

2 0 0 8



**Seminario
interdisciplinare
sul tema
Etica, economia e
diritto**

Genova, 12 dicembre 2008 – 9 gennaio 2009

Chiara Fatta

**Le “regole del libero mercato”
con particolare riguardo
all’ordinamento italiano:
profili costituzionalistici e di
tecnica legislativa**

“Il diritto, l’etica e l’economia sono aspetti differenti della medesima scienza:
quella che studia la probabilità del verificarsi di certi comportamenti umani”

J. R. Commons

SOMMARIO: 1. *L’intervento pubblico nell’economia tra etica, economia e diritto.* – 2. *La Costituzione economica nel disegno costituente: un’occasione mancata?.* - 3. *Regolazione e tutela della concorrenza dall’istituzione dell’antitrust alla riforma del Titolo V, attraverso le influenze comunitarie ed internazionali* - 4. (Segue). *Profili di tecnica legislativa: l’esperienza dell’Antitrust.*

1. *L’intervento pubblico nell’economia tra etica, economia e diritto*

È stato di recente notato¹ come parlare di “regole del libero mercato” sembri un ossimoro, risultando in realtà un’espressione corretta per identificare nel modo più semplice l’intervento pubblico dell’economia, usualmente definito l’azione consapevole dello stato

¹ Da MAZZANTINI, *La valutazione di impatto della legislazione regionale sulla concorrenza*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2/2008, all’indirizzo www.osservatoriosullefonti.it.

“per deviare il naturale e (altrimenti) libero corso delle forze economiche, sviluppando una sensibile pressione a carico degli operatori privati per limitarne e orientarne le scelte”².

In altri termini si può discorrere di mercato e regolazione, dove il primo “costituisce il dato preesistente”, mentre la seconda identifica “un’azione esercitata dai pubblici poteri”³.

Quanto al primo, esso si basa essenzialmente sulle decisioni decentrate dei soggetti che partecipano al processo produttivo che possono ridursi alle due grandi categorie delle imprese e dei consumatori, le cui decisioni si incontrano attraverso il meccanismo domanda/offerta e di formazione dei prezzi⁴, che possono così semplificarsi: le imprese, spinte dall’obiettivo di conseguire il profitto, saranno indotte a concorrere tra loro allo scopo di conquistare maggiore clientela. Tale competizione nasce dall’interesse individuale, tuttavia è in grado “di determinare, a livello di sistema, l’auspicabile risultato di interesse generale di produrre quei beni e quei servizi di cui al collettività in genere ha più bisogno, al prezzo tendenzialmente più basso, con ciò realizzando la cd. efficienza allocativa. Inoltre, poiché il processo è mosso dal tentativo delle imprese di ottenere il massimo profitto dal proprio investimento, queste saranno indotte alla ricerca di sempre nuovi beni e servizi ed alla elaborazione di nuovi processi produttivi, con ciò alimentando lo sviluppo della ricerca tecnologica”⁵.

Da ciò consegue, in un sistema che è pertanto in continuo movimento (quindi instabile?), in cui si riescono a mutare prontamente le modalità organizzative della produzione, al variare delle nuove esigenze e delle condizioni generali dell’economia, in funzione dell’efficienza.

Quanto alla regolazione, più nello specifico, si suole distinguere⁶ tra interventi diretti, posti in essere dal cd. “Stato - imprenditore”, prevalentemente attraverso l’erogazione di servizi, ed

² La definizione è di SPAGNUOLO VIGORITA, *Economia (Intervento della Pubblica Amministrazione nell’)*, in *Nov.ssmo Dig. It.*, 1960, VI, 364

³ Così ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, 1.

⁴ Interessante in proposito è l’idea di Commons, riportata da P. BARROTTA-T. RAFFAELLI, *Epistemologia ed economia. Il ruolo della filosofia nella storia del pensiero economico*, Torino, UTET, 1998, 193, per cui il sistema dei prezzi, alla stregua del linguaggio e dei numeri, è un “sistema simbolico per lo svolgimento di operazioni pratiche”.

⁵ Cfr., AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza. Linee guida e applicazione al caso della Regione Toscana*, 2007, all’indirizzo www.agcm.it.

⁶ CARANTA, *Intervento pubblico nell’economia*, in *Digesto disc. Pubbl.*, Agg. 2000, 372



interventi indiretti, posti in essere dal cd. “Stato - regolatore”, consistenti in attività di indirizzo e controllo del mercato, come la disciplina *antitrust*, a cui ci si riserva di dedicare un’attenzione particolare nelle pagine seguenti.

A volere essere precisi, lo Stato non è la sola organizzazione sociale coinvolta nelle attività economiche o che abbia potere di intervenire in esse, tuttavia “esistono due caratteristiche peculiari dello Stato, da cui discende la maggior parte delle altre differenze con le organizzazioni economiche: lo Stato è l’unica organizzazione l’appartenenza alla quale sia *universale*, e lo Stato ha un *potere coercitivo* non concesso a nessun’altra organizzazione economica”⁷. Queste due caratteristiche, secondo l’autorevole opinione qui citata, fanno sì che lo Stato goda di una “naturale preferenza” ad approntare un intervento efficace (si badi, non sempre opportuno od utile/inutile) nel mercato.

Tuttavia, questo apparentemente semplice meccanismo non è esente da complesse implicazioni sul piano etico-economico, destinate a riverberarsi su quello giuridico: si tratta, più nello specifico, di una diversa concezione di intervento pubblico nell’economia, a seconda di quale sia la propria “visione del mondo”.

Sulla natura/funzione di detto intervento, infatti, esistono due grandi orientamenti, emergenti dal dibattito economico-giuridico, conseguenti a due diverse ed opposte visioni di mercato ed efficienza⁸ del medesimo: da un lato, vi è l’ideologia “liberista”, per cui solo il meccanismo concorrenziale sarebbe portatore di efficienza economica, costituendo i fallimenti del libero mercato una remota eccezione; dall’altro, abbiamo l’ideologia socialista, o “mentalità del controllo”⁹, che individua nella mancanza di controllo, appunto, la causa del fallimento del mercato e sostiene pertanto la necessità di interventi “diretti” ad opera dello Stato, quale sicuro baluardo contro le inefficienze.

Si comprende quindi come, nel primo caso, si rifiuti completamente il ruolo dello Stato, negando anche quella sua naturale propensione al controllo, mentre nell’altro si ritenga la libera concorrenza completamente inaffidabile, in quanto basata sugli interessi privati e su logiche individualistiche, che non possono

⁷ Così STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1999, 37

⁸ Si utilizzerà qui tale concetto “nel senso di Pareto”, secondo il quale “un’allocazione è efficiente se non c’è alcun modo in cui si possa migliorare il benessere di alcuni individui senza peggiorare quello di almeno un altro soggetto”.

⁹ L’espressione è di STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, cit., 52

portare al bene comune o, in linguaggio economico, a soluzioni Pareto-efficienti.

Tuttavia, vi è l'autorevole (e maggiormente condivisa) opinione di Stiglitz che sostiene la tesi dell'erroneità di entrambe le posizioni precedenti, perché fondate, per così dire, su pregiudizi ideologici, che sfuggono la realtà dell'economia di mercato.

Da un lato, infatti, sarebbe falsa l'opinione di chi ritiene che lo Stato non possa fare meglio del mercato e che gli individui, organizzandosi volontariamente, possano risolvere ogni tipo di inefficienza, senza bisogno di intervento statale (cd. errore di Coase¹⁰), né sarebbe condivisibile l'opinione di chi è convinto che solo lo Stato possa rimediare ai fallimenti del mercato con interventi diretti.

Molto semplicemente, i fallimenti del mercato (o *market failures*) sono “fisiologici” e lo Stato, pur essendo anche l'economia pubblica suscettibile di fallimento, può aiutarne la soluzione, in forza di quella posizione di vantaggio di cui si discorreva sopra¹¹, senza che ciò implichi necessariamente una produzione da parte dello stesso, ossia un intervento diretto¹².

Più nello specifico, e nel tentativo di meglio inquadrare le predette teorie economiche nell'ambito del dibattito tra etica, economia e diritto, i liber[al]isti (Locke, Smith, Bentham) sarebbero portatori di una visione di “un mondo di abbondanza” e di un'economia conflittuale (tra i rapporti proprietari) produttrice di ricchezza: in questo quadro la regolazione non sarebbe necessaria, risolvendosi tutto in questo “conflitto privato”.

¹⁰ COASE, *The Firm, The Market and the Law*, Chicago, 1988 (trad. it., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006), 41 ss, risponde alle numerose critiche provenienti dal mondo economico ad un saggio del 1960, *Il problema del costo sociale*, sostenendo di non essere stato compreso, soprattutto a causa di una visione, secondo lui, distorta e limitata dell'economia e del mercato, senza contare che non tutti gli aspetti della propria analisi sarebbero stati presi in considerazione, ma ci si sarebbe limitati al “teorema di Coase”, in cui egli ipotizzava che cosa accadrebbe in un mondo in cui i costi di transazione fossero nulli e non, in assoluto, nel mondo reale.

¹¹ In particolare, STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, cit., 62 ss, fa riferimento a quattro vantaggi dello Stato nella correzione dei fallimenti dell'economia di mercato, quali il potere di tassare, il potere di proibire, il potere di punire e i costi di transazione.

¹² In particolare, lo Stato tende al monopolio e ciò che lo differenzia dalle imprese private (che parimenti vorrebbero esserlo) è la capacità di diventarlo. Così STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, cit., 74.



A partire da Hume, invece, la precedente “visione del mondo” si capovolge e si fa strada l’idea che il conflitto sia determinato dalla “scarsità”, che diventa concetto fondante della teoria economica e che rende necessario un processo regolativo, per “fare ordine” nel mercato¹³.

Su questa base si sviluppa l’istituzionalismo¹⁴ (di Commons e Veblen in particolare), che poi evolverà nel neoistituzionalismo¹⁵ (Stigler, Hayek, Coase), anche a seguito dei contatti con la teoria keynesiana.

Alla base del pensiero istituzionalista sta innanzitutto un rifiuto della dimensione “naturale” dei diritti (in parte recuperata poi dai neoistituzionalisti) e dell’idea smithiana di una provvidenziale “mano invisibile”, che guida l’interesse personale degli individui, che in questo ipotetico “stato di natura” si incontrano, per il perseguimento del proprio interesse, alla fine fautore del benessere comune, in favore di un’idea più semplice e razionale, che pone al centro il concetto di transazione, quale “trasferimento di proprietà e diritti tra soggetti giuridicamente ma non economicamente uguali”, tra i quali è necessaria la presenza di un “arbitro”, portatore di equilibrio (non per forza in termini di regolazione diretta, nel senso sopra specificato), lo Stato appunto¹⁶.

Pertanto, e passando all’applicazione concreta delle sovra citate teorie, appare evidente come il rapporto tra l’economia di mercato e

¹³ Cfr., per un approfondimento sul punto, P. BARROTTA-T. RAFFAELLI, *Epistemologia ed economia*, cit., 196 ss.

¹⁴ Per un approfondimento sul punto, con particolare riguardo ai problemi di coordinamento dell’azione collettiva, cfr. M. RAITERI, *Diritto, regolazione, controllo*, Milano, Giuffrè, 2004, 203 ss.

¹⁵ Val qui la pena di accennare come il neoistituzionalismo non rappresenti, nel vero senso del termine, il “seguito” dell’istituzionalismo, seguendo, invece, un percorso diverso e giungendo addirittura a soluzioni diverse (attraverso esperienze “singole” e neppure del tutto omogenee), sull’origine e sul ruolo delle istituzioni in particolare, in un’ottica di “revisione” delle assunzioni dell’economia neoclassica, di cui, tuttavia, recuperano alcuni concetti, come lo “stato di natura”, o come l’approfondimento delle implicazioni “moralì” dell’economia, che viene portata “ad interrogarsi sul valore della fiducia e sul bisogno di essere approvati dagli altri e dalla propria coscienza”. Per un approfondimento sul punto, cfr. ancora P. BARROTTA-T. RAFFAELLI, *Epistemologia ed economia*, cit., 209 ss.

¹⁶ L’indispensabilità della regolazione, per Commons, conseguirebbe proprio dal carattere non naturale della proprietà. In particolare, “la società non è né una macchina né un organismo, bensì un’organizzazione e la transazione è l’unità elementare di relazione in cui gli individui si rapportano tra loro in forma associata, cioè organizzata”(cfr. ancora P. BARROTTA-T. RAFFAELLI, *Epistemologia ed economia*, cit., 203)

diritto (in termini di norme sulla regolazione della stessa) si configurano logicamente, ma anche storicamente, come necessario. L'economia di mercato, infatti, può funzionare, e di fatto storicamente ha funzionato, solo in un quadro istituzionale caratterizzato da certe garanzie giuridiche minime, ma indispensabili, quali la chiara individuazione e l'efficace tutela dei diritti di proprietà e della libertà di contratto. I primi, infatti, consentono la tutela dei risultati dell'attività economica svolta dagli operatori sul mercato, la seconda di modellare lo scambio secondo le sempre mutevoli esigenze e le diverse reciproche convenienze.

Fermo restando questo livello minimale, che anche i liberisti sono propensi a condividere, per quanto riguarda il rapporto tra la regolazione ed il sistema economico, non si può negare che ogni regolazione, in quanto per definizione tendente ad orientare i comportamenti dei soggetti che agiscono sul mercato in modo diverso da quanto gli stessi farebbero spontaneamente, ne alteri il funzionamento¹⁷.

Perché si realizzi un armonioso rapporto tra regole e mercato è quindi necessario che la regolazione sia conforme a certi criteri e rispetti alcune condizioni¹⁸, è insomma indispensabile individuare

¹⁷ Cfr., AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza*, cit.

¹⁸ Val la pena di citare quelli riportati dall'AGCM (*Analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza*, cit.) e mutuati dall'analisi economica:

“a) In talune circostanze le virtù del mercato non si riescono ad esplicare per la ragione che il processo concorrenziale sopra descritto subisce un rallentamento o addirittura un arresto. Ciò può dipendere sia dal comportamento delle imprese presenti sul mercato, che si accordano per sottrarsi alla reciproca pressione concorrenziale (è l'ipotesi dei cartelli), oppure sfruttano il potere di mercato individualmente raggiunto allo scopo di impedire l'attività concorrenziale di altri (abuso di posizione dominante), sia da condizioni obiettive di particolari industrie caratterizzate da crescenti economie di scala che favoriscono la presenza di una sola impresa (è il caso del c.d. monopolio naturale, si pensi ad esempio alla gestione delle reti di trasmissione dell'energia elettrica o anche della rete ferroviaria). Tali evenienze richiedono un adeguato intervento regolatorio: nel primo caso si tratterà delle classiche regole antitrust (divieto di intese e di abuso di posizione dominante), nel secondo caso si tratterà di regolare il comportamento dell'impresa monopolista, onde evitare l'eccessivo rialzo dei prezzi e controllare la qualità e quantità delle prestazioni erogate.

b) Esistono beni che il mercato non offre o non riesce ad offrire nella misura sufficiente a causa del fatto che dal loro godimento non può essere facilmente escluso nessuno ed il godimento da parte di un fruitore addizionale dello stesso non costa nulla, sicché non si determinano quelle condizioni per le quali il meccanismo dei prezzi riesce a funzionare.



(cosa non facile) il mezzo idoneo a rimediare ai predetti fallimenti del mercato, per evitare il fallimento dell'intervento regolatorio stesso (cd. *regulatory failure*¹⁹). Pertanto, risultano indispensabili attente

Si tratta dei c.d. beni pubblici in senso economico. Si pensi al servizio di difesa militare. La difesa da un attacco straniero, se riuscita, non può escludere da questo vantaggio nessuno dei cittadini del medesimo paese e, d'altra parte, il costo della stessa non è frazionabile per ogni singola persona che ne ha beneficiato.

A fianco a tale categoria si può collocare quella dei beni e servizi che il mercato produce, ma a condizioni di qualità e di prezzo che non sono, nelle date circostanze storiche, ritenute socialmente accettabili. E' il tema dei servizi pubblici. Si pensi, ad esempio, alla posta, che deve raggiungere a prezzi accessibili anche le zone in relazione alle quali sarebbe del tutto antieconomico operare; all'energia elettrica, al gas, all'acqua, alle comunicazioni e all'assistenza sanitaria che devono essere garantite a certi livelli a tutti.

Con riferimento a tali beni e servizi, si legittima l'intervento pubblico che deve essere volto a realizzare l'obiettivo socialmente auspicato, quale ad esempio il c.d. servizio universale, utilizzando gli strumenti più idonei che superino la riscontrata inadeguatezza del mercato, senza però distorcerne ingiustificatamente il funzionamento.

c) A volte, alcune azioni determinano effetti negativi o positivi direttamente nei confronti di soggetti diversi da quelli che le pongono in essere. In termini economici, si tratterà di attività che generano costi o attribuiscono vantaggi sui terzi, piuttosto che su chi li compie. Si tratta delle c.d. esternalità e possono essere appunto negative e positive. Esempio della prima categoria è l'inquinamento. Si pensi ad un'industria chimica che scarichi, senza idonee precauzioni, i residui della produzione in un fiume, inquinando le falde acquifere della zona ed imponendo ingenti costi su tutti coloro che fruiscono di quelle risorse. Non sopportando interamente tali costi, l'impresa sarà indotta ad incrementare tale attività ben oltre il livello che sarebbe auspicabile. Si rende, dunque, necessario un intervento regolatorio volto a limitare tali attività. Di converso, si pensi alla ricerca tecnologica. Poiché i suoi risultati portano vantaggi collettivi, in assenza di un'adeguata regolazione dei diritti di proprietà industriale, non vi sarebbe alcun incentivo per le imprese a svilupparla.

d) Vi sono poi le ipotesi in cui il mercato non dà adeguati stimoli a veicolare le informazioni sufficienti affinché domanda e offerta possano incontrarsi e comporsi secondo meccanismi virtuosi. Si pensi, ad esempio, agli strumenti finanziari, ai farmaci o ai servizi professionali. Sono beni e servizi in relazione ai quali generalmente il consumatore non ha a disposizione le necessarie conoscenze per operare una scelta ponderata e dunque senza un adeguato intervento regolatorio, si determinerebbe un equilibrio non efficiente sul mercato.

¹⁹ Infatti, "l'intervento pubblico, per limiti intrinseci ai processi di decisione pubblica, difficilmente riesce a soddisfare reali esigenze collettive, risolvendosi piuttosto spesso nella occasionale difesa di vari interessi settoriali, a scapito di quelli della collettività in quanto tale. Tale fenomeno deriva dalla difficoltà del regolatore di reperire un'informazione completa sui

indagini empiriche, volte ad accertare in concreto l'esistenza di un *market failure* e di un qualche modo di intervenire nel mercato, che sia tale da aumentare il benessere collettivo (si ricordi, senza peggiorare quello di alcuno), quale unica condizione sufficiente a determinare l'intervento statale.

A tal proposito, si è sostenuta l'esistenza di una sorta di "onere della prova" a carico del regolatore che vuole intervenire nel mercato, che deve giustificare il suo intervento, sulla base di un'analisi empirica della situazioni su cui vuole intervenire e alla luce dei criteri succitati.

Devono poi inoltre essere considerate le evenienze in cui reali "esigenze d'interesse generale" giustifichino comunque restrizioni al funzionamento del mercato. Si tratta di esigenze della collettività in quanto tale, non di singoli gruppi, il cui soddisfacimento può non dipendere per loro natura dal buon funzionamento del mercato, ma richiedere pur tuttavia di intervenire con misure regolatorie che di fatto ne alterano il funzionamento (si pensi, per esempio, agli obblighi a tutela del pluralismo, alle politiche redistributive, alle politiche di protezione sociale che impongono certi divieti relativi al fumo o alle sostanze alcoliche ecc., alle politiche volte a reprimere per ragioni morali certi comportamenti).

In questi casi, l'analisi economica considera come dato di fatto l'interesse individuato dal decisore politico e si sforza di selezionare le modalità meno restrittive del funzionamento del mercato per realizzarlo.

fenomeni da regolare e dalle modalità concrete con cui i gruppi di interesse tutelano le proprie istanze presso i decisori pubblici, che tendono ad essere "catturati" dai primi. E' un dato che, da un punto di vista economico, sia poco conveniente e, di fatto dunque, assai più difficile per i gruppi di interesse più vasti - come per esempio quello dei consumatori - rispetto ai gruppi di interesse più piccoli - come tendenzialmente quelli costituiti dalle imprese di un certo settore - acquisire le informazioni necessarie a comprendere quale sia la regolazione più vantaggiosa per ciascuno membro del gruppo stesso e conseguentemente organizzare una coerente azione di pressione sul decisore politico. Infatti, i trasferimenti di ricchezza realizzabili con un certa regolazione, si distribuiscono tendenzialmente in modo diseguale, a seconda che siano diretti a gruppi più o meno grandi. Assumendo fissa la dimensione del trasferimento, più è grande il gruppo d'interesse in ipotesi beneficiario, minore è il vantaggio di ciascun membro. Più il vantaggio personale dei singoli membri diminuisce, più diviene antieconomico per costoro investire risorse per occuparsi dell'impatto della regolazione. Tali dinamiche comportano che le politiche che riducono il benessere per i gruppi maggiori a beneficio di gruppi minori sono di fatto un probabile esito dei processi regolatori" (così, ancora, AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza*, cit.).



Il risultato è (dovrebbe essere) quindi un approccio pro – concorrenziale temperato, (*rectius*, per riprendere ancora Stiglitz, “eclettico”), che chiami in aiuto lo Stato, in caso di fallimento del mercato, senza aprioristiche prese di posizione.

2. La Costituzione economica nel disegno costituente: un'occasione mancata?

Stabilite le necessarie premesse di ordine generale, ci si vuole qui soffermare sull'ordinamento italiano, quale punto di riferimento per svolgere qualche breve osservazione sull'implementazione concreta delle sovra citate teorie sull'intervento pubblico nell'economia e sulla possibilità di operarne una valutazione, (anche) ai fini di migliorare il ruolo della regolazione.

A tal fine il punto di partenza non può che essere quella che suole chiamarsi “Costituzione economica”²⁰, con particolare riguardo agli artt. 41, 42 e 43 Cost., dove iniziativa privata ed intervento pubblico trovano il loro equilibrio costituzionale, generatore, almeno secondo la più risalente dottrina maggioritaria, di un sistema ad “economia mista”, nel senso della previsione di “iniziativa economica e proprietà pubblica e privata a pari titolo e dignità, pur senza definire la reale misura della reciproca presenza, preferendo che sul punto sia la futura volontà politica a decidere”²¹.

In realtà tale interpretazione del sistema economico, quale previsto in costituzione, è stato da più parti contestato, sia per la scarsa efficacia dell'espressione in sé, che non rimanderebbe ad un concetto esistente di sistema economico, sia per il concetto stesso che vuole esprimere, che non coglierebbe lo spirito che animava i costituenti.

Questi ultimi, infatti, più o meno consapevolmente²², hanno optato per una via mediana tra interventismo e liberismo, ma non

²⁰ Si precisa l'utilizzo dell'espressione in termini puramente descrittivi, non essendo ammissibile, né possibile, una qualsiasi forma di “scissione costituzionale”, attesa l'unicità della nostra Carta costituzionale, come ricorda MARZUOLI, *Mercato e valore dell'intervento pubblico*, in *Le Regioni*, 1993, 1599.

²¹ Cfr., per tale definizione, PALMA, *Una coordinata della Costituzione tutta da riscoprire: il pubblico da soggettivamente pubblico a oggettivamente pubblico*, in *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale. Atti del convegno svoltosi a Milano, 6-7 maggio 1988*, Milano 1990, 369.

²² Per una sintesi delle posizioni in assunte in Assemblea costituente, cfr. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, 7 ss.

quale compromesso²³ fine a se stesso tra le forze ed i diversi orientamenti politici (liberista e “di sinistra”²⁴), bensì con l’obiettivo ben preciso dell’“utilità sociale”²⁵, per il perseguimento del quale ci si avvale della regola del mercato che, pertanto, si trasforma da fine a mezzo²⁶, per il perseguimento dei più alti valori costituzionali.

La natura strumentale del mercato andrebbe a capovolgere l’esperienza pre-costituzionale, segnata dalla logica della sussidiarietà²⁷ dell’intervento pubblico nei confronti dell’iniziativa economica privata, in favore di un ruolo attivo del mercato e dell’intervento (eventuale ed eticamente orientato) dello Stato in esso, per l’implementazione delle disposizioni costituzionali (programmatiche), poste a tutela dei diritti sociali²⁸.

²³ Anche se non rappresenta l’interpretazione “consueta” di tale concetto, ci pare opportuno, poiché particolarmente adatta a questa sede, richiamare, la nozione “positiva” di “compromesso”, quale elaborata da ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Editoriale scientifica, 2006, 34 ss, secondo il quale le costituzioni pluralistiche sono necessariamente compromissorie (*pluralismo* e *principalismo* quale binomio inscindibile dunque) e tale natura si esprime “attraverso *norme di principio*, che corrispondano ai valori di ciascuna delle parti della società”, in particolare, esse vanno ad integrare “la parte materiale, nella quale si riversano le aspirazioni costituzionali delle forze in campo”.

²⁴ Sotto questa definizione vengono accomunate le tesi interventiste da STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, cit., 80.

²⁵ Per un approfondimento del dibattito sul punto, cfr., BUFFONI, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2003, 354 ss.

²⁶ Sulla nozione di “mercato come regola”, quale elaborata dalla Corte costituzionale, si segnala la sentenza n. 439 del 1991, commentata da NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. Cost.*, 1991, 3680 ss, e bibliografia e giurisprudenza ivi indicate, sull’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di “Costituzione economica”.

²⁷ La mera sussidiarietà, per cui lo Stato interviene solo in quei remoti casi dove il privato non può (in una logica liberista quindi), secondo PALMA, *Una coordinata della Costituzione tutta da riscoprire.*, cit., 366, acquisisce nel contesto liberale “la forza di un dogma”, dal quale risulta difficile staccarsi, anche a seguito dell’emanazione della Costituzione repubblicana.

²⁸ Non manca tuttavia chi vede nell’impianto costituzionale il favore per la regolazione (autoritaria) del mercato, quale espressione di sovranità, in assenza della quale “lo Stato diviene non-Stato”, come se non ci fosse soluzione di continuità tra sistema chiuso (rigidamente regolato) ed aperto (lasciato al libero mercato e alla concorrenza). Così GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed Istituzioni comunitarie*, in *Quad. Cost.*, 1992, 21 ss.



Inquadrata, almeno nelle sue linee essenziali, la disciplina costituzionale, va immediatamente osservato come la stessa non sia mai stata sostanzialmente attuata, rilevandosi nella prassi molti interventi dello Stato nell'economia, ma completamente slegati dai "programmi" costituzionali e variamente riconducibili a necessità contingenti e ad obiettivi di natura prettamente politica.

Una ragione decisiva della mancata attuazione viene rinvenuta, da gran parte della dottrina, sia nella mancanza di una cultura dell'intervento pubblico nell'economia e dal prevalere di quella liberale, sia (e soprattutto) dalla debolezza dell'impianto costituzionale, nell'elaborazione del quale i costituenti avrebbero prestato eccessiva attenzione al discorso generale sulla necessità di dirigere l'attività produttiva secondo un piano, senza concentrarsi sugli specifici strumenti istituzionali per "pianificare", sui quali si era già sviluppata la legislazione ordinaria, che infatti continuerà a seguire un percorso autonomo²⁹.

Volendo sintetizzare l'evoluzione dell'intervento pubblico nell'economia, in epoca precostituzionale, si registra un generale astensionismo³⁰ ed una generale immobilità della riflessione politico-istituzionale, che resterà a lungo immutata, come alimentata dal dibattito costituente.

La situazione si sblocca solo contestualmente al *boom* economico degli anni Cinquanta, in cui muta anche l'approccio alla politica economica³¹, in cui diventerà sempre più pregnante la presenza pubblica, dall'idea di programmazione generale ad opera della legge ordinaria³², ad interventi più puntuali e concreti, affidati alla Pubblica Amministrazione, ma appunto "estranei" alle previsioni costituzionali. Tuttavia, i predetti interventi sono indicativi soltanto di presenza pubblica nell'economia (si potrebbe parlare di mero

²⁹ Per un approfondimento sul punto, cfr. MERLINI, *Economia (Intervento della Pubblica Amministrazione nell')*, in *Novissimo Dig. It.*, 1980, 240.

³⁰ Con le due sole eccezioni della legge sul mezzogiorno e di quella sulla riforma agraria.

³¹ In tal senso, quali primi tentativi razionali di applicazione del metodo della programmazione, si segnalano il cd. "Piano Vanoni" (Schema di sviluppo dell'occupazione e del reddito in Italia nel decennio 1955-1964) e la cd. "Nota La Malfa" (Nota aggiuntiva, allegata alla Relazione generale sulla situazione economica del Paese, presentata dal Ministro del bilancio Ugo La Malfa, nella primavera del 1963).

³² Con l'eccezione dell'istituzione del CIPE e del Ministero del bilancio e della programmazione economica, ad opera della Legge n. 48 del 1967 e successivi decreti delegati, che cercava di tracciare, nell'espressione di GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 299 ss, un "disegno teorico di direzione pubblica dell'economia".

“dirigismo” o “disciplina dell’attività economica”³³), ma non di programmazione vera e propria, i cui tentativi (peraltro falliti) restano confinati ad alcune sporadiche iniziative, pur pregevoli, ma incapaci di determinare una svolta nell’approccio del nostro ordinamento all’intervento pubblico nell’economia³⁴.

Non è certo qui possibile (né opportuno, ai fini delle presenti considerazioni) rassegnare in modo completo l’evoluzione degli interventi pubblici nel nostro sistema economico, tuttavia vanno segnalate “quelle iniziative che tendono a predisporre le condizioni per potere orientare, guidare l’attività economica, privata e pubblica, senza far ricorso ad alcuna imposizione autoritativa”, che possono ricondursi più propriamente all’intervento pubblico nell’economia in senso stretto e nelle quali lo Stato non si pone in posizione di supremazia, ma cerca la collaborazione degli operatori economici: in estrema sintesi si tratta dei cd. “Stato finanziatore” e “Stato imprenditore”, facendo riferimento, con la prima espressione, alle sovvenzioni e ai finanziamenti pubblici, con la seconda al fenomeno delle grandi *holdings* pubbliche (IRI, ENI, etc.)³⁵, a cui si collegherà, all’opposto, il fenomeno successivo delle privatizzazioni³⁶.

3. Regolazione e tutela della concorrenza dall’istituzione dell’antitrust alla riforma del Titolo V, attraverso le influenze comunitarie ed internazionali

Per assistere ad un decisivo mutamento (almeno formalmente e con riferimento al piano costituzionale) del predetto stato di cose bisogna attendere la riforma del Titolo V, con specifico riguardo alla

³³ Almeno questa è l’idea di ZUELLI, *Economia (interventi pubblici nell’)*, in *Enc. Giur.*, 3.

³⁴ Il riferimento va ancora ai già citati “Piano Vanoni” e “Nota La Malfa”, che si fondavano sull’idea che “in una economia di mercato ad alto ritmo di sviluppo, come fu quella del periodo, si formano risorse sufficienti a soddisfare sia le domande spontanee del mercato sia le esigenze collettive fino ad allora sacrificate” (così, MERLINI, *Economia (Intervento della Pubblica Amministrazione nell’)*, cit., 239) e sul progetto - che sul predetto presupposto si basa - di tipo keynesiano di redistribuzione delle risorse, basato sulla capacità di intervento espansivo della spesa pubblica.

³⁵ Per un approfondimento sul punto, cfr. ZUELLI, *Economia (interventi pubblici nell’)*, cit., 5.

³⁶ In relazione a tale fenomeno la bibliografia è molto vasta. Cfr., per tutti, CARABBA, *Privatizzazione di imprese e attività economica*, in *Digesto disc. pubbl.*, XI, 1996, 558 ss; CLARICH, *Privatizzazioni*, *ibidem*, 568ss; ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del “pubblico”: lo Stato regolatore*, in *Pol. Dir.*, 1997, 627 ss; CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 629 ss; CLARICH - PISANESCHI, *Privatizzazioni*, in *Digesto disc. pubbl.*, Agg. 2000, 432 ss.



tutela della concorrenza, che viene attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ex art. 117, c. 2, lett. e), senza la necessità di ricorrere a complicate interpretazioni estensive di quella che abbiamo chiamato “Costituzione economica”.

La predetta riforma è indubbiamente stata influenzata dall’ordinamento comunitario³⁷ (dove tradizionalmente prevale l’attenzione al libero mercato e alla tutela della concorrenza³⁸) l’adesione al quale, ha imposto anche al legislatore costituzionale l’assunzione di una posizione di politica economica più definita, che a questo punto parrebbe scostarsi dalla cd. (già citata e contestata) “economia mista”, in favore del libero mercato.

Se tale conclusione può essere logica, non è detto che sia quella giusta ed, in ogni caso, si rivelano indispensabili una contestualizzazione della riforma nel contesto nazionale e comunitario, da un lato, e la disamina dei maggiori problemi (tuttora aperti) che la costituzionalizzazione della tutela della concorrenza ha posto, dall’altro, che ci consentiranno qualche considerazione più ponderata, al fine di meglio comprendere “quale” intervento pubblico dell’economia è possibile individuare nel nostro ordinamento.

Quanto al primo dei profili appena evidenziati, è indiscutibile il peso che l’impostazione comunitaria del sistema economico ha assunto per gli ordinamenti nazionali, tanto che, a seconda della tesi accolta da ciascuno nell’interpretazione della Costituzione economica, non è mancato chi³⁹ abbia ravvisato un contrasto tra la Costituzione e

³⁷ Non va dimenticato, peraltro, il ruolo di accordi e convenzioni internazionali, tra cui spiccano: la CEDU del 1950, la Convenzione ONU di Montego Bay sul diritto del mare del 1982, il GATT del 1947, evolutosi nel 1994 nel WTO, nonché il SEE del 1992.

³⁸ Come sottolinea MAZZANTINI, *La valutazione di impatto della legislazione regionale sulla concorrenza*, cit., “la scelta di tutelare un certo tipo di economia e, in particolare, una economia di mercato, con la quale si intende un sistema fondato principalmente sull’iniziativa privata e sul libero agire delle forze che determinano la domanda e l’offerta, piuttosto che un’economia programmatica, cioè basata sul programma formulato dallo Stato al fine di indirizzare la vita economica del Paese, è una scelta di *policy* che si fonda sui risultati positivi, in termini di crescita economica e di sviluppo, che negli ultimi decenni sono stati conseguiti da tale modello. Durante gli ultimi anni, infatti, l’economia di mercato si è progressivamente diffusa in ogni area del mondo, al punto da rappresentare il modello di organizzazione socio-economica ormai sicuramente dominante”.

³⁹ Cfr. PICOZZA, *L’incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell’economia*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunitario*, 1996, 238 ss, il quale sostiene l’incompatibilità della Costituzione con il Trattato CE, partendo dall’assunto che, come confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, le libertà economiche non sono una

l'impianto liberista comunitario. Più semplicemente, come suggeriscono altri autori⁴⁰ (che ci si sente qui di condividere), sorge solo la necessità di una rilettura della Carta fondamentale ed una sua contestualizzazione: vediamo come.

Pur essendo indiscutibile che l'obiettivo dell'ordinamento comunitario sia quello di sostituire/armonizzare le discipline nazionali degli Stati membri, ai fini della più ampia integrazione, anche nel campo di applicazione del diritto pubblico dell'economia, per ciò solo non può interpretarsi tale approccio, nel senso di ignorare la dimensione etica (la tutela dei diritti sociali da parte dell'ordinamento) dell'intervento pubblico nell'economia, quale previsto dalla Costituzione.

Allo stesso modo, partendo dal presupposto che la nostra Costituzione economica sia riconducibile al controverso sistema dell'"economia mista", non pare proficuo sostenere la primazia dell'aspetto liberistico su quello regolativo dello Stato e a discapito degli obiettivi sociali, a cui quest'ultimo è finalizzato⁴¹.

Seguendo tale impostazione, l'impressione è quella che l'adesione all'ordinamento comunitario non avrebbe apportato novità sostanziali, contribuendo soltanto a mantenere l'ordinamento nazionale in una situazione di stallo e di perenne inattuazione delle disposizioni costituzionali.

Al contrario, ed anche in ossequio alla giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra diritto interno e comunitario⁴², la via giusta credo sia quella di "contestualizzare" le costituzioni economiche, nazionale e comunitaria, le quali, ad una più attenta lettura in "combinato disposto", non possono considerarsi contrastanti.

Se, infatti, è indubitabile che l'ordinamento comunitario sia nato con un'impronta liberista, è altrettanto incontestabile l'unicità della Costituzione (così come dei Trattati istitutivi UE/CE), che non

mera "posizione pregiudiziale", bensì diritti veri e propri, "situazioni giuridiche soggettive direttamente e immediatamente tutelate dall'ordinamento giuridico comunitario", per cui si richiede una tutela effettiva, che non può essere garantita, finché persistono "misure economiche protezionistiche del mercato nazionale", causa di danno al processo di integrazione e di isolamento dello Stato inadempiente.

⁴⁰ Cfr., AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 7 ss, e MARZUOLI, *Mercato e valore dell'intervento pubblico*, cit.

⁴¹ Così GUARINO, *Pubblico e privato nella economia*, cit.

⁴² Per un approfondimento sul punto, cfr., per tutti COSTANZO - MEZZETTI - RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2007, cap. 5, a cura di Ruggeri.



può dividersi in “economica” e non, a maggior ragione nel valutare la compatibilità tra ordinamento interno e comunitario.

Ne consegue, pertanto, che i limiti (*rectius*, controlimiti) posti al diritto comunitario, validi in riferimento alle libertà fondamentali, comprendono certamente anche la sfera economica, senza contare che, prendendo in considerazione il quadro complessivo del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia⁴³, è evidente come sia presente una risalente e costante attenzione per la sfera sociale dei diritti dell’individuo⁴⁴, perfettamente compatibile con interventi dello Stato nell’economia al fine di garantirla.

Alla luce di quest’ultima impostazione, può valutarsi la sopra citata riforma costituzionale, in questi termini essenziali: tutela della concorrenza, ma senza il venir meno delle cautele per i diritti sociali, previsti nelle (immutate ed immutabili) disposizioni della prima parte della Costituzione⁴⁵.

A questo punto, è indispensabile affrontare il secondo profilo, quello più specifico delle problematiche connesse alla costituzionalizzazione della concorrenza, che riguardano in particolare il fondamento costituzionale della stessa (con specifico riferimento ai rapporti con la Costituzione economica) ed il corretto inserimento nel riparto di competenze Stato-Regioni.

Si tratta, in tutta evidenza, di questioni prettamente costituzionalistiche, che non potranno essere trattate compiutamente in questa sede, se non per quegli aspetti necessari a meglio definire l’attuale approccio del nostro ordinamento all’intervento pubblico nell’economia, soprattutto attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto.

La riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione ex Legge costituzionale n. 3 del 2001, ha introdotto numerosi termini nuovi, che richiamano altrettanti concetti di natura economica, in particolare affidando alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della

⁴³ Cfr., per la rassegna delle disposizioni rilevanti dei Trattati, MARZUOLI, *Mercato e valore dell’intervento pubblico*, cit., 1599, e, per l’evoluzione giurisprudenziale, COSTANZO - MEZZETTI - RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, cit., cap. 7, a cura di Costanzo.

⁴⁴ Cfr., ancora, MARZUOLI, *Mercato e valore dell’intervento pubblico*, cit., e COSTANZO - MEZZETTI - RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, cit., cap. 7, a cura di Costanzo.

⁴⁵ Non si crede sia senza valore la collocazione sistematica della tutela della concorrenza, nel Titolo V della Costituzione, a proposito del riparto delle competenze Stato-Regioni, fisicamente e probabilmente anche concettualmente “lontana” dalla prima parte sui diritti ed i principi fondamentali, dove è contenuta la Costituzione economica.

concorrenza (art. 117, comma 2, lett e)), a chiusura (si potrebbe azzardare a dire) del dibattito sulla copertura costituzionale di detta tutela⁴⁶, dopo l'introduzione, ad opera del legislatore ordinario, della disciplina *antitrust* e della corrispondente Autorità, sulla scorta dei vincoli comunitari e dell'interpretazione estensiva (forzata?) della libertà di iniziativa privata ex art. 41 Cost.

Quanto al profilo del riparto delle competenze, si potrebbe sintetizzare nel fatto che è stata prevista la tutela della concorrenza ma non è chiaro a chi appartenga la competenza a disciplinarla e garantirla tra la competenza esclusiva dello Stato e quella residuale delle Regioni.

Secondo la giurisprudenza costituzionale, la concorrenza, così come collocata nel nuovo testo dell'art. 117, "non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali". Tale ruolo apparterebbe essenzialmente allo Stato, "per la sua rilevanza macroeconomica", competendo alle Regioni soltanto gli interventi più direttamente incidenti sulla realtà produttiva locale.

A sorpresa (rispetto a quanto sopra affermato), pertanto, la Corte sembra voler fare propria la tesi della prevalenza dell'economia di mercato, in ossequio al sistema comunitario, cercando però di perseguirlo con uno strumento (quello interventistico), che dovrebbe essere di per se stesso inadeguato⁴⁷.

Resta tuttavia il fatto che la costituzionalizzazione della concorrenza ha posto un limite esplicito (forse non necessario, alla luce dell'evoluzione del nostro ordinamento) all'intervento statale nell'economia e, quel che più conta, controllabile sotto un duplice fronte: da parte dell'Autorità garante, da un lato, e della Corte costituzionale, dall'altro, con il solo rammarico di un inizio non troppo incoraggiante di quest'ultima, che, nell'ansia di arginare quanto

⁴⁶ Per una sintesi di tale dibattito, cfr., BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V*, cit., 354 ss.

⁴⁷ L'incoerenza del ragionamento condotto dalla Corte, soprattutto in rapporto alla politica comunitaria della concorrenza, viene sottolineata da CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2004, all'indirizzo www.federalismi.it.



più possibile l'intervento regionale⁴⁸, ha finito con lo spogliarsi parzialmente del proprio potere di controllo, estendendo forse eccessivamente la nozione di tutela della concorrenza, lasciata alla discrezionalità del legislatore statale.

4. (Segue). Profili di tecnica legislativa: l'esperienza dell'Antitrust.

In attesa della tanto auspicata quanto incerta attuazione della "nuova" Costituzione economica ad opera dei legislatori nazionale e regionale, le uniche forme di regolazione del mercato si riscontrano, come già si accennava con riferimento all'evoluzione dell'intervento pubblico nell'economia del nostro sistema, a livello della legislazione

⁴⁸ Così CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, cit. Quanto rischi di affidare la regolazione del mercato alla competenza regionale, MAZZANTINI, *La valutazione di impatto della legislazione regionale sulla concorrenza*, cit., rileva che "i rischi che si corrono diversificando la legislazione e lasciando ampi margini di libertà alle Regioni sono almeno due. Da un lato, c'è il rischio che standard e normative settoriali differenziati da regione a regione aumentino notevolmente i costi di transazione e rendano più difficoltosa l'entrata di un concorrente che voglia operare a livello nazionale. Dall'altro, invece di favorire il confronto fra gli attori locali e quelli di altre regioni, c'è il rischio che le leggi regionali perseguano lo scopo di avvantaggiare le imprese interne alla regione, tutelando dalla concorrenza e distorcendo il confronto attraverso l'innalzamento di barriere all'entrata che siano in grado di proteggerle". Egli nota anche come "tuttavia, negli ultimi anni, in seguito al consolidamento delle teorie federaliste che mirano alla differenziazione della cornice giuridico-economica dei singoli territori, allo scopo di valorizzarne le risorse locali, anche le Regioni sono diventate soggetti di primo piano nella regolazione di alcuni settori, ottenendo una competenza normativa talvolta esclusiva, talvolta concorrente con lo Stato centrale. La possibilità riconosciuta alle Regioni di legiferare su alcuni settori è giustificata dal fatto che queste ultime, più facilmente dello Stato, sono in grado di valorizzare le differenze territoriali e capaci di interpretare le richieste della collettività dell'area che amministrano. Riuscire ad avvicinare il centro decisionale alla comunità sulla quale poi queste decisioni ricadono, dovrebbe permettere di innescare un processo di differenziazione che ha come obiettivo finale quello di esaltare e sviluppare le risorse del sistema economico sociale locale: "l'esistenza di una pluralità di politiche diverse praticate dalle varie entità federate, unita alla possibilità di scelta garantita dall'«ombrello» delle regole federali, permette di scoprire quali sono le combinazioni di regolamentazioni e beni pubblici preferite dai cittadini e dalle imprese. La concorrenza istituzionale è quindi un potente meccanismo di innovazione, che estende alle istituzioni politiche il duplice principio della variazione e della selezione delle soluzioni migliori".

ordinaria, in via per così dire “autonoma” rispetto al disegno costituzionale.

L'intervento legislativo di maggior rilievo, proprio i tema di tutela della concorrenza e che può considerarsi precursore delle novità introdotte con la riforma del Titolo V della Costituzione è rappresentato dall'istituzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ad opera della Legge n. 287 del 1990, anch'essa espressione di una soluzione di compromesso, lontana sia dalla prospettiva esclusivamente soggettiva della tutela dei consumatori, sia dalla politica comunitaria della concorrenza, orientata a lasciare più ampi margini di discrezionalità all'Autorità indipendente, senza quindi realizzare neppure sotto questo fronte una politica della concorrenza⁴⁹.

Ferme restando queste criticità, che non possono essere qui approfondite ma che indubbiamente segnalano l'estrema incertezza del sistema italiano di tutela della concorrenza e ci inducono a desistere dall'obiettivo iniziale di chiarirne meglio il quadro complessivo, va comunque sottolineato come l'AGCM sia molto “attiva” nello svolgimento delle proprie funzioni.

Più nello specifico, l'Autorità si è di recente orientata, sotto il profilo di regolazione del mercato (che, si ricorda, è il filo conduttore di queste brevi considerazioni) e della funzione di controllo che le compete e di cui sovra si discorreva, nel senso di una valutazione degli interventi regolativi, ai fini di individuarne gli effetti in concreto sul mercato e stabilire tra gli stessi una relazione, in un'ottica di ricerca dell'intervento più idoneo a tutelare la concorrenza.

“L'analisi di impatto della regolazione⁵⁰ [infatti] e, più in particolare, l'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza appaiono essere strumenti assai utili per i decisori politici e le agenzie di regolazione; anche l'Autorità ha iniziato, negli ultimi anni, a porre una sempre maggiore attenzione all'impatto della regolazione sui mercati, anche a causa dell'elevato numero di segnalazioni aventi ad oggetto normative regionali e locali in contrasto con i principi di tutela della concorrenza”⁵¹.

⁴⁹ Così CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, cit.

⁵⁰ Per un approfondimento sul punto, nella più ampia prospettiva della collocazione dell'AIR nel contesto della tecnica legislativa, cfr. i contributi contenuti nel *Codice di Drafting*, in *Tecniche normative*, all'indirizzo www.tecnichenormative.it.

⁵¹ Cfr. ancora MAZZANTINI, *La valutazione di impatto della legislazione regionale sulla concorrenza*, cit.



In particolare, “il processo di valutazione dell’impatto concorrenziale degli interventi normativi assume come elemento esogeno le finalità di interesse generale sottostanti la proposta di intervento regolatorio. L’obiettivo è quello di orientare il soggetto regolatore nella selezione degli strumenti alternativamente utilizzabili per il perseguimento di tali finalità, in particolare in funzione della natura ed entità delle restrizioni concorrenziali eventualmente collegate a ciascuna delle opzioni considerate”

Più nello specifico, “l’impianto del processo di valutazione delle proposte legislative o regolamentari, sotto il profilo della loro compatibilità con i principi del mercato, deve inoltre rispondere a esigenze di chiarezza, trasparenza e semplicità. Lo scopo non è quello di quantificare l’effetto diretto o indiretto sulla concorrenza nei diversi mercati interessati, quanto piuttosto di indicare un percorso logico che, sulla base di alcuni criteri prevalentemente qualitativi, ma chiaramente definiti e facilmente utilizzabili, consenta di verificare se le proposte di regolazione – per il loro contenuto o le rispettive modalità di applicazione - prevedano restrizioni ingiustificate alla libertà di iniziativa economica o comunque eccessive in rapporto alle finalità di interesse generale di volta in volta perseguite.

In questa prospettiva, la struttura del percorso di valutazione concorrenziale potrebbe articolarsi nella successione di cinque fasi logicamente distinte, all’interno del processo di elaborazione e definizione delle proposte legislative e regolamentari:

- la prima fase è intesa a consentire, in base a una sintetica descrizione delle caratteristiche essenziali dell’intervento, un prima selezione delle proposte normative sicuramente rilevanti o non rilevanti ai fini della valutazione concorrenziale. A tal fine, ci si potrà avvalere dei cosiddetti “criteri di esclusione”, la cui utilità consiste appunto nell’individuare le tematiche che possono collocarsi al di fuori del campo di applicazione dell’AIR concorrenza;

- una volta superati i criteri di esclusione, la seconda fase ha lo scopo di studiare – evidentemente nell’ottica di tutela della concorrenza- il grado di rilevanza (alto, medio, basso) della proposta normativa in esame; all’uopo, ci si potrà servire dei cosiddetti “criteri di rilevanza”, riassumibili nelle tre macro-aree (di importanza decrescente) dell’oggetto dell’iniziativa normativa, del tipo di competenza attribuita alla Regione sulla materia e dell’estensione dell’intervento;

- la terza fase è diretta a rilevare se e in quali termini le diverse opzioni considerate incidono su aspetti qualificanti della regolazione esistente, e a individuare, tra queste, quelle che richiedono una più

approfondita analisi in merito all'effettiva compatibilità con i principi della concorrenza;

- la quarta fase è volta ad analizzare le principali restrizioni concorrenziali previste da ciascuna delle opzioni precedentemente individuate, e a valutare, caso per caso, se e in che misura tali restrizioni possano ritenersi giustificate e proporzionate in rapporto alle finalità dell'intervento;

- la quinta fase è finalizzata a operare una classificazione dell'insieme delle opzioni esaminate, ordinandole in funzione del rispettivo e potenziale impatto restrittivo sulla concorrenza e sulla libertà di iniziativa economica dei soggetti regolati⁵².

Alla luce di quanto appena detto l'Autorità si propone di orientare al propria azione in un duplice senso.

“In primo luogo, appare utile continuare a far luce sugli effetti prodotti sui mercati dalla regolazione e dal quadro normativo: da questo punto di vista, di particolare interesse risultano essere i servizi pubblici locali, sia per l'impatto che il comparto ha sull'economia, sia per la complessità di alcuni specifici settori, caratterizzati da una *multilevel governance* che chiama in causa la quasi totalità degli enti pubblici territoriali.

In secondo luogo, le linee guida sull'AIRC⁵³ potrebbero essere ulteriormente raffinate introducendo metodologie di valutazione quantitativa delle varie opzioni. Sarebbe infatti estremamente utile ed interessante riuscire a valutare *ex-ante* l'impatto delle varie scelte possibili, così da poterle confrontare in modo più preciso: un'analisi di tipo quantitativo renderebbe infatti possibile tenere nella giusta considerazione i *trade-off* fra le varie categorie di soggetti interessati (imprenditori, consumatori, soggetti attivi in altri settori, enti pubblici, ecc.), mettendo in evidenza “chi perde e chi vince” e, soprattutto, “quanto perde e quanto vince”⁵⁴.

Da quanto affermato dall'Autorità stessa, è evidente come essa, al di là delle debolezze della disciplina legislativa sulla concorrenza, si stia orientando lungo quella linea di indagine empirica, per valutare l'opportunità e il merito di un intervento pubblico nell'economia, secondo quell'impostazione che ci è parsa preferibile, alla luce delle

⁵² Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza*, cit.

⁵³ L'acronimo sta qui per “analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza”.

⁵⁴ Così, MAZZANTINI, *La valutazione di impatto della legislazione regionale sulla concorrenza*, cit.



Scuola di Dottorato in Diritto 2008

previsioni costituzionali a tutela dei diritti sociali e di una loro compiuta armonizzazione nel quadro internazionale e comunitario.