

**LIBERTÀ ECONOMICA, LIBERTÀ DI IMPRESA E TUTELA
DELLA CONCORRENZA**

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA

(Luglio 2011)

Prof. Luisa CASSETTI

INDICE

**1. LIBERTÀ ECONOMICA E LIBERTÀ DI IMPRESA
NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE ITALIANA**

*1.1. Il controllo pubblico sulla formazione dei monopoli privati: le regole
antitrust per la concorrenzialità del mercato nazionale*

**2. LA TUTELA DELLA CONCORRENZA COME MATERIA
“TRASVERSALE” E LA RIFORMA DEL REGIONALISMO ITALIANO
(L.COST. N. 3 DEL 2001): LA DIFESA “UNILATERALE” DELLA
REGOLAZIONE STATALE**

**3. QUALI PROSPETTIVE PER UNO SVILUPPO ECONOMICO
FONDATO SULLA SINERGIA TRA I DIVERSI LIVELLI DI GOVERNO?**

**4. RITARDI E RETICENZE NELL'APPROVAZIONE DELLA
LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA (ART. 47,
LEGGE N. 99 DEL 2009)**

5. SITI DI INTERESSE

1. LIBERTÀ ECONOMICA E LIBERTÀ DI IMPRESA NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE ITALIANA

Nella Costituzione repubblicana le garanzie relative ai rapporti economici ruotano attorno alla libertà di iniziativa economica (art.41 Cost.) ed alla tutela della proprietà privata (art.42 Cost.): su questi principi basilari i Costituenti hanno costruito il pluralismo economico (impresa e proprietà possono essere private, pubbliche ovvero soggette a controlli pubblici) e hanno valorizzato la dimensione sociale (limite dell'utilità sociale e il rispetto della sicurezza, libertà e dignità della persona nell'art.41 Cost. e la funzione sociale della proprietà nell'art.42 Cost.) dei diritti economici, dimensione che può giustificare forme di limitazione della libertà e dell'autodeterminazione del singolo (anche) nella sfera economica. Attorno all'interpretazione e all'attuazione di questi parametri si sviluppa nell'esperienza italiana il dibattito sui fondamenti ispiratori della "Costituzione economica"¹.

La Corte costituzionale ha chiarito il ruolo e l'estensione della sfera di libertà garantita dal primo comma dell'art.41 Cost., che comprende non solo la scelta di intraprendere un'attività economica, ma anche la possibilità di svolgerla nonché di dismetterla liberamente e comprende altresì la libertà degli operatori economici di concorrere sul mercato. La Corte ha saputo al contempo precisare i confini del valore dell'utilità sociale, nozione che deve essere ricondotta alla tutela del bene comune (ambiente, salute, interessi sociali). Per quanto riguarda poi i limiti derivanti dal rispetto della libertà, dignità e sicurezza della persona essi possono giustificare normative che condizionano l'avvio e lo svolgimento dell'attività economica (autorizzazioni, concessioni

¹ Per un'indagine sul significato e sulle origini di questa formula nell'esperienza costituzionale europea, con particolare riferimento al dibattito tedesco sulla *Wirtschaftsverfassung*, si rinvia a L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, G.Giappichelli, Torino, 2002; F. PIZZOLATO (a cura di), *Libertà e potere nei rapporti economici. Profili giuspubblicistici*, Giuffrè, Milano, 2010.

etc.); a questi limiti si aggiungono i controlli pubblici che consentono di orientare a fini sociali sia l'attività economica privata sia quella pubblica (art.41, co.3 Cost.).

La scelta in ordine agli strumenti che possono limitare la libertà di impresa e la definizione dei controlli a fini sociali sono frutto della decisione del legislatore al quale la Costituzione riserva appunto il compito di definire in concreto soluzioni che non possono però degradare, fino a funzionalizzarla, la garanzia di libertà scritta nell'art.41 Cost.².

1.1 Il controllo pubblico sulla formazione dei monopoli privati: la cultura antitrust al servizio della concorrenzialità del mercato nazionale

La percezione della sostanziale differenza che separa l'intervento diretto del regolatore pubblico rispetto al controllo sulla concorrenzialità del mercato e quindi sul mantenimento di condizioni eguali per tutti gli operatori economici si radica nell'ordinamento italiano grazie all'istituzione della Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), realizzata nel 1990 in attuazione dell'art.41 Cost. e in armonia con le regole e la prassi *antitrust* comunitarie (Legge n.287 del 1990, art.1).

L'attività dell'AGCM non si è limitata al controllo e alla sanzione di atti e comportamenti abusivi e discorsivi delle regole *antitrust*, ma ha altresì evidenziato, nell'ambito dei poteri consultivi, gli effetti negativi e le distorsioni della concorrenzialità del mercato imputabili a norme legislative statali e regionali e alla regolazione locale³.

² Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale sulle libertà economiche e sulla libertà di impresa si veda V. BUONOCORE (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 10, ed ivi alla nt. 1 per ulteriori ed esaustivi riferimenti bibliografici.

³ L'art.21 della legge n. 287 del 1990 attribuisce all'AGCM il potere di fare segnalazioni a Governo e Parlamento su leggi, regolamenti e provvedimenti amministrativi di carattere generale eventualmente distorsivi della

In venti anni di attività *antitrust* sono state dunque sanzionate non solo le formazioni di potere economico privato che danneggiano il mercato concorrenziale, ma sono state altresì messe in discussione le norme (statali, regionali e talora anche locali) che, introducendo vincoli, riserve, condizioni per l'avvio delle attività economiche, ostacolano lo svolgimento dell'attività di impresa in condizioni di effettiva concorrenzialità.

In definitiva la disciplina nazionale *antitrust* e la sua applicazione partecipano delle finalità di garanzia del principio costituzionale di libertà economica imponendo (alla sfera privata come anche a quella pubblica) il rispetto di quelle condizioni che rendono il mercato uno spazio di relazioni sociali ed economiche fondate sui principi di libertà e di eguaglianza delle *chances*.

2. LA TUTELA DELLA CONCORRENZA COME MATERIA “TRASVERSALE” E LA RIFORMA DEL REGIONALISMO ITALIANO (L.COST. N. 3 DEL 2001): LA DIFESA “UNILATERALE” DELLA REGOLAZIONE STATALE

Con la revisione del 2001 (L.cost. n.3/2001) la disciplina costituzionale dell'economia si arricchisce di norme che, nel definire le competenze legislative riservate in via esclusiva allo Stato, identificano una serie di strumenti di politica economica. Nell'art.117, co. 2, lett.e) Cost. la riforma ha attribuito al Parlamento nazionale il compito di legiferare sulla “tutela della concorrenza” oltretché sulle altre funzioni fondamentali per la gestione dell'economia (moneta, risparmio, mercati finanziari, sistema valutario, sistema tributario e contabile dello Stato, perequazione delle risorse finanziarie).

concorrenza o del corretto funzionamento del mercato; a norma dell'art. 22 l'Autorità può esprimere pareri su iniziative legislative e regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza e il mercato.

Nell’ottica di un potenziamento del sistema delle autonomie la riforma del 2001, dopo aver tipizzato le competenze riservate al legislatore statale, ha in realtà attribuito tutta una serie di competenze in alcuni settori strategici dell’economia (industria, commercio, turismo, artigianato) alla potestà legislativa regionale “residuale” (art.117, co.4 Cost.) ed ha ricondotto la disciplina degli incentivi e del sostegno alle attività produttive alla responsabilità legislativa concorrente dello Stato e delle regioni (art.117, co.3 Cost.).

La trasformazione in senso “federale” del sistema autonomistico italiano si fondava altresì sul pilastro dell’autonomia di entrata e di spesa delle regioni e degli enti locali disegnato dall’art.119 Cost., la cui attuazione ha preso forma solo di recente grazie alla approvazione ed allo svolgimento della legge delega sul federalismo fiscale (L. n. 42 del 2009). In questa ottica la riforma del 2001 ha inserito l’unica clausola sull’intervento diretto dello Stato nei rapporti economici e finanziari nel nuovo 119 co.5 Cost. Tale norma consente però l’adozione di misure di sostegno statali (finanziamenti e incentivi) circoscritte (rivolte cioè a singole realtà locali) e sulla base di specifiche contingenze (es. per fare fronte a squilibri di ordine economico-sociale).

Il testo riformato nel 2001 non contemplava dunque una clausola “generale”, in grado di legittimare, in nome dell’interesse nazionale, l’azione del legislatore statale per governare e correggere, specie nelle congiunture economiche sfavorevoli, gli equilibri dell’economia nazionale, sulla falsariga della *Commerce clause* statunitense (ai sensi dell’art. I, sez.8, co. 3 Cost.U.S.A., il Congresso ha il potere di regolamentare il commercio con le nazioni estere e tra gli stati e gli scambi con le tribù indiane).

Al fine di colmare tale lacuna, la Corte, nell’ambito del giudizio di costituzionalità sulle leggi in via principale⁴, ha “creato” questa clausola generale evidenziando il carattere

⁴ A norma del riformato art.127 Cost., il Governo può impugnare davanti alla Corte costituzionale leggi regionali, entro sessanta giorni, dalla loro pubblicazione, che eccedano dalla rispettiva competenza e le regioni possono, nello stesso termine, ricorrere avverso leggi statali (o di altre regioni) che considerino lesive delle proprie sfere di competenza legislativa.

“trasversale” della competenza statale a difesa della concorrenza (art.117, co.2 , lett.e). Il giudice delle leggi, a partire dalla fondamentale sentenza n.14 del 2004, chiariva che spetta alla legge statale introdurre non solo regole che impediscano la formazione di monopoli privati (classiche regole *antitrust*), ma anche tutta una serie di misure pubbliche volte a ridurre squilibrio, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”⁵.

La regolazione statale adottata in nome della “tutela della concorrenza” intesa in senso ampio non ha dunque per la Corte contorni definiti, ma può produrre i suoi effetti trasversalmente e può quindi limitare gli ambiti di competenza regionale in materie economiche. Tale risultato è però legittimo solo se l’intervento del legislatore statale abbia un “rilievo macroeconomico” nel senso che investa profili e interessi economici che devono essere trattati in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. A questa condizione si possono considerare conformi a Costituzione le normative nazionali che, per il carattere trasversale della competenza in questione, potrebbero avere l’effetto di limitare e comprimere sfere di competenza in materia economica attribuite (in regime di concorrenza o *de residuo*) alle regioni⁶.

⁵ La Corte interpreta la funzione statale in questione guardando all’esperienza comunitaria cresciuta attorno alla “politica della concorrenza” che comprende non solo l’applicazione da parte della Commissione UE delle regole *antitrust*, ma coinvolge anche misure di intervento diretto (aiuti di Stato, art.107 TFUE): sul punto criticamente v. R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Le regioni*, 2004, 1007; L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell’intervento statale a tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, n.5/2004, 6; A.PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di “tutela” della concorrenza?*, in *Giur.cost.*, 2004, 262.

⁶ Cfr. Corte cost. sent. n.14 del 2004: per una ricostruzione delle problematiche interpretative sollevate da questa importante decisione v. R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e parte II della Costituzione (in margine alla sent.14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le regioni*, 2008, 791 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

Le premesse di questo test sulla ragionevolezza, proporzionalità e congruità dell'intervento legislativo statale in nome della difesa/promozione della concorrenza non sono state però applicate in modo lineare e coerente nella giurisprudenza costituzionale successiva.

In effetti sulla base di una nozione oltremodo dilatata della funzione statale a difesa della concorrenza la Corte ha giudicato legittime norme statali contenenti meccanismi regolatori di carattere "settoriale", privi cioè di qualunque rilievo "macroeconomico", ovvero misure protezionistiche riferite a determinati ambiti di mercato o ancora soluzioni legislative volte a sostenere l'occupazione in alcune aree svantaggiate del paese⁷. In definitiva, sono state ricondotte alla "tutela della concorrenza" anche quelle misure statali che, preoccupandosi di stimolare la crescita e l'occupazione, si traducono talora in un intervento diretto dei pubblici poteri in un determinato settore produttivo ovvero in una specifica area del paese che può alterare, in nome di appunto di specifiche esigenze economico-sociali, il funzionamento concorrenziale del mercato di riferimento.

Decisamente più episodiche restano le decisioni di incostituzionalità con le quali la Corte, accogliendo i ricorsi regionali, ha effettivamente censurato l'intervento statale perché privo di un patto complessivo sull'equilibrio economico generale⁸.

⁷ Su questa giurisprudenza v. i rilievi critici di M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur.cost.* 2005, 1429 ss.; R. CARANTA, *Mercato e autonomie*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Mercato amministrazione diritti*, G.Giappichelli, Torino, 2006, 107 ss.

⁸ In tal senso v. Corte cost. sent. n.77 e 107 del 2005.

3. QUALI PROSPETTIVE PER UNO SVILUPPO ECONOMICO FONDATA SULLA SINERGIA TRA I DIVERSI LIVELLI DI GOVERNO?

Quali sono gli effetti di questa interpretazione offerta dalla Corte costituzionale in ordine alla trasversalità della funzione statale a tutela della concorrenza rispetto all'obiettivo della riforma del 2001 di sviluppare l'autonomia decisionale dei livelli di governo locale in funzione dello sviluppo economico costruito e gestito responsabilmente sul territorio?

Nelle prime applicazioni del *test* sulla ragionevolezza dell'intervento legislativo statale volto a incidere sull'equilibrio economico generale sopra descritto la Corte ha in effetti salvaguardato le scelte regionali in ordine alla disciplina dei servizi pubblici locali: nella sentenza n.272 del 2004 il controllo sulla ragionevolezza delle norme statali che disciplinavano la partecipazione delle imprese pubbliche alle gare ha portato i giudici a dichiarare illegittime quelle norme in quanto contenenti regole autoapplicative, eccessivamente dettagliate e quindi ingiustificatamente lesive delle competenze regionali in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali.

Questo orientamento iniziale è stato però contraddetto dalla giurisprudenza più recente. Nel 2007 la Corte ha infatti giudicato legittime norme statali estremamente dettagliate e puntuali in materia di gare pubbliche in nome della "prevalenza" e della "supremazia" della funzione statale a difesa della concorrenza rispetto a qualunque altro titolo di competenza che le regioni potevano rivendicare in ordine alla disciplina locale degli appalti. Il *test* sulla ragionevolezza di queste regole è svolto in termini assolutamente sommi: la necessità di regole generali uniformi in tema di appalti impedisce alla Corte di giudicare l'effettiva congruità e proporzionalità delle stesse rispetto agli equilibri generali del mercato nazionale. L'uniformità delle regole poste a garanzia della concorrenzialità delle procedure di gara non è in alcun modo bilanciata con altri interessi di rilievo costituzionale.

Ciò significa che l'uniformità della disciplina diventa un valore assoluto destinato a prevalere su qualunque istanza di differenziazione proposta dal legislatore regionale che volesse adattare la disciplina codicistica sulle gare pubbliche alla specifica realtà imprenditoriale locale (Corte cost. sent.401 del 2007; sent. n.283 del 2009).

Stesso criterio vale per le politiche di liberalizzazione riferite ad alcuni settori economici produttivi di recente aperti alla piena concorrenza tra operatori privati: anche in questo caso le soluzioni adottate dal legislatore nazionale sono state ritenute espressione del ruolo dello Stato nella "promozione" della concorrenza. In particolare, gli interventi di liberalizzazione del commercio, materia rientrante nella competenza regionale residuale, devono sottostare ad una unica ed uniforme regolazione statale e non possono essere declinati a livello locale, neppure nell'ipotesi in cui le soluzioni locali fossero ispirate ad una più efficace e stringente politica di promozione della concorrenzialità del mercato locale⁹. Ancora di recente la Corte ha ribadito che le soluzioni legislative regionali pro-concorrenziali sono ammesse, ma solo se il loro impatto "sia marginale e indiretto e che non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza". Su queste basi è stata censurata una norma regionale che a fronte della liberalizzazione dell'apertura domenicale prescriveva la fissazione di una data infrasettimanale di chiusura dell'esercizio commerciale: questa imposizione è ritenuta dalla Corte in grado di "compromettere" la liberalizzazione del commercio introdotta dal d.lgs. n.114 del 1998 attraverso la previsione di una più "rigida" regolazione dell'orario degli esercizi commerciali (Corte cost. sent. 150 del 2011, punto 7.1. del diritto).

⁹ In tema v. L. 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*, 2003, 383; C. MARZUOLI, *La tutela della concorrenza*, in G. CORSO e V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo la riforma costituzionale*, Parte speciale, Milano, 2006, vol.I, 3 ss.; L. CASSETTI, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza* (10.12.2001), in www.federalismi.it.

L'idea di uno Stato che indica alle regioni la "via maestra" per la migliore garanzia della concorrenzialità del mercato e chiude al contempo concreti margini di manovra per adattare le regole statale alla realtà produttiva locale si giustifica in parte con la propensione del legislatore regionale a irrigidire, talora mediante misure chiaramente protezionistiche, ambiti di mercato in chiara contraddizione con il valore della libertà economica espressa dall'art.41 (Corte cost. sent. 124 del 2010)¹⁰. Non si può però negare che l'interpretazione del giudice costituzionale ha generato un nuovo centralismo statale che in nome dell'uniformità e della prevalenza della legislazione statale pro-concorrenziale appare in evidente contrasto con lo spirito del federalismo che dovrebbe guardare con favore la differenziazione e la responsabilizzazione dei livelli di governo locale. In definitiva nell'incerto federalismo italiano la clausola sulla concorrenza ha messo definitivamente nelle mani dello Stato scelte di politica economica che non sempre hanno un effettivo impatto sull'equilibrio economico generale e che spesso hanno come unico effetto quello di precludere la possibilità di elaborare una politica per lo sviluppo locale condivisa con il sistema delle autonomie.

In assenza di un meccanismo efficace e coerente di controllo del giudice costituzionale sulla proporzionalità della regolazione statale vengono meno gli spazi della regolazione regionale e locale, anche nell'ipotesi in cui quest'ultima abbia le caratteristiche per introdurre migliori e più efficaci strumenti di tutela della concorrenzialità del mercato in ambito locale.

4. RITARDI E RETICENZE NELL'APPROVAZIONE DELLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA (ART. 47, LEGGE N. 99 DEL 2009)

¹⁰ Con la sent.124/2010 la Corte ha dichiarato incostituzionali le norme della regione Calabria che riservavano una quota del 20% delle autorizzazioni previste per ciascuna fonte rinnovabile a imprese locali ovvero a imprese che destinassero parte dei loro investimenti al territorio regionale.

In realtà, l'interpretazione giurisprudenziale della clausola sulla funzione statale a difesa della concorrenzialità del mercato affida nelle mani del regolatore pubblico centrale un compito in cui i poteri statali non sembrano peraltro eccellere.

I ritardi e le reticenze nel dare corso all'*iter* parlamentare per la approvazione della prima legge annuale sulla concorrenza evidenziano questo paradosso: la fiducia pressoché costante risposta dalla Corte nelle virtù positive delle regole statali a presidio dell'uniformità legislativa come condizione essenziale per la piena tutela della concorrenzialità del mercato non sembra essere ben riposta, se solo si pensa che a distanza di due anni dall'introduzione del modello non vi è ancora traccia di questa legge da adottare in attuazione di quanto disposto dall'art.47 della legge 23 luglio 2009, n.99.

Tale strumento avrebbe il compito di imporre con cadenza annuale all'attenzione dell'agenda della politica tutta una serie di provvedimenti e di misure in grado di aprire alla concorrenza settori ancora largamente soggetti ad una regolazione ingiustificatamente distorsiva e ad una prassi amministrativa che non facilita lo svolgimento dell'attività di impresa. Le norme della legge annuale per la concorrenza saranno di immediata applicazione anche alla luce dei pareri e delle segnalazioni rese in questi venti anni dall'Autorità *antitrust*. E' dunque facile immaginare che siffatto strumento, una volta che sia entrato a regime, potrebbe avere benefici effetti sul mercato dei servizi pubblici (ove è necessario operare il completamento della liberalizzazione del gas e avvio della liberalizzazione nel trasporto ferroviario regionale) e sugli equilibri, altrettanto strategici, delle risorse energetiche (liberalizzazioni nel settore della distribuzione di carburanti).

Come ha puntualmente rilevato l'Autorità *antitrust* nella sua ultima Relazione annuale, si registra negli ultimi anni una sostanziale battuta d'arresto nelle politiche di liberalizzazione avviate negli anni 2006-2007 ed è evidente "l'assenza di un elevato profilo pro-concorrenziale dell'attuale legislatura"¹¹. In particolare, nei settori della regolazione

¹¹ AGCM, Relazione annuale sull'attività svolta, Roma, 31 marzo 2011 (www.agcm.it).

delle professioni, nell'apertura alla concorrenza del mercato della distribuzione dei farmaci come anche nel campo della liberalizzazione del trasporto ferroviario regionale i segnali che vengono dal legislatore nazionale sono tutt'altro che chiari: prevale piuttosto una sostanziale reticenza verso l'apertura di questi mercati strategici per il rilancio dell'economia nazionale.

Occorre dunque un rinnovato ed efficace impegno del legislatore statale, al fine di rendere effettiva la garanzia della concorrenzialità del mercato che accompagna e sostiene l'effettività delle regole costituzionali relative ai rapporti economici. E' altresì indispensabile recuperare spazi e luoghi istituzionali in cui si possa aprire il confronto sulla leale cooperazione tra i diversi livelli di governo per una migliore e più efficace difesa della concorrenzialità del mercato, magari anche attraverso il potenziamento del dialogo tra le regioni e l'attività consultiva dell'Autorità *antitrust* o ancora mediante il puntuale coinvolgimento delle regioni nella predisposizione della stessa legge annuale sulla concorrenza¹².

5. SITI DI INTERESSE

www.agcm.it (sito dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato)

www.giurcost.org e www.cortecostituzionale.it (per la giurisprudenza della Corte costituzionale)

Per aggiornamenti su normativa, giurisprudenza nazionale ed europea, approfondimenti e analisi dottrinali in tema di libertà, diritto ed economia e regionalismo:

¹² Come suggerito da B. CARAVITA, *Tutela della concorrenza e regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *federalismi.it*, n.20/2010, 9.

www.federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato

www.associazionedeicostituzionalisti, Rivista telematica giuridica dell'AIC

www.apertacontrada.it (Riflessioni su società, diritto, economia)