine, concerne gli assetti istituzionali e l'equilibrio tra poteri. Le autorità indipendenti hanno la legittimazione costituzionale per rendersi attive nella promozione di determinati assetti di mercato? Se così fosse, il limite dell'utilità sociale potrebbe essere efficacemente integrato dall'utilizzo dei rimedi strutturali? Più in generale, la questione sottesa riguarda la possibilità per le autorità indipendenti di limitare il potere dei privati, una delle finalità che storicamente hanno portato alla formazione del diritto antitrust e quale ne sia il principio costituzionale di riferimento.

A tal proposito, l'indagine di alcuni strumenti della regolazione pro concorrenziale è fondamentale per comprendere il pratico funzionamento dei principi della costituzione economica. Saranno vagliati il completamento dello scorporo delle reti e la precisa definizione degli obblighi a contrarre in capo agli *incumbent* rispetto alla fornitura di taluni servizi in tutte le zone del Paese (*infra*, par. 6). Tali obblighi potrebbero risultare invasivi della libertà economica di tali operatori: si cercherà di capire l'importanza del bilanciamento dei principi espressi nell'art. 41 Cost, per quanto riguarda la gestione e l'ampliamento delle reti infrastrutturali nei mercati regolati, bilanciamento che dovrà tener conto della crisi delle finanze pubbliche, della protezione degli investimenti compiuti dalle imprese e della sempre necessaria apertura ai terzi di queste reti per il perseguimento di un sistema aperto alla libera concorrenza (*infra*, par. 7). Il diritto europeo della concorrenza – che nasce dalle riflessioni degli ordoliberali in Germania sulla necessità di difendere la libertà individuale, anche quella di iniziativa economica sia dal potere dello Stato che da quello privato economico³ – che è entrato nel nostro ordinamento attraverso la ratifica dei trattati, si è *de facto* scontrato con la cultura giuridica del Paese, meno incline a mercati concorrenziali e più incline al

³ Cfr. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna 1998.

controllo pubblico dell’economia, concezione sancita nell’impianto costituzionale tradizionale⁴ (*infra*, parr. 2-3-4).

2. Brevi cenni storici su libertà di impresa e concorrenza: l’assetto pre-costituzionale

La prima manifestazione di interesse del legislatore nazionale per l’iniziativa economica privata è rintracciabile nella Carta del Lavoro del 1927, il cui art. IX disponeva che «*l’intervento dello Stato nella produzione economica (avesse) luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l’iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato*».

Tuttavia, soltanto con il codice civile del 1942 l’imprenditore, nonché la sua attività (per l’appunto, di impresa), assumerà rilievo giuridico autonomo, con l’introduzione dell’art. 2082, vero “sparti acque”, interno al codice, tra diritto privato e commerciale⁵ e l’introduzione, altresì, del capo I del Titolo X, rubricato “*Della disciplina della concorrenza*”.

Nell’ottica dell’assetto codicistico, previgente rispetto all’introduzione della Costituzione, «*la disciplina della concorrenza (avrebbe) governa(to) il concorso, anche eventuale, d’una pluralità d’imprenditori sullo stesso mercato*»⁶ e poche

⁴ Diversamente, in Germania era già presente prima della ratifica dei trattati europei una forte coscienza della necessità di una legge che tutelasse e promuovesse la concorrenza, coscienza che si riflette nel settore dell’energia elettrica con l’assenza storica di un monopolista pubblico e con la presenza invece di diversi operatori privati in concorrenza tra loro. Sul punto cfr. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto*, 2003, Simple 11, Università degli studi di Siena, facoltà di economia R. Goodwin.

⁵ Non si intende, in questa sede, trattare dell’annosa disputa tra “commercializzazione del diritto privato” e “privatizzazione del diritto commerciale” che, quasi naturalmente, evoca la dicotomia nel testo, potendosi, allo scopo, brevemente rinviare a quanto osservato da BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, V ed., 2005., 12 ss.

⁶ Cfr. PARDOLESI, *La disciplina della concorrenza: uno sguardo d’insieme*, in *ID.*, *La concorrenza e la tutela dell’innovazione*, vol. IV, t. I, in LIPARI - RESCIGNO (collana diretta da), *Diritto Civile*, Milano, 2009, 4. Una simile definizione, *latu sensu*, “giuridica” di concorrenza è fornita, altresì, da GUGLIEMMETTI, voce *Concorrenza*, in *Dig. Comm.*, Torino, 2005, 301; FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Milano, 1960, 509.

disposizioni generali avrebbero dovuto strutturare la materia. Ed infatti, «*per lungo tempo le previsioni codicistiche (richiamate) hanno costituito l'unico corpus normativo dotato di una sia pur schematica omogeneità riferito alla disciplina della concorrenza*»⁷.

All'uopo, l'art. 2595 c.c.⁸, «*col suo monito affinché il cimentarsi dell'impresa (rectius, dell'imprenditore, n.d.a.) nel mercato non solo rispettasse i limiti stabiliti dalla legge, ma soprattutto non andasse a discapito degli interessi dell'economia nazionale*»⁹ forniva all'interprete un implicito riferimento «*ad un livello superiore di controllo del fenomeno economico complessivo, che rimaneva estraneo al tessuto codicistico, a mò di prius sostanzialmente eteronomo*»¹⁰.

Il riferimento agli interessi dell'economia nazionale, retaggio del sistema corporativo¹¹, descriveva, dunque, il criterio di legittimità dell'intervento (nonché dell'astensione da intervento) statale nell'economia¹².

In *Giurisprudenza*, la "unicità del mercato" è stata più volte richiamata come elemento indefettibile per l'applicazione della disciplina sulla concorrenza. Sul punto, cfr. Trib. Cagliari, 26 gennaio 2006, in *Riv. Giur. Sarda*, 119; Cass., sez. I, 11 aprile 2001, n. 5377; Cass., sez. I, 11 aprile 2001, n. 5375; Cass., sez. I, 14 febbraio 2000, n. 1617.

⁷ Cfr. ZANABONI, *sub art. 2595 c.c.*, in CATRICALÀ - TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 1510.

⁸ Si riporta, per semplicità di lettura, il testo normativo richiamato: «*La concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge [e dalle norme corporative]*».

⁹ Cfr. PARDOLESI, *La disciplina della concorrenza: uno sguardo d'insieme*, cit., 4. Il riferimento agli interessi nazionali è contenuto, *ex multis*, altresì nell'art. 2085 c.c. in tema di *indiritto della produzione*.

¹⁰ Cfr. ID., *La disciplina della concorrenza: uno sguardo d'insieme*, cit., 4.

¹¹ Norme abrogate *ex d. lgs. 369/44*. Sul punto, cfr. MAZZACANE, *Diritto, economia ed istituzioni nell'Italia fascista*, Baden Baden, 2002, 14. Altresì, cfr. OPPO, *Iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, parte I, 312, il quale chiarisce che «*la diversità tra ordine c.d. corporativo e ordine democratico muove, anche nella materia dei rapporti economici, dalla diversità dei fini: "benessere dei singoli e sviluppo della potenza nazionale", dunque fini economici e politici per la Dichiarazione seconda della Carta del Lavoro; fini sociali, per l'art. 41 e le altre norme della Costituzione che assegnano allo Stato e allo stesso ordine giuridico il compito di realizzare i valori di solidarietà, uguaglianza, libertà, dignità umana*».

¹² In una lucida ricostruzione politica, fornita recentemente dal Prof. Salvadori (cfr. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Bari, 2009, 52), l'illustre storico ammette che «*tra i più importanti elementi propri tanto del sistema*

Invero, la principale preoccupazione del legislatore del '42 non fu la tutela della concorrenza¹³, ma quella di incrementare la produzione nazionale, obiettivo che presupponeva un incisivo controllo statale volto a perseguire esigenze, per l'appunto, produttive e protezionistiche cui, se del caso, «l'assetto concorrenziale del mercato avrebbe altresì dovuto inchinarsi»¹⁴.

Anche e nonostante la caduta del regime fascista, le norme in esame, lungi dall'essere considerate espressione di una visione liberista dell'economia, sono state interpretate quali parte di un diritto speciale diretto ai soli imprenditori. In particolare, le stesse venivano lette considerando che il nuovo obiettivo, nell'Italia del dopoguerra, fosse costituito dalla tutela del corretto esercizio dell'attività imprenditoriale, senza «nessuna (particolare, n.d.a.) preoccupazione per l'assetto concorrenziale del mercato»¹⁵, ma implicante l'astratta applicazione

liberale classico quanto del primo sistema liberaldemocratico vi era il fatto che lo Stato mantene(ss)e il potere decisionale su un'economia che vedeva collocate prevalentemente nel suo territorio le imprese industriali e agricole e le istituzioni finanziarie», sicché «alla sfera dello Stato si affiancava (...) quella che era definita (...) l'economia nazionale».

¹³ Cfr. OPPO, *Iniziativa economica*, cit., 331, secondo il quale «il codice non (...) si è preoccupato dell'assetto concorrenziale del mercato ma solo di evitare una eccessiva compressione, nell'oggetto e nel tempo, dell'autonomia individuale, ammettendo anzi vincoli della concorrenza non solo volontari ma anche coattivi». In tal senso, altresì, BEDOGNI RABITTI, *Introduzione alla L. n. 287/90*, in CATRICALÀ - TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, LI; LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 6, 1551.

¹⁴ Sul punto, cfr. ZANABONI, *sub art. 2595 c.c., cit.*, 1509; TABACCHI - FALCIONI, *Diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, La concorrenza*, Torino, 2005, 47; OPPO, *Iniziativa economica*, cit., 313, secondo il quale «la funzione soltanto suppletiva, assegnata in principio all'intervento pubblico nella produzione, non impedi d'altra parte l'espansione della mano pubblica in settori essenziali e in forme che sono state ereditate e ritenute congrue ai propri fini, dall'ordine democratico». Sul *dirigismo economico*, cfr. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, 2007, 15 ss.

¹⁵ Cfr. TABACCHI - FALCIONI, *Diritto civile e diritto della concorrenza*, cit., 47; ZANABONI, *sub art. 2595 c.c., cit.*, 1509. Anche in sede di costituente, il dibattito sull'art. 41 non coinvolse i temi della concorrenza: in tal senso, DE BENEDETTO, *Il principio di concorrenza nell'ordinamento italiano*, su <http://rivista.ssef.it/site.php?page=2004112912-0739175&edition=2010-02-01>.

dell'(implicitamente abrogato) art. 2089, nonché le correlate sanzioni (anch'esse abrogate) dell'art. 2091 c.c.

3. Il '48: la libertà di iniziativa economica ed i suoi limiti

Con l'entrata in vigore della Costituzione ed, in particolare, del suo art. 41, l'art. 2595 ha assunto *telòs* di mero coordinamento ed integrazione della norma costituzionale, comunque non direttamente applicabile ai rapporti tra imprenditori¹⁶ ed insuscettibile di portata precettiva¹⁷. Dunque, gli interessi dell'economia nazionale si sarebbero dovuti temperare con la libera iniziativa economica.

La Corte Costituzionale ha sancito, da tempo¹⁸, la sostanziale affinità concettuale tra il criterio del rispetto degli *interessi dell'economia nazionale*, entro cui, *ex art. 2595 c.c.*, deve mantenersi lo svolgimento della iniziativa economica, ed il criterio della compatibilità con i «*fini di utilità sociale*» da cui è condizionata la realizzazione della correlata libertà¹⁹, di fatto realizzando un ponte tra la legislazione *ante '48* con quella successiva all'entrata in vigore della carta fondamentale²⁰.

¹⁶ In tal senso, cfr. GRISOLI, *Iniziativa economica privata e concorrenza*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 18, 1983, 310.

¹⁷ Cfr. in tal senso, MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Padova, 1969, 211, secondo il quale l'art. 2595 attribuisce rilevanza alla disciplina pubblicistica della concorrenza nei rapporti tra privati.

¹⁸ Cfr. Corte cost., 21 gennaio 1957, n. 29, in *Giur. Cost.*, 404 ss., secondo cui l'art. 41 «*enuncia sul piano costituzionale la libertà economica nella sua fondamentale manifestazione di libertà di iniziativa economica e privata, che si traduce nella possibilità di indirizzare liberamente, secondo le proprie convenienze, la propria attività nel campo economico. A tale libertà la Costituzione pone il limite del pubblico interesse, in quanto l'iniziativa privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, intesa come conseguimento del bene comune*».

¹⁹ Cfr. GRISOLI, *Iniziativa economica privata e concorrenza*, cit., 306.

²⁰ Si veda OPPO, *Iniziativa economica*, cit., 312 il quale ritiene che abbia «*ragione sia chi dice che la Costituzione dà nuovi contenuti al diritto privato, sia chi dice che il diritto privato dà concreti significati alla norma costituzionale*».

L'art. 41²¹, dapprima, indica quali sarebbero gli interessi la cui tutela legittimerebbe la limitazione di questa libertà, individuandoli nell'utilità sociale, nonché nella sicurezza, libertà e dignità umana, e, di poi, pone una riserva di legge in favore della determinazione dei programmi e controlli opportuni affinché l'attività economica, pubblica e privata, possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Nonostante in dottrina sia stata affermata la disarmonicità²² e la contraddittorietà²³ della disposizione in esame, essa costituiva, secondo alcuni²⁴, il cardine di un sistema c.d. ad economia mista, tanto che la libertà di iniziativa economica (ovvero di intrapresa²⁵), ivi sancita, fosse considerata²⁶ un diritto fondamentale, analogamente alla libertà di manifestazione del pensiero, di associazione e religiosa. In realtà, simile orientamento non pare essere condivisibile sia perché l'art. 41 è posizionato nel titolo della Costituzione dedicato ai rapporti economici²⁷, ma anche in ragione dell'esistenza di limiti che ne escludono il carattere di assolutezza²⁸ tipico dei primi.

²¹ Sul dibattito in fase di costituente sull'articolo in commento, cfr. NIRO, *sub art. 41*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, 849.

²² Cfr. MORTATI, *Iniziativa privata ed imponente di mano d'opera*, in *Giur. Cost.*, 1958, 1191; NIRO, *sub art. 41, cit.*, 850.

²³ In tal senso, si vedano BARTOLOMEI, *Libertà di impresa e disciplina dei prezzi*, in *Giur. Cost.*, 1957, 977; GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1992, 175, secondo il quale questo articolo della costituzione «non (sarebbe) tra i più perspicui».

²⁴ Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1962, 230; BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971, vol. XXI, 587 ss.

²⁵ Viene definita in tal modo da PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2003, 672.

²⁶ In tal senso, si veda, SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico, cit.*, 228; MAZZONI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, vol. IV, Torino, 1983, 273.

²⁷ In tal senso, MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 1.

²⁸ Cfr. *ex multis*, Corte cost., 28.03.1968, n. 16. Per l'analisi, altresì, dei motivi storici che portano ad escludere la libertà di intrapresa dai diritti fondamentali, si veda MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 1 s. Con riferimento alla sovra ordinazione di altri diritti rispetto a quello di iniziativa economica, si veda FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 238 s.

In particolare, il «*mancato espresso riconoscimento dell'inviolabilità di siffatta libertà, nonché l'apprestamento di vincoli assai più rigidi e penetranti di quelli previsti per le libertà civili all'esercizio della medesima, hanno fornito il fondamento giustificativo di quelle ricostruzioni che hanno assegnato alla predetta libertà uno status di libertà dimidiata, di un rango diverso ed inferiore rispetto a quelle civili, non configurabile, diversamente da queste ultime, come diritto fondamentale*»²⁹.

In verità, con l'accelerazione del processo di integrazione europea, realizzatasi nei primi anni dell'ultimo decennio del secolo scorso, nonché con il percorso di consolidamento del primato del diritto comunitario, che pare esser giunto al capolinea³⁰, le citate opzioni interpretative sono state definitivamente estromesse dal sistema, essendosi avviato il c.d. «*processo di emancipazione dallo schema dirigistico prefigurato dalla Costituzione*»³¹.

Con riferimento al contenuto della libertà in analisi, è da ritenersi superata l'opzione interpretativa che vorrebbe distinto il momento dell'iniziativa rispetto a quello dello svolgimento dell'attività economica e che applicherebbe i limiti *ex art.* 41, commi 2 e 3 soltanto al secondo dei due momenti³². Ed infatti, sul punto, la Consulta ha avuto modo di chiarire che la «*garanzia posta nel 1° comma dell'art. 41 (...) riguarda(ss) non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento*»³³ e, simile impostazione è stata autorevolmente sostenuta in dottrina³⁴.

²⁹ Cfr. NIRO, *sub art. 41, cit.*, 849. In tal senso, altresì, LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582 ss.

³⁰ Cfr. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono cogenti e sovraordinate*, in *Giur. Cost.*, Milano, 2010, vol. I, 382 ss.

³¹ Cfr. NANIA, *Libertà economiche e libertà di impresa*, in NANIA - RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, vol. I, 78. Sul punto, si veda diffusamente *infra*.

³² Cfr. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1959, 151; ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, 1952, 172.

³³ Si veda Corte Cost., 31 maggio 1960, n. 35; Corte Cost., 14 giugno 1962, n. 54, entrambe richiamate da NIRO, *sub art. 41, cit.*, 851.

³⁴ Cfr. OPPO, *Iniziativa economica, cit.*, 320, secondo il quale «*la libertà di iniziativa è libertà di determinazione, di scelta, di organizzazione e*

Nondimeno, non albergherebbe nell’art. 41 il fondamento costituzionale della libertà contrattuale essendo, quest’ultima, fondata soltanto in quanto si riveli strumentale alla realizzazione di una specifica situazione giuridica soggettiva, tutelata costituzionalmente³⁵, nel sol qual caso troverebbe applicazione l’articolo in questione, nel duplice verso di libertà e limiti³⁶.

Occorre, altresì, rilevare il rapporto di continenza esistente tra la libertà di iniziativa economica e di impresa³⁷, laddove la prima ha una portata più ampia³⁸ comprendendo, altresì, l’attività non etero-organizzata³⁹ ed occasionale⁴⁰, ma non anche quella subordinata⁴¹.

Di maggiore interesse è il dibattito sui limiti che la stessa carta costituzionale pone alla libera iniziativa economica.

Utilità sociale e fini sociali si risolvono in clausole generali talmente ampie e malleabili da minare costantemente la certezza del diritto, rimettendosi all’interprete l’infimo compito di ricondurre ad unicità fattispecie concrete fortemente eterogenee⁴².

articolazione degli strumenti operativi, libertà di continuare o cessare»; BUONOCORE, Manuale di diritto commerciale, cit., 31.

³⁵ Cfr. NIRO, *sub art. 41, cit.*, 853. In senso parzialmente differente pare essersi orientata la Consulta: Corte Cost. 22 maggio 2009, n. 162, secondo cui «l'autonomia contrattuale è tutelata dall'art. 41 Cost. in quanto strumento della libertà di iniziativa economica, il cui esercizio può essere limitato per ragioni di utilità sociale».

³⁶ Cfr. OPPO, *Iniziativa economica, cit.*, 311 s.

³⁷ Nel senso di riconoscere sostanziale corrispondenza tra libertà di iniziativa economica e libertà di impresa, si veda GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia, cit.*, 175; QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980, 64.

³⁸ Cfr. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. Cost.*, Milano, 1979, vol. I, 1231; MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 2. In termini poco chiari si esprime la Corte Cost. del 05.04.1984, n. 89 che riconosce l’esistenza di iniziativa economica laddove sussista «attività produttiva».

³⁹ Si allude, ovviamente, alle professioni intellettuali. Sul punto, si veda l’atteggiamento della Consulta: Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 7; Corte Cost., 25 marzo 1976, n. 59.

⁴⁰ Cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 2.

⁴¹ In tal senso, si veda MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 2. In senso contrario, M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro, cit.*, 151.

⁴² Sull’aleatorietà dei commi 2 e 3 dell’art. 41 Cost., cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 3; BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica*

La Consulta si sarebbe spesso riferita ad *utilità sociale* e *fini sociali* «*ravvisando in talune leggi finalità riconducibili a tali concetti*»⁴⁵, senza fornirne una nozione generale ed unitaria. Ebbene, la rispondenza della legislazione che impone vincoli e limiti all'iniziativa economica privata sarebbe da vagliarsi alla luce del criterio di ragionevolezza⁴⁴ che investirebbe sia le finalità del dettato legislativo, che i mezzi all'uopo utilizzati⁴⁵: la libertà di iniziativa economica non potrebbe essere limitata «*oltre la misura che ragionevolmente potrebbe apparire consentita dalle finalità che si intendono perseguire*»⁴⁶.

L'utilità sociale, secondo autorevole *opinio doctorum*⁴⁷ «*è la situazione che favorisce il soddisfacimento di un bisogno, di un interesse economico della collettività o dei consociati in quanto tali o di categorie o gruppi in quanto parti della collettività*» e, «*in prospettiva dinamica, la situazione che favorisce o consente il progresso materiale della società*».

La differenza applicativa tra questo limite e quello dei fini sociali è rinvenibile nella eterogenea fonte della limitazione: ed infatti, mentre il comma secondo dell'articolo in esame non cita alcuna *riserva di legge* cui sottoporre l'individuazione concreta della situazione di *utilità sociale*, il comma terzo, invece, chiarisce che il coordinamento e l'indirizzo dell'attività economica verso *fini sociali* è riservato alla Legge⁴⁸.

privata, cit., 599 s.; NIRO, *sub art. 41, cit.*, 489, la quale cita Einaudi rispetto alla «*eccessiva genericità*» della clausola in esame.

⁴⁵ Cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 3, il quale, a sua volta, cita BASSI e COGURRA, *Corte costituzionale ed iniziativa economica privata*, in OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 283.

⁴⁴ Criterio indicato da MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 3.

⁴⁵ La Corte Costituzionale ha più volte affermato il proprio potere di verificare il rapporto di congruità tra nesso e fine, al fine di salvaguardare la libertà di iniziativa economica privata contro interventi arbitrariamente restrittivi: cfr. Corte Cost. 25 maggio 1970, n. 75; Corte Cost., 20 marzo 1978, n. 20; Corte Cost. 17 ottobre 1985, n. 231.

⁴⁶ Cfr. Corte Cost., 22 gennaio 1987, n. 14.

⁴⁷ Cfr. OPPO, *Iniziativa economica, cit.*, 324.

⁴⁸ In tal senso OPPO, *Iniziativa economica, cit.*, 310 s.

La rilevanza dei suddetti limiti è tale da far ritenere, a parte della dottrina⁴⁹, l’utilità sociale quale fondamento della libera iniziativa economica.

Seppure simile orientamento pare non essere *in toto* condivisibile, contiene frammenti di verità.

Si allude alla circostanza che l’utilità sociale possa non avere semplicemente una portata limitativa della libera iniziativa economica, ma che possa contribuire a garantirne la sostanziale applicazione. Sul punto, autorevole dottrina⁵⁰, ha chiarito che «*si può tentare (...) di individuare una funzione generale del controllo diffuso della “utilità sociale” delle attività produttive proprio in presenza della moltiplicazione, in relazione al tipo di attività, di “attività rischiose consentite perché giustificate dalla utilità sociale che apportano”: non, quindi, un’interpretazione dell’utilità sociale unicamente come limite all’iniziativa economica, ma anche (...) come causa esimente della responsabilità civile*».

Proprio in quest’ottica, anche l’utilità sociale può essere elemento su cui fondare i ragionamenti e le interpretazioni intorno la concorrenza (di *quale* concorrenza, lo si specificherà a breve) che, conseguentemente, finisce dal configurarsi da limite ad ulteriore elemento di esplicazione (e fattispecie) della libertà di impresa.

4. Libertà di concorrenza e concorrenza effettiva: dalla problematica del fondamento di un principio all’individuazione di un bene giuridico da tutelare

Il diritto antitrust ha radici lontane dalla nostra tradizione giuridica⁵¹.

⁴⁹ In tal senso, si vedano MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, 149; MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, 258 ss..

⁵⁰ Cfr. BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 25.

⁵¹ Nella cultura giuridica americana questo ha origine nello *Sherman Antitrust Act* del 1890 ma, come vedremo più avanti, il diritto della concorrenza europeo, poi recepito dall’ordinamento italiano, muove dalle riflessioni giuridico – economiche del gruppo degli ordoliberali, attivi nella Germania degli anni trenta, anche se «*vera e propria disciplina della concorrenza nasce soltanto con lo Sherman Act (... atteso che) prima di allora, i limiti posti ai monopoli e alle*

Ciò nonostante, gli sforzi dell'interprete si sono, per molto tempo, concentrati nel tentativo di inquadrare sistematicamente i principi introdotti dalla rivoluzione europea, in tema di concorrenza, alla luce del dettato costituzionale vigente.

In verità, si è già accennato alla circostanza che, *ab origine*, un riconoscimento della tutela della concorrenza non fosse rintracciabile esplicitamente nel nostro ordinamento, atteso che le disposizioni di cui agli artt. 2595 ss. c.c. intervenissero sui rapporti tra privati e che le prime interpretazioni dell'art. 41 Cost. non fossero interessate all'aspetto *pluralistico* della libera iniziativa economica⁵², ma che simile riconoscimento (anche soltanto in via interpretativa) sia stato sollecitato dall'intervento del legislatore comunitario.

Il dibattito subisce gli effetti, ad avviso di condivisibile orientamento⁵³, di un malinteso: ossia, il confondere la (tutela della) libertà di concorrenza con la (tutela della) concorrenza. In particolare, mentre la prima si configurerebbe quale forma esplicativa della libertà *ex art. 41, comma 1*, la seconda concretebbe un autonomo bene giuridico (c.d. *concorrenza effettiva*⁵⁴) che sembrerebbe aver assunto valenza nel nostro assetto costituzionale dapprima attraverso la diretta applicazione delle statuizioni comunitarie e, di poi, con l'esplicito inserimento dell'inciso «*tutela della concorrenza*» nell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost.

Libertà di concorrenza è libertà di scegliere se e come concorrere nel mercato, *ivi* rientrandovi anche condotte *negative*,

intese restrittive erano molto lacunosi e lasciavano ampio spazio al potee di mercato di imprese già forti e alla freedom of contract, anche se contrastante con la libera competizione economica. È con lo Sherman Act che vieta “every contract, combination or conspiracy in restraint of trade” e anche la “monopolization” e l’attempt to monopolize”». Sul punto cfr. D’ALBERTI, Poteri pubblici, mercati e regolazione, Bologna, 2008, 68 e. Sul punto cfr. D’ALBERTI, Poteri pubblici, mercati e regolazione, Bologna, 2008, 68 e AMATO, Il potere e l’antitrust, cit.

⁵² *Contra* cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 6 secondo il quale «*il favor verso l’economia concorrenziale, ricavabile dall’art. 41, 1° comma, funge da criterio guida delle norme ordinarie che regolano i rapporti intersoggettivi*».

⁵³ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, Milano, 2005, vol. II, 1429 ss.

⁵⁴ Si veda LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1429.

mercé accordi tra imprenditori limitativi della propria concorrenza⁵⁵.

Di contro, la *concorrenza effettiva*, ovvero *in senso oggettivo*, quale autonomo bene giuridico tutelato, è tesa, tradizionalmente, proprio a rivolgersi ai privati che esercitino negativamente la propria libertà di concorrenza (magari negoziando cartelli) e con riferimento a questa si pone il duplice problema di individuarne il fondamento, nonché il contenuto.

Rispetto al fondamento, la dottrina è divisa tra chi ritiene che la tutela della concorrenza *effettiva* sia estranea alla copertura costituzionale, dovendosi all’uopo fare riferimento a fonti eteronome di legittimazione (quali potrebbero essere quelle comunitarie), chi sostiene che la citata copertura sia stata formalizzata soltanto con la modifica dell’art. 117 Cost.⁵⁶ e chi afferma che la stessa possa trovare agevole ospitalità nei confini dell’*utilità sociale*, di cui al comma secondo dell’art. 41, ovvero nello stesso primo comma della medesima disposizione costituzionale⁵⁷.

Di certo, l’inserimento della “*tutela della concorrenza*” tra i poteri-doveri dell’amministrazione centrale ha portato ad alcune conseguenze.

⁵⁵ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, cit., 1429.

⁵⁶ Si veda NIRO, *sub art. 41*, cit., 859 s. Sul punto, LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, cit., 1435, il quale, dopo aver effettuato una ricognizione sulle posizioni dottrinarie volte ad interpretare il significato dell’introduzione dell’inciso in esame, ritiene che sicuro *telòs* della stessa sia l’aver sancito la *doverosità della funzione di tutela della concorrenza da parte dello Stato*.

⁵⁷ Per una analisi succinta dei diversi orientamenti, si veda GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. e soc.*, Padova, 2004, 439 ss. Dà contezza della suddetta divisione dottrina, altresì, LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, cit., 1430.

Si dà per assunta, in questa sede, la non divisibilità dell’orientamento che riconosce nel principio di uguaglianza il fondamento della concorrenza, ritenendosi che il principio di cui all’art. 3 della Costituzione presupponga parità di trattamento nell’accesso al mercato, libertà di gareggiare con mezzi propri, ma non anche «*il diritto di rimanervi e di rimanervi attraverso la repressione dell’iniziativa altrui*». In tal senso, si veda, altresì, OPPO, *Iniziativa economica*, cit., 331.

Questo *new deal* avviato dal legislatore, «*muovendo dalla libertà di concorrenza e passando attraverso il mercato concorrenziale comunitario e la concorrenza tout court di cui al nuovo art. 117*»⁵⁸ ha coinciso con una diversa declinazione della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale.

E, infatti, se è possibile rinvenire in alcune decisioni più risalenti della Corte la qualificazione della concorrenza unicamente quale libertà che «*integra (quella) di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori*» ed è ad un tempo «*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 ed a contenerne i prezzi*»⁵⁹, o ancora quale «*valore basilare della libertà di iniziativa economica (...) funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori*»⁶⁰, è nelle decisioni più recenti che sembra sfumare il richiamo alla concorrenza nei termini di libertà (oramai dato acquisito) ed accentuarsi invece una ulteriore «*dimensione*» della stessa proprio sulla suggestione delle indicazioni comunitarie.

Con la sentenza n. 14 del 2004, i Giudici della Consulta hanno chiarito che «*dal punto di vista del diritto interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, misure antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza*», precisando che la tutela della concorrenza «*costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere insita soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*»: il mercato concorrenziale, dunque, assurge a rilevanza in quanto sistema economico oggettivamente considerato, in ossequioso richiamo al principio ordinatore della politica economica dell'UE di un *economia di mercato aperta ed in libera concorrenza* (cfr.

⁵⁸ Cfr. NIRO, *sub art. 41, cit.*, 860.

⁵⁹ Si veda Corte Cost., 16 dicembre 1982, n. 223.

⁶⁰ Cfr. Corte Cost. 15 maggio 1990, n. 241.

art. 119, comma 1, T.F.U.E.), per la cui realizzazione sarebbe possibile «*il sacrificio o comunque la compressione delle medesime sfere di libertà economica (nonché di concorrenza) consacrate*»⁶¹ nell’art. 41.

Orbene, di là dal fondamento costituzionale (o *sovra* costituzionale) della c.d. concorrenza effettiva⁶², ciò che imporrebbe una (seppur breve pausa di) riflessione è la ricerca del *contenuto* del bene giuridico che *ivi* si esamina. Evidentemente, la tematica è facilmente inquinabile da giudizi di valore *economici*⁶³, sicché si rileva opportuna una mera indicazione descrittiva degli esiti possibili.

Volendo perseguire un ordine astrattamente cronologico, potrebbe affermarsi che la concorrenza, come bene giuridico tutelato, sia stata ricostruita dapprima sulla base del modello ideale di “*concorrenza perfetta*”, riconducibile alla tradizionale teoria microeconomica⁶⁴, secondo lo schema dell’equilibrio paretiano⁶⁵. Al citato approccio, tuttavia, è stato obiettato che la concorrenza perfetta sarebbe caratterizzata dall’«*assenza di innovazione*» e che, per tale ragione, non sarebbe «*funzionale rispetto all’obiettivo dello sviluppo economico e del maggior benessere economico collettivo*»⁶⁶. Sulla base delle critiche esposte si è delineata l’opzione della *workable competition*, ossia di una idea di concorrenza imperfetta che fosse distinta «da un forte processo dinamico di innovazioni e da effettiva possibilità di scelta per il consumatore»⁶⁷ arricchita, in seguito agli studi

⁶¹ Cfr. NIRO, *sub art. 41, cit.*, 860.

⁶² Sul punto, significativa è la proposta di legge costituzionale presentata il 15 dicembre 2010 alla Camera dei Deputati, n. 3967, secondo cui il nuovo testo dell’art. 41 cost. dovrebbe così essere riformulato: «*l’iniziativa economica privata è libera e deve svolgersi in condizioni di concorrenza (...)*».

⁶³ Per una succinta analisi degli orientamenti in tema di nozione di concorrenza oggettiva, si veda LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1431 s.

⁶⁴ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1432.

⁶⁵ Sul concetto di “*equilibrio paretiano*”, si veda, *ex multis*, già AMOROSO, *Meccanica economica*, Bari 1942, *passim*.

⁶⁶ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1432.

⁶⁷ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1433, il quale richiama, come fondatore della teoria in esame, l’economista J. M. Clark e rimanda, per l’analisi della suddetta teoria a PARAMITHIOTTI,

della scuola di Chicago ed all'orientamento post-Chicago, dall'idea che la concorrenza fosse *strumento necessario per garantire l'efficienza del sistema economico*.

In buona sostanza, col tempo, si è progressivamente consolidata una concezione più comprensiva della concorrenza (di cui si darà adeguata contezza, altresì, nel prosieguo del presente lavoro), «*volta ad evidenziare gli obiettivi di efficienza allocativa alla stessa stregua di quelli di efficienza produttiva e di efficienza dinamica*» (così come chiarito dalla citata sentenza della Corte Costituzionale), di fatto risolvendosi sulla base di «*tre elementi: a) la mancanza di barriere artificiali all'entrata, b) l'esistenza di una effettiva libertà di scelta dei consumatori e c) l'esistenza di un effettivo processo competitivo dinamico, caratterizzato da innovazioni tecniche, commerciali ed organizzative*»⁶⁸.

5. Garanti e arbitri: assetti istituzioni e fini costituzionali delle autorità indipendenti alla luce della crisi economica

Esplorati fondamento e contenuto della libertà di concorrenza, nonché i correlati nuovi «limiti» (ove tali possano considerarsi) della libera iniziativa economica, che impegnano l'interprete in costanti sforzi ermeneutici in ragione delle istanze comunitarie, risulta, ora, centrale l'analisi del ruolo attivo delle

L'evoluzione del concetto di concorrenza nella scienza economica, Politico (II), 1994, 37 ss.

⁶⁸ Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana, cit.*, 1434. Rispetto proprio al livello *dinamico*, l'Autore riconosce la validità dell'impostazione ordoliberal di Friburgo, i cui punti cardine risiederebbero in quattro elementi: «a) ogni mercato ha bisogno, per poter funzionare come tale, di regole certe e di istituzioni che le facciano rispettare; b) il funzionamento "spontaneo" dei mercati conduce ad assetti non conformi all'utilità sociale, perché comporta normalmente l'insorgere di potere di mercato in capo ad alcuni soggetti e conseguente compressione della libertà e del benessere di altri; c) è compito dello Stato dare un ordine giuridico ai mercati, si da orientarne l'azione verso risultati di massimo benessere collettivo; d) in questo quadro si rende necessaria anche un'attiva politica antitrust, volta a combattere i cartelli e gli abusi di potere monopolistico». Sul punto, si veda, altresì, OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, su <http://www.associazionepreite.it/>, 2007, 2.

istituzioni e dei regolatori, chiamati a fornire risposte alle problematiche emergenti dai singoli casi concreti.

L’ordinamento italiano, come accennato, è stato lungamente caratterizzato dai regimi di riserva: nei settori liberalizzati a partire dagli anni ‘90, oggi oggetto di regolazione, la concorrenza, intesa nella vasta accezione indicata nel paragrafo precedente e come autorevolmente affermato da Sabino Cassese, «*va promossa oltre che tutelata*»⁶⁹. Per un verso, le istituzioni politiche, specialmente negli anni della crisi economica, hanno favorito uno “sbilanciamento” della regolazione di settore: questa è transitata da modelli monistici e condizionali, affermatasi in un periodo di fiducia negli assetti concorrenziali dei mercati, a modelli dualistici e finalistici tradizionali. Per l’altro, la transizione dei mercati regolati verso la concorrenza appare ancora oggi un cammino incompiuto⁷⁰. Infatti, l’azione istituzionale, scontando l’eccessiva timidezza ed incertezza dei regolatori, non ha spinto verso la tutela dei “fini sociali” a cui si ispira l’impianto dell’art. 41 Cost., accettando, se non suggerendo, il *self-restraint* dei regolatori e la *self-regulation* degli operatori dominanti.

Muovendo da questi presupposti possono essere brevemente evidenziati almeno tre nodi problematici: l’atteggiamento di fondo dei padri costituenti circa l’*antitrust* ed il retaggio che questo ha lasciato all’interno della Costituzione; i problemi aperti dalla “nuovissima costituzione economica” a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona; i rapporti realtà storica e principi costituzionali, nel caso di specie tra crisi economica e legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti.

⁶⁹ Cfr. TESAURO - D’ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001.

⁷⁰ Cfr. BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5, 2003; BERMAN, *Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un’analisi comparativa*, in TESAURO - D’ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rassegna giuridica dell’energia elettrica*, n. 2, 1998; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 2, 2002.

5.1. Le istituzioni della concorrenza nella vecchia costituzione economica

Le istituzioni della concorrenza nella vecchia costituzione economica hanno ricevuto l'iniziale diffidenza persino dei padri costituenti, almeno sul piano della costituzionalizzazione delle stesse: la neonata Repubblica doveva dotarsi di una legislazione antimonopolistica ma, secondo lo stesso Einaudi, nel testo della Costituzione non si dovevano inserire i principi ispiratori dell'*antitrust*⁷¹. Limpida era invece la tensione dell'Assemblea costituente verso la lotta ai monopoli. Secondo il democristiano Piero Malvestiti, futuro Commissario Europeo per il Mercato interno e Presidente della CECA, occorreva «*difendersi contro la formazione di egemonie monopolistiche*».

Il deputato Guido Cortese, liberale e meridionalista, richiamava, dal canto suo, la necessità di introdurre norme «*preventive*» indirizzate a tutelare la concorrenza ed il consumatore, in ottica sorprendentemente moderna. Egli riteneva che «*se v'è davvero una rivoluzione liberale da compiere, questa rivoluzione liberale nel campo dell'economia è proprio la rivoluzione diretta a ristabilire l'economia di mercato contro le degenerazioni capitalistiche, contro i cartelli, contro i trusts, contro i pools, contro i monopoli, e contro le sopravvivenze corporativistiche [...]*». Cortese aveva presentato un emendamento all'allora art. 39 Cost.: «*La legge regola l'esercizio dell'attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore*». Il che significava, secondo il gergo tipico della *regulation*, vigilare ed intervenire, prevenire e reprimere, attraverso una legislazione antiprotezionistica e antimonopolistica.

Il 13 maggio 1947, Luigi Einaudi riconosceva nell'esistenza dei monopoli «*il male più profondo della società presente*», non certo la mancanza di programmi economici: di quelli, chiosava Einaudi «*ne abbiamo fin troppi*». «*Noi, in questa Costituzione, del monopolio non ne parliamo affatto*», sosteneva. Lo Stato, secondo il testo costituzionale in via di approvazione, si sarebbe

⁷¹ Sui rapporti tra legge ed istituzioni della regolazione, cfr. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford, 1997; SIDAK - SPULBER, *Deregulation and Managed Competition in Network Industries*, in *Yale Journal on Regulation*, n. 1, 1998.

fatto «*seguitatore e quasi complice dei monopolisti [...]. È come se dinanzi al ladrone pubblico che svaligia i viandanti, noi si dicesse al carabiniere: tu non arresterai il ladrone, ma anzi ti convertirai in ladrone e a tua volta spoglierai coloro che camminano per le strade*». E ancora: «*Io non affermo che nello statuto fondamentale dello Stato si debbano indicare le norme con le quali la legge debba cessare dal creare dei monopoli, perché cadremmo nel vizio del legiferare senza adeguata meditazione. Affermo soltanto che è necessario che nella Costituzione sia stabilito il principio che la legge non deve creare i monopoli. [...]. I mezzi per controllare i monopoli sono infiniti e vari. Non dobbiamo adesso stabilire quali devono essere, ma dobbiamo dire che vi debbono essere mezzi per controllare i monopoli. Il controllo deve effettuarsi sempre per via di una amministrazione pubblica ma il compito può essere anche delegato*».

5.2. La nozione di concorrenza nel Trattato di Lisbona: innovazioni nella costituzione economica materiale e problemi aperti

Il Trattato di Lisbona ha effettivamente innovato la costituzione economica materiale? Quale posto spetta, oggi, al principio di concorrenza e, per precipitato normativo, alle sue istituzioni? Dall’art. 3 del Trattato scompare l’indicazione della «*concorrenza non falsata*» come obiettivo fondamentale dell’Unione Europea. Ne derivano due conseguenze: lo sbilanciamento, guardato con favore da buona parte della dottrina⁷², del rifiuto del neo-liberismo e dell’affermazione dei «*risultati sociali*» che l’economia sociale di mercato può raggiungere; l’abbassamento della soglia costituzionale di legittimazione delle autorità indipendenti nazionali. Se, da un lato, il regolatore europeo si è mostrato pro-attivo durante il periodo della crisi economica, molti Stati hanno sfruttato il nuovo modello di politica economica suggerito dall’Unione per far retrocedere la funzione di regolazione dei mercati rispetto alla

⁷² *Ex multis*, M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, 192 ss.

regolazione finalistica della politica. Va certamente ribadito, come già fatto nel par. 4, che l'attuale assetto costituzionale italiano riconosce, all'art. 117 Cost., una concezione funzionale di concorrenza che si riferisce non tanto allo spazio della regolazione amministrativa dei mercati, per il quale potrebbe al più adoprarsi riferimento all'attività interpretativo – ermeneutica realizzata dalla Corte Costituzionale sul primo comma dell'art. 41 (cfr. *supra* nel testo), quanto alla titolarità della funzione.

Nel celebre volume *I garanti delle regole*⁷³, Sabino Cassese richiama una frase di James Landis («*the need for the expertness*») pronunciata durante le lezioni tenute alla Yale Law School nel 1938 in maniera da rispondere a quanti sollevavano il problema della «*unelected administrators legitimacy*»⁷⁴, vero problema aperto degli assetti costituzionali ed istituzionali della concorrenza, soprattutto negli Stati membri dell'Unione. Tale argomento non va certamente nella direzione di una costituzionalizzazione delle autorità indipendenti (o quantomeno dei principi che ne ispirano l'istituzione ed il funzionamento, funzionalmente differenti dal comma 1 dell'art. 97 Cost. e dal principio di legalità formale che ne deriva⁷⁵). Peraltro, come accennato, gli stessi padri costituenti non volevano legiferare cadendo nel “vizio” di farlo senza adeguata meditazione, forse consci che l'attività di regolamentazione del mercato è sfuggibile e può essere flessibile rispetto alla contingenza storica.

In questo quadro, le istituzioni della concorrenza scontano una doppia “instabilità” del quadro normativo⁷⁶: da un lato, un

⁷³ Cfr. CASSESE - FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 220.

⁷⁴ Cfr. AMATO, *Citizenship and Public Services. Some General Reflections*, in FREEDLAND - S. SCIARRA, (A CURA DI), *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, 1998 e AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in TORCHIA - BASSANINI, (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Passigli, Firenze -Antella, 2005.

⁷⁵ Sul punto, Cfr. GNES, *Le autorità indipendenti*, in L. FIORENTINO *et. al.* (a cura di), *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008, 93 ss.

⁷⁶ Cfr. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2001; NAPOLITANO - ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in GITTI, (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006; SIDAK - SPULBER, *Deregulation and Managed Competition in Network Industries*, in *Yale Journal on Regulation*, n.

malcelato ritorno delle ragioni della stabilità rispetto a quelle di concorrenza, integrate e protette soprattutto negli anni '90 e nella stagione delle liberalizzazioni, dall'altro, il ritorno della politica e dei modelli di regolazione dei mercati “dualistici”⁷⁷ e finalistici.

5.3. La funzione “politica” di regolamentazione dei mercati al tempo della crisi: rinascita della regolazione finalistica?

La funzione di regolamentazione dei mercati, specialmente al tempo della crisi economica, si ammanta di una coloritura politica, sebbene sia stata da sempre inquadrata dalla dottrina tra le funzioni eminentemente tecnico-regolative.

La crisi economico-finanziaria, deflagrata nel 2008, pone alcuni rilevanti interrogativi sulla tenuta delle istituzioni deputate alla tutela della concorrenza. John Fingleton ha osservato, al proposito, che «negli ultimi anni era venuta crescendo la fiducia nella capacità degli assetti concorrenziali di produrre effetti positivi. La crisi finanziaria e la recessione economica che ne è seguita hanno scosso i mercati, le classi politiche e l'opinione pubblica mettendo sostanzialmente a rischio tale fiducia»⁷⁸.

La crisi economica, in tal senso, solleva il problema cruciale della sufficienza degli strumenti condizionali di intervento nell'economia. «La recessione aumenta la pressione sui politici ad intervenire nei confronti delle imprese in crisi, della disoccupazione e della vulnerabilità dei consumatori. La crisi finanziaria, di là dal suo impatto sull'economia reale, modifica la fiducia sulla capacità dei mercati o dell'intervento dello Stato nel generare effetti virtuosi. E il distillato è stato una maggiore

1, 1998; VESPERINI - NAPOLITANO, *Liberalizzazione e concorrenza*, Quaderni dell'Istituto giuridico dell'Università della Tuscia, annali 1998-1999.

⁷⁷ Cfr., tra i più recenti, BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2009.

⁷⁸ Si veda FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, 7. Si vedano anche POSNER, *A Failure of Capitalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, 75 ss.; NAPOLITANO - ZOPPINI (a cura di), *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009, 13 ss.

*richiesta di intervento pubblico nei mercati*⁷⁹. La crisi, pertanto, ha determinato uno sbilanciamento della regolamentazione dei mercati in senso anticiclico⁸⁰: come autorevolmente osservato⁸¹, si è assistito, negli ultimi anni, alla richiesta delle imprese ad attenuare la concorrenza e alla inclinazione delle classi politiche ad accogliere queste istanze.

Se l'interrogativo a cui si vuol dare una risposta riguarda la rinascita della regolazione di stampo finalistico⁸², occorrerà necessariamente chiedersi se lo Stato regolatore rischia di uscire indebolito o, peggio, sconfitto dalla crisi economica⁸³. Inoltre, occorre chiedersi se la crisi abbia evidenziando la precarietà dello stesso e la capacità delle forme finalistiche di ingerenza pubblica nell'economia di rinascere dalle proprie ceneri⁸⁴. In punto di diritto, occorre chiedersi se la costituzionalizzazione delle autorità indipendenti nell'ordinamento italiano le avrebbe rese meno vulnerabili alla contingenza storica ed economica: tale riflessione può avallare le tesi di quanti sostengono l'insufficienza del quadro normativo sulle *authorities*. Il bilanciamento tra il rafforzamento della loro legittimazione e l'abbassamento della soglia di "costituzionalizzazione europea" del principio di concorrenza, nonché dal forte ritorno della politica, rappresenta il banco di prova più arduo per istituzioni che hanno tratto forza dall'Unione europea e che, oggi, appaiono indebolite.

⁷⁹ Cfr. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, cit., 9.

⁸⁰ Cfr. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica*, in *L'amministrazione pubblica italiana*, in CASSESE -FRANCHINI (a cura di), Bologna, 1994, II ed., 140 ss.

⁸¹ Cfr. CRANE, *Antitrust enforcement during national crisis: an un happy history*, in *GPC Magazine*, 2008, (consultabile su www.globalcompetitionpolicy.org), il quale osserva che «*antitrust laxity is often the government's first bargaining chip when it urgently needs something from industry*».

⁸² L'espressione è mutuata da TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992.

⁸³ Cfr. il celebre LA SPINA - MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

⁸⁴ Sul «ciclo della regolazione» e sulla «fenicie regolatoria», cfr. J. CHEN, *The legal Process and political Economy of Telecommunications Reform*, in *Columbia Law Review*, 1997, 835 ss., citato da CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in BONELLI - CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, 53.

6. Il potere di mercato degli incumbent: rimedi istituzionali

Se, come esposto precedentemente (*supra*, par. 4), la nostra Costituzione e il giudice delle leggi hanno accolto l'impostazione europea del diritto della concorrenza, rimangono nel nostro ordinamento alcuni riflessi della precedente costituzione economica. Seppur venuti meno molti monopoli, la nostra economia non ha completato il processo di liberalizzazioni intrapreso negli anni novanta sotto la pressione delle difficoltà di bilancio. Lo Stato rimane presente nell'economia in settori quali l'energia elettrica, il gas naturale, le poste, il trasporto ferroviario e i servizi pubblici locali.

Le politiche di liberalizzazione attuate dal legislatore italiano negli ultimi decenni, su spinta dell'ordinamento comunitario, hanno innanzitutto segnato un potenziamento e un più complesso intervento pubblico - attraverso processi di privatizzazione, apertura del mercato e regolazione - piuttosto che una sua riduzione⁸⁵. In Italia, il passaggio dal regime riserva esclusiva pubblica *ex art. 43 Cost.* al nuovo, ispirato ai principi di una economia aperta e in libera concorrenza⁸⁶, è segnato dalla trasformazione delle imprese pubbliche da enti pubblici economici a società per azioni⁸⁷. L'ottemperamento allo stesso tempo delle esigenze di servizio pubblico e di promozione della concorrenzialità del mercato ha richiesto una sofisticazione delle regole rispetto al precedente periodo in cui i servizi erano erogati in monopolio legale⁸⁸. Questa sofisticata regolazione *pro* concorrenziale va analizzata sotto due profili: nel suo rapporto con la libertà di iniziativa economica *ex art. 41*, comma 1, Cost. e

⁸⁵ Cfr. NAPOLITANO, *Crisi, trasformazione o rinascita dei servizi pubblici?*, in ID., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

⁸⁶ La leva con la quale viene sancita la fine dei monopoli nazionali risiede nelle disposizioni di ravvicinamento delle legislazioni nazionali tese alla creazione di un mercato interno e le disposizioni in materia di energia e reti transeuropee (TFUE, parte terza, titoli I, XVI, XXI).

⁸⁷ Cfr. CASSESE, *La nuova costituzione economica, cit.*, 83 ss.; NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, 2199 ss.

⁸⁸ Cfr. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici, cit.*, RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, 18 ss.; BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, 1 ss.;

nel rapporto con le norme generali *antitrust* ed in particolare con la fattispecie dell'abuso di posizione dominante⁸⁹.

Tre sono state le tipologie di strumenti adottati dal legislatore per la promozione della concorrenza (declinata quale "effettiva" nei paragrafi precedenti) nei servizi infrastrutturali: la garanzia di accedere ai servizi a rete per tutti gli operatori di quel determinato servizio, la separazione sotto diverse forme delle imprese nei diversi segmenti del mercato, al fine di evitare il fenomeno dei sussidi incrociati tra attività liberalizzate e attività sottoposte a regime di esclusiva, e le misure atte a limitare la posizione dominante degli ex-monopolisti che, altrimenti, manterrebbero tale posizione anche nel mercato liberalizzato. Queste tipologie di strumenti, insieme all'operare di autorità di settore indipendenti, avrebbero dovuto impedire che a monopolisti pubblici si sostituissero monopolisti privati e che si creasse sul mercato un potere economico privato tale da limitare la libertà di iniziativa economica di altri attori.

Alla base dell'apertura alla concorrenza dei settori regolati vi è stata la possibilità che accedessero alle reti e alle altre infrastrutture strumentali alla fornitura dei servizi più operatori senza che il proprietario delle stesse potesse opporre un rifiuto a contrarre se non per ragioni strettamente tecniche. È il principio del *third party access*, reso necessario in presenza di quelle strutture di rete, *essential facilities*, duplicabili solo ad un altissimo costo sociale e necessarie affinché gli operatori «a monte» della rete possano erogare il servizio agli utenti situati «a valle». Al momento delle liberalizzazioni tali infrastrutture erano in mano agli ex-monopolisti, concorrenti delle nuove imprese appena entranti sul mercato in segmenti differenti rispetto alla rete. Questo elemento ha posto il legislatore di fronte a due possibilità: mantenere l'infrastruttura in mano pubblica oppure cederla ad un operatore privato con l'obiettivo di allineare le sue scelte a quelle della collettività attraverso la regolazione. Questa scelta può dipendere da molti fattori, tra i quali la scelta degli obiettivi per la propria politica infrastrutturale e necessità di bilancio⁹⁰.

⁸⁹ Cfr. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale*, cit., 5.

⁹⁰ *Ibidem*, 281s..

Le regolazioni settoriali di liberalizzazione hanno sempre previsto disposizioni che permettessero l’accesso alle infrastrutture a tutti i soggetti diversi dai proprietari e gestori delle reti. La finalità di tali disposizioni era ed è quella di vietare il c.d. *rifiuto a contrarre*, fattispecie nella quale l’impresa titolare in esclusiva di una risorsa indispensabile per la produzione di un altro bene, rifiuta l’accesso a tale risorsa ai suoi concorrenti. La c.d. *essential facility doctrine* presenta alcune condizioni: l’esistenza di un’infrastruttura controllata in esclusiva da un’impresa il cui accesso permette di svolgere l’attività economica a valle, l’impossibilità per le imprese a valle di duplicare l’infrastruttura, il diniego all’accesso opposto dal monopolista ai concorrenti sul mercato a valle - o l’accesso concesso a condizioni inique- l’assenza di una legittima ed obiettiva a questo diniego⁹¹.

Poiché nel caso italiano molte delle infrastrutture a rete sono rimaste nelle mani delle imprese ex-monopoliste, è stato necessario applicare alcuni criteri di separazione delle attività di gestione delle infrastrutture rispetto ad altri rami d’attività delle stesse imprese, come quelle di produzione a monte o di vendita a valle, affinché *incumbent* e operatori alternativi potessero concorrere ad armi pari in questi segmenti del mercato, il c.d. *levelled playing field*. Tra le soluzioni prospettate per la separazione possiamo citare quella contabile, quella societaria e quella proprietaria. La separazione contabile prevede che

⁹¹ Va aggiunto su tale ultimo punto che la dottrina nord-americana e comunitaria differiscono: mentre la prima permette un rifiuto ad accedere all’*essential facilities* in presenza di ragioni economiche di tipo efficientistico, la dottrina comunitaria fa prevalere un principio di responsabilità speciale in capo all’impresa in posizione dominante, cfr. FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., 155 s.. A tal riguardo è utile citare la sentenza *Bronner*, 26 novembre 1998, in cui la corte ammetteva il rifiuto a contrarre in quel caso, distribuzione di giornali a domicilio su scala nazionale, in presenza di *facilities* alternative e della possibilità comunque di duplicare la rete in questione. Cfr. anche BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell’iniziativa economica?*, in *MCR*, 1999, 1, 149; DURANTE - MOGLIA - NICITA, *La nozione di Essential Facility tra regolamentazione e antitrust La costruzione di un test*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2001, 2, 257 ss. Più in generale, sulla nozione di potere di mercato nel pensiero ordoliberal, cfr. VATIERO, *The Ordoliberal notion of market power: an institutionalist reassessment*, in *European Competition Journal*, 2010, 3, pp. 689•707

l'organizzazione delle scritture contabile di un'impresa sia organizzata in maniera tale da distinguere costi e ricavi di rami di attività differenti come se facessero riferimento ad aziende diverse; la separazione societaria prevede la nascita di società distinte con la possibilità o il divieto che la proprietà possa essere la medesima; infine, la separazione proprietaria, la più invasiva rispetto al principio della libera iniziativa economica, prevede che vi siano divieti di possedere quote rilevanti di imprese impegnate nella stessa filiera di attività⁹².

Su questo aspetto, la situazione degli *incumbent* in Italia risulta variegata: nel settore delle telecomunicazioni, l'obbligo di separazione contabile è decaduto ma può essere imposto dall'Agcom ex art. 48 del d. lgs. 259/2003, nel settore dell'energia elettrica con il d.lgs. 79/1999 di recepimento della direttiva 96/92/CE si è proceduto allo scorporo della rete, andando anche oltre il dettato comunitario. La disciplina al riguardo nel settore del gas ha subito più modifiche: con il d. lgs. 164/2000 di recepimento della direttiva 98/30/CE, veniva stabilita la separazione societaria del trasporto e del dispacciamento dalle altre attività, anche qui andando oltre il dettato della direttiva comunitaria. Con il c.d. terzo pacchetto energia, nel 2009, l'Unione Europea ha inteso superare l'ostacolo alla concorrenza rappresentato da imprese verticalmente integrate proprietarie anche delle reti disciplinando diverse alternative: una diretta a realizzare una disaggregazione della proprietà mentre l'altra diretta a realizzare una separazione della gestione dalla proprietà⁹³. A tal riguardo il legislatore delegato, nel dare attuazione alla direttiva 2009/73/CE ha imposto all'impresa maggiore di trasporto, proprietaria della rete di trasporto nazionale e regionale del gas naturale, di conformarsi alla disciplina del "Gestore di trasporto indipendente" contenuta nel capo IV della direttiva⁹⁴. Al gestore del sistema di trasporto

⁹² Cfr. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 3, 470 s..

⁹³ Sull'adozione a livello europeo del terzo pacchetto energia cfr. CANEPA, *La costruzione del mercato europeo dell'energia e il difficile percorso del "terzo pacchetto" legislativo*, in *Amministrare*, 2009, 2, 217 ss.

⁹⁴ Decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, *Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura*

viene garantita l’indipendenza finanziaria e decisionale rispetto all’impresa verticalmente integrata: infatti dispone di poteri decisionali per quanto riguarda i beni necessari alla gestione, alla manutenzione o allo sviluppo del sistema di trasporto e del potere di reperire fondi sul mercato dei capitali, in particolare mediante un prestito o un aumento di capitale⁹⁵.

L’ultimo gruppo di misure atte a promuovere la concorrenza nei mercati regolati contraddistinti da una *essential facility* è quello relativo alle disposizioni che limitino il potere di mercato degli ex-monopolisti nel nuovo mercato liberalizzato. Nell’esperienza italiana, il legislatore ha inteso preordinare un limite del 50% per la quota di produzione dell’energia elettrica, spingendo *de facto*, l’*incumbent* Enel a vendere a terzi impianti produttivi; ad Eni, invece, nel settore del gas naturale, è stato imposto un tetto alle importazioni fino al 2010 ed un obbligo di offrire parte del gas importato sul mercato regolamentato. Altre misure, invece, sono state assunte direttamente dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas che, per esempio, nel settore dell’energia elettrica, ha inteso limitare i maggiori operatori fissando dei tetti alle quote sia per quanto riguarda il c.d. Cip 6 che per quanto riguarda l’importazione di energia⁹⁶.

Nonostante le numerose e diverse misure poste in essere dal legislatore, gli ex-monopolisti nell’energia sono riusciti a mantenere molto del loro potere di mercato e si deve constatare una duplice tendenza: da una parte, i tentativi di cattura della regolazione da parte degli stessi soggetti regolati e, dall’altra, una non chiara ripartizione tra Stato e privati del compito di ampliare la dotazione infrastrutturale⁹⁷ di cui si parlerà nel prossimo

comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE. (11G0136), pubblicato in Gazzetta Ufficiale n.148 del 28 giugno 2011 - Suppl. Ordinario n. 157, art. 10, comma 1, lett. a).

⁹⁵ Direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE*, Gazzetta ufficiale n. L 211 del 14/08/2009, art. 18, comma 1.

⁹⁶ Cfr. BRUTI LIBERATI, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori*, in BRUTI LIBERATI -DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007, 171 ss.

⁹⁷ *Ibidem*, 167; cfr. RANCI, *La promozione della concorrenza nel campo dell’energia: profili economici*, in BRUTI LIBERATI - DONATI (a cura di), *Il nuovo*

paragrafo. Questo dato porta con sé la necessità di nuove misure che promuovano la concorrenza (intesa quale autonomo bene giuridico da tutelarsi *ex art. 41 Cost.*) e che, come già ricordato, non si limitino ad una mera garanzia della stessa. Le misure vertono soprattutto, ancora una volta, sulle reti infrastrutturali, sia dal lato della loro neutralità sia per quanto riguarda l'assunzione di una regolazione capace di incentivarne l'aumento di capacità. Alla luce di queste prime riflessioni sui mercati regolati, possiamo in parte affermare che la preoccupazione degli ordoliberali di garantire la libertà individuale sia dal potere pubblico che da quello economico dei privati rimangono attuali, in quanto la presenza di *incumbent* sui mercati regolati porta a chiedersi quale sia il livello di libertà economica su questi stessi mercati. Allo stesso modo ci si potrebbe interrogare sul fatto che, le norme antitrust europee, trapiantate nell'ordinamento italiano, siano state in parte neutralizzate da un'applicazione delle stesse tesa più che altro a mantenere una qualche forma di controllo pubblico, seppur indiretto, su alcuni settori economici ritenuti strategici.

7. La promozione della concorrenza nei mercati regolati: il nodo delle infrastrutture

La questione della capacità infrastrutturale è contestuale all'esistenza e alla natura dell'*incumbent*: l'ex-monopolista proprietario delle reti, infatti, investirà per incrementarne la capacità solo nella misura in cui riuscirà a mantenere integra la sua posizione dominante sul mercato. Infatti nella passata esperienza, spesso l'impresa in posizione dominante ha spiegato il proprio rifiuto ad aumentare la capacità delle reti con un rischio di una bolla, cioè un'offerta di molto superiore alla domanda. La promozione della concorrenza attraverso l'incremento delle capacità delle reti è perseguibile in diverse modalità: un investimento pubblico diretto, con gli evidenti limiti di finanze di cui si è già parlato, un investimento diretto di

diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza, *cit.*, 94 ss. Sulla cd. *capture theory* si veda NAPOLITANO - ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, 84.

privati che godendo *ex post* dei benefici alla costruzione di nuove reti decidono di farsi carico anche della costruzione *ex ante*, una regolazione che incentivi il proprietario delle reti ad investire in base ad un sistema di premi e penali. Gli obblighi di *facere*, rispetto alla costruzione delle reti, che possono incombere su talune imprese in virtù degli effetti positivi in termini di maggiore concorrenza vanno attentamente soppesati con la stessa libertà economica di queste imprese, nell’ottica del dettato dell’art. 41 Cost.

In una fase di gravi ritardi infrastrutturali e di crisi delle finanze pubbliche è necessario riflettere approfonditamente sull’allocazione dei costi e dei benefici della costruzione di nuove reti⁹⁸. Se le reti rimangono in parte ancora di proprietà dell’ex-monopolista appare ragionevole assumere una qualche forma di responsabilità speciale in quanto proprietari di un bene di interesse collettivo e quindi tale fattispecie necessita di essere regolata anche per garantire all’impresa proprietaria delle reti il ritorno dei propri investimenti. Al contrario, se tale situazione viene considerata troppo invasiva o il bene è considerato particolarmente strategico per la politica industriale del paese, sorge la necessità di una chiara assunzione di poteri da parte del pubblico con una partecipazione diretta o un’azione indiretta. Poiché dove c’è bassa separazione tra proprietà delle reti e resto del mercato c’è necessità di maggiore regolazione, di conseguenza bisognerà garantirne l’indipendenza affinché possa prendere decisioni tali da stimolare investimenti infrastrutturali di lungo periodo senza il condizionamento dell’agire politico più concentrato sui risultati di breve⁹⁹ (con le difficoltà legata al

⁹⁸ Si veda GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in DE VINCENTI – VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006, 283.

⁹⁹ Per un’analisi riguardante i rapporti tra governo e Autorità per l’energia elettrica e il gas cfr. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l’autorità per l’energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 2, 435 ss. In generale sull’argomento cfr. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in DE VINCENTI – VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, cit., 53 ss.; SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato Concorrenza, Regole*, 2003, 2, pp. 337-354; MARZI - PROSPERETTI - PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, 2005. In una prospettiva legata alle riflessioni degli ordoliberali già richiamate nel

rapporto delle autorità con il potere politico affrontate nel par. 5.3). Un regolatore indipendente, competente ed efficace è una garanzia di stabilità normativa per il mercato e risulta essere un catalizzatore degli investimenti privati con la conseguenza che non si cristallizza alcuna posizione dominante e sono ottemperate sia libertà economica dei privati che la tutela degli interessi dei consumatori¹⁰⁰.

Nel caso di Terna, proprietario e gestore della rete elettrica nazionale, nella proprietà sono coinvolti operatori sia pubblici che privati, in particolar modo investitori istituzionali tradizionalmente attenti a ritorni di lungo periodo come quelli legati alla costruzione di opere infrastrutturali. Nonostante il risultato raggiunto per quanto riguarda l'indipendenza della rete elettrica, parte della dottrina ha autorevolmente contestato il metodo dirigistico con cui il gestore della rete ha attuato i piani d'investimenti senza dare priorità ad alcune opere; un metodo basato sull'incentivazione economica, e non solo sulla scelta delle priorità da parte delle autorità pubbliche, avrebbe portato ad una più veloce costruzione almeno di quelle opere di maggiore importanza che permettono il ritorno dei costi in un anno o due¹⁰¹. Regole incentivanti devono essere introdotte con premi e penali anche per quanto riguarda il possibile miglioramento delle prestazioni delle reti; il meccanismo incentivante per ridurre le interruzioni nella distribuzione di energia elettrica nella rete di trasporto ha dato ottimi risultati nel periodo 1999-2004¹⁰².

Il caso delle telecomunicazioni e la costruzione dei *next generation networks* pone la questione del rapporto tra libertà di iniziativa economica e la promozione della concorrenza di fronte a nuovi interessi in gioco. Il timore di rafforzare la posizione dell'*incumbent* che gioverebbe della costruzione di queste nuove reti, ha portato ad un rallentamento del progetto a causa della divergenza sulle scelte tecnologiche, e di conseguenza sui costi e

testo, cfr. VATIERO, *Valutazione delle autorità di regolazione una nuova introduzione*, in *Economia pubblica*, 5-6, 2009, 5 ss..

¹⁰⁰Su *regulatory governance* e *regulatory incentives* cfr., *ult. op. cit.*, 8 ss.

¹⁰¹ Cfr. RANCI, *La promozione della concorrenza nel campo dell'energia: profili economici*, *cit.*, 100 ss.

¹⁰² *Ibidem*, 98 ss.

benefici, tra l'*incumbent* e gli altri operatori, cd. alternativi¹⁰⁵. Non potendo essere lo Stato il costruttore diretto, dovrà assumere la decisione regolatoria migliore affinché siano stimolati investimenti privati così importanti, allo stesso tempo senza eccessivo detrimento per le ragioni pro concorrenziali di apertura delle reti. Gli investimenti per la banda larga sono presenti nell'agenda di ogni paese, sia in funzione anticiclica che come stimolo alla produttività del sistema¹⁰⁴ ma sono inevitabilmente sottoposti allo stretto vincolo di bilancio prima accennato. Un paese come il Regno Unito, anch'esso alle prese con pesanti difficoltà finanziarie, aveva inizialmente scelto di tassare le compagnie telefoniche (*landline duty*) con il fine di finanziare gli investimenti per la banda larga¹⁰⁵. Dopodiché, in coincidenza anche con il cambio di governo, si è optato per una misura meno invasiva della libertà delle imprese e si è proceduto con il favorire gli investimenti delle imprese private attraverso la semplificazioni amministrative¹⁰⁶.

8. Conclusioni

Il quadro che si è delineato mostra come il diritto della concorrenza europeo, originatosi dalle riflessioni degli ordoliberali, sia stato sicuramente recepito dall'ordinamento

¹⁰⁵ Cfr. FOTINA, *Al palo la newco sull'Ngn*, in *Il sole 24 ore*, 13 maggio 2011. Riflessioni più ampie sul cambiamento di paradigma nella definizione di posizione dominante sul mercato in seguito alla costruzione della banda ultralarga sono contenute in PROSPERETTI, *Essential facilities in via di costruzione? Una riflessione sulle politiche pubbliche nei confronti delle Next Generation Networks*, in *L'industria*, 2011, 1, 3.

¹⁰⁴ Gli investimenti per la banda larga sono uno dei pilastri del piano di rilancio dell'economia europea redatto dalla Commissione, si v. *A European Economic Recovery Plan*, Bruxelles, 26.11.2008, COM(2008) 800, 13 ss. Questi investimenti rientrano anche nella strategia europea per la competitività *Europa 2020; Investment in High Speed Internet in the Course of Economic Stimulus Packages*, CESifo DICE Report 3/2009, disponibile al sito www.cesifo-group.de/portal/page/portal/ifoHome/b-publ/b2journal/40publdice.

¹⁰⁵ Cfr. HM TREASURY, *Budget Report 2010*, March, 130.

¹⁰⁶ Cfr. HM TREASURY, *Budget Report 2010*, June, 29. Sulle misure pensate ed attuate in Italia per favorire la costruzioni di reti di banda larga cfr. TONETTI, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga: vera semplificazione?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 1, 117 ss.

italiano con un cambiamento sensibile rispetto alla costituzione economica del 1948. Rimane tuttavia una certa diffidenza culturale verso i principi della concorrenza e del libero mercato sancita dalla permanenza dello Stato in molti settori anche se in maniera molto minore rispetto al cd. *capitalismo di Stato*¹⁰⁷. La cultura giuridica predominante nell'Assemblea costituente, che vide minoritarie le tesi di Einaudi, sembra permanere nella costituzione economica attuale nonostante i moltissimi cambiamenti occorsi dal 1948 ad oggi quali la ratifica dei trattati europei e l'ingresso del diritto antitrust nel nostro ordinamento anche attraverso la legge del 1990 e l'istituzione di numerose autorità di regolazione. Queste autorità sono spesso sottoposte alle pressioni del potere esecutivo che preme per riappropriarsi delle funzioni prima delegate in nome della protezione di interessi pubblici e quindi di una regolazione finalistica. Inoltre, le autorità stesse rimangono tuttora prive di una legittimità costituzionale che le limita sul piano dell'*accountability* e della *responsiveness*. Questi fattori rendono difficile il completo dispiegarsi della concorrenza nonostante la presenza di norme in questa direzione nel nostro ordinamento e di contro tendono, alla fine, a riproporre un nuovo equilibrio formato da troppo potere pubblico o troppo potere privato¹⁰⁸.

Alla luce della contrapposizione tra libera iniziativa economica e garanzia dei diritti di proprietà da una parte, ed altri principi rilevanti per i pubblici poteri quali l'utilità sociale derivante dalla promozione della concorrenza, si può affermare che i rimedi al troppo potere privato di matrice istituzionale, quali la separazione tra reti infrastrutturali e i mercati a monte e a valle, sono benefici ed attuali in virtù dei notevoli effetti positivi per cittadini e imprese. Le finalità sociali che legittimano l'intervento pubblico in economia sono ancora presenti e coperta da garanzia costituzionale: tale intervento è finalizzato a garantire che le reti siano neutrali e contendibili. Naturalmente, questo intervento va limitato, alla luce dei principi di

¹⁰⁷ Cfr. SCARPA, *Dieci anni di riforme dei grandi settori a rete*, cit.

¹⁰⁸ «Come ci hanno insegnato gli "ordoliberali" (e non solo loro) i mercati non vivono mai in una specie di stato di natura e cercano sempre limiti ai flussi naturali che li attraversano. O quei limiti sono imposti dall'ordine legale della concorrenza o saranno limiti di altro genere, espressione di altri ordini o forse di inesorabili disordini», cfr. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., 116.

proporzionalità ed adeguatezza, a quei settori e quelle misure in grado di garantire gli investimenti, lo sviluppo e la concorrenza dei mercati, affinché i benefici della regolazione pro concorrenziale che si vuole assumere superino i costi derivanti dai limiti imposti alla libertà economica dei privati.

La strada tracciata è quella dell'art. 41 Cost.: il corretto bilanciamento tra la necessità di perseguire un maggior livello di benessere, promuovendo la libera concorrenza, e la libertà economica riconosciuta ai privati, anch'essa foriera di un maggior benessere per la collettività, deve essere costantemente ricercato ponendo limiti alla formazione tanto del potere pubblico quanto del potere privato.