

LE LIBERTÀ ECONOMICHE NELLA PROSPETTIVA DELLA CONCORRENZA: L'ESPERIENZA ITALIANA TRA AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. La libertà di concorrenza nell'ordinamento costituzionale: fondamento positivo. 2. L'ordinamento del libero mercato e il concetto costituzionale di concorrenza. 3. Lineamenti ricostruttivi dell'esperienza italiana.

1. La Carta costituzionale del 1948 non parla espressamente di libertà di concorrenza, che ha trovato pieno ingresso nel nostro ordinamento soltanto sullo stimolo del diritto comunitario. Essa pare, tuttavia, ispirare numerose norme della Costituzione, sia nella loro formulazione originaria (in particolare, quelle presenti nel titolo dedicato ai rapporti economici), sia nella versione risultante dalle modifiche operate, in ambiti diversi, dal legislatore costituzionale. L'esame delle prime può essere utile per ricostruire l'attenzione del Costituente al diritto oggetto di questo studio, anche alla luce dell'interpretazione, abbastanza consolidata, che di esse trae la giurisprudenza¹. Il dato positivo va, oggi, considerato anche alla luce dell'art. 117 Cost. nella sua attuale formulazione, che ha testualmente immesso nell'impianto della Carta il concetto di concorrenza.

In primo luogo, si è osservato² che la prescrizione *ex* art. 41, co. I, Cost., afferma la libertà di iniziativa economica, oltre che verso l'amministrazione, anche (e soprattutto) verso i gruppi economici privati più forti evitandone la trasformazione in monopoli di fatto, che costituiscono la reale minaccia all'esplicazione della stessa in un sistema che vede l'intervento pubblico nell'economia in maniera sempre più residuale. L'efficacia orizzontale dell'art. 41, co. I, Cost., può, per altro verso, farsi discendere dal generale obbligo di solidarietà che presiede ai rapporti tra le posizioni giuridiche soggettive private, quale limite alla subordinazione di un interesse determinato ad un altro economicamente prevalente³. L'interpretazione restrittiva di questa disposizione, nel senso della sua applicazione ai soli rapporti tra il soggetto pubblico ed i privati, la renderebbe priva di utilità⁴. Sotto altro profilo, nel silenzio della Carta neppure è ipotizzabile l'irriducibile contrasto tra la tutela della concorrenza e del mercato ed il paradigma costituzionale dell'iniziativa economica privata; un'interpretazione adeguatrice dell'art. 41 Cost. impone, di converso, l'integrazione, sul piano ermeneutico, dei due concetti⁵.

¹ La rilevanza costituzionale della libertà di concorrenza è un punto abbastanza pacifico nell'ambito della giurisprudenza tanto civile (per tutte, C. Cass., sez. I, sent. 1 febbraio 1999, n. 827, in Foro it., 1999, I, pp. 831 ss.) che amministrativa (per tutte, TAR Sicilia, sez. Catania, sent. 7 febbraio 1996, n. 122, in Foro amm., 1996, pp. 3062 ss.). Anche la giurisprudenza costituzionale ha affermato la tutela della concorrenza da parte della Carta del 1948, nonostante alcune (apparenti?) oscillazioni: si confronti C. Cost., sent. 7 ottobre 1999, n. 384, in Giur. Cost., 1999, pp. 2958 ss., con nota di A. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, che della pronuncia citata offre una lettura più favorevole alla configurazione delle libertà in esame nel sistema costituzionale. Al lavoro ultimo citato si rinvia anche per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza della Corte stessa nel senso dell'affermazione di una garanzia costituzionale della libertà di concorrenza.

² G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in Quad. Cost. 1992, pp. 16 ss.; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in AAVV, *La Costituzione economica*, Padova 1997, p. 99; L. MEZZETTI, *Costituzione economica e libertà di concorrenza*, in *Costituzione economica e libertà di concorrenza*, a cura di ID., Torino, 1994, p. 208; A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari* in *Scritti in onore di E. Tosato*, II, Milano 1982, p. 532. E si veda altresì la ricostruzione del rapporto tra libera concorrenza, esercizio dei diritti economici e principio democratico di F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna 2000, pp. 25 ss.

Contra, N. IRTI, *Iniziativa economica e concorrenza*, in *Per una nuova Costituzione economica* a cura di G. DELLA CANANEA e G. NAPOLITANO, Bologna, 1998, pp. 25 ss. Secondo l'A., altro sarebbe la garanzia dell'iniziativa economica verso lo Stato, altro verso gli altri operatori in cui si sostanzia la concorrenza.

³ F. SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, pp. 76 ss.

⁴ F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* a cura di ID., I, *La Costituzione economica*, Padova, 1977, pp. 526 ss.

⁵ C. PINELLI, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, in *La nuova età delle costituzioni*, a cura di L. ONAGHI, Bologna, 2000, pp. 202 ss., anche per una più puntuale critica alla tesi opposta.

La concezione dell' iniziativa economica come semplice libertà *dallo* Stato risente dell' impostazione liberale classica che ha portato ad elaborare la categoria dei diritti pubblici soggettivi⁶, che si esaurirebbero nel rapporto tra cittadino e Stato. In realtà, la dottrina contemporanea⁷ ha rilevato l' inidoneità di una siffatta ricostruzione a descrivere la realtà giuridica, posto che “al diritto soggettivo non si addice la distinzione tra pubblico e privato” e, pertanto, non è configurabile un diritto che si esplicherebbe soltanto nei riguardi dello Stato. Proprio la teorica dei diritti pubblici soggettivi, infatti, avrebbe dato luogo ad un fermento culturale tale da superare la concezione statocentrica del fenomeno giuridico⁸ aprendo, in particolare dopo il Secondo Conflitto Mondiale, ad un ripensamento del rapporto tra il cittadino e lo Stato tale che il primo costituisce “premessa antropologica e culturale” del secondo⁹. Il cittadino, e le situazioni soggettive che ad esso si imputano, preesistono al fenomeno statale e sono, pertanto, meritevoli di tutela a prescindere da valutazioni di opportunità da parte di quest' ultimo e nei riguardi di tutti i soggetti che possano recare danno a quelle situazioni medesime.

Sicché, le norme che tutelano i diritti fondamentali possiedono, in quanto tali, un proprio effetto trasversale, nei riguardi di tutti i soggetti, pubblici o privati, che operano nell' ordinamento giuridico; effetto che discende imprescindibilmente dalla loro stessa struttura, dal contenuto di valore che essi possiedono e che non avrebbe, altrimenti, significato alcuno¹⁰. Logico corollario di siffatto risultato teorico della dottrina contemporanea è la necessità di un ruolo attivo del potere pubblico volto a realizzare l' effettività dei diritti stessi: i quali, altrimenti, sarebbero attribuiti in misura uguale a tutti i cittadini soltanto sotto il profilo formale, nelle enunciazioni delle Carte Fondamentali¹¹. L' art. 41, in tale contesto, si presta ad un' interpretazione tale che non soltanto essa pone nel settore economico la regola fondamentale dei rapporti tra il cittadino e lo Stato, per cui quest' ultimo può legittimamente comprimere economica privata quando ciò sia necessario per la salvaguardia dell' ordine pubblico economico¹², e fungendo da base positiva per affermare il principio di sussidiarietà orizzontale nell' ordinamento costituzionale italiano¹³. Bensì, la norma afferma la tutela del cittadino – imprenditore dai meccanismi distorsivi del libero mercato, in ragione dei quali i soggetti più forti tendono ad approfittare

⁶ G. JELLINEK, *Diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. a cura di G. VITAGLIANO, Milano, 1912, in part. pp. 56 ss.

La teoria dei diritti pubblici soggettivi rappresenta una grande conquista del costituzionalismo liberale, che tuttavia va storicamente inserita in una ben determinata ricostruzione del rapporto tra cittadino e Stato tale da risolvere tutto il diritto in quest' ultimo, poiché anche il diritto dei privati, per ricevere tutela, necessiterebbe del riconoscimento da parte dello stato stesso. Per la formulazione di questa ricostruzione, G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1929, pp. 387 ss.

⁷ E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in Enc. del Dir., XII, Milano 1964, pp. 795 ss.

⁸ Concezione che avrebbe trovato le sue estreme conseguenze nelle marce di Norimberga e nei campi di concentramento: sul punto, G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in Riv. Dir. Cost., 1996, pp. 3 ss.

⁹ P. HÄBERLE, *Die europäische Verfassungstaatlichkeit*, in KritVfGRw, 1995, pp. 300 ss. L' impostazione dell' A. va inquadrata nella sua concezione di Costituzione come realtà culturale prima che giuridica. Per un' esposizione di siffatta tesi, P. HÄBERLE, *Verfassung als Kultur*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, a cura di ID., Tübingen, 2001, pp. 125 ss.; ID., *Lo Stato costituzionale europeo, in Sovranità, rappresentanza, democrazia*, Napoli, 2000, pp. 53 ss. Sul punto, inoltre, le pagine di C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Milano, 1998, pp. 59 ss.

In riferimento al mercato ed alla sua finzione di momento di realizzazione del cittadino, anche ai fini della delimitazione del potere pubblico in ambito economico, E. A. VON HAYEK, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit, III: Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen*, München, 1981, pp. 17 ss. e 177 ss.

¹⁰ Sul punto, già E. GRABITZ, *Freiheit und Verfassungsrecht*, Tübingen, 1976, pp. 48 ss.

Per la dottrina contemporanea, T. O. GANTEN, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Berlin, 2000, pp. 56 ss. e p. 81 con riguardo alla libertà di concorrenza che, secondo l' A., discenderebbe dal divieto di discriminazioni; M. JAENSCH, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Baden Baden, 1997, in part. pp. 140 ss. con riferimento alla libertà di concorrenza, attraverso percorsi argomentativi simili a quelli di Ganten. Analogamente, T. SCHILLING, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin, 1994, pp. 243 ss.

¹¹ La letteratura sul punto è vastissima e non può neppure essere accennata in questa sede. In riferimento all' ordinamento italiano, da ultimo, A. D' ALOIA, *L' eguaglianza sostanziale. Interpretazioni costituzionali e dinamiche sociali*, (provvisoria), Benevento, 1999, in part. pp. 138 ss., anche per ampi riferimenti bibliografici.

In generale, sulla necessità di una concezione sostanziale dell' uguaglianza, si vedano le classiche pagine di G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, München und Berlin, 1959, pp. 53 ss.

¹² Sul concetto di ordine pubblico economico nel quadro della Costituzione economica, anche alla luce dell' esperienza straniera, si veda F. ANGELINI, *Ordine pubblico economico e costituzione economica: l' esperienza francese*, in Studi parl. e di pol. cost., 1999, pp. 101 ss.

¹³ C. CAPOLUPO, *Principio di sussidiarietà e forma di Stato*, in *La riforma della Costituzione nei lavori della Bicamerale*, Napoli, 2000, p. 42; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in Dir. Soc. 1999, pp. 438 ss.

della loro posizione per eliminare i soggetti economicamente più deboli, prescindendo dalla “selezione naturale” tra gli operatori economici¹⁴ che dovrebbe giocarsi sul solo terreno della qualità dei prodotti offerti e della consequenziale preferenza dei consumatori. Il libero mercato non esclude il ruolo egemone di un’impresa, ove esso sia fondato sulla qualità dei beni e dei servizi da quest’ultima offerti: “non ha senso una gara in cui è vietato vincere”¹⁵. Ciò che il mercato vieta, è l’ingiustificato vantaggio ottenuto da un operatore economico sulla sola base della sua forza. Il mercato deve essere, nel sistema della Costituzione e dei valori che esso tutela, una gara, non una giungla.

Lungi dal prescrivere l’astensionismo del potere pubblico¹⁶, la norma costituzionale obbliga, pertanto, lo Stato a prestazioni positive volte ad assicurare il buon funzionamento della libera concorrenza tra operatori economici che, lasciata a se stessa, sarebbe “innaturale” e, pertanto, impossibile¹⁷, come meglio si cercherà di dire in seguito. Il diritto alla concorrenza che è bensì possibile radicare nel primo comma dell’art. 41, non meno che altri diritti costituzionalmente garantiti, richiede tuttavia, in altre parole, l’intervento dello Stato per essere effettivo. La proclamazione della sua libertà, ai sensi del primo comma della disposizione in esame, può realizzarsi soltanto se la libertà stessa viene limitata in ragione dell’utilità sociale al corretto funzionamento del mercato, secondo le prescrizioni di cui al secondo comma. Sotto questo profilo, la legislazione di attuazione della libertà di concorrenza trova il suo fondamento costituzionale nell’obbligo *ex art. 3, co. II, Cost.* di rimozione degli ostacoli economici che limitano la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, anche sotto il profilo delle libertà economiche che si troverebbero comprese dall’esercizio delle stesse libertà da parte di soggetti economicamente più forti, non meno che nella stessa tutela dell’iniziativa economica privata di cui l’art. 41¹⁸; la legislazione antimonopolistica, in altri termini, ha la sua *ratio* ultima nella tutela della dignità umana¹⁹.

La libertà di concorrenza discende, nell’ordinamento costituzionale del 1948, dalla limitazione dell’iniziativa economica privata necessaria proprio per renderla effettiva; essa si sostanzia nella limitazione ai soggetti dell’ordinamento di beni, energie e facoltà di cui potrebbero legittimamente, in astratto, disporre²⁰. La garanzia della libertà di iniziativa economica degli altri è, pertanto, la prima delle funzioni sociali che sembra possibile individuare, *ex art. 41, co. II e III, Cost.*, nell’iniziativa stessa²¹.

In definitiva, si è visto come la concorrenza costituisca un limite dell’iniziativa economica privata²², oltre che una sua propaggine. L’impostazione tradizionale cui s’è fatto cenno, che lega la concorrenza all’affermazione della libertà di iniziativa economica privata *ex art. 41, co. I*, rischia, dunque, di essere parziale, perché il principio concorrenziale è sotteso al complesso della norma costituzionale e la permea nella sua interezza: la concorrenza è affermazione dell’iniziativa economica, ma anche suo limite.

In altri termini, la questione se, all’interno dell’art. 41, la concorrenza vada ricondotta ad uno dei suoi tre commi piuttosto che ad un altro, pare, più che altro, un lavoro di Sisifo che ha una rilevanza pratica ben modesta. E invero, la situazione giuridica soggettiva riconosciuta dalla disposizione è

¹⁴ E. A. VON HAYEK, *Recht*, cit., pp. 97 ss.; N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 1998, pp. 47 ss.

¹⁵ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in Riv. dir. civ., 1993, II, p. 543. E si confronti anche E. A. VON HAYEK, loc. ult. cit.

¹⁶ Come invece vorrebbe il mercato secondo E. A. VON HAYEK, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit, II: Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit*, München, 1981, pp. 185 ss.

¹⁷ N. IRTI, *L’ordine giuridico*, cit., pp. 24 ss.

¹⁸ I. M. MARINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e giustizia amministrativa*, in Dir. econ., 1992, p. 574. Nel senso di una concezione dell’iniziativa economica privata assimilabile ad un diritto sociale, già nel pensiero liberale, G. AMATO, *L’interesse pubblico*, cit., p. 455.

¹⁹ F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, pp. 12 ss.

²⁰ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, pp. 58 ss.

²¹ Nel senso che i diritti fondamentali costituiscano una forma del limite dell’utilità sociale *ex art. 41, co. III*, la dottrina è unanime. Sarebbe, pertanto, superfluo qualunque riferimento diverso da M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983, pp. 62 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L’attività economica privata nel diritto pubblico*, Napoli 1959, pp. 53 ss.

²² C. PICCIOLI, *Contributo all’individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1996, pp. 33 ss.

unitaria, i suoi limiti sono connaturati alla sua stessa affermazione e inscindibili da questa; non dissimilmente, peraltro, da quanto accade per tutti i diritti costituzionalmente garantiti²³.

La dottrina ha sottolineato la natura di “principio valvola” della nozione di utilità sociale, che viene riempita di contenuti in ragione dell’attuazione della disposizione costituzionale da parte della volontà politica²⁴: è a quest’ultima che viene rimessa l’individuazione, nel concreto, della portata del limite dell’utilità sociale nei riguardi dell’iniziativa economica privata. Tale scelta politica, tuttavia, non è più rimessa ai soli organismi nazionali che, come è noto, hanno rinunciato, nel settore economico e produttivo, all’esclusività di tale decisione per attribuirne la contitolarità all’Unione Europea²⁵. Le regole fondamentali, in tali ambiti materiali, devono trascendere la dimensione nazionale (e dunque, la dimensione costituzionale) per integrarsi con le norme dei Trattati istitutivi²⁶. Sicché, anche il “concetto – valvola” ex art. 41, co. III, Cost. deve essere interpretato alla luce dei valori del diritto comunitario e, segnatamente, del principio della libera concorrenza che di quel sistema costituisce il *primum mobile*.

Il principio di sussidiarietà che è desumibile dal dato normativo si esprime anche attraverso lo strumento cui il Costituente aveva ritenuto di affidare la tutela dei consumatori rispetto ai monopoli privati: le nazionalizzazioni ex art. 43 Cost.²⁷. Quest’ultimo vuole costituire, infatti, un estremo baluardo contro l’abuso di posizione dominante²⁸, la sua applicazione presuppone il fallimento del mercato concorrenziale cui la Carta rimette, in prima battuta, la tutela di quegli stessi interessi protetti dall’art. 43²⁹. Il che pare, del resto, confermato proprio dalla *ratio* garantista dell’art. 43, che prevede l’intervento dello Stato solo a determinate condizioni ed entro limiti precisi³⁰: in particolare, la clausola dell’utilità o dell’interesse generale, che ricorre per due volte (forse un po’ pletoricamente) nell’ambito della disposizione citata, sembra far ritenere che l’intervento pubblico possa intervenire solo ove il sacrificio privato sia giustificato dall’interesse della collettività.

²³ L’impostazione tradizionale (per tutti, G. GHIDINI, *La concorrenza sleale: i principi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. GALGANO, vol. IV, *La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981, in part. pp. 91 ss.) tende, in verità, a legare la libertà di concorrenza all’iniziativa economica privata, trascurando le considerazioni svolte in ordine alla configurabilità della concorrenza stessa quale limite dell’iniziativa economica.

Sull’inscindibilità tra l’affermazione dell’iniziativa economica privata e i suoi limiti, da parte della giurisprudenza costituzionale, P. DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978, pp. 16 ss.

²⁴ A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in Enc. del Dir., XXI, Milano 1971, pp. 604 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pp. 117 ss.

Questa visione è, stata, tuttavia, disattesa dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha, in larga parte, recuperato un significato costituzionale autonomo in relazione ai limiti, per quanto generici, previsti in relazione alle libertà economiche. Sul punto, si confronti la ricostruzione di P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione “vivente”*, Padova, 1978, pp. 81 ss., nonché, più di recente, S. NICCOLAI, *Osservazioni sul problema dei limiti alle libertà economiche*, in Giur. Cost., 1990, pp. 1717 ss.

²⁵ T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell’economia*, Bologna, 1997, pp. 8 ss.

²⁶ P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli 1992, p. 126: “Con ciò non si invita a leggere la Costituzione alla luce della normativa comunitaria, ma a leggere la stessa Costituzione come sistema aperto e sensibile alle disposizioni aventi forza normativa [...] da essa stessa autorizzate e tendenti a specificarlo e completarlo; fermi restando i valori di fondo e le relative garanzie che la caratterizzano e, come tali, sono intangibili”.

Più in generale, nel senso dell’indifferenza della Carta del 1948 per una chiara scelta relativa alla c.d. costituzione economica, per cui essa sarebbe costituita, oggi, dal modello liberale imposto dalle Comunità Europee, F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di “Costituzione economica”* in Dir. Econ. 1992, pp. 89 ss.

²⁷ F. GALGANO, *Commento all’art. 43* in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna – Roma 1982, p. 193.

²⁸ F. GALGANO, *Commento cit.*, pp. 195 ss. E cfr. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione* in Quad. Cost. 1992, p. 12.

Sul carattere sussidiario dell’art. 43 Cost., cfr. C. Cost., sent. 10 luglio 1974, n. 225, in Giur. Cost. 1974, I, pp. 1775 ss: “Laddove non esiste, o addirittura non è possibile, la libera concorrenza, il monopolio meglio garantisce l’interesse della collettività”.

²⁹ Sul ruolo principale della concorrenza nel sistema costituzionale del diritto dell’economia, F. GALGANO, *Commento all’art. 41* in *Commentario cit.*, p. 41. Sul ruolo del mercato nella Costituzione G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione cit.*, pp. 7 ss.; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell’economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie* in *Economia e dir. del terziario* 1992, pp. 7 ss.; A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, pp. 20 ss.; F. TORTORELLI, *Intervento pubblico e attività economiche*, Padova 1992, pp. 31 ss. *Contra*, N. IRTI, *L’ordine giuridico cit.*, pp. 18 ss.

³⁰ F. GALGANO, *Commento all’art. 43 cit.*, p. 193.

L' intervento dello Stato contemplato dalla fattispecie normativa è residuale, secondo un impostazione caratteristica della sussidiarietà funzionale in relazione all' intervento pubblico³¹. Nell' art. 43, il monopolio non sembra costituire necessariamente un male: lo è solo in quanto privato, e solo ove la peculiare rilevanza pubblicistica di determinati settori ne rendano pericoloso (la formulazione severa della Carta non permette, probabilmente, l' utilizzo di uno strumento così compressivo dell' autonomia privata sulla base di una mera opportunità politica in tal senso) l' affidamento all' autodeterminazione privata. La scelta della nazionalizzazione *ex art. 43* non costituisce un obbligo per il legislatore, ma dipende dalla sussistenza di una minaccia, da parte del privato, al bene costituzionalmente tutelato dell' interesse generale (bene, invero, di non facile determinazione). E' abbastanza evidente che la realtà di una minaccia di tal fatta, se non è stata riconnessa dal Costituente al semplice stato di fatto della posizione dominante, dipenderà dal comportamento che, *in concreto*, abbia assunto il monopolista; dipenderà, appunto, dall' *abuso* che il monopolista eventualmente commetta in ragione del suo ruolo egemone nel mercato. E del resto, l' attenzione da parte del diritto positivo ai pregiudizi che possono derivare dalla condotta dell' impresa monopolista si era concretata, già anteriormente all' ordinamento repubblicano, nella garanzia *ex art. 2597* in riferimento alle situazioni di monopolio legislativamente riconosciute.

Sembra certo, in ogni caso, che dall' art. 43 sia desumibile una scarsa fiducia del Costituente sulla possibilità da parte del mercato di evitare i propri fallimenti, e che il sistema di mercato “abbia in sé la capacità di raggiungere i fini di “sicurezza, libertà, dignità umana, retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del lavoro” che la Costituzione enuncia”; sotto questo profilo, l' impatto del diritto comunitario ha certamente rovesciato la prospettiva della Carta³², senza, tuttavia, nulla togliere ad un riconoscimento costituzionale della concorrenza che, sebbene, forse, poco convinto, era tuttavia implicito in un sistema incentrato sullo sviluppo della persona umana.

La residualità della norma *ex art. 43* non significa, naturalmente, che essa non abbia (più) spazio nell' ordinamento italiano. L' affermazione³³ per cui l' art. 41 co. III, e l' art. 43 Cost. “appaiono oggi patetici relitti”, nella stagione in cui “impazza la sola tradizione liberale”, non pare condivisibile in un sistema costituzionale in cui la valorizzazione dell' iniziativa economica privata non può e non deve essere letta come rinuncia ai Principi Fondamentali della Costituzione, in particolare alla tutela dei diritti sociali e del principio solidaristico. A estrema tutela di questi ultimi si pone infatti, come ieri ancora oggi, l' art. 43 Cost.

Una tutela costituzionale della concorrenza riceve oggi, come detto, un forte riconoscimento testuale nella disposizione del novellato art. 117, co. II, lett. e) della Carta. La norma deve essere, naturalmente, letta in combinato disposto con le altre cui si è fatto riferimento, tuttavia è indicativo che la concorrenza costituisca, nelle intenzioni del legislatore costituzionale, un bene giuridico tanto rilevante da rimetterne la tutela alla disciplina posta dall' organo rappresentativo della collettività nazionale nel suo complesso. La concorrenza, nel testo vigente della Costituzione, è coperta da una riserva di legge statale (non dissimilmente da quanto accade per altri diritti riconosciuti dal Costituente del 1948), segnale chiaro dell' attenzione di cui oggi essa è fatta oggetto all' interno del sistema costituzionale. Altro è, naturalmente, il problema della competenza ad attuare le scelte operate dal legislatore nazionale in materia concorrenziale, se, cioè, tale attuazione sia riservata alle amministrazioni statali ovvero possa o debba coinvolgere anche gli enti territoriali, come sembra più coerente affermare alla luce della *ratio* ispiratrice della riforma.

³¹ J. MEYER, *Risikoregulierung im Binnenmarkt: zur Problemlösungsfähigkeit der europäischen politischen Verwaltung*, in *Das Ausschlußwesen der Europäischen Union*, a cura di C. JOERGES e J. FALKE, Baden Baden, 2000, pp. 319 ss. Su un piano di teoria generale, sul punto, le classiche pagine di E. A. VON HAYEK, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit, III: Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen*, München 1981, in part. pp. 17 ss. ma *passim*.

³² T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell' economia*, cit., pp. 37 ss.

³³ Di G. U. RESCIGNO, *A proposito di prima e seconda Repubblica* in *Studi parl. e di pol. cost.*, 1994, p. 18. Analogamente, P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino 1996, p. 31, per la quale “fa solo sorridere, ad esempio, che uno Stato possa ancora attuare una programmazione generale *ex art. 41*, terzo comma, Cost. vigendo sul territorio comunitario la libera circolazione dei beni, merci e servizi, essendo garantita la libertà di stabilimento per imprese di altri Stati (della Comunità) e la libera circolazione dei lavoratori e vigendo, inoltre, il divieto di fornire aiuti finanziari alle imprese, pubbliche o private [...]”.

Infine, il fondamento della libertà di concorrenza nel sistema costituzionale è riconducibile all'influenza che su di esso ha avuto il diritto dell'Unione Europea³⁴. Parte della dottrina ha ritenuto assente, nella Carta costituzionale, un modello di Costituzione economica³⁵, rimettendone la definizione ai principi elaborati dall'Unione stessa³⁶. In realtà, già il cammino verso l'integrazione nel diritto comunitario impone un'interpretazione dell'art. 41 che non prescindia dai principi del Trattato comunitario, in ragione dell'unitarietà del sistema della Carta del 1948 che impedisce di "ritagliare" alcuni settori, quali quello economico, autonomi e pertanto, almeno potenzialmente, informati a valori diversi dai Principi Fondamentali³⁷. Sicché, anche la libertà di concorrenza, quando anche si rigettasse l'interpretazione proposta delle disposizioni *ex artt.* 41 e 43 Cost. cui è possibile ancorarla, troverebbe cittadinanza nell'ordinamento italiano in ragione dell'affermarsi del diritto comunitario: l'unitarietà di quest'ultimo rispetto alle norme della Carta gli attribuirebbe, secondo un'impostazione, una posizione *lato sensu* costituzionale, a causa della sua sovraordinazione e, pertanto, dell'immodificabilità dei valori che ne sono a fondamento; primo tra tutti, la libertà di concorrenza. In una fase successiva, tali valori devono necessariamente trascendere il piano del diritto comunitario, a pena, secondo la dottrina in esame, di una violazione del principio di uguaglianza, ed estendere la propria efficacia in tutti i settori dell'ordinamento giuridico³⁸.

Ed è proprio sulla base dell'interpretazione combinata delle norme nazionali e comunitarie che il Giudice delle leggi ha ritenuto poggiare la protezione costituzionale della libertà di concorrenza³⁹. La Corte ha affermato la tutela costituzionale della libertà di concorrenza, ancorandola all'art. 41 della Carta, ma facendo riferimento, al contempo, al Trattato istitutivo della Comunità al fine di dimostrare la sussistenza di limiti "che l'ordinamento giuridico pone nell'interesse individuale o in quello della collettività". E' indicativo, per altro verso, che la legge n. 287 del 10 ottobre 1990 per la tutela della concorrenza e del mercato, su cui si avrà modo di ritornare, faccia riferimento non soltanto all'art. 41 della Costituzione, di cui si definisce attuativa, ma anche alle norme comunitarie.

Certamente, la concorrenza trova un proprio riconoscimento positivo anche all'interno del codice civile (artt. 2595 ss.). Tuttavia, il concetto codicistico di concorrenza è assai lontano da quello presente nella Costituzione e nel diritto dell'Unione Europea. Per meglio dire, profondamente diversa è la prospettiva da cui il codice guarda alla libera concorrenza. Il legislatore del 1942 ha inteso la concorrenza come una questione tra soggetti privati, priva di interesse pubblico⁴⁰. Riprendendo una distinzione autorevolmente avanzata, si può dire che il codice disciplina singoli atti di concorrenza, non la concorrenza stessa che è un'attività⁴¹. Ciò risulta ben chiaro dal contesto storico in cui ha visto la luce il codice civile, contesto nel quale l'intervento statale nell'economia era rilevante ed in espansione, e gli interessi pubblici erano tutelati direttamente dalle strutture dell'amministrazione. La concorrenza tra gli operatori economici era, pertanto, irrilevante dal punto di vista dello Stato, quando non potenzialmente in conflitto con "gli interessi dell'economia nazionale" e, pertanto, soggetta a limiti (art. 2595)⁴². Le norme che il codice detta in materia di concorrenza non tutelano altri beni che l'autonomia contrattuale dei singoli imprenditori; nel sistema del codice, essa non gioca alcun ruolo rilevante sul piano dell'interesse pubblico, perché la tutela di quest'ultimo era affidata ad altri modelli. Pertanto, la

³⁴ G. BERNINI, *La legge antitrust italiana: esperienze pregresse e prospettive future*, in *Dir. Econ.*, 1996, pp. 9 ss.

³⁵ F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di "Costituzione economica"* in *Dir. Econ.* 1992, pp. 89 ss.

³⁶ G. AMORELLI, *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina della concorrenza sul piano interno e comunitario* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1991, pp. 949 ss.; F. COCOZZA, *ivi. Contra*, nel senso dell'incompatibilità dell'art. 41 Cost. con i principi del diritto comunitario, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 24 ss.

³⁷ Come M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino 1990, pp. 374 ss.

³⁸ A. BLECKMANN, *Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte*, in *Das Europa der zweiten Generation – Gedächtnisschrift für C. Sasse*, a cura di F. CAPOTORTI, II, Baden Baden, 1981, pp. 79 ss.

³⁹ Sent. 223/1982 cit.

⁴⁰ G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. Dir.*, 1970, p. 452. Più recentemente, E. FRENI, *La tutela della concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2000, pp. 2823 ss.

⁴¹ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, pp. 5 ss. e p. 14, nel senso che il codice si occupa "della disciplina a tutela dei paciscenti, e non di quella a tutela della libertà e del mercato".

⁴² Sicché, sembra condivisibile l'interpretazione abrogatrice della norma in esame da parte della Costituzione repubblicana: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., p. 18.

disciplina della concorrenza è di puro diritto privato: dalle condizioni dei limiti convenzionali alla concorrenza alla repressione degli atti di concorrenza sleale, l'unico soggetto tutelato dalle norme del codice è l'imprenditore; altri interessi, quali, segnatamente, quelli dei consumatori, rivestono un rilievo eventuale e di riflesso⁴³. L'unica norma che sembra rivestire un qualche interesse generale, l'obbligo di contrattare a carico del monopolista legale, per un verso è inapplicabile al regime di monopolio di fatto⁴⁴, per altro verso resta sempre nell'impostazione della tutela dell'autonomia contrattuale.

In definitiva, la concorrenza è descritta, nel sistema del codice, come un *fascio di rapporti* tra imprenditori da regolare attraverso il diritto dei privati, non come uno *status* del sistema economico che necessita di una disciplina di carattere pubblicistico⁴⁵. Il fatto che l'interesse privato sotteso alla libertà di concorrenza trovi una sua tutela già all'interno del codice civile spiega perché esso sia invece oggetto di una normativa ben scarna all'interno della legge 287/90⁴⁶: questa legge vuole, in realtà, restituire alla concorrenza medesima una rilevanza pubblicistica che essa aveva fino ad allora nel sistema costituzionale, non anche all'interno delle disposizioni legislative di attuazione che si erano limitate, fino ad allora, ad una tutela di diritto privato e che sono, dalla legge stessa, presupposte.

Se tale è l'attenzione del codice al fenomeno in esame, la disciplina era necessariamente insufficiente al ruolo che il Costituente prima ed il legislatore comunitario poi gli avrebbero assegnato. La libertà di concorrenza ha trasceso il piano dei rapporti di diritto privato, rivestendo una centralità all'interno del governo dell'economia che se per un verso rende le tutele codicistiche insufficienti per l'esplicazione della libertà dei cittadini, per altro verso presuppone l'intervento pubblico, come accennato, a garanzia della sua effettività. Nel sistema costituzionale vigente, la concorrenza è troppo importante per essere lasciata soltanto ai privati. Se ne deduce, sotto il profilo della natura della situazione giuridica soggettiva, che essa costituisce un diritto soltanto in parte disponibile: ossia, soltanto in relazione a quei profili che il legislatore del 1942 ha rimesso all'autonomia dei privati⁴⁷.

Era, pertanto, naturale che il fenomeno di "decodificazione", di frantumazione dell'unitaria disciplina posta dal codice, specie nei settori più rilevanti, coinvolgesse anche le norme a tutela della libertà di concorrenza. Quest'ultima è oggi disciplinata, in primo luogo dalla citata legge 287/90, ma anche da una pluralità di altri atti che la tutelano nei settori più disparati quale, ad esempio, quello delle telecomunicazioni, e sotto una pluralità di profili quali quello della repressione della pubblicità ingannevole⁴⁸. Ai fini del presente lavoro, ci si limiterà alla disciplina generale posta dalla legge 287, anche perché quest'ultima risulta, peraltro, assai simile alle altre soluzioni legislative che cambiano, essenzialmente, l'autorità cui rimettere la tutela amministrativa della concorrenza; pertanto, i problemi derivanti dal concorso tra le garanzie amministrative e quelle giurisdizionali sono, in gran parte, non dissimili. Per altro verso, è l'ambito materiale contemplato dalla legge citata a presentare i maggiori profili di interesse sotto il profilo della tutela costituzionale della concorrenza.

In generale, si tratta di una disciplina estremamente elastica, "fondata su pochi divieti generali che hanno come destinatari le imprese, più che su regole analitiche di comportamento degli operatori",

⁴³ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 1996, p. 244.

⁴⁴ Affermazione pacifica (per tutti, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., pp. 55 ss.), nonostante il seducente ma non condivisibile tentativo in senso inverso di G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, pp. 254 ss. L' A. sottolinea, peraltro, il rapporto tra l' art. 2597 e la norma "gemella" in materia di pubblici servizi di linea per il trasporto di persone e cose, l' art. 1679.

⁴⁵ G. RINCK, *Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen*, in *Recht im Wandel*, Köln, 1966, p. 370.

⁴⁶ L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano* a cura di A. FRIGNANI – R. PARDOLESI – A. PATRONI GRIFFI – L. C. UBERTAZZI, II, Bologna, 1993, p. 1449.

⁴⁷ Questa conclusione determina conseguenze di non poco momento soprattutto in relazione alla possibilità di devolvere ad arbitri le controversie in materia di concorrenza. Tale possibilità, al di fuori dei limiti fissati dalle norme codicistiche, deve ritenersi esclusa in ragione del ruolo di garante del corretto funzionamento della concorrenza e del mercato che, come si vedrà meglio, l'ordinamento attribuisce oggi (anche) all'autorità giurisdizionale ordinaria.

Non condivisibile sembra, pertanto, il diverso orientamento manifestato, sia pure in un *obiter dictum*, dalla Corte di Cassazione (sent. 21 agosto 1996, n. 7733, in Riv. dir. ind., 1997, II, pp. 148 ss., con nota di TONI). In generale, sul punto, anche in relazione ai problemi collegati alla tutela cautelare, M. TAVASSI, *La tutela cautelare antitrust davanti alla Corte d' Appello*, in *Diritto processuale antitrust* a cura di M. TAVASSI e M. SCUFFI, Milano, 1998, pp. 225 ss.

⁴⁸ Per un panorama dei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole, anche sotto il profilo della tutela giurisdizionale, G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 752 ss.

la quale acquista “il significato di una regolamentazione minimale che è coesistente, al pari del principio dell’ autonomia contrattuale, al concetto stesso di libero mercato”⁴⁹. Essa abbonda, per altro verso, di disposizioni di principio, volte ad esprimere l’ opzione ideologica di fondo della tutela del libero mercato più che a regolare nel concreto i comportamenti degli operatori economici, coerentemente con un quadro complessivo di orientamento, attraverso tali disposizioni, dell’ attività interpretativa degli operatori del diritto cui è rimessa, nel sistema della legge, la salvaguardia del valore che essa esprime⁵⁰. Sotto il profilo della garanzia di tutele giurisdizionali, il ricorso ad una normazione generale di principio ha anche l’ effetto di riportare gli interessi coinvolti sullo stesso piano, in modo da garantirne l’ uguaglianza, evitando la selezione degli interessi predominanti al momento della formazione di una eventuale legge provvedimento di settore “contrattata” dalle parti sociali più forti⁵¹, che avrebbe l’ effetto di favorire queste ultime rispetto agli altri soggetti coinvolti da un’ attività materialmente amministrativa attraverso l’ esercizio della medesima in forma di legge e secondo il regime giuridico tipico dell’ atto del Parlamento⁵².

§ 2. Preliminarmente, è necessario stabilire il contenuto della libertà cui si fa riferimento, ossia individuare un concetto giuridico di concorrenza ai fini delle tutele pubblicistiche.

In primo luogo, ci si potrebbe chiedere se la concorrenza sia da considerarsi una posizione soggettiva autonoma, ovvero un contesto giuridico ed economico nel quale vadano ad esplicarsi le singole libertà economiche.

Ad un più attento esame, in realtà, si evince come questo sia un problema più di terminologia che di sostanza. E invero, l’ esame delle disposizioni costituzionali che si è cercato di compiere rivela come sia possibile ancorare la concorrenza a disposizioni che tutelano singoli diritti economici, quali, appunto, il citato art. 41, co. I, Cost.; in questo senso, la concorrenza si configura come una situazione soggettiva direttamente imputabile ai singoli, ossia come un fascio di poteri di diversa natura, rivolti ai soggetti privati non meno che a quelli pubblici, al fine di rendere effettiva tale libertà⁵³.

Per altro verso, tuttavia, la concorrenza è connessa e difficilmente scindibile da altre libertà economiche e, in primo luogo, dall’ iniziativa economica privata. Invero, in tanto si è titolari della pretesa a vedere realizzata la concorrenza in quanto è configurabile un interesse concreto a tale pretesa: per esempio, all’ assenza di turbative all’ esercizio di un’ impresa. Da questo punto di vista, la concorrenza si configura come l’ *humus* entro il quale può rendersi effettivo il diritto all’ esercizio di un’ attività economica *ex art. 41 Cost.*; e tuttavia, esso si traduce anche, come visto, in una serie di potestà

⁴⁹ M. CLARICH, *L’ attività di segnalazione e consultiva dell’ Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico – parlamentare?*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 87.

⁵⁰ Sulla funzione espressiva di “una scelta ideologica in ordine a varie situazioni” delle disposizioni di principio, nonché sulla loro funzione di indirizzare l’ attività dell’ interprete, V. ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano, 1970, pp. 88 ss. ma *passim*.

⁵¹ P. A. CAPOTOSTI, *Tendenze alla negoziazione degli interessi tra amministrazione e privati e principio di legalità*, in *Studi in memoria di F. Piga*, I, Milano, 1992, pp. 220 ss.

⁵² F. P. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 144 ss., che si esprime in termini, in riferimento alle stesse parti sociali, di “controinteressato più forte”.

Il problema era già stato avvertito da C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968. L’ A. auspicava l’ introduzione di garanzie procedimentali ulteriori rispetto a quelle *ex artt. 70 ss. Cost.*, anche attraverso la fonte del regolamento parlamentare, che mirassero a “fornire la prova del buon esercizio della discrezionalità conferita al legislatore”, ipotizzando persino un obbligo di motivazione volto a “dar conto del perché della deroga” (pp. 130 ss.).

Per altro verso, in sede di giudizio di legittimità sulla legge provvedimento, il Mortati riteneva, già alla stregua del diritto vigente, la peculiarità del giudizio stesso in particolare sotto il profilo della garanzia del contraddittorio, giungendo ad ammettere l’ ammissibilità nel processo costituzionale dell’ intervento dei controinteressati attraverso un’ interpretazione particolarmente estensiva dell’ art. 22 delle Norme Integrative e dell’ art. 28 del Testo Unico sul Consiglio di Stato (pp. 160 ss.).

Sull’ ammissibilità, nel nostro ordinamento, della figura del controinteressato nel giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi provvedimento, più di recente, S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Napoli, 1990, pp. 151 ss.

⁵³ Sull’ autonomia concettuale della libertà di concorrenza e sul suo legame con una “meditata cultura dell’ impresa”, si confrontino le considerazioni di A. PACE, *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell’ art. 180 l. n. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà d’ impresa*, in *Giur. Cost.*, 1990, pp. 1486 ss., nota critica a C. Cost., sent. 15 maggio 1990, n. 241, ivi, pp. 1467 ss.

che non sarebbero immediatamente riconducibili al diritto considerato. Sicché, pare a chi scrive inopportuno e di scarsa utilità pratica ragionare sull' autonomia della libertà di concorrenza: essa configura, bensì, una serie di potestà concettualmente autonome e distinte dal contenuto delle singole libertà economiche in sé e per sé considerate, ma a queste ultime risulta, per altro verso, connessa tanto strettamente da rendere un assurdo logico la titolarità in astratto della libertà di concorrenza senza considerare anche i diritti economici che, nell' ambito della prima, possono esplicarsi al loro massimo grado⁵⁴.

E' noto che il concetto di concorrenza sorge nell' ambito della scienza economica; sicché, il problema che si pone, in primo luogo, è di verificare la compatibilità dei risultati teorici che ci consegna siffatta scienza ai fini della delimitazione giuridica di tale libertà.

E' certo che il fenomeno giuridico e quello economico si integrano a vicenda, sicché non è possibile, anche nel diritto pubblico dell' economia, comprendere l' uno prescindendo totalmente dall' altro⁵⁵. E tuttavia, i concetti giuridici possiedono una propria autonomia⁵⁶, un proprio significato che va ricostruito attraverso i criteri interpretativi classici della scienza del diritto, in particolare in funzione dei valori che essi vogliono tutelare e dei loro scopi⁵⁷.

Parte della dottrina⁵⁸ ha adottato un approccio di tipo istituzionista, per cui la concorrenza sarebbe un fenomeno sociale preesistente il momento giuridico, una sorta di ordinamento posto da regole non scritte che presiedono ai rapporti tra le imprese. La libertà di concorrenza, secondo tale impostazione, sarebbe insita nella attualità di un' attività economica aperta ed ordinata, da cui deriverebbe altresì la sua legittimazione giuridica. Si percepisce, in siffatto modo di argomentare, l' influenza della scienza economica, in particolare sotto il profilo della concezione "perfetta" del fenomeno in esame visto come qualcosa di naturale, come un meccanismo di esplicazione dell' iniziativa economica privata che verrebbe fuori *ex se* dall' instaurazione di un regime di mercato come Minerva dalla testa di Giove; in tale prospettiva, il ruolo pubblico dovrebbe necessariamente limitarsi ad impedire a variabili esogene di turbare un equilibrio naturalmente imposto da una qualche "mano invisibile".

Anche prescindendo dalle critiche autorevolmente avanzate ad un' impostazione di tal fatta⁵⁹, sembra che essa conduca a risultati affatto differenti dalla realtà delle cose. Invero, *nulla questio* può esservi sulla qualità di ordinamento istituzionale riferita alle imprese commerciali e, in generale, agli operatori economici in un contesto di libero mercato⁶⁰. Ma a ben guardare, è proprio questa premessa che impedisce di considerare la concorrenza un ordinamento del mercato spontaneo.

E invero, se ciascuna impresa costituisce un ordinamento giuridico tendenzialmente autonomo, i rapporti tra le imprese saranno i medesimi che si vengono a creare tra i sistemi giuridici indipendenti. Lo studio di questi rapporti⁶¹ porta ad escludere che essi si strutturino naturalmente in termini di coesistenza. La scarsità delle risorse determina il tentativo di ciascuna istituzione di ampliare i propri spazi (economici, politici, ecc.) e di prevalere sulle altre; lo scopo associativo che porta al sorgere dell'

⁵⁴ Questa pare, del resto, anche l' impostazione della giurisprudenza costituzionale, secondo la lettura che di essa offre S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. Cost.*, 1991, pp. 3683 ss.

⁵⁵ V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, in *Governi ed economia* a cura di V. ATRIPALDI – G. GAROFALO – C. GNESUTTA – P. F. LOTITO, Padova, 1998, p. 9; G. RINCK, *Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe*, cit., p. 373, a proposito della funzione ausiliaria dell' economia nell' interpretazione giuridica.

⁵⁶ Sul punto, G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, I, Padova, 1940, pp. 202 ss. Si confronti anche T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., p. 12: "L' economista costruisce concetti funzionali, quale strumento per intendere produzione e distribuzione della ricchezza, preoccupato dei misurabili effetti dei vari fenomeni nella produzione e distribuzione della ricchezza in condizioni definite; il giurista ordina secondo criteri tipici, astratti dalle peculiarità individuali, soggetti, atti, cose, per l' applicazione di una determinata disciplina (...). Il giurista deve definire elementi, soggetti, cose, atti, al fine dell' applicabilità di una norma; l' economista si occupa invece di funzioni".

⁵⁷ G. RINCK, *Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe*, cit., pp. 363 ss. e 368 ss. con specifico riguardo al concetto di concorrenza.

⁵⁸ R. SCHOLZ, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiven Konkurrenzschutz*, Berlin, 1971, pp. 24 ss.

⁵⁹ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pp. 49 ss.

⁶⁰ Per tutti, G. GUARINO, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, ora in *Dalla Costituzione all' Unione Europea*, III, Napoli, 1994, p. 19.

⁶¹ Studio sviluppatosi tra i cultori del diritto internazionale, ma giunto a risultati validi su un piano di teoria generale del diritto e, pertanto, applicabile in generale ai rapporti tra gli ordinamenti, anche di natura non statale. Sul punto, si confronti H. TRIEPEL, *Die Hegemonie*, Stuttgart, 1938, pp. 4 ss.

istituzione è, in effetti, uno scopo essenzialmente egoistico⁶². Sicché, secondo la dottrina in esame, i rapporti tra i gruppi sociali omogenei tende all' *egemonia* ovvero al *dominio* (che a differenza della prima presuppone la forza fisica, la capacità di imporre coattivamente la propria volontà) dell' istituzione più forte⁶³.

E' evidente che la natura privata delle imprese esclude la possibilità pratica prima che giuridica del ricorso alla violenza per regolare le reciproche relazioni; sicché, l' egemonia dell' impresa più forte è l' unica forma di ordine possibile in un contesto di libero mercato.

L' egemonia è la capacità di un' impresa di influenzare il comportamento degli altri operatori economici, indipendentemente da questi ultimi, in ragione della sua posizione di preminenza che discende, normalmente, dal maggior peso in termini economici dell' impresa in questione⁶⁴. Tale preminenza può essere un dato meramente fattuale, discendente dalle modifiche che l' impresa in questione è in grado di determinare alla realtà economica tali da recare vantaggi a se stessa e svantaggi alle altre, costringendole a rivedere le proprie strategie di mercato: l' ipotesi più tipica è lo storno di consumatori attraverso la pubblicità. Ovvero, essa può concretarsi in un vero e proprio controllo di carattere economico o giuridico sulle imprese sottoposte, derivante, ad esempio, dall' acquisto di quote rilevanti del capitale sociale di queste ultime. In ogni caso, il monopolio costituisce il tentativo, da parte delle imprese egemoni, di abbattere i costi imposti dal mercato in riferimento alle transazioni commerciali⁶⁵.

La condizione necessaria dell' egemonia è la potenza economica dell' impresa egemone, il suo maggior ruolo svolto nel contesto del mercato. Evidentemente, esso sarà direttamente proporzionale alle preferenze che i consumatori esprimeranno a favore dell' impresa. Quest' ultima potrebbe, in tal modo, utilizzare le sue risorse per migliorare le caratteristiche di qualità o prezzo dei propri prodotti e conquistare il mercato.

La concorrenza tra le imprese significa, in questo quadro, uguaglianza di possibilità, non anche di risultati che, anzi, saranno naturalmente differenti per le singole imprese e tanto migliori quanto maggiori saranno le preferenze dei consumatori per la singola impresa. Si verrebbe a creare, in tal modo, un circolo virtuoso per cui l' impresa egemone tenderà progressivamente ad offrire un prodotto migliore per consolidare la propria posizione: lo spazio che residua allo Stato, l' intervento regolatore del mercato, è nullo⁶⁶.

Ma questo schema è, in realtà, troppo astratto. Invero, lo scopo ultimo dell' impresa non è la conquista del mercato, ma l' ottimizzazione dei profitti. Essa migliorerà la qualità dei propri prodotti soltanto ove questa sia l' opzione più conveniente per realizzare quest' obiettivo. Altrimenti, altri saranno gli strumenti di cui si servirà per questo fine.

La disciplina antimonopolistica comunitaria e, successivamente, quella nazionale, hanno individuato, a tale riguardo, due strumenti a disposizione delle imprese: le intese per diminuire i costi o aumentare i ricavi in riferimento a determinate operazioni economiche; e le concentrazioni di imprese, volte a raggiungere l' egemonia sul mercato e, da tale posizione, eliminare gli avversari. A queste pratiche, si aggiungono tutte le attività che l' impresa può mettere in atto una volta raggiunto un ruolo dominante, che le attribuiscono vantaggi senza che ad essi corrisponda un miglioramento del prodotto, in tal modo danneggiando i concorrenti ed i consumatori. L' impresa abusa, cioè, della sua posizione dominante. L' ultimo stadio di questo processo è, inevitabilmente, il monopolio.

Quello che si è descritto è il quadro che si verrebbe naturalmente a creare, nel più o meno lungo periodo, in un contesto di libero mercato in cui sia completamente escluso l' intervento pubblico. La contraddizione insita nel regime di libera concorrenza è che esso tende spontaneamente alla propria

⁶² E. A. VON HAYEK, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit, II: Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit*, München, 1981, pp. 149 ss.; R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1904, in part. pp. 58 ss.

⁶³ H. TRIEPEL, *Die Hegemonie*, cit., pp. 40 ss.

⁶⁴ Sulla nozione di posizione dominante che deriva dal diritto comunitario, Corte di Giustizia, sent. 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands*, in Foro it., 1978, IV, pp. 518 ss., con nota di PARDOLESI; Corte di Giustizia, sent. 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffman La Roche*, ivi, 1979, IV, pp. 357 ss.

⁶⁵ C. PINELLI, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell' incertezza*, cit., p. 210. L' A. si richiama alla teoria economica di R. H. Coase.

⁶⁶ E. A. VON HAYEK, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit, II*, cit., pp. 171 ss.

eliminazione; la concorrenza, pertanto, può esplicarsi soltanto in un quadro normativo che la preveda⁶⁷. A monte della filosofia economica della concorrenza c'è sicuramente una logica di sussidiarietà orizzontale, ma anche la consapevolezza della sua spontanea impossibilità e della necessità di un meccanismo di perseguimento della stessa di carattere pubblicistico⁶⁸. La legge, in tale contesto, assume le caratteristiche di un "fattore positivo per un progresso economico che invece non verrebbe naturalmente raggiunto attraverso il libero gioco delle iniziative individuali"⁶⁹. La regolazione giuridica della libertà di concorrenza ha la funzione di evitare che gli operatori economici si abbandonino alle seduzioni del mercato; essa non impedisce loro di sentirne la voce, bensì li costringe entro i limiti necessari per non perdere il controllo della nave ed infrangersi contro la loro stessa libertà, proprio come nel mito di Odisseo e delle sirene⁷⁰.

In termini ancora più espliciti, la concorrenza è un contesto economico innaturale, tutt'altro che spontaneo, e che per sopravvivere ha bisogno di una scelta politica precisa in relazione alla sua esistenza e di un'attività più o meno pregnante del soggetto pubblico volto a garantire quell'esistenza (oltre che, naturalmente, il diritto *ex art. 41, co. I, Cost. alla prima collegato*)⁷¹. Se il principio di sussidiarietà si traduce nell'"affermazione di un diritto generale di libertà e di iniziativa dei privati"⁷², la garanzia di tale diritto cui la Repubblica è vincolata necessita della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che, nell'apparenza della valorizzazione dell'autonomia privata, la mortifica non prevedendo altra legge che quella del più forte. La fenomenologia dell'attività di garanzia dipenderà dagli obiettivi che il Regolatore si pone attraverso quella scelta. Per altro verso, libertà di concorrenza non significa libertà di accesso a tutti i mercati, perché le caratteristiche peculiari di alcuni di essi possono giustificare un intervento preventivo volto a stabilire se l'operatore entrante possieda i requisiti che gli consentano di sopravvivere sul mercato e offrire prestazioni pari ad un livello ritenuto accettabile⁷³.

In buona sostanza, l'obiettivo dell'instaurazione di un regime di mercato ispirato alla libera concorrenza è perseguibile soltanto dopo un intervento regolativo "bifasico": una prima fase dell'intervento richiede l'adozione di una regolazione più o meno pregnante, volta ad eliminare le posizioni di vantaggio assunte dagli operatori storici, anche prevedendo discipline differenziate volte a superare le discrasie tra gli operatori. Solo dopo che è stato raggiunto lo scopo di una tendenziale equiparazione tra questi, strumentale ad un confronto ad armi pari, il mercato può essere regolato da una più flessibile disciplina volta ad impedire l'assunzione di nuove posizioni dominanti. In questo senso, si può dire che il regime di concorrenza si accompagna all'attività di deregolamentazione normativa⁷⁴. Ciò è particolarmente chiaro alla luce dell'esperienza dell'evoluzione normativa in materia di telecomunicazioni in ambito comunitario: la recente modifica del 2002 ha adottato modelli regolativi più flessibili e basati, essenzialmente, sul diritto *in rem*, dopo che la previgente normativa aveva raggiunto la condizione preliminare di porre gli operatori su di un piano tendenzialmente paritario⁷⁵.

Con ciò non si vuole accedere alla tesi che postula la "cattura costituzionale" dell'economia, tale che quest'ultima non potrebbe prescindere da un sottostante piano regolatore imposto dalla volontà politica, il quale ne legittimerebbe, peraltro, le scelte da un punto di vista democratico. Si è già visto come dal testo costituzionale, interpretato anche alla luce della disciplina comunitaria, può, in

⁶⁷ A. BAUMBACH – W. HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, München, 1999, pp. 65 ss.; G. BERTI, *Democrazia, pluralismo e sistema economico (la Costituzione e l'Unione Europea)*, in *Jus*, 1997, p. 105.

⁶⁸ Si confrontino, sul punto, le considerazioni di A. MOSCARINI, *Sussidiarietà*, cit., p. 444.

⁶⁹ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., p. 15.

⁷⁰ La suggestiva immagine (dall'*Odissea*, XII, 158-164) è di T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo*, cit., p. 95.

⁷¹ I. M. MARINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e giustizia amministrativa*, cit., p. 574; C. PICCIOLI, *Contributo*, cit., pp. 52 ss.

⁷² Per una ricostruzione del principio citato nel sistema costituzionale del 1948, E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, ora in *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, pp. 85 ss. e p. 95 in part. per la citazione testuale riportata nel testo.

⁷³ Si veda, sul punto, F. GIGLIONI, *La regolazione dell'accesso al mercato delle telecomunicazioni*, in *Dir. amm.*, 2001, pp. 98 ss.

⁷⁴ G. BERNINI, *La legge antitrust*, cit., p. 11.

⁷⁵ Si veda, per tutti, F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002, pp. 18 ss. Sul problema si confrontino, in generale, L. COHEN TANUGI, *Le droit sans L'Etat*, Paris, 1985, pp. 65 ss.; A. STONE, *Regulation and its alternatives*, Washington, 1982, pp. 36 ss.;

qualche misura, farsi discendere una tutela della concorrenza e del mercato che del dirigismo statalista costituisce l'antitesi⁷⁶. Altro è il rendere effettivo tale contesto economico, di per sé innaturale, da parte del potere pubblico, altro è postulare la possibilità, o l'obbligo, da parte di quest'ultimo, di conformare ai propri piani ed ai propri obiettivi le scelte economiche, in una visione totalizzante di ordine costituzionale nella quale il giuridico (e dunque, il giuridico – economico) deve trovare il proprio necessario fondamento nella volontà dello Stato⁷⁷. Non è senza significato che l'art. 8 della legge 287/90 assoggetta alle prescrizioni di quest'ultima tanto le imprese private quanto le pubbliche, proprio a significare che l'interesse alla libera concorrenza costituisce un interesse costituzionalmente tutelato riferibile “alla generalità dei consociati, alla società nel suo complesso” e, pertanto, non ascrivibile esclusivamente allo Stato⁷⁸.

In particolare, si è ritenuto di poter distinguere tra i due concetti di *controllo economico* e di *guida economica* (o pianificazione); quest'ultima opera attraverso un meccanismo di carattere vincolante e predeterminato (piani, programmi, ecc.), fissando, per altro verso, gli scopi del mercato. Differentemente, la guida economica si limiterebbe a fissare le condizioni ottimali di formazione e raggiungimento dei fini medesimi⁷⁹. In realtà, i due concetti possiedono una matrice comune, che in pratica, come ammesso dalla stessa dottrina che ne ha proposto la distinzione⁸⁰, risultano difficilmente distinguibili. Una distinzione di tal fatta, pertanto, può essere soltanto indicativa di una differente concezione dell'intervento pubblico nell'economia, più attivo ovvero più rivolto al controllo del rispetto degli obiettivi fissati.

Si è visto come sia parsa di individuare una scelta nel senso di un sistema economico di libero mercato da parte del Costituente del 1948. La ricostruzione della nozione costituzionale di concorrenza, pertanto, non può prescindere dalle ragioni che hanno spinto la volontà politica a compiere siffatta scelta, in particolare quali desumibili alla luce dei Principi Fondamentali della Carta.

Invero, nell'ambito della teoria politica economica la concorrenza si presta ad una pluralità di scopi⁸¹. Si è visto che uno di essi, presente all'interno della Costituzione italiana, è quello di rendere effettivo il diritto all'iniziativa economica privata. Ma si è notato⁸² che la dimensione della concorrenza trascende i rapporti tra imprenditori per rivolgersi a tutti i soggetti del mondo economico, e dunque, segnatamente, anche ai consumatori; invero, le pratiche turbative della concorrenza producono effetti anche nei riguardi di questi ultimi. L'attività di concorrenza mira infatti ad attirare l'altrui clientela, per accrescere i propri guadagni. L'ordinamento vuole però che il consumatore sia libero di scegliere, che il suo giudizio non sia ingannato o coatto dall'imprenditore sleale⁸³. La tutela del consumatore non pare lontana dal limite dell'utilità sociale che l'art. 41 pone all'iniziativa economica privata, cui la dottrina ha, in effetti, ricondotto la rilevanza costituzionale della figura del consumatore⁸⁴. Per questo, la concorrenza, nell'ambito del diritto pubblico dell'economia, è funzionale alla tutela non soltanto delle imprese, ma anche dei fruitori dei beni e dei servizi di queste ultime. In questa prospettiva, il cittadino è visto sempre come portatore di un interesse riconosciuto, sia pure parzialmente, come interesse pubblico⁸⁵, la cui realizzazione richiede, necessariamente, l'intervento del pubblico potere.

⁷⁶ C. PINELLI, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, cit., pp. 196 ss.

⁷⁷ Secondo la visione, che particolare fortuna ha avuto tra gli studiosi italiani, di H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988, pp. 332 ss. Si vedano, sul punto, le considerazioni di C. PINELLI, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, cit., p. 215.

⁷⁸ C. PICCIOLI, *Contributo*, cit., pp. 68 ss.

⁷⁹ R. SCHOLZ, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiven Konkurrenzschutz*, cit., pp. 21 ss.

⁸⁰ R. SCHOLZ, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiven Konkurrenzschutz*, cit., pp. 39 ss.

⁸¹ I. SCHMIDT, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Stuttgart, 1999, pp. 32 ss.

⁸² Ancora R. SCHOLZ, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiven Konkurrenzschutz*, cit., pp. 42 ss.

⁸³ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., pp. 110 ss.

⁸⁴ Per un panorama di tale dottrina, A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, pp. 69 ss.

⁸⁵ F. KOPP, *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht*, München, 1971, pp. 36 ss.; R. SCHOLZ, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiven Konkurrenzschutz*, cit., pp. 164 ss. Per la dottrina italiana, si confronti V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, II, Milano, 1988, pp. 369 ss., per il quale nello Stato democratico “la cura dell'interesse pubblico [...] si risolve essenzialmente nel soddisfare non più in via di fatto, ma

In realtà, tale impostazione è stata considerata⁸⁶ riduttiva della posizione del consumatore, che è portatore di un interesse non soltanto di carattere sociale, ma anche (e forse soprattutto) economico. E invero, ciò risulta chiaro dal fatto che il consumatore stesso, non meno che le imprese produttrici, è un operatore economico all'interno di un sistema di mercato: l'offerta esiste perché, prima di tutto, esiste una domanda. Sicché, anche le operazioni che il consumatore compie all'interno del sistema medesimo sono espressioni di un diritto di iniziativa economica privata. Pertanto, la posizione giuridica soggettiva di cui egli risulta titolare prescinde dal ruolo dello Stato, essendo di natura non diversa dal diritto tutelato dall'art. 41, co. I, Cost.⁸⁷; tale è, del resto, il ruolo attivo che al consumatore viene riconosciuto a livello comunitario dall'art. 153 del Trattato. Siffatto ruolo si sostanzia in una pluralità di azioni che egli può porre in essere, prima tra tutte la possibilità di associarsi: il diritto positivo prevede una gamma sempre crescente di tutele che le associazioni di consumatori possono attivare in diversi settori dell'ordinamento.

Più in generale, la libertà di concorrenza costituisce uno strumento immediatamente legato alla realizzazione di diritti sociali mediante la garanzia dell'ottima prestazione di servizi. Si è osservato⁸⁸ come l'impostazione secondo cui i diritti sociali debbano essere oggetto di tutela soltanto attraverso una gestione pubblicistica sottenda una cultura statalista che, oltre a mortificare i riflessi sociali offerti dall'attività dei privati, presupponga una superata concezione di unitarietà dell'interesse pubblico che è, di converso, suscettibile di disgregazione a seconda dei singoli profili considerati. Non è configurabile un interesse pubblico assolutamente contrapposto a quello privato, così come, di conseguenza, non sono configurabili situazioni soggettive, quali, appunto, i diritti sociali, che, inerendo necessariamente al primo, non siano suscettibili di essere realizzati anche attraverso l'attività dei privati e, segnatamente, tramite l'iniziativa economica. La realizzazione dei diritti medesimi può, dunque, prescindere dall'intervento pubblico⁸⁹, traducendosi, nella moderna coniazione, in una garanzia procedimentale di partecipazione alla decisione relativa alla prestazione oggetto della pretesa del cittadino⁹⁰. L'intervento dello Stato sulla *proprietà*, vale a dire la gestione diretta di un determinato servizio da parte di quest'ultimo, non è più considerata l'unica via di realizzazione della c.d. offerta pubblica; ad essa si affianca l'intervento sulle *regole* che disciplinano la gestione di quel medesimo servizio da parte dei privati⁹¹. In questo contesto, rientra in gioco il terzo comma dell'art. 41 Cost. nella parte in cui demanda alla legge la previsione (non soltanto di programmi, bensì anche) di *controlli* opportuni per il perseguimento di fini sociali da parte dell'iniziativa economica. Sicché, sotto questo particolare profilo la legge 287/90 può costituire, appunto, uno strumento di realizzazione di tali controlli, perché è tramite il libero svolgimento dell'iniziativa economica privata secondo i principi della libera concorrenza che i diritti sociali da quest'ultima interessati vengono realizzati sul piano sostanziale.

Infine, la concorrenza svolge una finalità di carattere prettamente macroeconomico consistente nel miglioramento dell'efficienza produttiva ed allocativa delle risorse⁹². Essa determina il moltiplicarsi

per volontà dell'ordinamento, interessi dei soggetti individualmente considerati e quindi nel sorgere in essi di corrispondenti pretese”.

⁸⁶ A. ZITO, *Attività amministrativa*, cit., pp. 31 ss.

⁸⁷ Sul punto, si confrontino, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, le considerazioni di G. COLETTA, *Il consumatore come titolare del diritto fondamentale al benessere economico*, in *Unione Europea e limiti sociali del mercato*, a cura di S. PRISCO, Torino, 2002, pp. 133 ss.

⁸⁸ G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. Dir.*, 1970, pp. 460 ss.

⁸⁹ Del resto, una funzione sociale connessa all'iniziativa economica privata pare espressamente riconosciuta dalla stessa Carta del 1948, quali l'art. 45 Cost.; sul punto si confrontino le considerazioni di A. RINELLA, *Le implicazioni del federalismo sulla Costituzione economica, con particolare riguardo all'art. 45, 1° comma Cost.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, in part. pp. 9 ss.

⁹⁰ H. GOERLICH, *Grundrechte als Verfabrensgarantien*, Baden Baden, 1981, in part. pp. 130. Per la dottrina italiana, in specifico riferimento al profilo in esame, sia consentito il rinvio a R. MANFRELOTI, *Per una sintesi tra iniziativa economica privata e utilità sociale nel contesto dell'integrazione comunitaria*, in *Unione Europea e limiti sociali del mercato*, cit., pp. 63 ss.

⁹¹ R. FAZIOLI, *Dalla proprietà alle regole*, Milano, 1995, pp. 47 ss.

⁹² M. DE BENEDETTO, *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000, pp. 59 ss.; A. ZITO, *Attività amministrativa*, cit., p. 77. E si veda anche la *relazione annuale al Presidente del Consiglio dei ministri* presentata dal Garante il 30 aprile 1991, p. 1.

L'analisi degli effetti della concorrenza sul piano macroeconomico esula dalla presente indagine. Si rinvia, pertanto, su tali problematiche, a T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, cit., pp. 13 ss.

dei centri di produzione della ricchezza da distribuire e, pertanto, della ricchezza stessa, costituendo, così, un fondamentale fattore di progresso economico. Sicché, viene a delinarsi anche un' altra delle funzioni che deve assumere il potere pubblico nel contesto di uno Stato sociale, ulteriore rispetto al controllo della sussistenza delle condizioni di esistenza della libera concorrenza⁹³, ossia la vigilanza sull' equa distribuzione della ricchezza prodotta tra le forze produttive (in particolare, il capitale ed il lavoro) in modo che venga assicurata almeno la soddisfazione dei bisogni primari.

La protezione che l' ordinamento accorda alla libertà in esame, oltre che soggettiva, relativa ai rapporti individuali e, pertanto, rimessa alle norme codicistiche di diritto civile, dovrà essere allora anche obiettiva, a tutela dello stato di fatto della sussistenza della medesima, e, quest' ultima, di competenza dell' autorità pubblica⁹⁴. In questa seconda accezione, la tutela della concorrenza può essere rimessa anche a meccanismi di carattere giurisdizionale attivati dai privati: l' interesse ad agire di questi ultimi risulta inscindibile, nel sistema giuridico delle tutele, da un' istanza di carattere pubblicistico di effettività della concorrenza medesima.

Sotto altro profilo, occorre chiarire il concetto di impresa ai fini dell' applicazione della disciplina a tutela della concorrenza. Il problema si pone per la disciplina di diritto pubblico posta dalla legge 287/90, non parendo dubbio che la tutela civilistica presupponga la qualità di imprenditore quale ricavabile dall' art. 2082 c.c.; viceversa, essa sembra insufficiente ai fini dell' individuazione dei soggetti cui si rivolge la legge a tutela del mercato.

L' art. 1 della legge 287/90 rinvia al diritto comunitario ai fini dell' individuazione dei concetti dalla medesima presupposti⁹⁵. Sicché, anche la nozione di impresa deve essere ricostruita alla luce del diritto dell' Unione Europea. Quest' ultimo consegna una fattispecie differente rispetto alla norma civilistica citata, poiché considera attività imprenditoriale qualunque attività economicamente significativa prescindendo dai requisiti della professionalità e dell' organizzazione richiesti dall' art. 2082⁹⁶.

La libertà di concorrenza, essendo realizzabile soltanto attraverso l' intervento del potere pubblico, assume, le caratteristiche proprie dei diritti sociali. Sicché, essa assumerà manifestazioni e strumenti di tutele diverse a seconda della differente rilevanza che alla stessa attribuisca l' ordinamento. E' certo, per esempio, che la concorrenza si traduca in un diritto soggettivo nel sistema del codice civile. Ma essa potrà anche consistere, nell' ambito delle tutele di diritto pubblico, in un interesse legittimo ovvero in un interesse collettivo, in particolare con riguardo all' azione delle autorità amministrative preposte alla sua tutela⁹⁷. La libertà di concorrenza, in altre parole, costituisce, nel nostro ordinamento, una situazione giuridica soggettiva proteiforme, a seconda del valore relativo che viene

Osserva F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell' eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 433, che il regime giuridico dell' iniziativa economica privata (e, pertanto, della libertà di concorrenza) condiziona non poco la scelta della sede dell' attività economica da parte dei cittadini dell' Unione Europea, nel contesto della libera circolazione proclamata dai Trattati.

⁹³ V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, cit., pp. 371 ss.

⁹⁴ Ancora R. SCHOLZ, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiven Konkurrenzschutz*, cit., p. 71.

⁹⁵ Non si può in questa sede indugiare sulle problematiche connesse a siffatta prescrizione, su cui si veda, tuttavia, M. ANTONIOLI, *L' Autorità garante della concorrenza e del mercato: il procedimento, il silenzio e i rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, pp. 817 ss.

⁹⁶ Analogamente, E. FRENI, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 2829.

Si confronti anche la giurisprudenza comunitaria sulla nozione di impresa, in particolare la sent. del Tribunale di Primo Grado del 10 marzo 1992, c. T-11/89, *Shell c/ Commissione*, in *Racc.*, 1992, II, pp. 757 ss., per il quale l' impresa "deve essere intesa come designante un' entità economica consistente in un' organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali perseguenti, in materia durevole, un risultato economico determinato". Sul concetto di impresa nel diritto comunitario, A. GUARINO, *I contenuti della nozione d' impresa in diritto della concorrenza*, in *Conc. e Mercato*, 1995, pp. 303 ss.; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile* in *Riv. dir. comm.*, 1993, pp. 277 ss.

Si confronti anche la stessa *Relazione annuale dell' Autorità garante della concorrenza e del mercato sull' attività svolta*, Roma, 1995, p. 126. Secondo il Garante, deve qualificarsi impresa "qualsiasi entità che eserciti un' attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento".

⁹⁷ Sulla possibilità dei diritti sociali di assumere la consistenza dell' interesse legittimo, oltre che del diritto soggettivo, G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata* in *Enc. Giur.*, XVII, Roma 1989, p. 2; A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell' economia. Considerazioni preliminari* in *Scritti in onore di E. Tosato*, II, Milano 1982, p. 531.

preso in considerazione in relazione a tale bene giuridico⁹⁸, nonché delle soluzioni legislative che l'ordinamento stesso adotti per la sua tutela. Sicché, risulta chiara la ragione del duplice meccanismo, giurisdizionale ed amministrativo, che il legislatore del 1990 ha adottato e che sarà illustrato nelle pagine seguenti.

In definitiva, nel sistema costituzionale, è possibile delineare, alla luce delle considerazioni svolte, una nozione giuridica di concorrenza solo in parte coincidente con quella derivante dall'economia: essa è individuabile nell'assenza, nel contesto di libero mercato, di pratiche tali da avvantaggiare un'impresa o da porla in una posizione di egemonia rispetto ad altre esercenti un'attività economica omogenea⁹⁹ senza che a questi benefici corrisponda un miglioramento dei servizi offerti ai consumatori.

3. Come accennato, il modello della legge 287/1990 è stato definito "flessibile"¹⁰⁰ poiché prevede due forme di tutela della concorrenza, giurisdizionale ed amministrativa. Si è notato che la libertà in esame mal si presta ad una regolazione di tipo giuridico, in quanto attività discendente, essenzialmente, da uno stato di fatto¹⁰¹. Sicché, la legge in esame (riproduttiva, peraltro, della corrispondente normativa comunitaria) disciplina soltanto alcune fattispecie suscettibili di turbare tale stato di fatto. La tecnica del legislatore è stata quella di adottare concetti generali, identificando l'illecito concorrenziale sulla base del risultato negativo del turbamento della concorrenza, in modo da lasciare alle autorità antimonopolistiche l'individuazione *in concreto* dei contenuti di tali fattispecie sulla base del criterio della offensività al sistema di valori sottesi alla disciplina legislativa¹⁰².

La legge (art. 2) vieta, in primo luogo, le *intese* tra gli operatori economici, ossia gli accordi o le mere pratiche concordate tali da porre le parti in posizione di egemonia all'interno del mercato. Analogamente, l'art. 5 vieta le *concentrazioni* tra le imprese, pur facendosi salva la valutazione discrezionale a proposito dell'autorizzazione delle medesime da parte dell'ente amministrativo cui è rimessa più direttamente la tutela della concorrenza, ossia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Ciò pone una prima ipotesi di possibile interferenza tra le tutele amministrative e giurisdizionali relative alla concorrenza, perché l'impugnabilità dell'eventuale diniego dell'autorizzazione alla concentrazione da parte delle imprese interessate, in particolare sotto il profilo dell'eccesso di potere, finirebbe per sostituire la valutazione discrezionale del giudice a quella dell'Autorità¹⁰³.

⁹⁸ Sul concetto di interesse e sulla sua rilevanza nell'ambito delle diverse posizioni soggettive, F. SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 69 ss.

⁹⁹ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., p. 23, ritiene la prossimità dell'attività delle imprese condizione della rilevanza giuridica della concorrenza.

¹⁰⁰ M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, pp. 293 ss.

¹⁰¹ Ancora T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., pp. 24 ss.

¹⁰² G. DE MINICO, *Antitrust e Consob*, Padova, 1997, pp. 8 ss.

¹⁰³ La tendenza a valutare negativamente l'ingerenza dell'autorità giurisdizionale in riferimento all'attività di enti che si pretenderebbe indipendenti dai poteri dello Stato (privi, peraltro, della legittimazione democratica e del riconoscimento costituzionale che questi ultimi, invece, possiedono), quale si è sviluppata a proposito di un controllo giurisdizionale di tal fatta (in dottrina si veda, da ultimo, V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità in L'indipendenza delle Autorità*, a cura di F. A. GRASSINI, Bologna, 2001, p. 59), ha trovato sbocco nelle numerose proposte che periodicamente si sono susseguite, in particolare a livello politico, volte a sottrarre gli atti delle autorità indipendenti al controllo sull'eccesso di potere. Su tali proposte, tra cui quella della Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali istituita con legge costituzionale 1/97, nonché per la qualificazione delle medesime come "liberticide" ed ispirate ad una logica non dissimile da quella che informava il rapporto tra cittadino ed amministrazione nel corso del Ventennio fascista, F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, cit., pp. 453 ss.

Le argomentazioni addotte non sono diverse da quelle che avevano portato l'on. Mancini ad escludere, nel secolo scorso, il sindacato sulla legittimità dell'attività dell'amministrazione in ragione di una male intesa autonomia ed indipendenza della medesima che assumeva piuttosto i connotati dell'irresponsabilità e dell'arbitrio.

Invero, finché sarà vigente una norma quale quella ex art. 24 Cost., il sindacato sull'eccesso di potere sugli atti dell'amministrazione, di qualunque amministrazione, sarà una necessità ineludibile del sistema costituzionale. In questi termini, F. P. PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, relazione al convegno *La riforma del processo e della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 28 novembre 1998, pp. 25 ss. del dattiloscritto.

Infine, l' art. 3 della legge 287/90 pone una clausola generale in ordine agli atti lesivi della libertà di concorrenza, vietando, in generale, l' abuso di posizione dominante. Un esame, anche sommario, della norma, nella parte in cui tipizza alcune fattispecie che ne integrano l' applicazione, nonché le considerazioni precedentemente svolte, portano a far ruotare la definizione di siffatto concetto intorno ordine all' ingiustificato vantaggio che l' impresa si proponga di ottenere con tali pratiche, ossia, come già detto, il mero aumento dei profitti dell' impresa stessa¹⁰⁴ senza che a ciò corrisponda un vantaggio anche per gli altri interessi che la Carta vuole tutelare attraverso la concorrenza.

In materia di intese e di abuso di posizione dominante, l' Autorità può diffidare le imprese dalla pratica lesiva della concorrenza prevedendo un termine per l' eliminazione dell' infrazione, scaduto il quale applica una sanzione pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato (art. 15). In materia di concentrazioni (artt. 16 – 19), l' AGCM ha il potere di sospendere l' operazione nelle more del procedimento istruttorio volto ad accertare la compatibilità con il regime concorrenziale della concentrazione stessa (che è soggetta alla previa comunicazione al Garante da parte delle imprese interessate), potendo irrogare sanzioni amministrative comprese tra l' uno e il dieci per cento del fatturato per le imprese che non ottemperino al divieto ovvero all' obbligo di comunicazione¹⁰⁵.

E' stato osservato¹⁰⁶ che, in realtà, la discrezionalità dell' Autorità, in relazione all' applicazione di tali provvedimenti, è minima: essa non decide *se* vietare un determinato comportamento lesivo della concorrenza oppure no. L' Autorità integra, piuttosto, il parametro normativo primario in ordine alla definizione della fattispecie vietata. Non può stabilire se permettere o meno un' intesa, ma stabilisce *cos'* è, sul piano concreto, un' intesa.

Dal sommario esame del sistema della legge 287 ora compiuto si evince come l' ordinamento italiano, singolare eccezione tra quelli europei¹⁰⁷, abbia adottato un modello amministrativo di tutela della concorrenza di tipo monista, riservato cioè ad un solo organo appartenente all' amministrazione centrale. Sembra, tuttavia, di poter individuare alcune linee di tendenza dell' assetto costituzionale dei pubblici poteri tali da rendere una modifica *de jure condendo* a tale modello quanto meno opportuna, ai fini della coerenza interna dell' ordinamento stesso, nel senso di una maggiore partecipazione delle autonomie locali all' amministrazione antimonopolistica.

Invero, la legge costituzionale di riforma al Titolo V della Carta Costituzionale, che recepisce, peraltro, una tendenza sistemica già presente in numerose esperienze, anche tradottesi in diritto positivo, che l' hanno preceduta, esprime, sul piano costituzionale, il principio di sussidiarietà (anche) orizzontale affidando lo “svolgimento di attività di interesse generale” all' “autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati”, e vincolando gli enti pubblici territoriali a favorire quest' ultima. L' intervento dell' amministrazione locale, nel disegno del legislatore del 2001, è concepito come eventuale e subordinato all' insufficienza da parte dei soggetti privati al perseguimento del citato interesse generale.

L' esercizio privato di funzioni amministrative locali è favorito dal carattere in massima parte non autoritativo di queste ultime, dal fatto che l' attività amministrativa delle autonomie territoriali consiste soprattutto nell' erogazione di pubblici servizi attraverso modelli attuativi di diritto privato¹⁰⁸. Le considerazioni svolte sui benefici del regime concorrenziale in riferimento alle attività economiche valgono, a maggior ragione, per le attività consistenti in servizi pubblici.

L' amministrazione, e, in primo luogo, l' amministrazione locale, sembra svolgere pertanto, nel sistema della riforma costituzionale, un' attività di controllo su due piani distinti: in primo luogo, essa verifica che l' esercizio di un pubblico servizio determinato non venga compromesso da una concorrenza falsata da operatori economici in posizione dominante. Il controllo sull' esercizio dei servizi pubblici si traduce, in altre parole, nella tutela, da parte dell' ente locale, del regime di libera concorrenza in cui i servizi stessi devono essere esercitati, attraverso gli strumenti che l' ordinamento

¹⁰⁴ Anche in prospettiva: si pensi alla pratica, pure vietata, del c.d. *dumping*.

¹⁰⁵ Non è possibile in questa sede analizzare l' ampia attività provvedimento del Garante che ha riempito di contenuti concreti le previsioni legislative. Sul punto, si rinvia all' ampia ricostruzione di M. DE BENEDETTO, *L' Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, cit., pp. 163 ss.

¹⁰⁶ G. DE MINICO, *Antitrust e Consob*, cit., pp. 20 ss.; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., pp. 310 ss.

¹⁰⁷ P. BARTODZIEJ, *Reform der EG – Wettbewerbsaufsicht und Gemeinschaftsrecht*, Baden Baden, 1994, pp. 124 ss.

¹⁰⁸ G. BERTI, *Caratteri dell' amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, pp. 154 ss.

giuridico mette loro a disposizione. Il controllo, per così dire, di secondo grado sul contenuto delle prestazioni offerte, una volta accertato il corretto funzionamento del mercato, è successivo e volto a verificare la sufficienza della condizione di libera concorrenza ai fini del raggiungimento dell'interesse pubblico¹⁰⁹.

La legge n. 287 del 1990 non prevede alcuna forma di partecipazione degli enti locali all'amministrazione antimonopolistica. Nel silenzio della legge sul punto, è da ritenere che gli enti locali non giochino alcun ruolo attivo nella repressione dei comportamenti anticoncorrenziali.

Come accennato, la scelta del legislatore italiano non trova riscontro nella maggior parte delle esperienze europee, che sembrano maggiormente consapevoli dell'importanza del coinvolgimento delle autonomie nell'amministrazione antimonopolistica su una dimensione locale. In considerazione della *ratio* ispiratrice della riforma, deve essere tuttavia riconosciuto agli enti locali quanto meno un generale potere di segnalazione all'Autorità onde sollecitarne l'intervento in riferimento a fattispecie concrete nell'ambito territoriale dell'ente locale. Invero, quest'ultimo può essere compreso tra i portatori di interessi pubblici o privati cui la legge attribuisce il citato potere di segnalazione.

Analogamente, il principio di partecipazione ai procedimenti amministrativi di fronte al Garante dovrà tradursi, probabilmente, nell'obbligo da parte del Garante stesso di sentire gli enti interessati prima di emanare un provvedimento che potrebbe coinvolgerne gli interessi¹¹⁰.

Invero, queste soluzioni, le uniche che sembra legittimo proporre in via interpretativa in quanto coerenti con il ruolo assunto dalle autonomie locali nell'ambito della riforma costituzionale, restano, comunque, insufficienti proprio in considerazione della centralità che la riforma intenderebbe attribuire agli enti locali e, in primo luogo, ai Comuni; centralità che viene, in qualche misura, "mutilata" in ragione dell'attribuzione del settore della repressione dei comportamenti anticoncorrenziali, fondamentale anche in riferimento all'efficienza dei servizi pubblici, ad un'amministrazione statale.

Sembra, pertanto, difficilmente comprensibile la volontà politica manifestata nel corso della recente indagine conoscitiva del Senato relativa all'attuazione della riforma del Titolo V di non lasciare alcun ruolo alle autonomie locali nella repressione delle pratiche antimonopolistiche, in ragione di esigenze di unitarietà dello Stato che non sembrerebbero, tuttavia, minacciate (come del resto non lo sono nei Paesi anche appartenenti all'Unione Europea che hanno adottato soluzioni più coinvolgenti gli enti territoriali) dall'ampliamento di competenze in tal senso a favore degli enti locali¹¹¹.

L'art. 33 della legge 287/90 individua nell'autorità giurisdizionale l'altra autorità antimonopolistica all'interno dell'ordinamento italiano.

La norma prevede un duplice ruolo del giudice nel settore *de quo*. In primo luogo, esso svolge una funzione di verifica della legittimità dell'azione dell'Autorità Garante, in ragione di un meccanismo di tipo impugnatorio che, si ribadisce, è una garanzia costituzionalmente necessaria in riferimento agli atti di tutte le amministrazioni, ancorché indipendenti. La norma individua un sistema di giurisdizione esclusiva che rimette alla cognizione del giudice amministrativo la lesione tanto di diritti quanto di interessi legittimi da parte dei provvedimenti del Garante contemplati nei Titoli I-IV della legge¹¹². Essa sembra delineare, altresì, un quadro in cui "campeggia" l'atto amministrativo, poiché è a quest'ultimo che essa fa riferimento nella sua formulazione. Il sindacato giurisdizionale, tuttavia, finisce col

¹⁰⁹ La dottrina tende oggi ad un'equiparazione tra i concetti di efficienza/efficacia, raggiungimento dell'interesse pubblico e realizzazione sul piano concreto dei Principi fondamentali della Costituzione. Sul punto, G. M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999, pp. 11 ss.; e si vedano anche le considerazioni di L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 299 ss.

¹¹⁰ All'obbligo di audizione dell'Autorità dovrebbe naturalmente corrispondere, a pena di svuotare di contenuti l'obbligo stesso, la legittimazione processuale attiva contro il provvedimento adottato in violazione del medesimo. Per altro verso, potrebbe postularsi un sindacato di ragionevolezza sulla difformità del provvedimento dalle osservazioni dell'ente locale attraverso la figura dell'eccesso di potere.

¹¹¹ Si veda il II resoconto stenografico della seduta antimeridiana del 24 ottobre 2001 dell'*Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della parte II della Costituzione*, presso la I Commissione Permanente del Senato della Repubblica, in particolare le considerazioni svolte nel corso dell'audizione da A. BALDASSARRE, secondo il quale lo Stato dovrebbe "mantenere saldamente nelle proprie mani quella parte della tutela della concorrenza che non spetta all'Unione europea".

¹¹² S. LA CHINA, *Competenza giurisdizionale*, in *Concorrenza e mercato* a cura di V. AFFERNI, Padova, 1994, pp. 647 ss.

trascendere la validità dell'atto per investire gli obiettivi e le modalità dell'azione amministrativa, ovvero per costituire una sorta di "riesame della funzione amministrativa attraverso il suo svolgersi": il giudice valuterà la rispondenza dell'atto alle aspettative sociali che ne hanno legittimato l'emanazione, ed in ciò risiede anche la "funzione sociale" del giudice medesimo.

La scelta della giurisdizione esclusiva s' inserisce in un contesto interpretativo (avallato dal Giudice delle leggi¹¹³) nel quale alla tutela di situazioni soggettive costituzionalmente tutelate resta indifferente la qualificazione delle medesime come diritti soggettivi o interessi legittimi e, soprattutto, la determinazione dell'autorità giurisdizionale competente a garantire tale tutela, purché quest'ultima sia piena e coinvolga tutte le manifestazioni di quella stessa situazione soggettiva. L'art. 33, co. I della legge 287/90 intende dunque, coerentemente con questo quadro, assicurare la più piena tutela a tutte le manifestazioni della libertà di concorrenza (oltre che, naturalmente, della libertà di iniziativa economica privata), siano esse da qualificarsi diritti soggettivi ovvero interessi legittimi nelle fattispecie concrete di volta in volta all'esame del giudice¹¹⁴.

Sotto altro profilo, l'art. 33, co. II, fissa la cognizione della Corte d'Appello competente per territorio in riferimento alle azioni di nullità e di risarcimento del danno discendenti dalle violazioni delle norme contenute nei Titoli I-IV della legge in esame, anche sotto il profilo della tutela cautelare¹¹⁵. La dottrina¹¹⁶ ha manifestato la sua perplessità in riferimento a siffatta scelta legislativa, che si traduce nella perdita del grado di appello e, in definitiva, del doppio grado di giurisdizione¹¹⁷; potendo configurare una fattispecie di eccesso di potere legislativo, e non essendo tale scelta giustificata da alcuna motivazione razionale che legittimi la differente disciplina rispetto al dettato del codice di procedura civile. Il dubbio sulla soluzione legislativa sembra ancora più forte qualora, seguendo una dottrina minoritaria, si ritenga la norma esclusiva di qualsivoglia competenza in capo al Tribunale di I Grado, intendendone la portata normativa nel senso della devoluzione esclusiva di tutte le controversie (non soltanto quelle inerenti le azioni di nullità e di risarcimento del danno, senza, peraltro, soffermarsi sulle numerose problematiche connesse alla tutela cautelare) aventi il loro fondamento giuridico nelle disposizioni della legge in esame¹¹⁸. La contraddittorietà della norma risiede, per altro verso, nella sua scarsa coerenza con la *ratio* complessiva della tutela giurisdizionale tipizzata nell'art. 33, che sembrerebbe esprimere un'esigenza di concentrazione delle competenze giurisdizionali attraverso, come visto, la previsione della giurisdizione esclusiva¹¹⁹.

¹¹³ C. Cost., sent. 25 giugno 1996, n. 223, in *Giorn. Dir. amm.*, 1997, pp. 28 ss., con nota di DELLA CANANEA.

¹¹⁴ Si confrontino, sul punto, le considerazioni di F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione*, cit., p. 467.

¹¹⁵ Per un approfondito esame della tipologia dei provvedimenti cautelari nel sistema della legge 287/90, L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale nel diritto di autore e nella concorrenza*, Padova, 1998, pp. 554 ss.

¹¹⁶ S. LA CHINA, *Competenza giurisdizionale*, cit., pp. 651 ss., cui si rinvia anche per un'esemplificazione delle incertezze che la formulazione della disposizione determina sul piano del diritto processuale civile.

¹¹⁷ Per tutti, G. VERDE, *Profili del processo civile, II: processo di cognizione*, Napoli, 1996, pp. 241 ss.

¹¹⁸ In questo senso R. ALESSI, *Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287: Norme per la tutela della concorrenza e del mercato. Articolo 33*, in *La disciplina della concorrenza e del mercato* a cura di R. ALESSI e G. OLIVIERI, Torino, 1991, p. 171.

Contra, per tutti, M. SCUFFI, *I rapporti tra i giudizi avanti alla Corte di appello e al Tribunale*, in *Diritto processuale antitrust*, cit., pp. 188 ss. Secondo P. A., lo strumento che l'ordinamento processuale predispone per evitare giudicati contraddittori in caso di diversa competenza del Tribunale e della Corte d'appello in riferimento a diversi profili di una medesima controversia è costituito dall'istituto della sospensione del processo davanti alla Corte d'appello.

¹¹⁹ G. DE MINICO, *Spunti per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust o della Consob*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 248. Su questa tendenza dei sistemi, in generale, G. ABBAMONTE – R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, XX, Padova, 2001, pp. 93 ss.