

BANCA D'ITALIA

Quaderni di ricerca giuridica

della Consulenza legale

Per un diritto della concorrenza

Perugia, giugno 1996



Numero 43 - Dicembre 1996

Quaderni di ricerca giuridica

della Consulenza legale

All'analisi economica e tecnica, sulla quale si basa l'azione che la Banca d'Italia svolge come banca centrale e organo di vigilanza, si accompagna, con crescente impegno, quella giuridica dei fenomeni creditizi e monetari e, più in generale, dei profili istituzionali dell'attività economica.

All'interno dell'Istituto è attribuito alla Consulenza legale, accanto alle funzioni contenziosa e consultiva, il compito di svolgere indagini e ricerche in materia giuridico-bancaria.

I "Quaderni di ricerca giuridica" intendono essere, nell'ambito della Banca d'Italia e del sistema bancario, strumento di diffusione di lavori prodotti prevalentemente da appartenenti alla Consulenza legale e originati da ricerche di specifico interesse per l'Istituto.

I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Coordinatori:

PIETRO DE VECCHIS, GIUSEPPE VITTIMBERGA, VINCENZO CATAPANO, SERGIO LUCIANI, PAOLO ZAMBONI GARAVELLI, LUCIO CERENZA.

Per un diritto della concorrenza

Perugia, giugno 1996

Numero 43 - Dicembre 1996

PREMESSA

L'ordinamento affida alla Banca d'Italia, unitamente al governo della moneta, la supervisione del sistema bancario e di rilevanti aspetti della intermediazione finanziaria e dell'attività del mercato mobiliare: la cura, da ultimo, della solidità e della funzionalità di strutture portanti dell'economia.

Questi principi sono oggi scolpiti nel testo unico sul credito. Esso sottolinea il valore della sana e prudente gestione delle banche da parte dei loro amministratori. Affianca al fine della stabilità patrimoniale quello dell'efficienza, quindi della competizione. Muove dal concetto che stabilità ed efficienza nella banca e nella finanza sono valori complementari, che si rafforzano a vicenda, non obiettivi fra loro in conflitto.

Il Testo unico ha così confermato la validità dell'azione che la Banca d'Italia ha avviato alla fine degli anni Settanta, tesa a promuovere la concorrenza, a potenziare anche per questa via il sistema bancario, l'intera struttura finanziaria del Paese.

Movendo dal quadro istituzionale Comunitario, del Mercato Unico d'Europa, e in attuazione dell'art. 41 della Costituzione, nel 1990 il legislatore ha introdotto una generale normativa a tutela della concorrenza e del mercato nel nostro Paese: contro i comportamenti collusivi, l'abuso delle posizioni dominanti, le concentrazioni lesive della competizione. Ha indicato nella Banca d'Italia l'autorità responsabile di questa tutela nel settore bancario.

Dopo i primi anni di esperienza con la nuova legislazione, ci è apparsa opportuna una ulteriore, generale riflessione sul tema della concorrenza.

I diversi punti di vista disciplinari, indispensabili a una considerazione globale della concorrenza, hanno consigliato di riunire giuristi ed economisti, chiamandoli a un confronto fra loro e con chi, in Italia e in Europa, è a vario titolo chiamato a garantire che nei mercati prevalgano assetti e comportamenti improntati alla competizione.

Antonio Fazio

ELENCO PARTECIPANTI

- GUIDO ALPA – Ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università “La Sapienza” di Roma
- GIULIANO AMATO – Presidente dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato
- FABRIZIO PAOLO BARCA – Banca d’Italia
- PAOLO BARILE – Professore emerito, Università di Firenze
- BRUNO BIANCHI – Banca d’Italia
- MAGDA BIANCO – Banca d’Italia
- GUIDO CAMMARANO – Segretario generale Assogestioni
- OLINA CAPOLINO – Banca d’Italia
- SEVERINO CAPRIOLI – Ordinario di Storia delle codificazioni moderne, Università di Perugia
- GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO – Banca d’Italia
- PAOLA CASAVOLA – Banca d’Italia
- SABINO CASSESE – Ordinario di Diritto amministrativo, Università “La Sapienza” di Roma
- PIERLUIGI CIOCCA – Vice direttore generale della Banca d’Italia
- INNOCENZO CIPOLETTA – Direttore generale Confindustria
- PIERA COPPOTELLI – Banca d’Italia
- FLORIANO d’ALESSANDRO – Ordinario di Diritto commerciale, Università “La Sapienza” di Roma
- RAFFAELE D’AMBROSIO – Banca d’Italia
- MARCELLO DE CECCO – Ordinario di Economia monetaria, Università “La Sapienza” di Roma
- MARIA PATRIZIA de TROIA – Banca d’Italia
- PIETRO DE VECCHIS – Banca d’Italia
- VENIERO DEL PUNTA – Ordinario di Economia internazionale, Università “La Sapienza” di Roma
- VINCENZO DESARIO – Direttore generale della Banca d’Italia
- ALESSANDRO GIULIANI – Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Perugia
- GIUSEPPE GUARINO – Ordinario di Diritto amministrativo, Università “La Sapienza” di Roma
- CARMINE LAMANDA – Banca d’Italia

NICOLÒ LIPARI	– Ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università “La Sapienza” di Roma
SERGIO LUCIANI	– Banca d’Italia
GIORGIO LUNGHINI	– Ordinario di Economia politica, Università di Pavia
GUSTAVO MINERVINI	– Ordinario di Diritto commerciale, Università “La Sapienza” di Roma
PIERANGELO MORI	– Straordinario di Economia politica, Università di Firenze
IGNAZIO MUSU	– Ordinario di Economia politica, Università di Venezia
MARCO ONADO	– Membro della Consob
TOMMASO PADOA-SCHIOPPA	– Vice direttore generale della Banca d’Italia
ROBERTO PARDOLESI	– Ordinario di Diritto privato comparato, Università “LUISS - Guido Carli” di Roma
ANTONIO PATRONI GRIFFI	– Ordinario di Diritto commerciale, Università “LUISS - Guido Carli” di Roma
MARINO OTTAVIO PERASSI	– Banca d’Italia
CARLO PISANTI	– Banca d’Italia
GUIDO REY	– Presidente dell’Autorità per l’informatica nella Pubblica amministrazione
GIORGIO RODANO	– Ordinario di Economia politica, Università di Urbino
FRANCO ROMANI	– Membro dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato
RENATO RORDORF	– Consigliere Corte Suprema di Cassazione
CESARE RUPERTO	– Giudice Corte Costituzionale
ANTONIO SAGGIO	– Presidente Tribunale di primo grado CE
VINCENZO SALAFIA	– Presidente Corte d’Appello Milano
CARLO SANTINI	– Banca d’Italia
MARIO EGIDIO SCHINAIA	– Presidente TAR del Lazio
GIUSEPPE TESAURO	– Avvocato generale Corte di Giustizia CE
ANTONIO TIZZANO	– Ordinario di Diritto delle Comunità europee, Università “La Sapienza” di Roma
MAURIZIO TRIFILIDIS	– Banca d’Italia
LUIGI CARLO UBERTAZZI	– Ordinario di Diritto industriale, Università di Pavia
IGNAZIO VISCO	– Banca d’Italia
GIUSEPPE VITTIMBERGA	– Banca d’Italia
GIUSEPPE ZADRA	– Direttore generale Associazione Bancaria Italiana
PAOLO ZAMBONI GARAVELLI	– Banca d’Italia

INDICE

PIERLUIGI CIOCCA	
Per un diritto della concorrenza in Italia	5

PRIMA SEZIONE

LA TEORIA DELLA CONCORRENZA NEL PENSIERO ECONOMICO E GIURIDICO

FRANCO ROMANI	
La concorrenza nel pensiero economico italiano	13
FLORIANO d'ALESSANDRO	
La concorrenza nel pensiero giuridico italiano	31
IGNAZIO MUSU	
Il valore della concorrenza nella teoria economica, oggi	41
<i>Interventi</i>	
SEVERINO CAPRIOLI	
Sofisticazioni legislative	65
PIER ANGELO MORI	
Quale concorrenza? Alcune riflessioni sui fondamenti della concorrenza e della regolamentazione	81
MARCO ONADO	
La concorrenza nel settore finanziario	97
GUIDO CAMMARANO	
Nuovi profili della concorrenza nel mercato finanziario	111
SABINO CASSESE	
Economisti e giuristi a confronto	117
INNOCENZO CIPOLLETTA	
La concorrenza nei mercati diversi da quello del prodotto	121
ALESSANDRO GIULIANI	
Le radici romanistiche della dottrina italiana della concorrenza	127
NICOLÒ LIPARI	
I problemi della concorrenza nel quadro della crisi dei modelli culturali dei giuristi	137

GIORGIO LUNGHINI	
Teorie eretiche della concorrenza	143
GUIDO REY	
Innovazione e concorrenza	147
LUIGI CARLO UBERTAZZI	
Concorrenza e diritti esclusivi	151

SECONDA SEZIONE

LA NORMATIVA E LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI CONCORRENZA: UNA RICOGNIZIONE DI DIRITTO POSITIVO

PAOLO BARILE	
Norme di diritto nazionale: dal codice civile, dalla Costituzione alla legge 287 del 1990	157
GUSTAVO MINERVINI	
Il diritto della concorrenza in Italia: una ricognizione del diritto positivo nazionale	177
ANTONIO SAGGIO	
Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali delle imprese	185
GIUSEPPE TESAURO	
Intervento pubblico nell'economia e disciplina comunitaria della concorrenza	211
ROBERTO PARDOLESI	
Quale antitrust? Appunti sulla (difficile) circolazione dei micromodelli antimonopolistici	231

Interventi

MARIO EGIDIO SCHINAIA	
Note minime sulla giurisdizione del giudice amministrativo concernenti gli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato	251
GUIDO ALPA	
Concorrenza tra imprese e tecniche negoziali	259
RENATO RORDORF	
Il ruolo del giudice nella normativa nazionale antitrust	267
VINCENZO SALAFIA	
Rapporto fra la titolarità di brevetto industriale e l'obbligo di osservanza delle norme sulla concorrenza	281
GIUSEPPE GUARINO	
Le ragioni della mancata attribuzione di poteri di urgenza all'Autorità garante	28
ANTONIO TIZZANO	
L'esperienza comunitaria	291
LUIGI CARLO UBERTAZZI	
Norme anticoncentrazione di editoria ed emittenza privata e diritto antitrust	299

TERZA SEZIONE

PROSPETTIVE E PROPOSTE

MARCELLO DE CECCO	
Le prospettive internazionali della concorrenza	305
SABINO CASSESE	
La difficile introduzione della concorrenza	319
 <i>Interventi</i>	
GIULIANO AMATO	
Le Autorità antitrust e l'internazionalizzazione dell'attività d'impresa	329
VENIERO DEL PUNTA	
L'importanza della concorrenza nel commercio internazionale	337
GIUSEPPE GUARINO	
Concorrenza e impresa "sovranazionale"	343
MARCELLO DE CECCO	
Gli economisti italiani di fronte alla concorrenza	355
GIORGIO RODANO	
Ragioni e problemi di una politica della concorrenza	359
CARMINE LAMANDA	
Competitività e mercato nella riforma bancaria	365
GIORGIO LUNGHINI	
Concorrenza e benessere	371
ANTONIO PATRONI GRIFFI	
La concorrenza nel mercato del credito	375
GIUSEPPE ZADRA	
Concorrenza e industria bancaria italiana	379
LUIGI CARLO UBERTAZZI	
La cultura della concorrenza in Italia	403

PIERLUIGI CIOCCA

PER UN DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN ITALIA

Rivolgo a tutti un caloroso benvenuto alla S.A.Di.Ba., il ringraziamento più vivo per aver accolto l'invito a questa nostra riunione, intesa a discutere di economia e diritto della concorrenza. Una riunione informale, non un convegno "istituzionalmente" patrocinato dalla Banca centrale affinché la concorrenza sradichi l'inflazione, o dall'organo della vigilanza bancaria affinché le banche siano spinte all'efficienza, o dal Garante della competizione fra le banche affinché la clientela spunti tassi d'interesse in qualche senso "giusti". Anche chi di voi ha alte responsabilità istituzionali è qui quale esperto, quale studioso.

Chiediamo agli economisti di dirci del *valore* della concorrenza: del bene pubblico che essa può esprimere; dei modi per assicurarla; di ciò che da essa non ci si può attendere, dei suoi limiti, se non dei suoi "eccessi", specie in presenza di economie di scala (Suzumura).

Chiediamo ai giuristi di dirci come, quanto, la categoria economica "concorrenza" sia stata – o non sia stata – e quanto sia oggi condivisa dall'esperienza giuridica italiana. Uso il termine esperienza giuridica nel senso lato di Riccardo Orestano: dalla cultura giuridica migliore, dagli operatori del diritto, dalla giurisprudenza, all'ordinamento positivo, costituzionale, civilistico-commerciale, comunitario.

Dobbiamo insieme chiederci se siamo soddisfatti della ricezione che nel corpo giuridico del nostro paese è riservata alla categoria economica "concorrenza", del ruolo che essa vi assume. Ma perché riguardarla come categoria solo economica? E' procedura, è costume, tocca la società civile tutta, è parte del processo democratico: Montesquieu era anche economista, sebbene Schumpeter non ne avesse grandissima stima. Ci si deve domandare, segnatamente, se non vi sia uno sforzo agiuntivo, comune, da compiere per un diritto vero della concorrenza in Italia.

Abbiamo finalmente una legislazione "antitrust". Ma se quell'art. 41 della Costituzione – "L'iniziativa economica privata è libera": e tuttavia nessuno è più libero del monopolista! – se quel comma proseguisse: "Deve svolgersi in mercati di concorrenza...".

Se quegli artt. 2595-96-97 del Codice Civile – che nominano la concorrenza, ma quasi per negarla! – venissero riscritti, o cancellati ...

Se in sede comunitaria si chiarisse che le interpretazioni e le applicazioni del Trattato sulla concorrenza non possono, non devono, esser disattese qualora un interesse d'altro tipo della Comunità lo esiga, perché ritenuto in quel momento superiore ...

Rimuovere lacci, privatizzare – se non quanto si deve, almeno quanto si può – è essenziale ma non basterà. Occorre competizione nel privato ma anche nel pubblico: caselle postali rosse in alternativa con caselle postali blu.

Ciò che è essenziale è la concorrenza come valore in sé, non come strumento *per* (sostituibile da altri strumenti) o come obiettivo intermedio *verso* (scambiabile con altri obiettivi). Questo valore, in quanto tale, è nell'ordinamento? Va posto nell'ordinamento? Se sì, il *favor* per la concorrenza non dev'essere forse dell'ordinamento tutto, in tutte le sue norme e sedi? Non va costituzionalmente protetta?

Possono bastare i “garanti”, per settore articolati? Se il diritto di famiglia e successorio, ad esempio, contempla “masi chiusi”, ci si può limitare a occuparsi di concentrazione di imprese? Se il cambio si deprezza del 40 per cento, come è avvenuto da noi fra il settembre del 1992 e il marzo del 1995, c’è ancora concorrenza nella grande industria? C’è, in questo caso, più concorrenza nei “tradables” o non piuttosto nei “non tradables”, a cominciare dall’attività bancaria? Un’unica notazione sul sistema bancario italiano: esso opera oggi in condizioni di alta, crescente concorrenza, come non avveniva da decenni e come è confermato dal livellamento dei tassi d’interesse e dalle stesse difficoltà palesatesi nelle banche meno efficienti.

- Apertura commerciale e finanziaria internazionale
- Numero dei produttori e dei compratori, attuali e potenziali
- Informazione
- Ricontrattazione
- Divisibilità delle transazioni
- Costo della collusione
- Mobilità delle risorse fra settori
- Statica, ma soprattutto dinamica
- Struttura del mercato, ma anche comportamenti
- Competizione di quantità, di qualità, non solo di prezzo
- Forme diverse della competizione nei diversi mercati, ammesse e non ammesse
- Necessità di controlli e di controllori, ma soprattutto di promotori, di “impositori”, della competizione
- *Second best*
- Infine, mercati concorrenziali, non solo mercati perfetti: “Un mercato può essere perfetto e monopolistico, o imperfetto e competitivo” (Stigler).

Queste e altre sono le parole chiave connesse con la concorrenza quale categoria dell’economia politica: pur esse problematiche, pur esse da chiarire a fondo. Non solo i giuristi hanno problemi analitici in tema di concorrenza ...

Esprimo, nondimeno, due convincimenti personali, a mo’ di conclusione.

Il primo riguarda la mia definizione favorita di concorrenza, quella offertaci dal “principe” degli economisti italiani, Maffeo Pantaleoni. La concorrenza è, per Pantaleoni, “la forma più universale e polimorfa di inventività”, “la sorgente più energica di dinamismo sociale”, “una minaccia permanente per tutti quanti coloro che sono arrivati”: c’è quasi tutto, in poche parole ...

Il secondo convincimento riguarda il nesso fra concorrenza e *performance* generale dell’economia. Lo desumo da Harvey Leibenstein, a cui a mio parere si deve il contributo più rilevante degli ultimi anni. L’apporto della concorrenza, rispetto al monopolio, è piccolo – ancorché non trascurabile – in termini di efficienza *allocativa*. Ciò è vero se si accetta supinamente l’assunto canonico secondo cui

ogni produttore, financo il monopolista, minimizzi i costi, stia sulla frontiera dell'efficienza. Persino con prezzi di monopolio eccedenti del 20 per cento quelli di concorrenza, con una elasticità della domanda non superiore a 1,5, con un profitto dei monopoli superiore a metà del prodotto nazionale lordo – ipotesi estreme – la perdita in termini di un più basso livello di prodotto è “solo” dell'1,5 per cento (Harberger).

Il quadro cambia se si ammette, realisticamente, che le imprese non sempre minimizzano i costi e che in assenza di spinte concorrenziali producono con un livello di efficienza – ma riducibile – *X-inefficiency*, con produttività media ben al di sotto della frontiera dell'efficienza:

“(a) I contratti di lavoro sono incompleti, (b) la funzione di produzione non è interamente specificata o conosciuta, (c) non tutti i fattori produttivi sono commercializzati o, se lo sono, non sono disponibili a tutti i compratori alle medesime condizioni. Questi fatti ci portano a suggerire un approccio alla teoria dell'impresa che non dipenda dall'assunto di minimizzazione del costo per tutte le imprese. Il livello del costo unitario dipende in qualche misura dal grado di *X-inefficiency*, che a sua volta dipende *dalla intensità della pressione esercitata dalla concorrenza* e, anche, da altri fattori di stimolo. Le risposte a tali stimoli, sotto forma di impegno, ricerca, ovvero utilizzo di nuove informazioni, costituiscono una parte significativa nel “residuo” nella crescita economica” (Leibenstein).

È superfluo ricordare che il cosiddetto residuo – le forze diverse dalla mera dotazione di lavoro e capitale – “spiega” dalla metà ai 2/3 del fenomeno che soprattutto rileva: non tanto la ricchezza delle nazioni, quanto il suo accrescimento.

PRIMA SEZIONE

**LA TEORIA DELLA CONCORRENZA
NEL PENSIERO ECONOMICO E GIURIDICO**

FRANCO ROMANI

LA CONCORRENZA NEL PENSIERO ECONOMICO ITALIANO

Ho il sospetto di essere qui stamani per un raggio di Pierluigi Ciocca. Molti mesi fa mi parlò di questo possibile seminario, non si sapeva bene se a giugno o a ottobre, e mi chiese se ero disposto ad una chiacchierata molto informale sul tema di oggi. In perfetta malafede dissi di sì, con la riserva mentale di avanzare una qualche scusa plausibile al momento della definizione dell'impegno. Passò ancora un bel po' di tempo, quello sufficiente per dimenticarmi totalmente dell'impegno preso, e come un fulmine a ciel sereno, mi arrivò un giorno una lettera di ringraziamenti del Governatore Fazio per avere accettato l'invito con la data ed il programma del convegno. E così eccomi qui e la riunione non sembra affatto informale (magari è una di quelle di cui si vorranno pubblicare gli atti). Ma forse è giusto che la malafede sia punita. Comunque, se la malafede è stata punita, anche il raggio lo sarà perché in realtà non ho molto da dire anche perché, oltre a non essere un esperto di storia del pensiero economico italiano, non ho avuto assolutamente il tempo di fare una bella ricerca di base come avrei voluto e dovuto fare.

Quindi più che dei risultati porterò delle congetture, in sostanza più che la ricerca, lo schema della ricerca che avrei dovuto fare.

Il tema delle giornate di studio è "*per un diritto della concorrenza in Italia*" e tale titolo mi ha suggerito due delimitazioni alla mia chiacchierata:

- i) di cominciare il mio esame con l'unità d'Italia, quindi con i problemi dello stato italiano;
- ii) di non esaminare la concorrenza nei modelli teorici (dopotutto ce ne parlerà Musu).

Mi limiterò a cercare se vi siano tracce di suggerimenti e proposte per una politica della concorrenza nella letteratura economica esaminata e la mia analisi arriverà sino agli anni sessanta così evitando anche di parlare dei miei contemporanei di cui, essendo di buon carattere e di spirito gentile, direi solo bene.

Devo dire subito che fino agli anni "50" di questo secolo ho trovato poco o nulla in termini di proposte di politiche legislative in tema di concorrenza. Se ne è parlato ai tempi della Costituente, se ne incomincia a riparlare negli anni "50" ed è il tema di un convegno degli Amici del Mondo del 1955 (la lotta contro i monopoli).

Vi è poi un'inchiesta della Camera dei Deputati sui "*Limiti posti alla concorrenza nel campo economico*" avviata nel 1961 (è da poco in funzione il trattato di Roma) e conclusasi nel 1965.

Per dare un'idea di quello che pensano gli economisti sulla legislazione della concorrenza penso che basti citare per tutti Einaudi. Nel 1954 è Presidente della Repubblica e così annota una minuta di una proposta di legge per la concorrenza.

Così scrive Einaudi (*Lo Scrittoio del Presidente* pag. 362):

"È lecito manifestare un qualche scetticismo intorno al successo del tentativo quando si pensi che molta parte della legislazione vigente e dell'opera, consapevole o no, dell'amministrazione italiana è precisamente rivolta a porre le condizioni

nelle quali fioriscono i monopoli. La protezione doganale, i contingentamenti, i vincoli valutari, i privilegi concessi alle imprese nazionali nei pubblici appalti, le limitazioni al numero dei negozi, le licenze di ogni specie di cui occorre premunirsi per attendere a questa o a quella attività economica, i vincoli alle migrazioni interne, i quali tendono a creare centinaia di mercati chiusi, i vincoli addizionali posti dai sindacati operai all'impiego di lavoratori provenienti da altre zone, la cosiddetta disciplina dei prezzi stabilita dal C.I.P. (Comitato interministeriale prezzi) e tutte le altre specie di discipline, di cui sarebbe quasi impossibile compilare un elenco preciso, costituiscono il terreno fertile in cui nascono e crescono rigogliosi i monopoli. In un ambiente economico sociale siffatto non è serio proporre discipline di attività monopolistiche che, d'altro canto, si fa di tutto per fomentare ed ingigantire. Non è serio e potrebbe anche essere considerato puramente demagogico”.

Questo è quello che pensa Einaudi della legislazione sulla concorrenza attorno a quegli anni che riflette poi il pensiero di tutta la sua vita su questi temi.

Già ne *“Le lezioni di politica sociale”* (svolte nel 1944 e pubblicate nel 1949) faceva infatti notare che (pagg. 45-46) “se i monopoli si sono ingranditi tanto, se nel trentennio passato hanno assunto un'importanza prima ignota, non è che questo sia un fatto naturale, un fatto di Dio o della natura. No, la moltiplicazione dei monopoli, di quelli che si dicono trusts, cartelli, consorzi, fu dovuta a quello che si dice il fatto del principe, all'opera cioè attiva e determinata del legislatore. È il legislatore il quale ha creato i monopoli e dopo averli creati, si impaurisce delle loro risultanze dannose. La sola maniera logica di combattere e distruggere i monopoli che hanno una origine artificiale è di distruggere l'artificio. (...) Se i monopoli si sono moltiplicati ciò accadde massimamente perché lo stato ciò ha voluto espressamente, perché ha dato forza di legge a norme le quali hanno favorito ed incrementato e rafforzato le tendenze monopolistiche. È chiara qui la via d'uscita. Aboliamo le leggi che hanno condotto al risultato di costituire delle sacche di profitti a favore di questo o quel complesso industriale, ed avremo risolto un grande problema: avremo aumentata la produzione e ne avremo migliorata la distribuzione”.

Naturalmente Einaudi è ben conscio che accanto a quelli che lui chiama i monopoli artificiali (in quanto dovuti all'artificio del legislatore) vivono anche i cosiddetti monopoli naturali a cui (pagg. 48-49) “fa difetto il rimedio proprio dei monopoli artificiali. Qui non c'è nessuna legge la quale abbia creato il monopolio. Il monopolio è venuto da sé. Talvolta provvede inopinatamente l'ingegno umano a scalzare i monopoli esistenti, coll'inventare nuovi sistemi che costituiscono un'alternativa al vecchio sistema (...) Se non interviene l'ingegno umano a scalzare i monopoli naturali, bisogna riconoscere che il rimedio normale usato contro i monopoli artificiali (abolizione della legge creatrice del monopolio) non serve. Occorre l'intervento diretto dello Stato, dei comuni, dell'ente pubblico in genere diretto a creare un surrogato al monopolio privato e (...) l'ente pubblico deve trasformare il monopolio privato (...) l'ente pubblico dichiarando che i monopoli privati sono servizi pubblici, li può quindi esercitare direttamente o darli in conces-

sione a compagnie private concessionarie stabilendo le modalità necessarie perché le tariffe di vendita dei servizi al pubblico corrispondano sempre al costo”.

Ed è in coerenza con queste posizioni che nella seduta del 13 maggio 1947 dell'Assemblea Costituente Einaudi presentò un emendamento per aggiungere all'art. 39 della Costituzione (articolo che poi divenne il 41) il seguente comma:

“La legge non è strumento di formazione di monopoli economici; dove questi esistono li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta”.

L'emendamento di Einaudi, ironicamente, non fu accolto perché troppo interventista.

Come spiegò infatti l'onorevole Ruini, presidente della commissione della Costituzione, un pubblico controllo mediante pubblica amministrazione avrebbe portato a “controlli di squisita essenza interventista, con uffici, organi, burocrazia di vigilanza”.

L'accoglimento dell'emendamento di Einaudi avrebbe avuto una portata sovversiva. Forse quella di Einaudi era una provocazione perché l'Italia, se il suo principio costituzionale fosse stato accolto, o sarebbe diventata una repubblica socialista (come appunto Ruini aveva capito) o, presto o tardi, si sarebbe dovuti arrivare allo sbaraccamento dell'impianto dirigitico del paese.

Io sono un componente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e voi forse sapete che è nell'aspirazione di questa nostra autorità (come ha spiegato il nostro presidente Amato nella relazione annuale di quest'anno) di poter sollevare eccezioni di incostituzionalità presso la Corte Costituzionale. Con un articolo della Costituzione come proposto da Einaudi ci sarebbe da lavorare a pieno tempo.

A questo punto però non vorrei avere dato l'idea che gli economisti italiani, soprattutto quelli favorevoli alla concorrenza e al mercato non sapessero che vi erano in giro per il mondo intese, cartelli, trusts e legislazioni antimonopolistiche e antitrust e così via.

Queste cose le sapevano benissimo ma in qualche modo non le trovavano molto interessanti.

A prova di questo vorrei citare per tutti Maffeo Pantaleoni anche se forse Pantaleoni non è un economista rappresentativo, se non altro perché nella nostra disciplina è, secondo me, un genio.

Mi riferirò soprattutto ad un suo saggio dei primi anni del secolo dal titolo “*Alcune osservazioni sui sindacati e sulle leghe*” (raccolto poi in “*Erotemi di Economia*” vol. II - Bari 1925, da cui citerò).

È scritto in un periodo in cui si parla molto di sindacati, cartelli, trusts ecc. soprattutto da parte dei giuristi (il pretesto del saggio è un lavoro di un giurista tedesco) e dice Pantaleoni (op. cit. pag. 253):

“E certo non esagero dicendo che sia una vera ossessione quella dei giuristi di voler vedere un monopolio ovunque incontrano un sindacato, e di volere cercare

misure di coercizione là dove la loro funzione dovrebbe essere per riuscire utile, quella di dare espressione e precisione giuridica alla volontà delle parti interessate, riconoscere valide nuove forme di controllo e fare sì che ognuna venga ad essere responsabile dei fatti propri”.

E secondo Pantaleoni “è un errore legislativo trattare [i sindacati come monopoli] errore che porta a conseguenze dannose per lo sviluppo economico di un paese.

È la diagnosi del monopolio una diagnosi giusta pei sindacati... d’altri tempi, sindacati che con gli attuali non hanno di comune che il nome... salvo per quei sindacati..., un’infima minoranza, che sono ancora sopravvivenze di altri tempi, frammentate alle nuove formazioni” (op. cit. pagg. 255-256).

Ora, dice Pantaleoni (op. cit. pagg. 321-322), “la forma di sindacato capitalistico più antica, (...) è quella in cui i fabbricanti, o i detentori di una merce, si coalizzavano convenendo in un’azione collettiva che impedisse a nuovi produttori del genere di sopravvivere, o conseguisse l’effetto che una parte dei detentori, lasciati fuori della coalizione, non potessero portare sul mercato il loro stock, e i soci coalizzanti potessero ridurre il proprio quantitativo di merce offerta a quella quantità, la quale, data la curva di domanda, fornisce il prodotto utile massimo. Era pure spesso scopo della coalizione, cioè del sindacato, la escussione successiva dei compratori, cioè la vendita a prezzi gradualmente decrescenti, in modo da far pagare a ogni strato costituente la domanda il massimo prezzo al quale era ancora disposto a comperare. Assicuravasi il sindacato in questo modo la intiera *rendita del consumatore*.” E ci spiega subito con chiarezza (op. cit. pagg. 322-323) che

“Il sindacato capitalistico primitivo, per riuscire nel suo intento di ridurre gli stocks offerti a quella quantità che gli assicurava il massimo di guadagno, ricorreva a tre mezzi, preferendo, a seconda dei casi, ora l’uno, ora l’altro:

- a) Il mezzo più comodo era quello di ottenere in un qualunque modo, e in una qualsiasi forma, il privilegio della produzione e dello spaccio a beneficio di un determinato numero di economie: era allora senz’altra fatica, esclusa la concorrenza di nuove economie;
- b) un mezzo meno comodo, più costoso certamente, consisteva nel fare i prezzi rovinosi per un competitore; più rovinosi per lui che per il sindacato, sia che non fossero ancora ammortite le spese generali del neofita e lo fossero già quelle delle economie sindacate, sia che il capitale della nuova economia fosse insufficiente per reggere a un periodo di sottoredditi, là dove il capitale maggiore del sindacato poteva sottostare alla perdita”.

Tuttavia è ben chiaro a Pantaleoni (1) come “ogni lotta di un sindacato contro un competitore è, come ogni lotta, in tesi generale, un evento di cui l’esito è dubbio. Si ponga pure che il sindacato induca il concorrente a liquidare. Cosa

(1) Questa ultima citazione è ricavata da un altro saggio di Pantaleoni dal titolo “*Esame critico dei principii teorici della cooperazione*” (Giornale degli Economisti, marzo-aprile-maggio 1989) e ristampato nei già citati “*Erotemi di Economia*” cfr. pag. 157.

seguirà poi? Se il sindacato vuole rialzare di nuovo i prezzi al di sopra delle spese di produzione, sprigionerà di nuovo dei competitori, creando esso medesimo le condizioni richieste perché sorgano; e se non rialza i prezzi ha sofferto le perdite della lotta senza potersene rifare e cessa di avere una ragion d'essere”;

- c) un terzo mezzo, finalmente, consisteva nel disinteressare il nuovo concorrente, cioè nel renderlo partecipe del soprareddito di monopolio dovuto alla rarefazione della merce, il più delle volte assumendolo nel sindacato. Questo mezzo trovava un limite naturale nell'ammontare del soprareddito di monopolio e nella sottrazione che ad esso veniva fatto dalla tangente occorrente per far desistere la nuova economia dal produrre o dallo smerciare, cioè dal fare concorrenza. Ma Pantaleoni aveva ben presente che (pag. 156 del saggio di cui a nota 1) “a misura che scema l'utile del sindacato, viene meno la sua ragion d'essere e scema la possibilità per esso di accogliere nuovi soci ancora e di tacitarli nell'istesso modo. Un sindacato è un equilibrio dei più instabili, occorrendo che, attraverso a tutte le variazioni che avvengono sul mercato, resti ferma la persuasione di ciascun socio di non poter migliorare la posizione che gli è fatta dal sindacato col lavorare per proprio conto esclusivo:

Donde un continuo rimaneggiamento delle condizioni interne del sindacato.”

Ma queste sono per Pantaleoni le forme antichate di cartello (anche se l'analisi sembra modernissima) e di cui non c'è da preoccuparsi troppo. Ma quali sono le forme nuove di cui occorre preoccuparsi anche di meno? Per rispondere a tale domanda Pantaleoni si imbarca in una splendida analisi di quella che oggi si chiamerebbe “Industrial Organisation”.

Prima di tutto infatti (op. cit. pagg. 266-267-268-269) “conviene di procurarci una visione netta dell'influenza che esercitano due condizioni su qualsivoglia impresa. Queste condizioni sono:

- 1) le dimensioni dell'impresa e
- 2) il grado di coesione delle relazioni di interdipendenza in cui essa si trova con altre imprese che, per ragione di divisione del lavoro, sono giuridicamente più o meno autonome, ma di cui i prezzi di vendita sono elementi del suo costo, o di cui i prezzi di acquisto sono il suo mercato.

Esaminando queste condizioni, si vedrà che la costituzione di sindacati talvolta non è altro che la manifestazione della ricerca e la attuazione della dimensione più efficace, e tal'altra è la formazione di un legame, o cemento, necessario e dotato di maggiore forza coesiva di quei legami che altrimenti si avrebbero, cioè si vedrà che i sindacati collegano nel modo più opportuno tra di loro imprese che si dividono il lavoro, imprese che per avere un vocabolo breve a nostra disposizione, diremo costituire un “*complesso*” economico.

È sotto pena di soccombere nella lotta economica che va trovata la dimensione più utile, ed è sotto pena di soccombere che il cemento che unisce un “*complesso*” economico va trovato, e trovato che sia, deve riuscire talora più rigido, talora più

elastico di quello che unisce altri “*complessi*” economici concorrenti e quindi ignora il più opportuno possibile.

Vediamo ora, per prima cosa, quale occorre che sia la dimensione di un’azienda, ossia che effetti dipendono dalla sua dimensione.

Una azienda, sia quella di un privato, sia quella di una società commerciale, incomincia per lo più con dimensioni che, entro certi limiti, sono determinate da giudizi non maturati in ogni loro elemento. Si tratta di giudizi fatti bensì con conoscenza di causa dall’imprenditore, ma questa è ora più completa, ora meno completa, e versa su argomento spesso controverso in quasi ogni suo dettaglio, cioè sull’esigenze tecniche dell’industria che si progetta e sui prezzi nei mercati in cui si dovrà comperare e quelli in cui si spera di poter vendere. Per di più, è generalmente pure elemento di grande peso la somma dei mezzi di cui dispone l’imprenditore e accade di frequente che si coartino le dimensioni dell’impresa, quali risulterebbero dalle prime considerazioni, a quella misura che risponde ai mezzi disponibili. Né ciò accade soltanto nell’impianto delle piccole industrie e di piccoli negozi, ma bensì anche nella costituzione di società ferroviarie, di società di navigazione, di banche, di ferriere insomma nelle imprese di maggior mole e importanza. D’altra parte, è ben certo che i determinanti la dimensione più efficace sono tutt’altro che arbitrari. E non solo l’ammontare totale dei fattori di produzione, ma anche le proporzioni in cui vanno combinati non sono menomamente arbitrari, poiché vengono determinati, con calcolo esatto, dalla concorrenza degli imprenditori.

L’errore viene punito e il conto giusto viene premiato dalla selezione, o concorrenza economica, mediante l’eliminazione di coloro che più hanno sbagliato, e la percezione di sopraredditi per parte di coloro che meno hanno sbagliato, quando la legge della produzione è quella dei costi crescenti; ché se, invece, l’industria è soggetta alla legge dei costi decrescenti, saranno eliminati tutti coloro che non lavorano con il costo minimo, e non potranno esservi sopraredditi.

Il fatto che sia difficilissimo indovinare o calcolare di primo acchito la dimensione più conveniente, e l’altro, che l’imprenditore principia con quel capitale che ha, o che riesce a procurarsi, portano di necessità a questo, che appena l’industria è impiantata, anzi, assai prima di quel momento, cioè, a misura che la si sta impiantando e che la realtà s’impone in mille modi alle previsioni e ai progetti, l’imprenditore è costretto a modificare le dimensioni originarie del suo affare, cioè, generalmente a ingrandirlo.

Ora, l’imprenditore privato che voglia dare alla sua azienda le dimensioni occorrenti, ha virtualmente mille modi per farlo, ma realmente i modi sono pochi e di solito si riducono ad uno solo, ovvero uno solo è il più economico. L’imprenditore potrebbe, p.e., mettersi a risparmiare, finché non avesse il capitale occorrente. Allora gli occorrerebbe, generalmente, una vita lunga quanto quella di varie generazioni. A questo modo, infatti, procede la società umana, procede un paese di cui i cittadini né individualmente né collettivamente fanno debiti con l’estero. L’imprenditore privato non ha a sua disposizione la vita di Matusalemme e considera

inoltre che, quando anche avesse economizzato il capitale occorrente, sarebbe già passata di corsa, e da molto tempo, simile a lepre fuggitiva, l'occasione che aveva in vista e mutato ogni altro elemento della sua combinazione. Ed allora l'imprenditore privato tenta di prendere capitale a prestito e mettersi subito nelle condizioni ora riconosciute più opportune. E sarà questa ricerca di capitali l'impresa, per così dire, pregiudiziale che egli dovrà far riuscire per poter proseguire e non essere fin da ora o divorato o condannato a morte per etisia.

Ma il sovventore reclama un prezzo, che può assumere forme svariatissime: vorrà essere, forse, accomandante; vorrà, invece, essere creditore cambiario; potrà reclamare di essere socio che prenda parte nella gerenza, ecc.

Da notare è questo, che il prezzo per la locazione del capitale è in parte esplicito e manifesto, in parte, all'incontro, è racchiuso e mascherato nella forma giuridica. Questa forma varia; varia con il tempo, con i mercati e, in ogni istante e luogo, sono in concorrenza varie forme. A me pare evidente e, ad ogni modo, riesce di facile dimostrazione, che la storia delle forme giuridiche che i rapporti tra creditori e debitori hanno assunto in varie epoche, o che assumono in vari luoghi, in altri termini, che la storia delle forme giuridiche delle società commerciali, delle associazioni economiche, dei modi di partecipare gli uni agli interessi degli altri, non è altro che la storia del prezzo di capitali, mascherata nelle condizioni che la forma racchiude".

Come vedete Pantaleoni, con nonchalance, come si trattasse di cose ovvie, anticipa anche Easterbrook e Fischel (che vengono ora ora dall'essere tradotti in italiano) (1) e tutto un filone di analisi economica del diritto societario che ancora lascia perplessi molti giuristi.

Pantaleoni passa poi ad esaminare il concetto di "complesso economico" e cioè di imprese strettamente collegate fra loro.

Scrive Pantaleoni (op. cit. pagg. 273-274):

"(...) la divisione moderna del lavoro consiste in questo, che la produzione di un bene diretto è opera di centinaia, quando non lo è di migliaia di imprese giuridicamente autonome, le quali producono ciascuna un anello, o una frazione di anello, nella catena che conduce dal bene diretto a ciascuno dei suoi beni strumentali.

A rigore tutte le imprese sono connesse tra di loro e in teoria non formano che un solo grande *complesso*. (...)".

Però, dice Pantaleoni, è opportuno soffermare l'attenzione su (op. cit. pagg. 274-275):

"(...) una parte soltanto dei nessi veri e tangibili, quella cioè di cui l'importanza pratica è grande. Ogni azienda ha un mercato in cui vende, cioè una clientela. Ogni vicenda di questa clientela si traduce per essa in una alterazione di un qualche gene-

(1) "L'Economia delle Società per azioni", Milano - Giuffrè, 1996.

re della curva di domanda del suo prodotto. Ma ogni azienda ha pure una serie di mercati in cui compera, cioè in cui vende moneta e compera servizi produttori. Ogni vicenda di questa clientela della sua moneta si traduce per essa in una qualche alterazione della curva di domanda della sua moneta che dicesi la curva d'offerta del suo prodotto. Ma le vicende dei prezzi dei servizi produttori non hanno tutti uguale importanza: i prezzi di alcuni servizi produttori preponderano su altri nella formazione del costo, e quelli che preponderano non sono sempre gli stessi, poiché la combinazione dei fattori di produzione più vantaggiosa è una funzione dello smercio, cioè della curva di domanda del prodotto.

Ora, un "complesso" economico è costituito da tutte le aziende economiche di cui le vicende alterano in modo fortemente sensibile la curva di domanda e di offerta di una azienda A, compresa questa azienda istessa nel complesso, poiché ne è il centro; ovvero anche, un "complesso" economico esiste rispetto all'azienda A in tutte le aziende di cui le vicende si ripercuotono fortemente sulla curva di domanda e di offerta della azienda A.

Ogni azienda può essere considerata come centro di un "complesso", e i suoi azionisti, o proprietari, considerano, naturalmente il mondo economico in modo autocentrico. Ma i fatti non si curano dei giudizi autocentrici degli individui e in mezzo alle miriadi di aziende autonome si formano spontaneamente alcuni centri di forza maggiore e molti centri di forza minore intorno ad essi. La *ubicazione* più appropriata pel centro di un complesso economico è questione che la selezione decide, poiché errori nella ubicazione si pagano molto caro".

Poi Pantaleoni esemplifica e fa l'esempio delle ferrovie (op. cit. pagg. 275-276-277)

"Le grandi reti ferroviarie moderne, quali si vedono in Europa, sono complessi economici, per quanto grandiosi, pur tuttavia semplici, in confronto di quelle aziende così eterogenee amalgamate in un solo organismo, che si vedono negli Stati Uniti e che diremo composti. Le nostre reti ferroviarie sono aziende economiche abbastanza ben definite dal loro nome istesso e ben delimitate. Una rete si compone idealmente per sommi capi, dei seguenti gruppi di imprese: 1° l'impresa che ha costruito la strada, ne ha la proprietà, l'ha armata, ha costruito le opere d'arte e a cui carico possiamo anche mettere i fabbricati di servizio e la manutenzione in istato di conservazione di questo capitale immobiliare; 2° l'impresa che ha costruito e poi ha corredato gli impianti della precedente di materiale rotabile e di trazione e di tutti gli accessori che essi comprendono e che mantiene questo capitale di esercizio possedendo officine di costruzione e di riparazione; 3° l'impresa che con gli impianti della prima e della seconda trasferisce merci e viaggiatori da un luogo all'altro, fornendo e organizzando il personale di esercizio occorrente e assumendo responsabilità per la consegna tempestiva a destinazione di merci e viaggiatori e per guasti o perdite sofferte dalle merci e lesioni riportate dalle persone.

Una enumerazione più minuta dei servizi in cui si decompongono i servizi di questi tre gruppi di imprese, è inutile per lo scopo nostro e assorbirebbe facilmente molte pagine. A noi interessa notare due punti: 1° il centro di questo *complesso* po-

trebbe a priori riporsi in ognuno di questi gruppi d'impresa, cioè potremmo immaginarci che il primo gruppo si associ il secondo e il terzo, governandoli entrambi, ovvero subordinandone gli interessi particolari al suo; ma potremmo pure immaginarci che il secondo gruppo si associ il primo e il terzo; finalmente il terzo potrebbe aver preso in affitto o comperato i servizi del primo e del secondo.

Che queste ipotesi abbiano un riscontro nella realtà, anche all'infuori dell'esempio scelto, cioè dei *complessi* costituiti dalle imprese ferroviarie, e che, *mutatis mutandis*, in ogni grande *complesso* il centro di forza risiede ora in questo ora in quell'anello del complesso, può vedersi seguendo le forme giuridiche che assume la formazione dei capitali dei grandi *complessi* industriali là dove le forme giuridiche sono elastiche e le neoformazioni rigogliose".(...)

"Le forme giuridiche assunte dai vari capitali che concorrono in una sola complessa impresa rappresentano spesso altrettante imprese distinte che si sono fuse in un tutto organico e la forma giuridica di ogni genere di titolo specifica la quota parte del prodotto lordo che va a ognuna di quelle imprese in ragione della domanda e offerta del concorso del suo servizio. Si è stabilito un centro di forza che ha subordinato variamente tanti centri originalmente autonomi e questo centro di forza si sposta mediante pattuizioni secondo le vicende del mercato, secondo i bisogni, secondo l'indirizzo dell'impresa, secondo i prezzi dei varii generi di capitale nei varii momenti della loro ricerca e offerta." (...)

"Esaminiamo ora la questione quale sia il cemento con cui conviene unire la grandiosa moltitudine di imprese in cui si decompone un complesso economico. Restiamo attaccati, come ad una guida, all'esempio di una industria ferroviaria.

Noi possiamo immaginare due sistemi estremi e ogni possibile gradazione di sistemi tra i due estremi. Si ha un sistema estremo se ogni servizio è un'impresa giuridicamente autonoma che contratta, volta per volta, con ogni altra di cui abbia bisogno, o che ha bisogno di essa: se, p. es., è un servizio autonomo il caricamento e scaricamento dei vagoni di merci, un altro la pulizia dei vagoni, un altro l'officina delle riparazioni e a fortiori quella di costruzioni, un altro la manutenzione stradale, ecc. (...). Si ha un altro sistema estremo, se tutto quanto è connesso con l'azienda ferroviaria, è in mani di una sola impresa, se cioè l'istessa società ferroviaria costruisce la propria strada e le proprie opere d'arte, costruisce le proprie locomotive e i propri vagoni e, sempre direttamente, provvede a ogni altro suo servizio fino a quello di mandare a domicilio le merci e di alloggiare in alberghi propri i suoi viaggiatori".

Pantaleoni poi spiega le ragioni per cui nei diversi contesti si è arrivati a conclusioni diverse e che qui non è il caso di riportare. Tuttavia Pantaleoni fa una teoria economica generale che vale per tutte le situazioni (op. cit. pagg. 282-283):

"L'azienda centrale del complesso cioè il *perno* del complesso, domina più facilmente i membri che ne costituiscono la curva di domanda. Di fronte a inconvenienti nei rapporti vicendevoli tra imprese che si dividono un lavoro o che hanno tra di loro la posizione di prodotti di beni connessi (poniamo che si tratti addirittura di tentativi di insubordinazione di membri costituenti la curva d'offerta), cioè di

fronte a prezzi elevati, o condizioni onerose, o difetti qualsiasi nel servizio, l'azienda centrale, *se le sue dimensioni lo consentono*, ha sempre in ultima analisi a sua disposizione il ricorso a un costo di riproduzione fisica Ferrariano (1). Ma occorre che le dimensioni dell'azienda centrale A siano tali che essa possa assorbire *l'intera produzione* dell'azienda sussidiaria B , dell'azienda di cui i prodotti sono un elemento del suo costo di produzione, e che la produzione di B , assorbita tutta da A , sia allora ancora fatta su scala così vasta che possa B produrre nelle condizioni più vantaggiose, cioè lavorare con costo relativamente minimo. Allora l'azienda A , o domina completamente l'azienda B , o provvede all'impianto di una azienda B^1 per proprio esclusivo conto. Se le dimensioni dell'azienda centrale A non sono sufficienti per assorbire l'intero prodotto dell'azienda B' , o questo prodotto riesce così piccolo da non soddisfare più alla condizione di una produzione economica, può convenire ad A di ingrandirsi, associandosi ad altra azienda A^1 , per provvedere unitamente ad essa alla riproduzione dei prodotti dell'azienda B^1 .

Di solito non occorre e non è attuabile questo mezzo eroico della riproduzione fisica, la quale fa di due aziende A e B una sola, ovvero sostituisce a un legame contrattuale e di breve durata tra due aziende un nesso addirittura rigido e permanente. E oltre al non essere sempre necessario e sempre attuabile (per difetto di dimensione in A), dev'essere ritenere che per lo più sia anche non conveniente, poiché se il genere d'industria B progredisce tecnicamente, soprattutto per effetto di qualche scoperta nei procedimenti di produzione, o per l'invenzione di un surrogato, l'azienda A , che avesse assorbito l'azienda B , dovrà sottostare alla perdita di valore degli impianti di B , oppure non avrà più il metodo più perfetto per procacciarsi i prodotti di B' , scopo questo per il quale ebbe ricorso alla riproduzione.

Lo studio della forza di coesione più appropriata da darsi ai legami tra A e B è uno dei principali di ogni imprenditore”.

Mi rendo conto di avere esagerato nella lunghezza delle citazioni (per fortuna i diritti d'autore sono scaduti) ma volevo mettere in evidenza la modernità di questo nostro economista italiano.

Se Pantaleoni avesse scritto il suo saggio oggi l'avrei commentato dicendo che l'autore è all'avanguardia della ricerca scientifica.

Naturalmente ha bene assorbito la lezione di Chicago, ha ben chiara (alla Stigler) la fragilità dei cartelli, diffida dall'usare con eccessiva facilità l'argomento dei prezzi predatori.

Naturalmente ha ben chiaro che l'integrazione il più delle volte è motivata da ragioni d'efficienza.

Tuttavia è un passo avanti rispetto a Coase e a Williamson.

L'alternativa sul modo in cui le attività sono coordinate non è semplicemente alla Coase e alla Williamson il mercato (il sistema dei prezzi) o l'impresa (struttura

(1) Cioè se lo può fare per conto proprio (nota del relatore).

autoritaria e gerarchica). La dicotomia mercato/gerarchia non è sufficiente a catturare la realtà.

Per Pantaleoni, così come per esempio Richardson (1) e Aoki (2) (per citare due autori ora alla moda e considerati all'avanguardia) nell'ambito dei rapporti di mercato occorre distinguere le pure transazioni di mercato dalle transazioni di cooperazione. Oltre all'integrazione vera e propria delle imprese vi sono reti complesse di contratti che costituiscono delle quasi-integrazioni.

Ora come diceva appunto Richardson queste forme di cooperazione "sono normalmente studiate come manifestazioni del desiderio di restringere la concorrenza e appaiono nei capitoli sugli accordi sui prezzi e ripartizioni dei mercati" (op. cit. pag. 884). E questo, tuttavia, sia per Richardson che per Pantaleoni è erroneo.

Questi risultati teorici sono tuttavia ancora ben lontani dall'essere acquisiti dalle corti e dalle varie autorità antitrust.

Ho insistito su questo saggio di Pantaleoni, oltre che per la sua stupefacente originalità, per il fatto che può forse spiegare perché gli economisti italiani (in specie quelli liberali che avrebbero potuto essere i più interessati) furono in qualche modo vaccinati contro l'idea che una qualche forma di legge antitrust servisse a far funzionare il mercato.

Anzi lo scopo del saggio di Pantaleoni era addirittura di mettere in guardia dal pericolo di un intervento pubblico in tema di cartelli. Infatti scrive Pantaleoni (op. cit. pag. 252) "ciò che, a mio avviso, rende inaccettabili, ossia dannose per gli interessi economici, la maggior parte delle proposte di sistemazione amministrativa o giuridica dei rapporti nascenti dalla formazione e dal funzionamento di sindacati e di leghe, è il disconoscimento o l'errore sul loro carattere economico, sulle condizioni che li producono, sulla funzione che adempiono e sulle vie che prenderebbero, qualora l'intervento legislativo avesse da errare nel giudicare del loro carattere economico, o non avesse da tenerne conto e quindi non riuscisse a dare almeno parziale soddisfazione ai bisogni economici di cui questi organismi sono un prodotto".

Per tirare le fila di queste citazioni e divagazioni la mia tesi è che la storia del pensiero economico in tema di concorrenza è riassumibile nel punto di vista degli economisti liberisti che, da De Viti de Marco a Pareto a Pantaleoni per scendere a Ricci, Einaudi, Bresciani Turrone, ritenevano semplicemente che la concorrenza non c'era, soprattutto perché era lo stato che la eliminava e che quindi l'unico modo per avere più concorrenza era di limitare l'intervento pubblico.

Tuttavia gli economisti liberisti non hanno mai esercitato una grande influenza, non dico sulla cultura in generale del paese, ma sulla cultura economica italiana

(1) G. Richardson, "The organisation of Industry" *Economic Journal* - Settembre 1972, pagg. 883-896

(2) M. Aoki, "Information, Incentives and Bargaining in the Japanese Economy", Cambridge University Press 1988

(e lo dimostra appunto anche la storia italiana che non è certo una storia di liberismo ma una storia di forte intervento pubblico).

Può sembrare una affermazione stravagante dato che gli economisti sopra nominati sono praticamente i soli di cui si parli ai giorni nostri.

Si tratta di un successo postumo ed è semplicemente un riconoscimento delle capacità teorico-scientifiche di questi studiosi (erano dei grandi economisti!) e questo riconoscimento astrae dalle impostazioni di politica economica cui tali economisti pervenivano attraverso l'analisi teorica.

Non si deve affatto "sopravalutare l'influenza avuta dai liberisti sulla cultura economica italiana, come se economia politica e politica economica fossero stati solo governati dai loro "dogmi". Il comune sentire è stato dominato piuttosto da una propensione contraria, avversa all'individualismo e dubbiosa sulle capacità di autoorganizzarsi del mercato. La fiducia nelle forze economiche individuali espressa da Adam Smith con la spiegazione della "mano invisibile" ha perciò suscitato più rifiuti che consensi e mai ha incontrato l'incontrastato favore ottenuto invece dai fautori della necessità di regolare dall'alto la vita economica, coordinarla e ordinarla al "bene comune", a finalità collettive. Si è manifestata così una persistente diffidenza verso il liberismo e una fiducia marcata per il dirigismo".

Così Antonio Cardini, uno storico dell'Università di Siena, a pag. 11 di un libro di cui consiglio la lettura: "Le corporazioni continuano... Cultura economica e intervento pubblico nell'Italia unita", (Milano, Franco Angeli, 1993) (1).

E su questo libro mi sarei basato per raccontarvi, se ne avessi avuto il tempo, la storia della cultura economica dominante in Italia certo non caratterizzata da ispirazione liberista o da eccessiva fiducia nel mercato.

Il lettore di Cardini si renderà ben conto come dopo l'unità la cultura economica italiana (i cui centri più importanti furono le Università, le riviste ed il Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio) fosse dominata dalla scuola storica tedesca, influenzata dai socialisti della cattedra e affascinata dal modello bismarckiano di organizzazione sociale.

"Agli inizi degli anni novanta" scrive appunto il Cardini (a pag. 45 del libro consigliato) "la cultura economica impartita nelle università, espressa dalle direzioni ministeriali, diffusa dalle riviste, dava luogo ad una scienza nazionale, utilizzabile sul piano amministrativo, pratico, legislativo, che guardava alla Germania come proprio modello e a Berlino come alla propria capitale".

Ed è in questo clima culturale e politico che si organizzano per la loro battaglia scientifica e politica quelli che abbiamo chiamato sopra gli economisti liberisti (Pantaleoni, De Viti, Pareto, Mazzola).

(1) Sempre di Antonio Cardini meritano di essere visti: "Stato liberale e Protezionismo in Italia (1890-1900)" Bologna, Il Mulino, 1981 e "La cultura economica italiana e l'età dell'imperialismo (1900-1914)" Milano, Giuffrè, 1981.

La battaglia scientifica è quella per la diffusione del marginalismo, battaglia ben conosciuta agli storici del pensiero economico e su cui è inutile qui soffermarsi.

Questa battaglia fu, come ci dice il senno di poi, largamente vinta. Infatti per la ricchezza dei contributi teorici forniti dagli economisti sopra citati nessuno ormai dubita della loro superiorità scientifica sui contemporanei.

Tuttavia nella loro battaglia politica (che per loro era anche più importante di quella teorica) in principal modo contro il protezionismo furono ampiamente sconfitti.

E poiché la storia la scrivono i vincitori ancora ai giorni nostri si ritiene che nelle loro battaglie politiche i grandi economisti abbiano semplicemente mostrato di essere degli astratti dottrinari vittime delle loro ideologie.

Il punto di vista storiografico che mi sembra (ma la mia è l'impressione di un profano) vada per la maggiore è, infatti, che il protezionismo abbia contribuito efficacemente all'industrializzazione del paese e quindi al suo sviluppo economico, e che di conseguenza gli oppositori del protezionismo non avessero capito nulla di dove stavano andando il mondo e la storia.

Sempre se avessi avuto tempo avrei cercato di mostrare quanto infondato è questo punto di vista.

Poiché in questo tentativo mi sarei basato largamente sul libro di Roberto Vivarelli "Il fallimento del liberalismo" (Bologna, Il Mulino, 1981) anche in questo caso spero di cavarmela rinviando i miei ascoltatori a questo libro.

Mi sarei soprattutto basato sull'ultimo saggio del volume: "Liberismo, protezionismo, fascismo. Per la storia e il significato di un trascurato giudizio di Luigi Einaudi sulle origini del fascismo".

In questo saggio lo storico fiorentino prende le mosse dal libro di Luigi Einaudi "La condotta economica e gli effetti sociali della guerra" (Bari, Laterza 1933), opera che egli non esita a collocare (pag. 163 op. cit.) "fra le opere maggiori di Luigi Einaudi e a considerarla, per il giudizio molto netto quanto chiaramente motivato che in essa si trova sul rapporto che avrebbe legato gli esiti del primo dopoguerra in Italia al precedente corso della nostra storia unitaria, come uno dei testi più importanti nella storiografia sulle origini del fascismo". _____

Per Luigi Einaudi il fascismo è frutto (Einaudi op. cit. pag. 397) "della incapacità dell'Italia a superare entro gli schemi tradizionali della sua costituzione politica, la crisi del dopoguerra", crisi che (Vivarelli, op. cit. pag. 165) "nelle pagine di Einaudi è vista... come una crisi politica e morale, le cui radici affondano 'in un più lontano passato', e nella quale si riassume un graduale processo di degenerazione, che coincide al tempo stesso e con la storia del liberalismo italiano e con le vicende dello stato italiano dopo l'Unità. Ma è soprattutto sul terreno della politica economica che tale processo di degenerazione trova la sua più compiuta esemplificazione".

Ed è proprio contro questo processo degenerativo (le cui origini sono immediatamente individuate nel protezionismo) che i grandi economisti liberisti italiani combatterono la loro battaglia politica. Le polemiche feroci in cui si impegnarono contro la svolta protezionistica non erano certo motivate dal desiderio di mostrare la superiorità analitica della teoria dei costi comparati ma dalla volontà di cercare di impedire che gli interessi siderurgici (collusi con l'emergente classe operaia) dominassero il potere politico creando così un complesso industriale con caratteristiche autoritarie che avrebbero portato, secondo loro, il paese a dissennate imprese militari e coloniali e a corrompersi.

Ma rinvio al Vivarelli per una dimostrazione persuasiva di “come la sostanza del discorso che i liberisti vanno conducendo dagli inizi degli anni '90 in poi, [sia] politica e non economica, il problema dello stato e della sua trasformazione rimanendo al centro del loro interesse...” (op. cit. pag. 184).

Ma, come si è già detto, nella loro battaglia politica gli economisti liberisti furono sonoramente sconfitti e questa sconfitta è stata la vera sconfitta del liberalismo in Italia e la vera matrice della degenerazione successiva dello stato italiano che porterà, come ritiene appunto Einaudi, al fascismo.

Non si possono quindi attribuire molte colpe a questi economisti per quanto è avvenuto nel nostro paese. Così, come scriveva Pareto nel luglio 1897 (*Scritti Politici*, II a cura di G. Busino, Torino, Utet, 1974, pag. 210), “quando qualche storico imprenderà, nel futuro di narrare la miseria degli anni presenti, è pregato di non darne colpa alla libera concorrenza, perché, quella libera concorrenza, gli italiani non sanno nemmeno dove stia di casa. Sarà, se si vuole, cosa pessima e malvagia, ma infine non si può ad essa dare colpa di quei mali che seguono dove essa non esiste”.

Tuttavia l'amore per la libera concorrenza non si rianima con la caduta del fascismo.

I problemi di come avere più concorrenza sono sempre gli stessi e li ha ben presenti, come abbiamo visto all'inizio della relazione, il primo presidente della prima repubblica, Luigi Einaudi.

Tuttavia il suo messaggio non è recepito.

Nel 1955 i nuovi liberali si riuniscono in un ormai famoso convegno del Mondo e, pur dividendosi su svariati punti concordano, per avere più concorrenza, nel proporre la nazionalizzazione dell'elettricità e dei telefoni. Qualcuno addirittura propone la nazionalizzazione del sistema bancario. Nessuno peraltro contesta che il sistema creditizio debba essere caratterizzato da una rilevante presenza pubblica.

Insomma la tradizione italiana di forte intervento pubblico che percorre la storia italiana post-unitaria dall'ascesa al governo della sinistra (1876) giù giù fino a Giolitti e a Nitti per arrivare al fascismo non viene certo respinta nemmeno dall'anima liberale della cultura politica italiana.

E questo clima intellettuale di favore per il settore pubblico appare evidente anche nei lavori della Commissione Parlamentare sui “Limiti posti alla concorrenza” che citavamo all'inizio di questa relazione.

Ma qui mi devo interrompere oltre che per ragioni di tempo e per mantenere le promesse fatte all'inizio, anche perché sarei tentato di sostenere la tesi che il fascismo non costituisce assolutamente una deviazione della storia italiana che, dall'unità ai giorni nostri, scorre placidamente nel suo letto di protezioni, sussidi e non concorrenza.

Questa tesi storiografica probabilmente non è molto originale (altrimenti non ci sarei arrivato), tuttavia su questa materia sono così ignorante che questa volta non posso nemmeno cavarmela con un qualche riferimento bibliografico. L'unico modo di cavarmela è quindi di stare zitto.

FLORIANO d'ALESSANDRO

LA CONCORRENZA NEL PENSIERO GIURIDICO ITALIANO

1. Io sento il bisogno di fare una piccola premessa, che per la verità potrebbe essere data per assolutamente scontata in un dialogo tra giuristi, ma che forse non è del tutto inopportuna in un incontro interdisciplinare come questo.

La premessa è che il concetto giuridico di concorrenza, come del resto ogni concetto giuridico, è un concetto “di secondo grado”, un meta-concetto.

Le “figure” (così anche le chiamiamo) che i giuristi ritagliano non sono altro che strumenti intesi a riordinare razionalmente (o anche “sistematicamente”, come diciamo noi) un materiale normativo dato, una determinata disciplina, un ordinamento giuridico colto nei suoi caratteri storici così come rilevabili in una certa fase della sua evoluzione.

Si tratta quindi di concetti che derivano dall’attività interpretativa svolta su un ben individuato testo normativo e che, nello stesso tempo, sono destinati a servire di ausilio in quella medesima attività interpretativa.

Discende da questa ovvia premessa un altrettanto ovvio corollario. Ed è che sarebbe del tutto vano cercare nelle figure elaborate dai giuristi qualcosa di più o di diverso da quanto è già presente nelle norme sulla cui base quelle figure sono state costruite.

Anzi, se questo dovesse accadere, il fenomeno assumerebbe, agli occhi del giurista, il ruolo di “spia” sicura della presenza di un errore nella costruzione del concetto.

Con ciò, non voglio dire che i giuristi non abbiano le loro proprie idee “valutative”, come si suol dire, sulla materia che studiano: ossia sull’adeguatezza delle norme agli scopi che si prefiggono e sulla conformità di quegli scopi al modello di organizzazione sociale che si considera desiderabile. È però un tradizionale punto fermo per la stragrande maggioranza di noi (sebbene periodicamente soggetto ad attacchi critici anche violenti), ed un punto del quale sono in prima persona saldissimamente convinto, che si possa e si debba distinguere tra la “legge qual è” e “la legge quale si desidererebbe che fosse”. Così come è ferma in tutti i giuristi intellettualmente onesti la consapevolezza di essere autorizzati a parlare dall’alto (faccio per dire) della propria competenza professionale sul primo tema (il *jus conditum*) e quella di dover invece scendere dalla cattedra ed assumere la veste del comune cittadino per interloquire sul secondo aspetto (il *jus condendum*).

Questi rilievi mi sembrano non del tutto superflui anche da un altro punto di vista. Ed è che da essi si ricava come sarebbe erroneo attendersi dalla mia relazione l’illustrazione di un oggetto sostanzialmente diverso da quello affidato alle cure degli amici e colleghi che più autorevolmente di me riferiranno più tardi sullo stato del diritto positivo della materia. Vero è invece che i nostri temi, nonostante l’angolo di osservazione leggermente diverso, si sovrappongono esattamente. Il che attribuisce al mio lavoro un ruolo di introduzione generale, che mi sforzerò (non so con quanto successo) di svolgere tenendomi lontano dagli opposti rischi di cadere nel “prologo in cielo” o di invadere il terreno altrui.

2. Ma c'è ancora, nel nostro campo, un secondo, e meno scontato, meno istituzionale, fattore di dipendenza del concetto giuridico di concorrenza: la dipendenza dalla scienza economica.

Mi riferisco al fatto che al diritto della concorrenza non è mai riuscita, né mai riuscirà, l'impresa di lasciarsi alle spalle le proprie motivazioni economiche.

La nascita di una norma procede sempre dalla scelta di un certo obiettivo, considerato dal legislatore come socialmente desiderabile. La regola viene poi conformata nei modi giudicati più acconci al conseguimento di quell'obiettivo. Ma, una volta che sia stata dettata, essa si oggettivizza: la *ratio* che ha presieduto alla sua introduzione resta un elemento esterno, dotato tutt'al più di valore interpretativo.

Nella nostra materia, invece, le norme che individuano compiutamente fattispecie generali ed astratte di situazioni o comportamenti anti-concorrenziali "*per se*", come si dice, costituiscono solo una parte della disciplina. Accanto a questa, c'è un'altra, consistentissima parte nella quale l'individuazione delle fattispecie anticoncorrenziali trova nella legge solo alcune prime componenti che dovranno essere poi completate dall'organo di controllo sulla scorta di una valutazione caso per caso, orientata da complessi e delicati esami dei concreti effetti anticoncorrenziali e della loro concreta dannosità.

Quanto ciò sia difficile, e quanto peso in questo lavoro competa a leggi e teorie formulate dagli economisti, sa chiunque abbia una sia pur superficiale conoscenza dei nostri problemi. Quanto su di esso possano influire concezioni ideologiche e scuole di pensiero scientifico, che spaziano dalla "mano invisibile" smithiana alle recenti tesi della scuola di Chicago e dei neo-istituzionalisti, è facile immaginare.

3. La mia relazione ruoterà tutta intorno ad una distinzione, che mi preme pertanto cercare di fissare subito con chiarezza.

La distinzione è quella tra un significato *soggettivo* ed uno *oggettivo* di concorrenza (o di libera concorrenza).

Nel significato *soggettivo*, si dice che un sistema è caratterizzato da libertà di concorrenza quando in esso i cittadini abbiano libero accesso alle attività economiche e produttive.

Nel significato *oggettivo*, il termine è usato per designare una situazione in cui sia rilevabile la effettiva concorrenza tra più imprenditori.

Tra i due significati intercorrono molteplici rapporti, su alcuni dei quali desidero richiamare l'attenzione, per il rilievo che essi assumeranno nell'analisi seguente.

Anzitutto, osservo che nel primo significato la libertà di concorrenza è una situazione giuridica *soggettiva* o, se si vuole, un *diritto*. Nel secondo significato, per contro, l'espressione si riferisce ad una *situazione di fatto*, rilevabile con gli occhi dell'economista piuttosto e meglio che con quelli del giurista.

In secondo luogo, mi sembra assai significativo che si affermi correntemente come nel diritto di liberamente intraprendere e di conformare a piacimento la propria attività economica sia ricompreso anche quello di autolimitarla, stipulando con altri imprenditori intese dirette a disciplinare la reciproca concorrenza.

Ciò permette invero di affermare che i due significati di libertà di concorrenza tanto sono diversi e tanto poco sono in rapporto di necessaria e biunivoca implicazione reciproca tra loro, che nel primo (che pure costituisce il presupposto indispensabile dell'altro) tuttavia può nascondersi addirittura la radice della negazione del secondo.

4. Lo strumento di analisi appena fermato mi pare essenziale per affrontare l'esame del grado e dei modi del riconoscimento, da parte del nostro ordinamento, del principio di libera concorrenza.

Prendendo le mosse, come si deve (e con la sommarietà inevitabile in questa sede, oltre che doverosa nei confronti di chi si occuperà in seguito *ex professo* del tema), dalla carta fondamentale, un primo risultato può cogliersi immediatamente nella lettura, fatta alla stregua di quello strumento, della disposizione-cardine dell'art. 41.

Mi sembra infatti difficilmente contestabile che questa norma, come dimostra anche la sua collocazione nella parte prima del testo costituzionale, dedicata ai diritti e ai doveri dei cittadini, consacrì il principio della libertà di iniziativa economica, e perciò di concorrenza, ma solo nel senso soggettivo che si è illustrato.

Ciò va ben al di là della pur importantissima (ancorché, se si vuole, banale) constatazione che dunque la libera concorrenza in senso oggettivo è un valore che non trova riconoscimento nella legge fondamentale.

Per rendersene conto non occorre neppure rievocare la notissima storia delle origini della norma, della sua natura (infelicitemente) compromissoria, delle istanze ideologico-politiche (opposte, ma tuttavia accomunate dalla stessa avversione alla libera economia di mercato) che in essa cercarono di trovare espressione, della perdurante ambiguità onde sono attraversate le migliaia di pagine di letteratura interpretativa intesa a cercare di risolverne le contraddizioni.

Basta assai meno.

Basta, io credo, por mente alla natura delle forze in gioco e in contrasto nell'ambito dei tre commi famosi di questo articolo.

Da una parte, dunque, c'è un diritto di libertà del cittadino, riconosciuto e tutelato come tale dalla carta costituzionale.

Dall'altra parte stanno valori oggettivi (la utilità sociale, la sicurezza, dignità e libertà umana).

Il rango sovraordinato di questi rispetto a quello appare chiaramente e solennemente scolpito dalla norma, la quale espressamente stabilisce che la tutela del

diritto di libertà cede e si arresta là dove l'esercizio di tale diritto dovesse porsi in contrasto con i valori, più alti e più nobili, indicati nel secondo comma.

Ma di questa espressa conferma non c'era e non c'è a ben guardare alcun bisogno, ché la posizione peggiore dell'utilità sociale e della libertà, sicurezza e dignità umane si desume con altrettanta certezza dal fatto che questi sono valori collettivi, interessi primari dell'intera comunità, di fronte ai quali, in caso di contrasto, un diritto individuale non sarebbe immaginabile che facesse altro se non cedere il passo.

5. Da quanto sopra discendono alcune conseguenze che giova porre in luce.

La libertà di iniziativa economica, che costituisce pur sempre, come ho detto, il presupposto necessario (ancorché non sufficiente) di un sistema oggettivamente concorrenziale, è considerata dalla nostra carta costituzionale come un diritto del cittadino; tutelato bensì, ma solo come valore individuale e perciò solo fino a quando non entri in conflitto con un qualsiasi valore collettivo (l'utilità sociale), come tale per definizione preminente.

È rimessa al legislatore ordinario la individuazione delle istanze di utilità generale che possono imporre il sacrificio del diritto di iniziativa economica.

Anche se la necessità dell'intervento della legge (cd. riserva di legge) costituisce senza dubbio una garanzia, è da considerare che le scelte del legislatore ordinario sono discrezionali e che questa discrezionalità sfugge pressoché totalmente al sindacato del giudice costituzionale.

I valori del mercato concorrenziale aperto sono dunque sprovvisti di riconoscimento e tutela *diretti*. La loro protezione è quindi doppiamente debole. Una prima volta, perché indiretta e mediata, ossia realizzata appunto attraverso il riconoscimento del diritto individuale di libera iniziativa economica; presupposto, questo, certo indispensabile, come spiegato, ai fini dell'instaurazione di un'economia concorrenziale, ma altrettanto certamente lontanissimo dall'essere sufficiente allo scopo. Una seconda volta perché il valore, schiettamente individuale, della libera iniziativa economica privata, ancorché costituzionalmente garantito, è recessivo di fronte a qualsiasi esigenza che possa in qualsiasi modo presentarsi come corrispondente ad una qualsiasi "utilità sociale".

6. È questo dunque lo sfondo normativo sul quale si costruisce il capitalismo all'italiana.

Il quadro giuridico, nel quale manca il riconoscimento del valore sociale di un sistema oggettivamente concorrenziale, costituisce il frutto di culture egemoni le mille miglia lontane, e anzi dichiaratamente ostili, rispetto ad un'economia di mercato aperta.

Per converso, la prassi politica ed amministrativa, che è figlia di quelle culture e dell'intelaiatura normativa di base da esse prodotta, persegue apertamente le proprie finalità interventiste, ispirate ad istanze corporative ed assistenziali (quando pure non schiettamente clientelari).

Di fronte alle dimensioni qualitative e quantitative del caso italiano, e pur consapevoli dei limiti intrinseci ed estrinseci del controllo affidato alla Corte Costituzionale, la lettura della giurisprudenza di questa non può non suscitare un senso di sconcerto. È ben vero che si liberalizza la produzione degli accendini per sigarette (sent. n. 78/1970); ma è anche vero che sono fatte salve le norme onde si richiede una licenza dell'autorità di pubblica sicurezza per installare un *juke-box* in un bar, in quanto il libero uso di questi apparecchi potrebbe mettere a repentaglio (non già, come si potrebbe pensare, i timpani dei clienti e dei vicini, ma), appunto, la sicurezza pubblica. E la rondine di una sentenza sulla televisione (n. 420/1994) non basta certo a fare primavera, anche perché ispirata ad istanze particolari (essenzialmente: pluralità dell'informazione), diverse da quelle di cui qui si discute.

7. Poiché, secondo un importante dettame di una di quelle culture egemoni cui ho fatto cenno, la mano destra non deve sapere ciò che fa la sinistra, il nostro paese svolge intanto con zelo e convinzione, almeno apparenti, un importante ruolo nella costituzione prima e nello sviluppo poi delle istituzioni comunitarie, pure improntate ad una ideologia di ispirazione neo-liberista.

I trattati istitutivi (e segnatamente il Trattato di Roma, al quale d'ora innanzi più particolarmente mi riferirò) contengono invero la espressa dichiarazione che tra gli scopi delle comunità è l'impedire che la concorrenza sia falsata all'interno del mercato comune, dettano specifiche norme *anti-trust* ed altre disposizioni assai rilevanti ai fini concorrenziali (basti pensare al divieto degli aiuti statali alle imprese), stabiliscono un sistema di produzione normativa inteso a perseguire le finalità istitutive ed a svilupparne l'attuazione (nel quadro del quale è stato emanato tra l'altro il regolamento sulle concentrazioni).

È ormai acquisita nel nostro ordinamento, a partire pressappoco dalla sentenza Frontini della Corte Costituzionale (n. 183/1973), la diretta efficacia interna delle norme comunitarie ed anzi il loro ruolo costituzionale, per il tramite dell'art. 11 Cost.

Ciò nonostante, l'appartenenza del nostro paese all'Unione Europea ha avuto ed ha, dal punto di vista che qui interessa, un'efficacia più limitata di quanto si potrebbe credere.

Naturalmente, la caduta delle barriere doganali, la almeno tendenziale libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali, gli sforzi intesi ad abbattere ogni ostacolo ai commerci interstatuali nell'ambito del mercato comune hanno inciso profondamente sul grado di concorrenzialità dei mercati anche all'interno delle nostre frontiere.

Relativamente scarsa è stata invece l'influenza comunitaria nel produrre una deregolamentazione interna, spazzando via la giungla normativa che ostacola e imbriglia la libertà di accesso dei singoli al mercato.

La ragione di ciò mi sembra possa essere individuata in due ordini di fattori.

In primo luogo, le solenni enunciazioni comunitarie a favore di una concorrenza libera e non falsata hanno in larga misura indole soltanto programmatica, nel

senso che assegnano obiettivi alle cd. politiche comunitarie, piuttosto che consacrare principi dotati di immediata efficacia precettiva.

In secondo luogo, l'area sulla quale intende incidere il diritto comunitario è prevalentemente quella del commercio tra gli Stati membri; non anche quella delle attività economiche aventi rilievo soltanto all'interno di ciascuno dei paesi.

Nonostante alcune anche autorevolissime opinioni in senso contrario, che forse vanno ascritte alla categoria del *wishful thinking*, non mi pare d'altronde affatto sicuro che questa diagnosi debba oggi essere rivista alla luce del trattato di Maastricht.

È vero che l'art. 3 A, che oggi si legge nel Trattato di Roma in virtù di quanto convenuto appunto in occasione della nascita dell'Unione Europea, assegna al principio di "economia di mercato aperta e in libera concorrenza" il ruolo di stella polare per la politica della Comunità e per quella degli Stati membri. Ma è anche vero, a quanto mi sembra, che si tratta di un'enunciazione, certo solenne ed importantissima, ma, una volta ancora, di natura prevalentemente programmatica.

Nessuno più di me sarebbe felice di sbagliarsi in questo. Ma mi ricrederò quando avrò visto cadere nel palazzo della Consulta, fulminata dall'art. 3 A, qualcuna delle nostre mille leggi e leggine ispirata a principi che ripugnano ad un'economia di mercato aperta.

8. È questo storicamente il quadro nel quale si inserisce, ad un secolo esatto di distanza dalla legge Sherman e più di trent'anni dopo la stipulazione dei trattati comunitari, quando ormai il nostro paese era rimasto il solo in ambito OCSE, assieme con la Turchia (!), ad essere sprovvisto di una disciplina antimonopolistica, la legge n. 287 del 1990.

Non è compito mio esporre le linee di questa legge o dare una valutazione. Ma credo di poter dire che pochi dubitano che essa, ad onta degli inevitabili difetti e delle imperfezioni di questo o quell'aspetto particolare, debba essere salutata come un fatto positivo.

Tuttavia, devo confessare che a me sembra il punto non sia questo.

Se si guardano le cose da un punto di vista più generale, la nuova legge può apparire anche come un corpo estraneo, immesso in un ambiente politico-giuridico-economico nel quale la cultura della concorrenza sembra ancora un oggetto alieno (per riprendere le parole, e il delizioso, ma desolato, *understatement* del presidente dell'autorità nella sua ultima relazione annuale, ben si può dire che "ha tardato e tarda a radicarsi da noi la fiducia nei benefici originati dall'estensione dei meccanismi concorrenziali").

Il nostro ipotetico osservatore marziano forse stenterebbe pertanto a capire perché lo Stato da un lato si sia munito degli strumenti giuridici per indurre le imprese a non colludere per limitare la concorrenza e, dall'altro lato, mantenga in piedi una fitta rete di norme e di istituzioni giuridico-economiche chiaramente ispirate ad una ideologia astralmente lontana da quella del libero mercato.

Ciò appare assai singolare anche quando lo si contempi con gli occhi delle teorie economiche revisioniste d'oltre oceano.

Nel paese medesimo che fu la culla del diritto *anti-trust*, si è venuto affermando negli ultimi tempi, lo ho già accennato, un forte movimento di pensiero orientato criticamente nei confronti delle discipline della concorrenza (e non è senza interesse notare che ci siamo finalmente decisi a seguire l'esempio statunitense proprio quando colà si manifestavano con vigore segni di ripensamento).

Dicono dunque i revisionisti (semplifico e banalizzo al massimo; si tratta del resto di cose largamente note anche da noi) che la legislazione anti-monopolistica sarebbe inutile, se non addirittura dannosa. Se intese e concentrazioni sono socialmente utili (economie di scala, maggiori investimenti nella ricerca ecc.), non v'è ragione di combatterle. Se invece esse sono solo uno strumento per generare sovraprofiti, il mercato ne fa giustizia da sé. I sovraprofiti attirano infatti immediatamente altri imprenditori, ripristinando ben presto una situazione concorrenziale.

Non ho la competenza necessaria per giudicare queste tesi, anche se non posso nascondere che esse hanno per le mie papille un sapore un po' troppo panglossiano (mi seduce l'argomento di un arguto studioso statunitense, secondo il quale lo schema logico della tesi sostenuta dalla scuola di Chicago assomiglia a quello sotteso al ragionamento di chi argomentasse l'inutilità della repressione dell'omicidio sulla base della constatazione che tanto tutti gli essere umani sono mortali).

Mi preme piuttosto porre in luce una premessa del teorema.

La premessa è che l'universo di cui si parla sia anch'esso... panglossiano. In altre parole, il teorema presuppone un mercato concorrenziale assolutamente aperto, e in particolare privo di barriere di entrata e di uscita (e così, per esempio, dove sussista illimitata disponibilità di capitali per intraprendere iniziative che si profilino come lucrose).

Dunque: se il mercato è aperto, non ci sarebbe neppure bisogno di leggi antimonopolistiche, atteso che i monopoli in mercato aperto stentano a formarsi o, se si formano, hanno vita precaria e breve. Se per contro il mercato è chiuso, corporativo, irto di barriere di entrata e di uscita, fitto di istituzioni e di pratiche idonee a falsare la concorrenza, allora una disciplina antimonopolistica rischia di apparire assurda e contraddittoria. Essa infatti si risolverebbe nell'incitazione da parte dello Stato alle imprese a perseguire obiettivi che lo Stato stesso mostra di tenere in non cale e di disattendere in mille altre maniere.

Come concludere allora? dobbiamo considerare la legge 287 solo un bel monumento eretto all'ipocrisia?

Io non sono così pessimista. Dopo tutto, come diceva il signore di La Rochefoucauld, l'ipocrisia è un omaggio che il vizio presta alla virtù. E l'omaggio alla virtù è sempre meglio che niente. È, o può essere, voglio dire, il principio del ravvedimento. Ravvedimento di cui, almeno a parole, ci sono oggi in giro molti segni e che, del resto, la nostra adesione all'unione nata a Maastricht rende ormai giuridicamente necessitato.

Molto dipenderà dall'autorità e dal prestigio, anche morali, che l'organo garante della concorrenza saprà conquistarsi, dell'uso che farà dei poteri (che mi sembrano fondamentali), attribuitigli dall'art. 21 l. n. 287/1990, di segnalare al parlamento ed al governo i fenomeni distorsivi del corretto funzionamento del mercato ed i relativi rimedi, dall'ascolto che tali segnalazioni riceveranno. E molto dipenderà anche dal superamento di un'altra ipocrisia: quella in forza della quale siamo sempre in prima linea nell'europeismo delle chiacchiere e sempre in coda in quello dei fatti.

A noi non resta che salutare con plauso i segni incoraggianti che provengono dai primi anni di attività della autorità e far fervidi voti perché essa, e le istanze che è chiamata ad esprimere, acquistino sempre maggior peso nel quadro delle nostre istituzioni.

IGNAZIO MUSU

**IL VALORE DELLA CONCORRENZA
NELLA TEORIA ECONOMICA, OGGI**

SOMMARIO: 1. Il nuovo interesse della teoria economica per il tema della concorrenza – 2. La visione della concorrenza nei classici – 3. La concorrenza nella teoria neoclassica dell'equilibrio economico generale – 4. La reazione all'analisi neoclassica e i nuovi sviluppi teorici – 5. Concorrenza, contendibilità del mercato, asimmetrie informative – 6. Costi di transazione impresa e concorrenza – 7. Concorrenza e innovazione – 8. Tutela della concorrenza: leggi, istituzioni, politiche.

Riassunto

Questo lavoro presenta una riconsiderazione critica del modo in cui la concorrenza è stata considerata nell'evoluzione della teoria economica, concentrandosi specificamente sugli sviluppi più recenti. Si sostiene che il concetto statico di concorrenza che è prevalso nella economia industriale tradizionale trova il suo fondamento nel concetto di concorrenza perfetta così come è presentato nel modello di equilibrio economico generale walrasiano. Questo modello è troppo limitativo e manca dell'operazionalità necessaria per affrontare la complessità del processo concorrenziale nella vita economica reale. È anche distorsivo come punto di riferimento per una efficace legislazione e politica antitrust. Si richiede invece una integrazione di nuove idee teoriche quali l'approccio alla concorrenza come processo sviluppato da Hayek e dalla Scuola di Chicago, l'approccio istituzionale basato sui costi di transazione e l'approccio della teoria dell'organizzazione industriale basato sui giochi dinamici in condizioni di asimmetria informativa. L'idea che va recuperata è quella di concorrenza come libera entrata; questa idea dovrebbe anche guidare le leggi e le politiche antitrust. Queste leggi dovrebbero enunciare in modo chiaro principi generali e l'organizzazione delle istituzioni antitrust dovrebbe lasciare a queste grande indipendenza e autonomia dato che ogni problema che riguarda la concorrenza va esaminato nella sua specificità; resta aperto il problema fondamentale di come garantire una valutazione competente e indipendente dei ricorsi contro le decisioni dell'antitrust.

Abstract

The paper presents a reappraisal of the way in which competition has been considered in the evolution of the economic theory, with specific focus on the more recent developments. It is argued that the static concept of competition which prevailed in traditional industrial economics lies its foundations in the concept of perfect competition as presented within the walrasian general equilibrium framework. This framework is too limited and lacks the operability required to understand the complexity of the competition process in real economic life; it is also misleading as a reference to build an effective antitrust law and policy. What is required is the integration of new theoretical ideas such as the process approach along chicanos and hayekians lines, the institutional approach based on transaction costs and the new industrial organisation approach using dynamic games to analyse asymmetric information situations. The idea that must be recovered is that of competition as free entry, and this should be the fundamental idea to guide antitrust laws and policies; recent research in industrial organisation shows that each problem where competition issues are involved must be analyzed in its specificity. This requires antitrust laws with clear general principles announced and an organization of the antitrust institution leaving them large autonomy; at the same time very important is the problem of a competent and truly independent system to value claims against antitrust decisions.

1. Il nuovo interesse della teoria economica per il tema della concorrenza

La posizione della teoria economica su temi quali il significato di concorrenza, la valutazione della corrispondenza delle situazioni di mercato ad un concetto di concorrenza considerato ottimale o perlomeno accettabile dal punto di vista sociale, il quadro normativo e le politiche per garantire la concorrenza, ha avuto nel tempo modificazioni significative determinate dalla necessità di rispondere ai mutamenti della realtà economica e tecnologica specialmente a livello internazionale e ai cambiamenti nel modo di considerare i rapporti tra mercato e intervento pubblico.

Si è passati dalla visione generale della concorrenza come processo tipica dell'economia classica, alla visione statica più limitata e precisa dell'economia neoclassica nella quale, tra le varie forme possibili di organizzazione del mercato, la concorrenza perfetta costituisce il meccanismo ottimale per una allocazione efficiente delle risorse, alla più complessa visione moderna, caratterizzata da un lato dalla teoria dell'organizzazione industriale e dall'altro dal filone istituzionalista della scuola di Chicago, nella quale giocano un ruolo determinante l'interazione strategica in un contesto dinamico e l'informazione imperfetta.

A questo mutamento di accento e di ottica della teoria ha corrisposto anche un diverso modo di vedere la legislazione e le politiche per la concorrenza. Le norme e le politiche antitrust hanno visto una prima stagione che si può far arrivare fino alla metà degli anni settanta, fondata essenzialmente sul riferimento teorico all'analisi neoclassica e quindi su una visione statica del problema della concorrenza e del mercato, e una seconda stagione che si sta sviluppando tuttora, fondata sull'interazione strategica e su un concetto dinamico di efficienza.

La fase attuale della riflessione teorica degli economisti sui temi della concorrenza e del mercato è caratterizzata da una esigenza, non sentita con altrettanta forza nei periodi passati, di confrontarsi con il problema delle norme, e delle istituzioni e delle politiche deputate ad attuarle.

Sono gli stessi economisti oggi a ritenere necessario un maggior legame interdisciplinare con i giuristi nella convinzione che uno sforzo di ricerca comune potrà evitare i molti errori e le molte omissioni che in questo campo sono stati fatti in passato. Se i giuristi non hanno forse accordato la dovuta attenzione all'analisi del diritto della concorrenza, si deve anche riconoscere che gli economisti hanno non poca responsabilità di fronte alle carenze, alle incertezze e ai cambi di direzione che si sono verificati nella legislazione e nelle politiche antitrust dei vari paesi.

Nelle riflessioni che seguono cercherò di dare conto delle modificazioni intervenute nel modo con cui la teoria economica si è posta nei confronti della concorrenza, soffermandomi in particolare sugli sviluppi più recenti e cercando di mostrare come questi portino ad una visione più articolata e complessa del problema del valore della concorrenza rispetto a quanto emerge dall'analisi classica e soprattutto da quella neoclassica.

Cercherò di far questo mettendo in evidenza le implicazioni in termini di legislazione e di politica per la concorrenza. Queste implicazioni comportano che le leggi siano concepite sulla base di un criterio generale di valutazione sociale della concorrenza e in modo da mettere le autorità antitrust nelle condizioni di agire con indipendenza, flessibilità e trasparenza; queste istituzioni poi devono dedicare grande attenzione alle situazioni specifiche, data la complessità e i molteplici aspetti che caratterizzano normalmente i problemi in discussione.

2. La visione della concorrenza nei classici

Il valore della concorrenza fu elemento portante dell'economia classica. La visione della concorrenza della scuola classica è una visione ottimistica senza condizioni: secondo il principio smithiano della "mano invisibile", il libero svolgersi della gara concorrenziale è in grado di conseguire risultati benefici per tutta la società e perciò la concorrenza svolge un indiscutibile ruolo di utilità sociale.

L'ottimismo di Smith e dei classici sulle virtù della concorrenza è una diretta derivazione dell'idea portante della filosofia di Hume, secondo cui gli individui apprendono spontaneamente sia ad intraprendere comportamenti in armonia con esigenze di ordine della società civile, sia ad elaborare convenzioni e norme a cui aderire nell'attuare quei comportamenti. Nel mercato concorrenziale, la libera interazione tra individui produce quindi risultati socialmente desiderabili senza bisogno di un intervento politico normativo artificialmente imposto dall'esterno, da un "principe hobbesiano" conoscitore dei veri interessi del bene comune.

I risultati socialmente desiderabili della concorrenza per i classici sono di due tipi. Da un lato il processo di scambio favorisce la divisione del lavoro e contribuisce a orientare tale specializzazione crescente a vantaggio dei bisogni dei singoli.

Dall'altro lato, il meccanismo attraverso il quale si attua il processo concorrenziale, ossia il trasferimento delle risorse produttive tra i diversi settori dell'attività economica a seconda dei rendimenti espressi dai prezzi di mercato, ha come conseguenza di fare continuamente tendere i prezzi di mercato verso i loro valori "naturali" determinati dai costi minimi di produzione, comprensivi di un tasso uniforme di profitto sul capitale: i compratori finiscono quindi per pagare prezzi uguali ai costi minimi di produzione.

Nell'analisi degli economisti classici non sono certo assenti gli ostacoli all'operare della concorrenza, ma tali ostacoli non sono mai considerati veramente importanti. I classici ritenevano che situazioni monopolistiche potessero sorgere soprattutto per motivi di natura istituzionale, cioè legati ai vincoli politici ed amministrativi al libero trasferimento delle risorse, quali ad esempio regolamenti corporativi e privilegi concessi dal sovrano allo svolgimento di certe attività economiche. Della rimozione di questi ostacoli si sarebbe tuttavia incaricato lo sviluppo ineluttabile delle forze di mercato.

3. La concorrenza nella teoria neoclassica dell'equilibrio economico generale

La visione classica della concorrenza è stata giustamente definita una visione di tipo dinamico; la concorrenza è in particolare un processo che si attua mediante la libera entrata ed uscita delle imprese. Il numero delle imprese presenti in certo settore o mercato non è un dato dell'analisi, ma è destinato a modificarsi proprio per l'operare della concorrenza.

Con la teoria neoclassica si fa strada invece una visione della concorrenza che dal punto di vista dell'analisi è essenzialmente statica, perché considera il numero delle imprese in un mercato come un dato iniziale del problema che non viene modificato dalle condizioni di equilibrio generale.

Già a partire da Cournot, la concorrenza viene definita come una situazione in cui il numero delle imprese esistenti sul mercato è dato e molto grande; è con Cournot che viene introdotta la famosa definizione di concorrenza perfetta: la concorrenza è "perfetta" quando il numero delle imprese che operano nel mercato è così elevato che nessuna di esse è in grado di modificare il prezzo.

Marshall tenta di integrare l'emergente visione neoclassica con quella classica della concorrenza ricorrendo alla distinzione tra breve e lungo periodo, ed ammettendo che nel lungo periodo vi sia libera entrata delle imprese. Ma com'è noto il paradigma dominante della teoria neoclassica non divenne quello marshalliano; dominante diventò ben presto il paradigma walrasiano dell'equilibrio economico generale in cui la dinamica relativa all'entrata e all'uscita delle imprese scompare completamente dalla scena.

La preoccupazione della teoria economica diventa quella di costruire dei teoremi che mostrino la superiorità del modello istituzionale della concorrenza perfetta sotto il profilo di un preciso, benché limitato, criterio di efficienza allocativa statica tra un grande e dato numero di agenti.

Nella teoria neoclassica emerge il problema del rapporto tra struttura di mercato e concorrenza: non vi è più, come nell'analisi classica, l'identificazione tra concorrenza, mercato e utilità sociale. Il mercato si definisce come il luogo astratto dove si scambiano diritti di proprietà, ma il mercato può essere più o meno concorrenziale. Nella teoria neoclassica abbiamo una classificazione delle forme di mercato: la concorrenza perfetta, la concorrenza imperfetta o monopolistica, l'oligopolio, il monopolio.

Potremmo dire che ciascuna di queste forme statiche di mercato si qualifica per un diverso grado di asimmetria e limitazione della volontarietà degli scambi. La concorrenza perfetta è l'idealizzazione delle condizioni di scambio volontario in assenza di interazione strategica, di incertezza e di incompletezza informativa.

Alla fine degli anni cinquanta, la teoria economica riesce a formulare un insieme minimo di condizioni sufficienti perché un equilibrio generale di concorrenza

perfetta rispetti il requisito dell'efficienza paretiana, che rappresenta un criterio minimale di ottimalità sociale: il numero di agenti economici è dato e non è possibile migliorare la situazione di qualcuno di essi senza dover peggiorare quella di almeno un altro.

Nella teoria dell'equilibrio economico generale la concorrenza perfetta è una caratteristica del sistema di informazioni che permette agli agenti economici di conseguire uno stato allocativo efficiente delle risorse comportandosi ciascuno in modo completamente separato dagli altri; la concorrenza ha così perso il carattere di processo di interazione tra agenti che la caratterizzava nella teoria classica.

Le condizioni minime per l'efficienza dell'equilibrio generale competitivo si rivelano tuttavia molto restrittive; esse escludono infatti ogni forma di rendimenti crescenti nella scala della produzione, ogni attenzione all'incertezza (a meno di non catturarla in un insieme ben definito di stati di natura a ciascuno dei quali può essere associata una probabilità di verificarsi), ogni interesse per le asimmetrie e le incompletezze dell'informazione e per i costi per la realizzazione delle transazioni.

Ma sono queste restrizioni che permettono una visione atomistica degli agenti economici, sempre perfettamente informati, posti da soli di fronte al mercato e privi di ogni interazione strategica con gli altri agenti.

Nel modello di equilibrio generale competitivo imprese e famiglie sono pure macchine calcolatrici il cui operare interno è di scarso interesse per l'analisi; i mercati diventano concettualizzazioni astratte di siti in cui lo scambio avviene senza costo.

Nel modello walrasiano non c'è nessuna idea dell'impresa come una entità che lotta per conquistarsi una fetta di mercato: l'impresa è un "price-taker" che acquista fattori ed offre beni ed aspetta passivamente che il mercato (personificato nella mitica figura di un banditore) le mandi un segnale diverso in termini di prezzi se le sue domande di fattori e le sue offerte di prodotti non sono compatibili con l'equilibrio, per adattarsi a questo nuovo segnale.

Molti studiosi del pensiero economico si sono interrogati sulle ragioni del passaggio dalla visione classica alla visione neoclassica della concorrenza; parecchi hanno sostenuto una contrapposizione frontale tra i due paradigmi.

Personalmente mi trovo d'accordo con l'analisi di Demsetz (1982) il quale ritiene che il modello neoclassico di concorrenza perfetta dell'equilibrio economico generale rappresenti il risultato dell'essersi concentrati su un aspetto particolare dell'operare di una economia decentralizzata, il sistema dei prezzi.

Si tratta di un modello che ha avuto un ruolo fondamentale nel determinare una esatta comprensione della funzione allocativa del sistema dei prezzi, ma al costo di collocare in una posizione passiva e di secondo piano il ruolo delle organizzazioni e dei sistemi giuridico e politico nel determinare il processo competitivo decentralizzato dell'economia, nonché di ignorare l'importanza del tempo, dell'incertezza e dei costi di transazione in tale processo.

4. La reazione all'analisi neoclassica e i nuovi sviluppi teorici

Mentre gli economisti classici ritenevano che il processo concorrenziale da essi descritto fosse una buona rappresentazione della realtà sia pure con le necessarie astrazioni proprie di ogni modello scientifico, gli economisti neoclassici nel descrivere il modello di equilibrio generale con concorrenza perfetta erano invece consapevoli di trattare un modello ideale, in quanto le condizioni necessarie al suo realizzarsi erano praticamente inesistenti.

I casi di “fallimento del mercato” nella forma di imperfezioni nella concorrenza erano normali in questo contesto teorico e quindi normale diventa il ricorso al regolatore pubblico. Ma si possono concepire due forme di regolamentazione, la prima direttamente ispirata al criterio di correggere il risultato dell'imperfezione concorrenziale, la seconda orientata invece a determinare le condizioni per il massimo avvicinamento possibile alla concorrenza perfetta.

La prima forma di regolamentazione è di tipo interventista: di fronte al fatto che l'imperfezione del mercato non riesce a realizzare l'allocazione ottima delle risorse, questa viene assunta a carico dell'intervento pubblico. Questa è un po' l'impostazione della economia del benessere (che costituisce il corpo normativo derivato dalla teoria dell'equilibrio economico generale) che ha una forte caratterizzazione costruttivista (Grillo, 1987).

L'azione della regolamentazione economica è sempre automaticamente in grado di indurre il passaggio da una allocazione non efficiente ad una allocazione efficiente con un ampliamento dei vantaggi globali disponibili per tutti gli agenti, siano essi consumatori o produttori.

La seconda forma di regolamentazione è invece alla base della prima stagione dell'antitrust e il suo scopo è di far avvicinare il più possibile la forma di mercato all'ideale della concorrenza perfetta.

L'impostazione che ha caratterizzato le politiche antitrust tradizionali, è stata quella di valutare la concorrenza esistente su un mercato sulla base del numero di produttori presenti sul mercato stesso. Aumentare la concorrenza voleva semplicemente dire aumentare il numero di imprese presenti in un mercato.

Anche se nella pratica il riferimento che le analisi empiriche e le politiche hanno assunto non è stato immediatamente e schematicamente il modello della concorrenza perfetta, ma concetti meno rigorosi e più trattabili del tipo di quello di “workable competition” elaborato fin dal 1940 da J. M. Clark (Clark, 1940), l'idea di fondo che ha ispirato la valutazione delle deviazioni da condizioni accettabili di concorrenza, e quindi le leggi e le politiche per la concorrenza, è stata quella di considerare la struttura del mercato come il dato di partenza che determina la condotta delle imprese e anche il loro risultato economico.

Questo modello “struttura-condotta-risultato” è diventato il modello caratteristico utilizzato dall'economia industriale tradizionale. Williamson (1987) ha nota-

to come in questa visione tradizionale che ha dominato ad esempio negli Stati Uniti per tutti gli anni sessanta, l'efficienza produttiva e soprattutto le prospettive di un suo ampliamento venivano considerate in modo non favorevole dalle autorità anti-trust di fronte ad esempio al problema della fusione tra imprese. Egli richiama una argomentazione usata dal Dipartimento della Giustizia del 1978 per contrastare la fusione della Mead Corporation e della Occidental Petroleum, secondo la quale la fusione doveva essere vietata proprio perché essa avrebbe dato luogo ad investimenti di grande efficienza e con forti riduzioni dei costi che avrebbero svantaggiato i rivali della Mead.

L'insoddisfazione per questa visione restrittiva della concorrenza non ha tardato a farsi sentire tra gli studiosi di economia industriale, provocando una reazione che ha determinato una separazione tra la teoria dell'equilibrio economico generale di concorrenza perfetta e la elaborazione teorica sull'organizzazione dei mercati. Questa reazione si è sviluppata lungo diverse direzioni di ricerca che sono però accomunate da una forte caratterizzazione dinamica dell'analisi, da una esplicita considerazione dell'incertezza e dell'incompletezza informativa e dalla non accettazione dell'idea che la struttura del mercato sia un dato esogeno che spiega il comportamento dell'impresa e il suo risultato nel mercato, ma piuttosto dalla convinzione che la struttura del mercato debba essere essa stessa endogenamente spiegata, sulla base delle caratteristiche dell'interazione strategica tra le imprese. Le conseguenze di tale cambiamento di impostazione teorica hanno coinvolto anche la politica della concorrenza e la teoria della regolamentazione.

È soprattutto la recente teoria dell'organizzazione industriale a trattare in modo sistematico il problema della endogeneità della struttura di mercato, analizzando l'interazione strategica come processo dinamico di decisioni sequenziali. Questo comporta una estensione del significato assunto dal concetto di equilibrio che si riferisce alla compatibilità intertemporale di tali decisioni, tenendo cioè esplicitamente conto della loro natura sequenziale.

È specificamente questa modificazione della concezione di equilibrio nell'interazione strategica che influenza le conclusioni dell'analisi economica riguardo alle caratteristiche e all'evoluzione della struttura del mercato. Le forme di mercato si evolvono nel tempo come conseguenza dell'interazione strategica e questo ha a sua volta una immediata conseguenza sulla stessa definizione e valutazione del grado di equilibrio e di concorrenza che caratterizzano una determinata situazione considerata in un certo momento di questo processo di evoluzione temporale.

5. Concorrenza, contendibilità del mercato, asimmetrie informative

In questo quadro metodologico non si ottiene un risultato univoco sulla evoluzione delle forme di mercato; in altri termini non si può dire se le forme di mercato si evolvono o meno verso una situazione di maggiore concorrenza.

È importante però sottolineare che, in un contesto di interazione strategica dinamica, il problema cruciale al fine della evoluzione della struttura del mercato è costituito dalle barriere all'entrata.

La teoria del prezzo limite di Bain, Modigliani e Sylos-Labini (Bain, 1956; Modigliani, 1958 ; Sylos-Labini, 1957) aveva sostenuto che una impresa, o un gruppo di imprese già presenti sul mercato, possono impedire l'entrata costringendo il potenziale entrante a far scendere il prezzo al di sotto del suo costo medio. Il concetto di equilibrio "perfetto" in un gioco dinamico tra impresa esistente e potenziale entrante ha tuttavia messo in evidenza la non credibilità della minaccia implicita nella strategia del prezzo limite, basata sul messaggio che l'impresa esistente non avrebbe toccato la propria produzione in seguito all'entrata.

Negli sviluppi recenti dell'economia industriale ha così ripreso vigore il ruolo della libertà di entrata in un mercato come fattore caratteristico del processo concorrenziale.

Il più importante sviluppo teorico che punta sull'idea di libertà di entrata è costituito dalla teoria dei mercati contendibili (Baumol, Panzar e Willig, 1982). Questo contributo teorico nasce come atteggiamento critico verso la eccessiva preoccupazione regolatrice manifestata nella esperienza delle autorità antitrust, anche se questo non è mai stato riconosciuto esplicitamente dai fondatori della teoria.

I mercati sono contendibili, indipendentemente dal numero delle imprese che vi operano effettivamente, quando in essi si possa liberamente entrare ed uscire: ad esempio quando non vi siano ragioni per assumere un attaccamento dei clienti alle imprese esistenti e quando i costi fissi necessari per l'entrata siano pienamente recuperabili qualora si decida di uscire, o attraverso un investimento alternativo o attraverso un pieno realizzo sul mercato dei beni capitali per costruire i quali quei costi sono stati sostenuti.

In un mercato contendibile le imprese esistenti devono produrre al costo medio minimo secondo il modello concorrenziale, altrimenti attirano l'entrata. Anche una sola impresa dovrebbe comportarsi in questo modo; e questa in particolare è la ragione per cui la teoria dei mercati contendibili è stata invocata per sostenere l'inutilità della regolazione di un monopolio.

È vero che in questo caso si finisce lungo la curva decrescente dei costi medi e quindi in una situazione di "second best", ma questo non è necessariamente subottimale se prevale un situazione di rendimenti di scala crescenti che è chiaramente incompatibile con il concetto di concorrenza perfetta..

La teoria dei mercati contendibili si muove nell'ottica della endogeneizzazione della struttura del mercato, affermando che non sono tanto la dimensione e il numero delle imprese esistenti in un mercato a determinare le condizioni di concorrenza e quindi a motivare un intervento della politica per la tutela della concorrenza stessa, quanto piuttosto le condizioni di "contendibilità" ossia di libero ingresso e uscita dal mercato.

L'intervento di tutela della concorrenza dovrebbe pertanto considerare in modo particolare non tanto (o almeno non solo) il numero delle imprese esistenti e il grado di concentrazione di un certo mercato, ma il grado di contendibilità del mercato stesso.

Un esempio delle conseguenze dell'idea di contendibilità si trova in uno dei modi in cui è stato di recente affrontato il discusso problema dei prezzi predatori. Per prezzo predatorio si intende un prezzo sufficientemente basso applicato da una impresa esistente con lo scopo deliberato di indurre l'uscita di un'altra o di altre imprese dal mercato nella convinzione di poter poi recuperare le perdite iniziali mediante i maggiori profitti di monopolio futuri. Si tratta chiaramente di una pratica anticompetitiva.

Nell'ottica dei mercati contendibili si può sostenere come sia poco probabile che una impresa con aspettative razionali pratici prezzi predatori (Mc Gee, 1980); infatti l'impresa che applica una politica di prezzo predatorio dovrebbe considerare anche le possibili perdite future derivanti dalla probabile entrata di nuove imprese attratte dai suoi extraprofiti. Questa conclusione fu usata per sostenere l'inopportunità che le autorità antitrust si impegnassero contro i prezzi predatori.

Tuttavia a bilanciare almeno parzialmente questa visione ottimistica sull'evoluzione spontanea delle forme di mercato verso la concorrenza, la recente riflessione teorica ha messo in campo il fenomeno dell'asimmetria informativa che caratterizza l'interazione strategica tra imprese.

L'asimmetria informativa crea oggettivamente situazioni che ostacolano il raggiungimento dei risultati socialmente utili del processo di interazione strategica che caratterizza la concorrenza dinamica. Esempi tipici sono gli svantaggi per i consumatori della minore informazione sulle caratteristiche dei prodotti, oppure la spinte che le imprese ricevono verso investimenti eccessivamente rischiosi dalla consapevolezza della minore informazione dei loro finanziatori.

L'asimmetria informativa a favore delle imprese esistenti può indurle ad usare il prezzo come segnale per costruire credibili barriere all'entrata (Milgrom e Roberts, 1990). In particolare l'impresa esistente può usare la propria maggiore informazione per indurre mediante il segnale di un prezzo sufficientemente basso convinzioni che inducano le altre imprese ad uscire dal mercato. Si può dunque formare un equilibrio con convinzioni compatibili e razionali tra "predatore" e "prede" che prevede l'uscita di quest'ultima dal mercato.

Questa conclusione ripropone in forma diversa una teoria del prezzo predatorio, ma comporta anche implicazioni in termini di politica della concorrenza alquanto diverse da quelle tradizionali. Per l'autorità antitrust il problema non può infatti essere risolto facendo ricorso a criteri generali, ad esempio individuando prezzi "corretti" rispetto ai quali calcolare le deviazioni predatorie, perché nel far questo l'autorità regolatrice si viene a trovare nelle stesse condizioni di inferiorità informativa delle "prede". Diventa piuttosto di particolare importanza una politica che faccia leva soprattutto su interventi che favoriscano la diffusione e la trasparenza dell'informazione nel mercato.

6. Costi di transazione, impresa e concorrenza

Anche gli sviluppi recenti sulla teoria dell'impresa hanno prodotto un effetto rilevante sulla visione del processo concorrenziale. L'esigenza di legare struttura

del mercato, teoria del prezzo e teoria dell'impresa in un approccio dinamico e fortemente impregnato di elementi istituzionali costituisce la caratteristica della Scuola di Chicago (Stigler, 1968).

La concorrenza è prima di tutto concorrenza tra imprese. Ma le imprese sono realtà che si sviluppano in una realtà nella quale lo scambio comporta dei costi, che sono appunto costi di transazione. Le imprese sono organizzazioni che si affermano in quanto la loro realizzazione produce vantaggi superiori a tali costi.

L'esistenza di costi di transazione come fondamento della teoria dell'impresa (Williamson, 1985 ; Coase, 1988) costringe ad modificare sia la visione del processo concorrenziale sia il modo di valutarlo rispetto al modello della concorrenza perfetta.

Gli stessi costi di transazione nascono come conseguenza della imperfezione informativa. Se tali imperfezioni informative non fossero presenti, lo scambio potrebbe avvenire tra singoli individui e non vi sarebbe alcun bisogno di una organizzazione per coordinarne alcuni nel processo produttivo all'interno di una impresa.

È stato proprio Ronald Coase a notare come l'informazione imperfetta porta a delle rendite informative dei singoli, ad esempio sulle loro effettive capacità nel processo produttivo, che li induce a dei comportamenti irresponsabili (moral hazard) e sostanzialmente non collaborativi i quali si riflettono in una minore efficienza degli scambi di mercato : di qui la necessità di una forma organizzativa, l'impresa appunto, che svolga un ruolo di coordinamento e di monitoraggio delle azioni dei singoli in un "team" cooperativo efficiente.

Tuttavia questa argomentazione a favore del sorgere delle imprese diventa anche una argomentazione a favore dell'ampliarsi della loro dimensione e del sorgere di accordi tra imprese che possono essere necessari proprio per mantenere la reciproca fedeltà contrattuale.

L'esistenza di costi di transazione comporta dunque un atteggiamento non pregiudizialmente negativo di fronte ad accordi e legami contrattuali di lungo periodo tra imprese che hanno il fine di ridurre costi di transazione che si presentano nella forma di comportamenti elusivi ed irresponsabili.

La conseguenza di questa impostazione è che ad un mercato nel quale siano presenti imprese anche di dimensione elevata o imprese integrate verticalmente non può aprioristicamente essere negata la caratteristica di mercato concorrenziale.

Se è vero che le imprese possono essere spinte all'integrazione verticale per aumentare i profitti di monopolio, esse possono anche avere ragioni di efficienza, come la riduzione dei costi di transazione, la possibilità di assicurarsi l'offerta stabile di un fattore chiave, la possibilità di ridurre esternalità negative sul consumo, ad esempio aumentando la propria reputazione mediante una qualità uniforme su mercati molto ampi.

Così le restrizioni verticali tra produttori e distributori possono certo essere motivate dall'aumento di potere di mercato dei produttori, ma possono anche an-

dare a beneficio dei consumatori migliorando sia la qualità sia il prezzo dei prodotti.

Come ha messo in luce Hayek, l'ampliamento delle dimensioni e la concentrazione devono essere ritenute addirittura auspicabili quando rendono possibili risultati positivi in termini di prodotti e servizi di migliore qualità e più economici, perché in questo caso l'aumento del potere sulle risorse materiali non comporta un aumento di potere sulle persone dei consumatori, ma anzi un aumento delle possibilità di scelta e di benessere di questi ultimi (Hayek, 1982).

Caratteristica della Scuola di Chicago è stata l'accentuazione dell'efficienza differenziale tra imprese, sotto il profilo dei costi di produzione, della qualità dei prodotti, del management e delle reti di pubblicità e di distribuzione, come fattore di rendite di mercato differenziali, ma temporanee: in questo la Scuola di Chicago si ricollega direttamente con l'impostazione classica.

La presenza di extra-profitti non è dunque necessariamente indice di una inefficienza in quanto essi svolgono un ruolo propulsivo benefico per l'economia nel suo complesso, e in un vero processo concorrenziale non possono che essere temporanei.

È evidente come questo mutamento di impostazione sul rapporto tra efficienza e struttura del mercato non poteva rimanere senza effetto sul modo di concepire legislazione e ruolo delle istituzioni per la tutela della concorrenza. Il potere statico di mercato diventava in quest'ottica un elemento stesso del processo concorrenziale in nome dell'efficienza dinamica; perciò mentre in una visione esogena e statica della struttura di mercato veniva ostacolato, in questa visione dinamica viene tollerato se non addirittura promosso.

La teoria della contendibilità e le idee della Scuola di Chicago sono infatti alla base della seconda stagione, più tollerante, dell'antitrust americano, in un contesto molto più ottimistico tra libertà delle imprese e ruolo sociale della concorrenza che trova peraltro un elemento di cautela nelle analisi critiche dei modelli di interazione strategica con informazione asimmetrica della teoria dell'organizzazione industriale.

7. Concorrenza e innovazione

Un altro campo nel quale in particolare le sfide dell'evoluzione storica della scienza e della tecnologia hanno costretto la teoria economica ad una riconsiderazione critica del ruolo della concorrenza è quello del rapporto tra questa e il processo di introduzione dell'innovazione tecnologica.

Schumpeter (1934, 1942) è stato notoriamente critico del concetto neoclassico della concorrenza perfetta proprio in nome della incapacità di questo concetto di misurarsi con la problematica dell'innovazione. Egli ha sottolineato infatti da un lato il ruolo positivo di posizioni monopolistiche temporanee come incentivo

all'innovazione, e dall'altro lato il ruolo della concorrenza nella forma della libera entrata per garantire la diffusione dell'innovazione e la progressiva erosione dei profitti da innovazione, creando così le condizioni per la ricerca di nuove occasioni in questa direzione.

La teoria schumpeteriana dell'innovazione ammette dunque almeno una situazione nella quale godere di rendite da una posizione di monopolio è efficiente, il caso dell'imprenditore che acquisisce tale posizione a seguito dell'innovazione. La rendita monopolistica dell'innovatore è tuttavia una rendita di natura temporanea.

Un problema che la visione schumpeteriana ha aperto è se la forma di mercato concorrenziale garantisca meglio di quella monopolistica lo stimolo all'innovazione: il fatto che a seguito dell'innovazione si acquisisca una posizione di monopolio temporaneo non comporta infatti necessariamente che un'impresa monopolistica sia più incentivata all'innovazione di un'impresa concorrenziale. La teoria si è divisa a lungo su questo problema e non ha trovato conforto nell'esperienza empirica. Oggi la teoria sembra inclinare a favore della tesi che vede nella concorrenza una forma di mercato più adatta a stimolare l'innovazione.

Jean Tirole (1988) ha sintetizzato queste motivazioni con quello che ha chiamato "effetto di rimpiazzo": a seguito dell'innovazione l'impresa competitiva diventa monopolista ex novo, mentre il monopolista rimane tale; perciò l'incremento di profitto che egli riceve dall'innovazione e che misura il suo incentivo ad innovare è più basso che per l'impresa competitiva.

Il monopolista potrebbe avere un maggiore incentivo ad innovare se ha il fondato timore che un potenziale rivale lo preceda nell'introduzione dell'innovazione entrando nel mercato con il costo più basso e stabilendo un equilibrio oligopolistico che determina per l'impresa esistente un profitto più basso (è quello che Tirole chiama l'"effetto di efficienza"); ma, come si vede, questa non è una vera e propria situazione di monopolio, bensì di contendibilità e quindi di concorrenza potenziale.

Riconoscere il ruolo della concorrenza nello stimolare l'attività innovativa non significa peraltro negare l'importanza della cooperazione tra imprese nel processo di ricerca soprattutto in un quadro di globalizzazione dei mercati.

Questo problema è stato recentemente sollevato negli Stati Uniti in cui si è chiesta da alcuni economisti una revisione della normativa antitrust in modo da non impedire l'accordo tra imprese per sviluppare e commercializzare nuove tecnologie (Jorde e Teece, 1990).

Un altro importante problema sollevato dall'approccio schumpeteriano è quello della durata della tutela della posizione di monopolio acquisita attraverso l'innovazione. In quanto tale posizione di monopolio venga tutelata da una norma di legge, il problema è quello della durata ottima del brevetto.

In molti casi il brevetto non è necessario perché è l'asimmetria informativa a favore dell'innovatore che di per sé stessa crea la posizione di rendita monopolistica, che si presenta appunto come una rendita da informazione.

Nel 1962 Kenneth Arrow mostrò la peculiarità del bene prodotto dall'attività di ricerca (Arrow, 1962): la conoscenza è un bene che una volta prodotto può essere consumato da chiunque senza ulteriore costo; esso ha perciò la caratteristica di un bene pubblico con costo marginale zero.

Nessuna impresa tuttavia investirebbe in nuova conoscenza senza una aspettativa di rendimento: attraverso il brevetto viene allora stabilito un diritto di proprietà che consente tale rendimento.

A fronte di tale rendimento troviamo tuttavia il costo sociale derivante dal fatto che fino a che il brevetto dura i consumatori non possono appropriarsi del vantaggio netto sociale dell'innovazione sotto la forma di minori prezzi se l'innovazione è di processo o di migliore qualità se l'innovazione è di prodotto.

Si apre quindi un problema di ottima durata del brevetto. Un brevetto di lunga durata favorisce l'appropriabilità a spese dell'utilizzazione; un brevetto di breve durata favorisce l'utilizzazione a spese della appropriabilità.

Ma il brevetto deve avere una durata limitata e questa dovrebbe essere calcolata in modo tale che l'effetto positivo sull'efficienza connesso all'innovazione non sia superato da quello negativo derivante dalla situazione di monopolio che il brevetto stesso determina (Nordhaus, 1969).

Questi calcoli sono tuttavia molto difficili per non dire impossibili da fare in pratica per cui accade che normalmente venga stabilita una durata con criteri uniformi e assolutamente empirici. Probabilmente una differenziazione e una maggiore attenzione al rapporto benefici-costi del processo innovativo dovrebbero essere prese in considerazione.

Nella visione schumpeteriana l'innovazione non si diffonde se non c'è competizione; ma diffusione dell'innovazione è un aspetto di un fenomeno più ampio di diffusione dell'informazione. Dunque, se situazioni di asimmetria informativa possono ostacolare la concorrenza, è vero anche che la concorrenza può aiutare a superare le asimmetrie informative e a diffondere l'informazione.

È stato soprattutto merito di Friederik von Hayek aver messo in luce questo importante aspetto positivo del processo concorrenziale; la rivelazione dell'informazione. In una famosa conferenza tenuta a Princeton nel 1946 e pubblicata con il titolo "Il significato della concorrenza" Hayek (1946) sosteneva che il problema reale che il processo di concorrenza effettiva contribuisce a risolvere è proprio come si possa conseguire il massimo risultato possibile da una informazione limitata, dispersa e parcellizzata.

Il valore della concorrenza sta primariamente nel fatto che essa aiuta a selezionare tra beni, produttori, condizioni di produzione, gusti eterogenei ossia a scoprire con quali beni e servizi e con quali processi produttivi possano essere soddisfatti nel modo migliore e meno costoso i bisogni individuali (Hayek, 1968, 1982).

Sotto questo profilo Hayek capovolge il rapporto tra concorrenza e razionalità usualmente accettato dalla teoria economica: non è la razionalità economica ad es-

sere necessaria perché si possa avere concorrenza, ma è piuttosto la concorrenza che rende necessario agire razionalmente per poter rimanere sul mercato; mediante la concorrenza alcuni individui (o se vogliamo alcuni imprenditori) relativamente più razionali costringono gli altri ad emularli per poter prevalere.

8. Tutela della concorrenza: leggi, istituzioni, politiche

La Scuola di Chicago e la scuola austriaca si riavvicinano ai classici non soltanto per la sostanziale identificazione della libertà di mercato con l'utilità sociale, ma anche per la posizione di attribuire essenzialmente all'intervento pubblico le responsabilità della creazione di situazioni non concorrenziali.

Hayek ad esempio sostiene che spesso le difficoltà che un sistema concorrenziale affronta per funzionare come processo di scoperta vengono proprio dall'azione pubblica:

“Laddove sembrano esistere delle opportunità inutilizzate, scopriamo di solito che esse restano tali perché il loro sfruttamento è impedito dal potere dell'autorità (come nel caso in cui viene applicato per legge un sistema di licenze), o da qualche uso illegittimo di potere da parte di privati che la legge dovrebbe proibire” (Hayek, 1968).

In quest'ottica si spiega la posizione critica che Hayek come i teorici della Scuola di Chicago assumono nei confronti di un sistema di norme e di una politica preoccupati di garantire le condizioni vicine alla concorrenza perfetta piuttosto che di garantire semplicemente le condizioni per cui il processo di concorrenza si svolge.

La posizione di Hayek è che “ciò che è dannoso non è il monopolio di per se stesso, ma soltanto gli ostacoli alla concorrenza che esso può creare” (Hayek, 1982); il potere di mercato che va condannato è il potere di impedire agli altri di produrre meglio e di servire meglio i consumatori. Questo potere è in effetti spesso associato alle grandi dimensioni, ma non necessariamente e non solo: lo troviamo spesso nelle organizzazioni imprenditoriali, sindacali e di categoria.

Hayek ritiene che la legislazione anti-cartello e anti-trust abbia toccato troppo poco le pratiche restrittive di gruppi organizzati: “ciò che minaccia veramente di distruggere l'ordine di mercato non è l'azione egoistica di imprese individuali, ma quella dei gruppi organizzati” (Hayek, 1982).

Hayek scrive su questi temi pagine di grande attualità. “Le onnipresenti associazioni dei vari settori operano in gran parte mediante la pressione che sono in grado di esercitare sul governo al fine di “regolare” il mercato secondo i loro interessi” (Hayek, 1982); inoltre i gruppi organizzati impediscono l'azione di quei produttori marginali che garantirebbero gli adattamenti necessari al cambiamento, esercitando di fatto un vero e proprio blocco all'entrata.

Hayek ha dato molto peso al ruolo dei gruppi di interesse e delle loro organizzazioni nel frenare una vera politica per la concorrenza. Lungo questa linea, si è

di recente sviluppata una visione fortemente polemica della legislazione e della politica antitrust che si rifà alla scuola della “public choice” (McChesney e Shughart, 1995).

Com'è ben noto il modello della “public choice” sostiene che gli stessi motivi di massimizzazione dell'interesse individuale che animano l'azione umana nei mercati, devono essere applicati anche nel determinare il processo di decisione nel settore pubblico. In particolare i politici e i funzionari delle istituzioni pubbliche non agiscono in nome di un interesse generale, ma tendono a massimizzare il sostegno politico.

La teoria della “public choice” sostiene che, così come esistono mercati per il trasferimento di diritti di proprietà su beni e servizi, esistono anche mercati dove vengono negoziati trasferimenti di ricchezza, di favori e di sostegni; in questi mercati sono protagonisti più o meno espliciti istituzioni e funzionari pubblici. Il problema è di determinare quali interessi particolari riusciranno a volgere a proprio favore tali trasferimenti e quali gruppi invece saranno indotti ad effettuarli.

I gruppi che riescono meglio a catturare l'azione pubblica a proprio favore sono limitati nel numero dei partecipanti, dotati di una forte coesione interna e con interessi finanziari sufficientemente concentrati in modo che ciascun componente sopporti una quota non piccola del costo per trasferire i benefici a proprio favore e sia quindi fortemente interessato all'esito positivo dell'azione di cattura.

Questi gruppi sono più probabili tra i produttori, mentre gli interessi dei consumatori hanno una natura più diffusa, ciascuno sopporta una quota molto piccola del costo del trasferimento dei benefici sui produttori e quindi ha poco incentivo ad impiegare risorse ed energie per evitare tale trasferimento.

Un ruolo importante gioca l'asimmetria informativa; chi è meno informato, ed anche questo è più frequente tra i consumatori, non si rende conto, e al limite accetta, di trasferire ricchezza e benefici ad altri gruppi meglio organizzati ed informati, quali si formano più probabilmente tra imprese e gruppi di produttori.

L'applicazione di questo modello al problema della tutela della concorrenza implica che gruppi di produttori o in generale di agenti economici riescano ad ottenere dalle apposite autorità delle misure che, con il pretesto di favorire la concorrenza in generale o di frenare acquisizioni di potere di mercato, difendano in pratica degli interessi di parte.

In quest'ottica le carenze o addirittura gli errori nel funzionamento delle istituzioni antitrust non sarebbero il frutto di errori o di una inadeguata comprensione del fenomeno concorrenziale, ma sarebbero un risultato sistematico spiegabile semplicemente in termini di motivazione autointeressata dei funzionari pubblici.

Queste letture del “fallimento dell'intervento pubblico” in termini di teoria della cattura soffrono tuttavia di uno schematismo che al minimo si direbbe eccessivo. Poiché non esiste settore dell'azione pubblica che non possa essere letto in termini di teoria della cattura, questa lettura, utilizzata come unica lente di interpre-

tazione dell'intervento pubblico, condurrebbe a rifiutarlo sempre ed in ogni campo, non solo in quello della regolamentazione del mercato.

Posizioni liberistico-anarchiche che arrivano fino a questo punto, esistono in alcuni estremisti della produzione volontaria di ogni bene pubblico, anche il più "puro" come la giustizia e la difesa, ma sono assolutamente minoritarie e francamente non sembrano degne di una particolare attenzione.

Sono invece da considerare con attenzione critica le posizioni che non osteggiano legislazioni e politiche antitrust in assoluto, ma che affermano la necessità di sottoporle sempre a vaglio critico nelle loro specifiche manifestazioni. Ciò perché non si accetta di considerare l'intervento pubblico come automaticamente correttivo delle carenze del mercato; ma si ammette la possibilità che lo stesso intervento pubblico possa magari involontariamente rivelarsi controproducente. Questo è dopo tutto un richiamo ad una realistica presa d'atto delle conseguenze del doversi collocare in un terreno di "second best".

Ma questo non può certamente voler dire il rifiuto della legislazione e delle politiche per la tutela della concorrenza. Non si deve infatti dimenticare una delle intuizioni fondamentali che stanno alla base dell'idea smithiana di mano invisibile del mercato: quella sorta di paradosso per cui ciascuno punta al proprio interesse individuale eppure l'operare del processo concorrenziale conduce questi comportamenti egoistici verso un obiettivo di bene comune.

Alla base di questa intuizione vi è la percezione che se le imprese potessero, si opporrebbero alla concorrenza e chiederebbero invece protezione della loro posizione attuale, o perlomeno avrebbero un forte incentivo a comportarsi in questo modo. Del resto non si afferma nulla di particolarmente scandaloso se si sostiene che la realtà abbonda di esempi in questo senso sia all'interno dei diversi sistemi economici nazionali sia a livello del commercio internazionale.

Ma se le cose stanno in questi termini, occorre rendersi conto che il valore della concorrenza deve essere garantito a livello della "costituzione economica" e di una adeguata legislazione generale sulla concorrenza, e che la tutela di tale valore non può che essere affidata ad una istituzione a cui viene assegnata adeguata valutazione sociale e conferita una corrispondente autonomia e responsabilità.

Questa istituzione non dovrebbe cioè operare con una serie di obiettivi troppo specifici, formulati magari in modo da consentire pressioni strumentali degli interessi in gioco per affermarli: essa dovrebbe piuttosto assumere la funzione di garantire le regole del gioco concorrenziale.

Il quadro di riferimento fornito dalla legislazione per la concorrenza dovrebbe consentire alle istituzioni deputate alla sua applicazione e alla pratica organizzazione delle politiche, di condurre analisi il più esaurienti possibile di tutte le implicazioni dei casi presi in esame in modo da garantire il massimo di trasparenza, e di muoversi con il margine di flessibilità richiesto anche dai risultati più recenti della ricerca economica in materia.

Questa infatti ha messo in luce con sufficiente chiarezza la complessità della valutazione delle situazioni che sono favorevoli e di quelle che ostacolano la con-

correnza, e quindi la necessità di una visione articolata e non deterministica del modo di considerare il ruolo delle istituzioni e delle politiche “antitrust”, specialmente con riferimento ad alcune tematiche: gli accordi verticali tra imprese, in quanto possono anche essere strumenti che stimolano l’innovazione; le politiche di prezzo che vanno considerate in un orizzonte intertemporale; le barriere all’entrata che anch’esse vanno valutate secondo un’ottica di tipo dinamico.

La strada tutto sommato facile di definire in modo univoco i criteri di intervento sulla base del grado maggiore o minore di distacco dal modello ideale della concorrenza perfetta non è purtroppo perseguibile e può portare a risultati non soddisfacenti. Su questo punto sia Hayek che Coase si erano preoccupati di mettere in guardia la professione degli economisti.

Per Hayek il valore della concorrenza non va mai considerato in termini assoluti, ma solo in termini relativi: “non si rende giustizia ai risultati ottenuti dal mercato se il si giudica, per così dire, dall’alto, mettendoli a confronto con un livello ideale che non sappiamo assolutamente come raggiungere. Dobbiamo invece giudicarli dal basso confrontandoli con quanto saremmo in grado di ottenere da ogni altro metodo conosciuto.” (Hayek, 1968).

Ronald Coase afferma dal canto suo che: “La contemplazione di un sistema ottimale può suggerire modi per migliorare il sistema stesso... Ma in generale ha avuto un’influenza dannosa. Ha spostato l’attenzione degli economisti dal problema principale, che riguarda il modo in cui organizzazioni istituzionali alternative operano in pratica... Fino a che non ci rendiamo conto che stiamo scegliendo tra organizzazione sociali che sono più o meno carenti, è probabile che non faremo molti progressi.” (Coase, 1964).

Una obiezione che si potrebbe fare a questa impostazione è che essa aumenta di molto il grado di discrezionalità accordato all’autorità antitrust. Ma ciò che la recente riflessione economica sembra dimostrare è appunto che l’irrigidire norme e compiti di tale autorità rischia di condurre a soluzioni inefficienti delle controversie e non riduce affatto il grado di contenzioso sulle decisioni.

Il vero problema è piuttosto quello delle ragioni di fondo che ispirano la legislazione, la quale richiede un consenso culturale sul valore sociale che viene attribuito alla concorrenza.

Gli sviluppi recenti della teoria economica sembrano convenire nell’assegnare al processo concorrenziale un valore sociale in quanto esso si affermi come un insieme di condizioni di contendibilità e di libera entrata dei mercati. In questo modo la concorrenza esprime il valore sociale dell’innovazione e dell’apprendimento attraverso l’emulazione, della responsabilità verso il contraente e verso la società, sanzionata anche da perdite economiche ed eventualmente dall’uscita dal mercato, della lealtà e della fiducia implicita nel contratto di scambio volontario.

L’obiettivo della rimozione delle barriere all’entrata non riguarda solo le imprese, riguarda anche le singole persone e le imprese in quanto organizzazioni di persone, e in tal modo si collega all’obiettivo della partecipazione all’esercizio vo-

lontario e responsabile del diritto di iniziativa economica; in quest'ottica rimozione delle barriere all'entrata è in realtà rimozione degli ostacoli alla partecipazione libera, costruttiva e responsabile all'attività economica ed assume quindi una connotazione positiva.

Alla concorrenza così concepita può essere assegnato valore sociale perché essa appare una condizione dell'organizzazione del mercato per rendere la libera iniziativa in campo economico compatibile con fini di utilità sociale e con la dignità della persona.

Riferimenti bibliografici

ARROW K., *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in NBER, *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton University Press, 1962.

BAIN J., *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, 1956.

BAUMOL W., PANZAR J. C., WILLIG R. D., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace, New York, 1982.

CLARK J. M., *Towards a Concept of Workable Competition*, *American economic Review*, 1940, pp. 241-256.

COASE R., *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.

COASE R., *The Regulated Industries*, *American Economic Review*, 1964, n. 54.

DEMSETZ H., *Economic, Legal and Political Dimensions of Competition*, North Holland, Amsterdam, 1982.

GRILLO M., *Concorrenza, monopolio e regolamentazione*, Introduzione al volume omonimo a cura di D. Cossutta e M. Grillo, Il Mulino, 1987, pp. 13-57.

VON HAYEK F., *Il significato della Concorrenza*, (1946), in *Conoscenza, Mercato e Pianificazione*, Il Mulino, 1988, pp. 293-308.

VON HAYEK F., *La Concorrenza come Procedura per la Scoperta del Nuovo*, (1968), in *Conoscenza, Mercato e Pianificazione*, Il Mulino, 1988, pp. 309-324.

VON HAYEK F., *Legge, Legislazione e Libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1982.

JORDE T. M., TEECE D. J., *Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust*, *Journal of Economic Perspectives*, 1990, n. 3, pp. 75-96.

MC GEE J., *Predatory Pricing Revisited*, *Journal of Law and Economics*, 1980, pp. 289-330.

MC CHESNEY F. S., SHUGHART W. F., *The Causes and Consequences of Antitrust: the Public Choice Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

MILGROM P., ROBERTS J., *New Theories of Predatory Pricing*, in G. Bonanno, D. Brodolini, *Industrial Structure in the New Industrial Economics*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 112-137.

MODIGLIANI F., *New Developments on the Oligopoly Front*, *Journal of Political Economy*, 1956, pp. 215-232.

NORDHAUS W., *Invention, Growth and Welfare*, MIT Press, 1969.

SCHUMPETER J., *The Theory of Economic Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1934.

SCHUMPETER J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper and Row, New York, 1942.

STIGLER J., *The Organization of Industry*, Irwin, Chicago, 1968

SYLOS-LABINI P., *Oligopolio e Progresso Tecnico*, Einaudi, Torino, 1957.

TIOLE J., *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988

WILLIAMSON O., *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, New York, 1985.

WILLIAMSON O., *Antitrust Economics*, Basil Blackwell, Oxford, 1987.

INTERVENTI

SEVERINO CAPRIOLI

SOFISTICAZIONI LEGISLATIVE

SOMMARIO: **1.** Disciplina della concorrenza accolta nel codice civile, secondo la rappresentazione dei sottoscrittori di questo. – **2.** Avvertenze sul metodo delle ricerche da svolgere. – **3.** Retorica intorno al *silenzio del legislatore*, ovvero insistenti auspici di legislazione. – **4.** Associazioni di imprenditori e loro fini, loro mezzi di coazione. – **5.** Strumenti giuridici della lotta economica: boicottaggio, clausole di non concorrenza. – **6.** In specie: concorrenza tra parti del rapporto impresa. Fedeltà e collaborazione. – **7.** Albeggia la considerazione dei terzi: i consumatori. Ovvero i danni della concorrenza per i non imprenditori. – **8.** Altre pratiche. Ed altre sofisticazioni legislative.

1. Disciplina della concorrenza accolta nel codice civile, secondo la rappresentazione dei sottoscrittori di questo

“Il titolo X detta un’organica disciplina della materia della concorrenza. In conformità dei principi generali della carta del lavoro, che riconoscono la feconda funzione della iniziativa privata, sotto l’osservanza dei principi dell’ordinamento corporativo, il nuovo codice non poneva disinteressarsi di istituti che hanno un’importanza fondamentale anche dal punto di vista sociale”.

Così esordisce il guardasigilli nella *Relazione* del 16 marzo 1942, quando si accinge a descrivere la *Disciplina della concorrenza*, raccolta nel V Libro del codice. Ed insiste circostanziando:

“La materia della concorrenza sleale ha acquistato in questi ultimi tempi una straordinaria importanza, e le controversie relative, rare ancora qualche lustro or sono, sono diventate oggi numerosissime, involgendo talora cospicui interessi.

È nota la singolare condizione in cui si trovava al riguardo il nostro ordinamento. Nella mancanza di norme speciali, la giurisprudenza nostra ha lavorato per molti anni alla repressione della sleale concorrenza con l’unica arma della responsabilità extracontrattuale fondata sull’art. 1151 del codice civile del 1865. Condizione di evidente disagio [...]”.

Concluderà il periplo di quei sette articoli, esaltandosi nella contemplazione dei sommi veri:

“[...] di particolare significato politico è infine la norma dell’art. 2601, per cui, sviluppando il principio corporativo, si dichiarano legittimate ad agire per concorrenza sleale le associazioni professionali e gli enti che rappresentano legalmente la categoria, nell’ambito della quale l’atto di sleale concorrenza è compiuto”.

Se la l. 30 gennaio 1941 n. 14 aveva conferito di fresco alle “dichiarazioni della carta del lavoro” il carattere di “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”, imponendole come “criterio direttivo per l’interpretazione e per l’applicazione della legge” (art. 1); l’esegeta di allora e l’esegeta di oggi debbono impiegare la più imperterrita capziosità ermeneutica, per dare costrutto alle parole del guardasigilli. Per quanto leggano controluce il programma approvato dal gran consiglio del fascismo il 21 aprile 1927, fundamenta su cui poggiare i disposti degli articoli 2595-2601 non riescono a divinare: sondano invano le dichiarazioni I, II, c. 2, IV, VI, VII. Vi trovano le calde metafore ed i raggianti ossimori della metafisica vagheggiata da un commercialista nei suoi laboriosi *otia* di legislatore. Ma pretesti cui appoggiare una disciplina, pochi o punti: la legittimazione processuale

delle associazioni professionali (art. 2601 per l'appunto), che potrebbe sì ricondursi alla VI dichiarazione; ma non è farina del sacco rocchiano, se ripete un precetto che nel regno vige da tempo in ossequio ad una convenzione internazionale. Dagli autori e dal sottoscrittore della *Relazione a sua maestà* ("una [...] elaborazione dei magistrati [...] segretari nelle diverse commissioni", come risultava bene a Filippo Vassalli [1947, rist. *Studi giuridici* III, 2, Milano 1960, p. 632 nota) non si aspetta lezioni di logica formale chi è avvezzo a leggere per intendere. E passa oltre, avendo imparato da Ludovico Mortara ad apprezzare i lavori preparatori quanto meritano (nulla meno e nulla più [A. Ancona, 25 luglio 1906, *F. I.* 1906, I. c. 1066; *M. T.* 1906, p. 695]). E del resto i patti internazionali per la protezione della proprietà industriale, sottoscritti a Parigi il 20 marzo 1883 (l. 7 luglio 1884 n. 2473), riveduti a Madrid il 14 aprile 1891, a Bruxelles il 14 dicembre 1900, a Washington il 2 giugno 1911, riveduti quindi e integrati all'Aja il 6 novembre 1925, avevano "piena ed intera esecuzione" grazie al r. d.l. 10 gennaio 1926 n. 169, convertito con una modifica nella l. 29 dicembre 1927 n. 2701. Per la cronologia possiamo seguire la relazione di Mariano D'Amelio al Senato del regno (*Le leggi* 1928, p. 150b); e gli stessi articoli ls. r.d.l. 10 gennaio 1926 n. 169. Non si ispiravano di certo ai "principi corporativi" gli Stati membri dell'Unione per la protezione della proprietà industriale, i quali tutti avevano convenuto che

"i sindacati [di imprese] e le associazioni rappresentative delle imprese commerciali e industriali, se non costituiti in violazione delle leggi dello Stato" potessero "agire in via giurisdizionale od amministrativa per la repressione delle attività previste" come illecite nella convenzione istitutiva dell'Unione (art. 10 ter, c.2).

Non avevano aspettato di poter leggere la carta del lavoro, per determinare i tratti, non tassativi, della concorrenza sleale nell'art. 10 bis, c. 2, che ognuno può vedere parafrasati ancora oggi nell'art. 2598 c.c.

Ora non è inutile rendere chiare alcune *sofisticazioni* di quel "processo legislativo" – per usare parole di Filippo Vassalli (1947, rist. *Studi* III, 2, cit., p. 618 in nota) –, da cui risultarono molte pagine del codice civile. Ora conviene raccogliere alcuni particolari significativi su quelle *sofisticazioni*. Per sondaggi scavare gli strati remoti su cui poggia lo strato attuale, almeno quello che mostra "un'organica disciplina della materia della concorrenza" negli articoli 2595-2601 e nelle norme connesse – non dimenticando il precetto che concluderebbe, come il fermaglio di una collana, lo *statuto dell'impresa*, art. 2105 –.

2. Avvertenze sul metodo delle ricerche da svolgere

Conviene una stratigrafia delle norme raccolte nel codice, libera dai postulati del savignyismo – anche se molti non prestano ascolto al monito faceto di Sabino Cassese (*Riv. trim. dir. pubbl.* 1990, pp. 1159-1165), quasi diabolica tentazione per i credenti nel pensiero giuridico – e libera dall'accezione assiologica di *continuità*, oltre che dalle giovanili fantasie, implicite in essa, di qualche non verificabile di-

scontinuità (un ossimoro per i giuristi). E ordinata sulla metafora, cara a Francesco Carnelutti, di fisiologia e patologia della concorrenza.

La prima approssimazione deve essere una modesta semantica (a qualcuno fra noi già lo insegnava Uberto Scarpelli), attenta a non confondere i fenomeni verificati e le varie fenomenologie che su questi possono costruirsi. Sarà interessante come altro caso istruttivo di una stratigrafia del codice, non pregiudicata da letture immetodiche, non ligia alle solenni dichiarazioni di intenti emesse dai legislatori (art. 12 c. 1 disp. prel.). Un sondaggio ha riguardato l'*Incipit* del Libro V (cfr. *Lavoro e diritto* 1995, pp. 385-404; in specie, n.30); questo concernerà l'*explicit*, il titolo conclusivo (*X Della disciplina della concorrenza e dei consorzi*; come tutti vedono, il tit. XI è fuor d'opera). Ed ancora non si deve cercare nelle norme il nome "concorrenza", che pure vi si troverà, se è vero – come risulta da ogni altro punto di osservazione – che il diritto è la forma dell'economia: "l'essenziale e che [...] ci sia la *cosa*" (come ci ha pure insegnato Emilio Betti insistentemente [1927, 1931], rist. *Diritto metodo ermeneutica*, Milano 1991, pp.123, 145). E si devono piuttosto cercare e studiare i conflitti, che hanno contrapposto i soggetti nella forma civile della lite (quei conflitti sono la propria materia della storiografia giuridica, non già le sole quintessenze, distillate dalla scuola nei suoi alambicchi): lì si vedrà emergere con la *cosa* il *nome*.

3. Retorica intorno al *silenzio del legislatore*, ovvero insistenti auspici di legislazione

Il secolo sembra aprirsi con un'invocazione:

"[...] nel difetto di apposita legge in Italia, nell' invocazione di una legge regolatrice al proposito [...]" (A. Napoli, 2 luglio 1900, *F. I. 1*, c.69),

giacché

"le nostre leggi non parlano di concorrenza sleale" (T. Venezia, 14 aprile 1904, *Riv. dir. comm.* 1904, II, p.458).

E scendendo ai casi più frequenti:

"Il divieto di concorrenza (per l'ex dipendente) non è ancora [...] regolato da alcuna disposizione legislativa" (A. Torino, 23 novembre 1915, *M.T.* 1916, p. 112 a).

Enrico Redenti ad altro proposito commentava certi rimbrotti contro il "silenzio della legge", non senza lieve sprezzatura: "Il lamento [...] contro le lacune del diritto scritto [...] è ormai un luogo comune" (1905, cit. in *Redenti giurista empirico*, p.58). Sintomo allarmante della crisi in cui stava avvolgendosi nella mente di molti la figura stessa del codice: una fiducia, che era stata forse eccessiva, nella preveggenza del legislatore si invertiva nella delusione che accompagna inevita-

bilmente ogni aspettativa incauta (*Redenti giurista empirico*, p. 59). Ma il pungolo della sanzione (art.178 c.p. 1889) aguzzava l'ingegno di chi era tenuto a dirimere le controversie, di là dal "silenzio della legge" (T. Genova, 22 agosto 1905, *M.T.* 1905, p.438b) e lo induceva a leggere il codice secondo le proprie regole di lettura (art. 3 c.2 disp. prel.); e per tornare a casi frequenti, se

"le così dette "clausole di concorrenza" [...] non sono disciplinate espressamente da alcuna disposizione di legge", era pure "necessità [...] ricorrere ai principi generali del diritto e ad argomenti di analogia" (T. Como, 21 aprile 1916, M.T. 1916, p.434 ab).

Davvero il *corpo delle leggi* era pur dotato di vigorosi *organi respiratori*, come constatava anatomizzando Vittorio Polacco (1908, rist. *Opere minori I*, Modena 1928, p. 60 s.); i quali si chiamavano art. 1124, art. 1151, tutti cospiranti appunto al fine imposto nell'art. 3 c.2 delle disposizioni sulla legge in generale.

4. Associazioni di imprenditori e loro fini, loro mezzi di coazione

Di tanti fenomeni *le nostre leggi non parlavano*. Serbavano il più discreto *silenzio* su certe convenzioni fra imprenditori,

"coalizioni [...] aventi per fine la disposizione o imposizione dei prezzi delle materie commerciabili", "consorzi o sindacati o semplici unioni di più commercianti, intesi a difendersi dai danni della concorrenza",

associazioni che venivano ritenute lecite dinnanzi all'art. 293 c.p., come dirette a

"bilanciare [...] la libertà di commercio e la libertà dell'associazione e della concorrenza" (A. Napoli, 2 luglio 1900, F.I. 1901, I, c. 70: imprese metallurgiche).

Ed ancora

"coalizioni di produttori allo scopo di alzare il prezzo della loro merce" (P. Tempio, 24 luglio 1902, M.T. 1902, p. 895c: fabbricanti di stivali).

E rappresentati con prosa più circospetta, e non senza movenze costruttive, leciti appaiono i **sindacati industriali**, intesi come:

"unioni libere e convenzionali di più produttori di uno stesso ramo d'industria allo scopo di far cessare fra loro una dannosa concorrenza e mantenere prezzi remuneratori alla loro produzione" (C. Napoli, 26 maggio 1903, F. I. 1903, I. c. 1036).

Mentre dinnanzi alla specialissima previsione dell'art 326 c. p. risultano illeciti certi accordi fra commercianti di generi alimentari, come

"associazioni fra industriali [...] aventi per iscopo di determinare un aumento od un arresto nella diminuzione dei prezzi, oppure di limitare la produzione o lo spaccio di [...] merci";

essendo viziata da causa illecita (art. 1122 c.c.) appunto la

“convenzione con cui i macellai di San Remo si sono obbligati per due anni [...] a non vendere le carni a prezzi inferiori a quelli stabiliti di comune accordo [...], sotto penale di lire cinquecento da devolversi agli altri consociati” (T. San Remo, 14 marzo 1907, G.I. 1907, I, 2, cc. 566, 568s. [fra macellai]),

penale assicurata mediante il rilascio di un vaglia cambiario (c. 570): espediente che offrirà materia di puntigliose e benefiche indagini alla scuola.

Non meno illecito “un accordo che è in disarmonia fra l’interesse privato e quello pubblico”, riservando ad un’impresa la fornitura di elettricità,

“patto inteso a limitare la libera concorrenza [...], per frenare talora la rovinosa concorrenza, che appunto potrebbe riuscire dannosa alla collettività” (A. Firenze, 20 febbraio 1909, G.I. 1909, I, 2, cc. 315, 312).

Ma lecite le convenzioni, fra imprese, di ben più largo spettro oggettivo, come a dire le

“riunioni di [...] industriali, obbligatisi di raggiungere [...] lo scopo di proporzionare la produzione al consumo, riducendo la prima ove ne fosse il caso proporzionalmente per tutti” (C. Firenze, 9 marzo 1914, Riv. dir. comm. 1914, II, p. 846),

che valgono come *sindacati industriali o coalizioni padronali*.

Ed ancora oltre, le associazioni intese a

“tutelare gli interessi della classe di fronte ai terzi, [...] stabilire accordi sui prezzi di vendita e [...] promuovere [...] l’incremento e lo sviluppo dell’industria del pane e della pasta”,

con obbligo per le parti di

“non concedere agli operai alcun miglioramento sulle tariffe in vigore”.

Ed insomma, schietta

“organizzazione della resistenza padronale contro i sindacati operai” (T. Parma, 25 febbraio 1910, M.T. 1910, p. 295 ab: società costituita il 19 luglio 1906 a Parma tra panifici e pastifici),

catafratta dal noto espediente cambiario. Ma neppure nuova era la pratica delle associazioni fra imprese per l’eventualità di sciopero: alla commissione d’inchiesta promossa nel 1878 dal Crispi già risultava costituita un’associazione di tal fine tra imprese tessili a Torino.

Soltanto perché non raggiunta la prova dell’“accordo”, mediante il quale alcuni imprenditori

“si erano assunti di eseguire le commissioni della fabbrica [...] disertata dai suoi operai”

non si era pronunciato sul punto il Tribunale di Monza, 20 novembre 1885 (M.T. 1886, p. 155 b), riconoscendo per altro

“quel principio della libertà del lavoro e dell’industria, che vuolsi moderata soltanto dalla concorrenza” (p. 156b).

Ma si sarebbe dichiarato con buone ragioni illecito per aziende metallurgiche

“accettare [...] commissioni da cantieri i cui operai fossero scioperanti” (Lodo Firenze, 10 febbraio 1902, B.U.L. 1904, II, p. 585).

Ma lecito si sarebbe ritenuto l’accordo di “resistere” ad uno sciopero e

“non venire isolatamente a patti con gli [...] scioperanti” (Pret. Lodi, 20 maggio 1912, M.T. 1912, p. 835b);

come pure quello concernente il momento fisiologico dell’autonomia collettiva (la tariffa). Ed ecco finalmente un’ampia scheda lessicografica: lecite sono le

“associazioni di produttori che prendono il nome di consorzi o coalizioni o sindacati industriali” ed hanno per scopo “l’uniformità nei patti e condizioni del nuovo contratto di lavoro”

con obblighi per i soci, che vanno ben oltre la *resistenza padronale contro i sindacati operai,*

“escludendo dalle trattative [...] le rappresentanze delle organizzazioni operaie” (A. Milano, 6 giugno 1916, M. T. 1916, p. 955 bc. Cfr. Redenti giurista empirico, p. 18 n. 49).

E se “la legge nulla dispone al riguardo”, i fenomeni presentano differenze sensibili di specie:

“si distinguono i Kartells [!] dai Trusts. I primi sono associazioni di industriali, i quali, conservando la loro propria individualità ed indipendenza professionale, si riuniscono col proposito di tutelare, mediante provvedimenti concordi, l’esercizio della loro industria; i secondi sono associazioni di industriali i quali si fondono in un organismo economico solo allo scopo di monopolizzare l’industria da essi esercitata” (p. 955b).

L’osservazione attenta dei fenomeni li riconduce a categorie legali:

“Riconosciuta in linea di principio la massima libertà dei singoli di svolgere come credono la loro attività economica, tanto individualmente quanto associan-

dosi, e così anche rinunciando, limitatamente nel tempo e nello spazio, alla propria libertà personale” ;

mentre il silenzio del legislatore perde in drammaticità, grazie ad uno slittamento semantico inavvertito:

“il criterio per giudicare della liceità o meno dei sindacati va attinto al particolare esame di ciascuna fattispecie, esame da effettuarsi tenendo presenti le norme generali di diritto [art. 3 c. 2 disp. prel.], e specialmente il disposto dell’ art. 1122 c. c.”

Gli sforzi di costruzione si rinnovano incessantemente: seppure

“i sindacati di difesa industriale, o leghe di resistenza, o trusts, enti che rappresentano delle collettività, [...] non assurgono mai al corpus mysticum proprio e distinto dalla esistenza di ciascuno dei soci, riserbata alla società; enti che non hanno per fine il guadagno, ma che mirano solo a disciplinare i prezzi di vendita delle merci diverse sul mercato, ossia nelle diverse piazze commerciali di una regione” ,

era potuta risultare evidente la loro natura proteiforme:

“siffatti organismi novelli del mondo commerciale, pei quali i bisogni della vita dei traffici reclamano leggi e regolamenti ad hoc, possono pigliare il nome di altro ente di natura diversa, riconosciuto già e disciplinato dalla legge, senza che per queste riescano a snaturare se stessi ed a perdere le loro finalità” (A. Palermo, 2 settembre 1909, M.T. 1910, p.172c).

Dove gli ardimenti costruttivi toccavano l’apice: più che alla soluzione del problema, conducevano al dissolvimento di questo, constatando la plasticità dell’esperienza.

5. Strumenti giuridici della lotta economica: boicottaggio, clausole di non concorrenza

Non mi inoltrò sul terreno dei conflitti di classe. come non si peritavano allora di chiamarli gli studiosi più attenti (ho perlustrato già gli istituti dello sciopero e del contratto collettivo nelle prime esperienze italiane). Dei *negozi giuridici impiegati come strumenti di lotta economica* scriverà nel 1925 Giovanni Carrara (*Riv. dir. comm.* 1925, I, specialmente pp. 153-159; che l’anno appresso darà un volume sul *Boicottaggio* nelle *Pubblicazioni della Università Cattolica*, s. II, vol. IV, fascicolo V). Né mi soffermo su quella pratica di immediato darwinismo fra imprenditori, cui si dava il nome di boicottaggio: un imprestito lessicale anche questo, un

“barbarismo [...], inteso nel senso di un’ azione che mira direttamente a sopprimere una determinata impresa commerciale e industriale, isolandola e inari-

dendole le fonti della vita” (T.Venezia, 14 aprile 1904. Riv. dir. comm. 1904, II, p.471).

Mentre conviene considerare ancora i più semplici accordi fra due imprenditori, che validamente

“riservano [...] a ciascuno [...] una sfera di attività”.

Qui

“si presenta [...] necessaria la ricerca di una norma, di una formula concreta che valga a stabilire i confini [...] entro i quali può ritenersi lecita la clausola di divieto di concorrenza”,

imponendo l'indagine degli

“elementi di cui la clausola si compone: tempo, spazio, oggetto”.

Quest'indagine è per l'appunto necessaria, perché una tale clausola produce una

“limitazione contrattuale alla libertà del lavoro” (T. Como, 21 aprile 1916, M.T. 1916, pp. 435a, 434c, 434a: accordo tra due fornai).

Circola ormai qui un'accezione generica di *lavoro*, come attività economicamente rilevante, senza riguardo ai rapporti giuridici che le danno forma.

Torquato Carlo Giannini, quell'infaticabile esploratore delle zone di confine, vedrà nella **clausola di concorrenza**

“il patto col quale alcuno promette di astenersi dall'esercitare un'industria e commercio (o professione), per effetto immediato del quale potesse venire diminuito l'avviamento dell'industria o commercio (o professione) del promissario” (Diz. prat. del dir. priv. II p. 272a).

Precocissima la considerazione unitaria del fenomeno, con le opportune differenze tra le specie. La cessione d'azienda forniva casi frequenti. Basti ricordare quelli decisi dall'A. Bologna, 18 marzo 1904 (con accenno alla “libertà del lavoro”, *M.T.* 1904, p. 596b), dalla C.Roma, 12 novembre 1904 (*M.T.* 1905, p.87b); dalla C.Torino, 24 febbraio 1912, *M.T.* 1912, p. 223 s.; ancora dall'A. Torino, 27 febbraio 1912 (*M.T.* 1912, p. 873 c: “così detta clausola di concorrenza”; adduce l'art. 1628 c.c.); dall'A.Venezia, 3 marzo 1916 (*M.T.* 1916, pp. 33-35).

6. In specie: concorrenza tra parti del rapporto impresa. Fedeltà e collaborazione

Ma casi frequentissimi forniva il rapporto di lavoro subordinato, lungo la sua durata e dopo l'estinzione. La “difesa pattizia dell'azienda” – come volle rappre-

sentarla Efisio Antonio Porro (*M.T.* 1899, p. 6b. Costruzione accolta da tutti: basti T. Milano, 6 novembre 1899, *M.T.* 1899, p. 953) – imponeva un’analisi attenta del rapporto costituito mediante il contratto di locazione d’opere, considerato nei suoi elementi. Ne risultava qualificata la concorrenza mossa dall’ex dipendente al datore di lavoro, come violazione della fattispecie costitutiva del medesimo rapporto: dalla responsabilità aquiliana alla responsabilità contrattuale: dalla figura composta nell’art. 1151 si giungeva allo schema dell’art. 1124 del codice civile, ad uno di quei tali *organi respiratori* che rendevano vitale il *corpo delle leggi*. Quando si consideravano nel loro complesso i doveri assunti dal lavoratore dipendente nel prendere servizio presso l’imprenditore, questo risultava evidente:

“l’obbligo che [li] sintetizza tutti è quello della fedeltà” (A. Brescia, 18 aprile 1904, *M.T.* 1904, p. 489c).

La strada era stata aperta dalla Cassazione romana, quando aveva osservato che nei congegni di un dipendente si rendeva manifesta, con danno del suo conduttore, una

“rivalità d’interessi”, per la quale non “poteva essere più possibile che il contratto fosse eseguito con quella buona fede richiesta dall’articolo 1124 del codice civile” (C. Roma, 7 febbraio 1898, *G.I.* 1898, I, 1 c. 554).

Giusto motivo di licenziamento immediato perciò la concorrenza esercitata dal lavoratore contro l’imprenditore; *abuso di fiducia, infedeltà*, come la qualificavano le consuetudini raccolte nel 1893 dalla Camera di commercio milanese (art. 4, in nota ad A. Milano, 28 dicembre 1898, *M. T.* 1899, p. 290). Qui il nome di nobile ascendenza feudale (*fedeltà*) si incontrava con la diagnosi attenta delle maniere moderne di organizzare le attività rivolte a trasformare la materia prima e a distribuire nel mercato i prodotti di questa attività.

Vittorio Emanuele Orlando, nel render conto alla Camera (24 aprile 1913) di un incisivo emendamento apportato al progetto Luzzatti sull’impiego privato, darà la formula rappresentativa del complesso rapporto costituito mediante il contratto di locazione d’opere: *collaborazione nell’azienda* (*B.U.L.* 1913, II, p.180); e svolgerà questa, che egli si attende a chiamare *definizione*:

“il [...] contratto (di lavoro) tende ad integrare [...] l’opera personale dell’assuntore dell’azienda, opera cui egli non può personalmente attendere”.

Il tratto della volontaria *collaborazione nell’azienda* altrui si rivolge nella doverosa estraneità al mercato sul lato dell’offerta dei beni e dei servizi che distinguono l’impresa. *Fedeltà e collaborazione* non sono solidali con l’ideologia rocciana, mentre le risultanze ora esaminate riemergeranno sotto orpello corporativistico negli artt. 2105, 2094 c.c.

Dire dipendente antagonista sarebbe stato una contraddizione *in adiecto*. Qui s’intende perché ad un “lavorante di banco” non si ritenga lecito “fare mercimonio” della derrata alimentare “sommministrata settimanalmente” a lui dall’imprenditore, quale parte del salario. Carlo Contini osserverà decidendo:

“le somministrazioni in generi sono date alla sottintesa condizione che servano per il consumo domestico dell’operaio. Non è ammissibile che questo ultimo abbia a farne commercio, perché, quand’ anche ne ritragga un prezzo pari di quello richiesto dal principale alla sua clientela, gli toglierebbe quel profitto che è di sua ragione; dove poi si accontenti di prezzo inferiore, gli muoverebbe una concorrenza incompatibile nei loro rapporti, se si tien conto che le dette somministrazioni, nel calcolo della mercede, son computate al prezzo di costo, ossia escludendo il guadagno industriale dell’imprenditore” (Prob. Milano, 25 maggio 1903, M.T. 1903, p. 237 ab).

L’art. 1124 c.c. qui evocato convergeva con il disposto dell’art. 1628 nel determinare i limiti di quella fedeltà. Non per caso lo stesso art. 1628 offriva un persuasivo argomento *a simili* per determinare gli *elementi* richiesti per la validità di ogni accordo fra imprenditori che limitasse fra questi la libertà di concorrenza: oggetto di tale accordo, convenuto che fosse questo fra imprenditori o fra un imprenditore ed un suo dipendente, e luogo e tempo in cui dovesse produrre effetti. È lo strato sottostante ai non corporativistici artt. 2125 c. 1 e 2105 c.c.

7. Albeggia la considerazione dei terzi: i consumatori. Ovvero i danni della concorrenza per i non imprenditori

Ma comparivano finalmente i terzi, il vero traguardo cui mirava ogni atto di autonomia rivolto a disciplinare la concorrenza, attuale o potenziale che questa fosse, costituisse oppure no l’accordo dei privati un vincolo stabile tra più imprenditori. La corte di Napoli constatava:

“se tutto il censurabile in queste associazioni si vuol vedere nelle conseguenze che esse possono recare al consumatore o agli altri produttori, non può [...] dirsi che in esse siavi alcun che di lesivo alla volontà libera di colui che a quella associazione si iscrive, imperocché per questo non vi è altro vincolo alla libertà che quello contrattuale, il quale è proprio di tutti i contratti in cui sempre a qualcosa di libero si deve rinunciare” (A. Napoli, 2 luglio 1900, F.I. 1901, I, c. 71).

Senza indugiare nella contemplazione di sommi principi, il Tribunale di San Remo osservava che

*“la questione non va esaminata solo nel rispetto dei contraenti, i quali sono liberi di limitare la propria attività, ma in rispetto al **pubblico**, cioè rispetto alla massa degli altri produttori e dei **consumatori**. [...] L’ordinamento giuridico, dovendo contemperare i diritti di tutti i consociati, non può permettere [...] che la libertà riconosciuta agli uni possa riuscire di danno agli altri. Ora il sindacato dei produttori e dei negozianti, quando esercita la propria attività per vincere la concorrenza degli altri, tende appunto ad indurre questi ultimi o a smettere la industria o il commercio, o ad accedere all’associazione.*

In tal modo si viola la libertà degli altri produttori o negozianti, e così si obbligano i consumatori a [...] pagare i prezzi, non quali sarebbero determinati dalla libera concorrenza, ma secondo la volontà altrui” ;

e quasi tentando le vie del *ius condendum*:

“il legislatore non deve soltanto occuparsi che i terzi possano astrattamente esplicare la propria attività industriale o commerciale; ma deve impedire che siano create delle condizioni particolari di fatto, per cui la stessa sia resa, se non impossibile, assai difficile” (T. San Remo, 14 marzo 1907, G.I. 1907, I, 2, c. 566s.);

e dialogando con la corte partenopea riprendeva a considerare il paradosso del “monopolio esercitato da [...] un privato mediante l’incetta della merce”. Il quale monopolio

“è per se stesso lecito, costituendo un prodotto naturale della libertà di commercio, concessa a ciascun individuo; cambia la cosa, quando più persone si coalizzano a tale scopo, giacché allora l’esercizio del monopolio, che produce danni ai terzi, costituisce lo scopo del contratto conchiuso fra i diversi produttori e commercianti; e quindi invalida per illiceità della causa il contratto stesso” .

Di nuovo appare qui la norma composta dagli artt. 1104, 1119, 1122 c.c. Ma non è un’accolta di *teoristi* il collegio sanremese, che si affretta ad escludere la tutela dei terzi sullo schema aquiliano (art. 1151):

“Certamente i terzi non possono essere ammessi a pretendere il risarcimento dei danni per l’esercizio del monopolio, sia esercitato dal privato, sia dal sindacato; ma l’effetto sarà che l’associazione non possa contro il socio che si ribella al contratto pretendere dalla legge il riconoscimento giuridico della convenzione per costringerlo all’adempimento” (c. 567).

Da vette di sommi principi guarderà la corte di Firenze (20 febbraio 1909) al “patto fra due industriali”,

“unicamente vantaggioso ad essi due [...] e di danno positivo generale del pubblico interesse, che nel godimento di un’ industria attinente ad un servizio pubblico, quale l’illuminazione mediante l’energia elettrica da essi fornita, sarebbe esposto alle condizioni gravose che loro piacesse arbitrare; e che perciò non sarebbe giuridicamente obbligatorio, perché affetto da nullità assoluta, e da doversi riguardare come inesistente, essendo fondato su causa illecita, perché lesivo e contrario all’ordine pubblico (art. 1122 c.c.)” (G.I. 1909, I, 2, c. 310s.).

Le specie di invalidità del negozio, come si vede, sono ancora sommariamente limate: ma la corte si cura di altro, trattandosi di

“cosa di prima necessità è di pubblico servizio e d’utilità generale” ,

ed essendo

“il pubblico generale interesse”

servito dalla libera concorrenza (c. 311), mentre i due imprenditori si sono accordati

“con pregiudizio universale dei consumatori” (c. 317).

Il riparto convenzionale del mercato continua a praticarsi fra imprenditori, impone a giurisprudenza e dottrina punti di osservazione ben ampi sul sistema – che non si riduce alla legge civile –. Esso

“costituisce una delle così dette “clausole di concorrenza”, una limitazione contrattuale alla libertà di lavoro.

Simili clausole non sono disciplinate espressamente da alcuna disposizione di legge, cosicché la necessità di ricorrere ai principi generali di diritto e ad argomenti di analogia (art. 3 c. 2 disp. prel.) per ammetterne o negarne la validità diede origini a due diverse teorie che si contesero per lungo tempo il campo in dottrina e in giurisprudenza”.

Così il tribunale di Como (21 aprile 1916, *M.T.* 1916, p. 434bc), persuaso che

“a niuno è lecito rinunciare anche in misura minima alla facoltà di esplicitare le proprie attitudini di lavoro, quando, dove e come meglio crede, giacché tale facoltà entra nel novero di quelle strettamente attinenti alla dignità della persona umana, che sono perciò inalienabili né possono formare oggetto di contrattazione e di commercio”;

ma pure che

“non può riconoscersi alla libertà di concorrenza il valore di un principio di ordine pubblico, dal momento che non solo manca di ogni sanzione legislativa, ma è discussa, anzi spesso sconsigliata dagli interessi economici dei civili consorzi” (p. 434c).

Ricorderemo certe declamazioni sui “danni della concorrenza” (A. Napoli, 2 luglio 1900, *F.I.* 1901, I, c. 70; C. Torino, 12 luglio 1910, *M.T.* 1911, p. 70a), sulla “rovinosa concorrenza” (A. Firenze, 20 febbraio 1909, *G.I.* 1909, I, 2, c. 312). Ma conviene tornare a Como. Qui l’accordo “fra le parti in causa” era consegnato ad una “scrittura 24 agosto 1902”, non scalfito dal poco radioso maggio del 1915. Il tribunale sa bene

“il rincaro dei generi di prima necessità verificatosi in conseguenza della conflazione europea”;

sa bene che

“il patto tra il Folcio ed il Poretto ebbe l'effetto di danneggiare gli abitanti del comune di Cagno, in quanto il Folcio, privo di concorrenti, poté rialzare a suo piacimento i prezzi del pane e della pasta” ;

ma non può

“dedurne la illiceità del contratto, imperocché anche a prescindere dalla circostanza di fatto che anche se tale perturbamento nel mercato di Cagno si fosse verificato, la pubblica amministrazione aveva mezzi legali per porvi riparo” ,

ritenendo, al contrario, che

“non potrebbe il preteso disagio economico di Cagno considerarsi come conseguenza del divieto di concorrenza al Poretto, perché questo non escludeva la possibile concorrenza di qualsiasi panettiere di Cagno stesso o dei paesi circonvicini” (p. 435a).

8. Altre pratiche. Ed altre sofisticazioni legislative

Converrà approfondire il sondaggio ed estenderlo a pratiche diverse, risalenti oltre i primi conati dell'Italia industriale: allo *storno* o *sviamento di clientela* (su cui dovranno vedersi le pronunce del T. Milano, 6 novembre 1899, *M.T.* 1899, p. 955a, dopo una cessione d'azienda; dei Prob. Milano, 29 aprile 1902, *M.T.* 1902, p. 673s; del T. Venezia, 14 aprile 1904, *Riv. dir. comm.* 1904, II, pp. 468, 472; dell'A. Torino, 23 novembre 1915, *M.T.* 1916, p. 113a); allo **storno di manodopera** (Prob. Firenze, 4 luglio 1902, Redenti, *Massimario*, num. 830; Prob. Firenze, 18 aprile 1903, *M.T.* 1904, p. 657s.; Prob. Milano, 10 giugno 1903, *M.T.* 1904, p. 777a; Prob. Milano, 25 novembre 1903, *M.T.* 1904, p. 755s.; e non poche altre), che intrudeva elementi di concorrenza nell'azienda.

Per tornare alle nostre insidiose sofisticazioni, basterà confrontare con le risultanze quei richiami a *precedenti legislativi*, di cui furono prodighi certi chiosatori coevi del codice – *precedenti legislativi* li chiamavano, mai risalendo oltre –. E restare nel piccolo campo della concorrenza, quale patologia dei rapporti nell'impresa, fra dipendente e principale. Dove lo strato sottostante alla norma composta dagli artt. 2105 e 2125 c.1 c.c. non è l'art. 8 r.d.l. 13 novembre 1924 n. 1825 (convertito in l. 18 marzo 1926 n. 562), ma parola per parola è piuttosto l'art. 10 d.l. 9 febbraio 1919 n. 112: dove prendeva qualità di norma la proposta di legge (Luzzatti ed altri), qual'era modificata nel 1913 dalla commissione della Camera.

PIER ANGELO MORI

**QUALE CONCORRENZA?
ALCUNE RIFLESSIONI SUI FONDAMENTI
DELLA CONCORRENZA E DELLA REGOLAMENTAZIONE**

SOMMARIO: **1.** Introduzione – **2.** Concorrenza, interesse egoistico e benevolenza – **3.** Quale regolamentazione? Regole contro discrezionalità – **4.** La concorrenza nei mercati pubblici.

Riassunto

A partire dalla concezione classica identifichiamo un nucleo di caratteristiche normative della concorrenza su cui si può raggiungere un ampio consenso. Di due in particolare – l'automatismo e l'impersonalità del meccanismo concorrenziale – viene discussa la rilevanza in merito alla regolamentazione dei mercati. Poiché le norme regolative sono incomplete, vi è un trade-off fondamentale tra flessibilità e impersonalità (regole più rigide comportano maggiore impersonalità e minore flessibilità) che sta alla base del dilemma "regole contro discrezionalità". Argomentiamo inoltre che un requisito organizzativo irrinunciabile affinché sia accettabile una maggiore discrezionalità è l'istituzione di meccanismi sanzionatori che mimino quello concorrenziale a monte dello snodo in cui si esercita la discrezionalità del regolatore o dell'amministratore. Infine esaminiamo come viene affrontato il problema delle regole e della discrezionalità nella recente normativa sui lavori pubblici.

1. Introduzione

Oggi nessuno, né all'interno né al di fuori della scienza economica, negherebbe che la concorrenza sia un valore. Poche idee economiche sono entrate con altrettanta forza di questa nel patrimonio del senso comune e nel discorso politico. Se ciò ha indubbiamente portato a una maggiore consapevolezza dell'opinione pubblica su questo importante tema, d'altra parte ha anche prodotto una certa confusione circa il significato di concorrenza. Sembra essere questo il destino delle idee scientifiche che acquistano larga diffusione presso il pubblico: per una sorta di legge di Gresham dei concetti, i significati e gli usi impropri tendono a sostituirsi a quelli corretti, e il progressivo deterioramento del concetto risulta tanto più accentuato quanto maggiore è la circolazione.

Le cose non vanno di certo meglio tra gli economisti. L'unico punto di accordo unanime sembra oggi il riconoscimento che non vi è una sola forma di concorrenza, ma ve ne sono diverse (perfetta, concorrenza in oligopolio in assenza di entrata, contendibilità del mercato, ecc.): quale però descriva meglio il funzionamento dei mercati della realtà è questione molto dibattuta. Il punto di vero contrasto riguarda tuttavia la nozione *normativa* di concorrenza, ovvero quella che risponde alla domanda: qual è il modello ideale di concorrenza da porre come obiettivo delle politiche pubbliche?

A questo riguardo la disparità di posizioni è amplissima, come si confà a una scienza in cui convivono concezioni del mondo assai varie. Si va dalla posizione estrema di coloro che, come Hayek, ritengono che l'azione dello stato debba meramente rimuovere tutti gli ostacoli legali alla libertà di impresa, all'estremo opposto di coloro che ritengono che il modello da perseguire sia quello della concorrenza perfetta e che lo stato debba intervenire ogniqualvolta la realtà si discosta da questo canone mediante atti regolativi che possono spingersi fino a fissare d'imperio i prezzi (e quindi interferendo pesantemente con una delle libertà fondamentali d'impresa). Tra queste si colloca una vasta gamma di posizioni intermedie.

In un quadro complessivo di desolante confusione sembra ancora pienamente attuale chiedersi: quale concorrenza?, e a questa domanda vorrei rivolgermi nel mio intervento. Per precisare meglio le mie intenzioni, non mi interessa qui stabilire quale sia la teoria più realistica della concorrenza, né quale sia il migliore modello normativo. La mia domanda è decisamente più modesta, ma forse di una qualche utilità nel tentativo di mettere ordine in questa materia: esiste un minimo comune denominatore dell'ideale normativo di concorrenza che sia ampiamente condiviso? In altre parole, esiste un nucleo minimo di caratteristiche della concorrenza che tutti riteniamo valga la pena di proteggere e promuovere, indipendentemente dall'ideale di concorrenza che ciascuno di noi ha in mente? Per un compito del genere ritengo sia inevitabile ripartire da Smith.

2. Concorrenza, interesse egoistico e benevolenza

Il punto di partenza della filosofia sociale di Smith è l'osservazione che nella società, come nella natura, vi è *ordine* e non caos. Le nazioni prosperano e progrediscono, mentre i singoli, interagendo con gli altri, ottengono continuamente i beni materiali che servono loro. Alla base di tutto ciò non c'è la benevolenza dei singoli, ma l'esatto contrario – l'interesse egoistico – come ci avverte l'arcinoto passo della *Ricchezza delle nazioni*: «It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our necessities but of their advantages» (Smith 1976 b, 27-28). Ma com'è possibile che l'egoismo che, viene immediatamente da accostare al conflitto, e quindi semmai al caos, produca invece ordine?

Qui entrano in gioco il *mercato* e la *concorrenza*, le cui leggi occupano nella teoria smithiana lo stesso posto che le leggi della meccanica hanno nella filosofia naturale di Newton (1). Il mercato, attraverso la concorrenza, compone i conflitti e riconduce gli esiti sociali in linea con il benessere della collettività. Ciò che muove la concorrenza è l'interesse egoistico, ma alla fine il risultato inconsapevole del perseguimento del proprio tornaconto è il soddisfacimento, nel modo migliore possibile, dei bisogni di coloro che entrano in contatto con noi a causa della divisione del lavoro. Questa parte della storia è ben nota ed è inutile soffermarvisi più a lungo. Vorrei invece sottolineare alcuni punti importanti che talvolta rimangono in ombra.

Un primo aspetto che voglio discutere è l'*impersonalità* del mercato. Per comprendere appieno questo punto è utile riprendere il ruolo rispettivamente dell'interesse egoistico e della benevolenza nel funzionamento di questo. Secondo una certa tradizione interpretativa, che ha grande seguito nelle divulgazioni, il mercato nell'ottica smithiana, e liberale in genere, sarebbe il sostituto della benevolenza: il mercato compie quello che compirebbe la benevolenza, se questa fosse il vero motore delle azioni economiche.

Ronald Coase una ventina di anni fa ha proposto una diversa interpretazione che rivoluziona questa visione. Il mercato, cioè, fa molto di più della benevolenza, arrivando dove questa per sua natura non può arrivare. La benevolenza (o altruismo) è classificata da Smith tra i sentimenti morali ed è ampiamente studiata, in chiave *positiva* (cioè psicologica), in *Theory of Moral Sentiments* (Smith, 1976 a). I risultati salienti di questa analisi sono: a) la benevolenza, in quanto sentimento fondato sulla simpatia (*sympathy*), è *personale*, cioè viene riversata su particolari persone (non esiste per Smith l'amore impersonale per l'uomo, se non in un senso

(1) I legami tra le leggi della concorrenza in Smith e le leggi di natura nella fisica di Newton e l'influenza dell'opera di questi su Smith sono stati ampiamente evidenziati dalla critica, si veda per tutti Evensky (1989).

molto speciale (1)), b) è più forte verso coloro che sono vicini (*in primis* la famiglia) per affievolirsi man mano che ci si allontana, fino a trasformarsi in *malevolenza* quando ci si rivolge a altri popoli, religioni, razze, percepiti in conflitto con noi.

La benevolenza dunque non si esercita nei confronti degli sconosciuti, ma si rivolge a persone note e appartenenti a una cerchia ristretta. Tuttavia in un'economia capitalistica sviluppata, dove domina la divisione del lavoro su larga scala, le mie azioni possono beneficiare qualcuno a distanza di migliaia di chilometri, a me perfettamente sconosciuto, e viceversa traggio vantaggio dall'azione di una moltitudine a me ugualmente sconosciuta («In civilized society [man] stands at all times in need of co-operation and assistance of great multitudes, while his whole life is scarce sufficient to gain the friendship of a few persons» Smith, 1976 b, 26): chiaramente non può essere la benevolenza umana a provvedere a tutto ciò e in effetti è il mercato, inteso come ambito della vita sociale dove le interazioni tra gli individui sono mediate dallo scambio (“fare qualcosa per un prezzo”). Se non fosse per il mercato (e l'interesse egoistico che lo anima) nulla faremmo per coloro che stanno al di fuori, per un verso o per l'altro, della cerchia delle nostre simpatie personali. Dunque, il mercato è per Smith non un mero sostituto della benevolenza, come si ritiene usualmente, ma, superando i limiti di questa proprio grazie all'interesse egoistico, si spinge oltre e arriva dove la benevolenza *non può* arrivare (2). Vi è anche un altro senso, molto importante, in cui il mercato è, o perlomeno dovrebbe essere, impersonale.

Abbiamo visto che il mercato è la base per l'organizzazione di una società in cui la divisione del lavoro è molto sviluppata, ma non basta avere un sistema di mercati perché la società tragga il massimo beneficio; è anche necessaria la *concorrenza*. La concorrenza agisce essenzialmente a due livelli: riporta i prezzi al loro livello naturale e assegna le risorse alle attività economiche dove esse sono più produttive (3). Secondo Smith la premessa indispensabile affinché la concorrenza possa funzionare appieno è che ciascuno possa rivolgersi verso le attività che più gli aggradano: in altre parole, deve esservi libertà di movimento delle risorse produttive tra i diversi settori (si noti che le barriere rilevanti sono quelle *legali*: la grande contrapposizione per Smith è tra concorrenza da una parte e mercati corporativi e di monopolio legale dall'altra). Quello della *libertà di accesso* è un postulato fondamentale della nozione di concorrenza: senza questa non si può parlare di

(1) Cfr. su questo Coase (1976, 531-33).

(2) Questo non significa che la benevolenza, e più in generale l'etica, non abbia un ruolo nel mercato. Anzi la benevolenza e la virtù contribuiscono a rendere possibile il sistema di mercato, anche se gli esiti di mercato dipendono direttamente da altro, cioè dall'interesse egoistico (cfr. Coase, 1976, 544).

(3) Su questa duplice natura dell'azione della concorrenza in Smith si veda Mori (1989, 20).

concorrenza (1). È anche interessante osservare che l'uguale opportunità in materia di accesso è invocata da Smith non per motivi di giustizia, ma, diremmo oggi, di efficienza. Consentire a *tutti* di dare libero sfogo al proprio interesse personale è bene, non già (o almeno non solo) perché sarebbe ingiusto agevolare solo alcuni, ma perché altrimenti la società non progredisce come potrebbe: una tipica argomentazione di efficienza. Un altro aspetto molto importante della concorrenza, come concepita da Smith, è che essa è simile a una *macchina* (2). Quest'idea è rappresentabile mediante la metafora dell'orologio (Smith, 1976 b, 87), molto in voga all'epoca anche con riferimento alla natura (in particolare al movimento dei pianeti). Il mercato in questa metafora è la cassa dell'orologio dentro la quale si cela il meccanismo (*clockwork*), invisibile all'occhio, che riconduce i movimenti dei singoli ingranaggi a un ordine che si manifesta nel funzionamento regolare delle lancette. Sul piano sociale l'interesse egoistico è la molla che mette in azione i diversi movimenti del meccanismo. La concorrenza con le sue leggi, al pari del meccanismo dell'orologio, incanala le azioni dei singoli verso il funzionamento ordinato

(1) Come abbiamo ricordato sopra la concorrenza si svolge tra i proprietari di risorse produttive (concorrenza tra i fattori di produzione), con la conseguenza che ciascuna risorsa è impiegata nella produzione dove è maggiormente produttiva e quindi ogni bene è prodotto al minimo costo, e tra i produttori stessi (concorrenza di prezzo), con la conseguenza che il prezzo dei beni prodotti è il più basso possibile e inoltre sono prodotte le cose desiderate dal consumatore (sovranità del consumatore). Chiaramente il primo tipo di concorrenza non si verifica se vi sono barriere all'entrata, mentre il secondo non si verifica se vi è una qualche forma di collusione tra i produttori. Ma il primo ostacolo alla concorrenza è di gran lunga più importante del secondo. Per Smith la forma più dannosa di collusione, e l'unica che deve essere prevenuta, è quella sorretta da istituzioni di monopolio legale come le corporazioni che limitano l'entrata: «People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in... some contrivance to raise prices. It is impossible to prevent such meetings by any law which either could be executed or would be *consistent with liberty and justice*. But though the law cannot hinder people of the same trade assembling together, it *ought to do nothing to facilitate such assemblies*, much less to render them necessary» (Smith, 1789, 145, corsivo mio) Anche se la concorrenza è debole, i suoi effetti prima o poi si manifesteranno, a meno che non sia ostacolata dallo stato, mediante barriere *artificiali* all'entrata. C'è dunque una gerarchia tra i due aspetti della concorrenza (riallocazione delle risorse e pressione sui prezzi): la prima è più importante perché è una condizione irrinunciabile della seconda. Dunque si può affermare che per Smith la libertà d'entrata è l'aspetto più sostanziale della concorrenza.

Una posizione assai simile è quella di Hayek, il quale pure vede nella libertà di impresa (intesa come libertà dai vincoli legali in genere, sia all'entrata che sui prezzi) l'essenza della concorrenza. Conseguentemente «there is every case for removing human obstacles to competition», Hayek (1948, 104), «The decisive point is... that it is most unlikely that, without artificial obstacles which government activity either creates or can remove, any commodity or service will for any length of time be available only at a price at which outsiders could expect a more than normal profit if they entered the field» (105). Più esplicitamente, Hayek dice che non ci dobbiamo preoccupare delle imperfezioni ma della soppressione della possibilità di intraprendere un'attività, il che può avvenire principalmente per l'intervento dello stato: «Much more serious than the fact that prices may not correspond to marginal cost is the fact that, with an entrenched monopoly, costs are likely to be much higher than necessary» (105).

(2) *Machine* è il termine usato da Smith: «Human society, when we contemplate it in a certain abstract and philosophical light, appears like a great, an immense machine, whose regular and harmonious movements produce a thousand agreeable effects» (Smith, 1976 a, 316). Questo tipo di macchina si differenzia per alcuni aspetti sostanziali dalla nozione di *meccanismo* della teoria economica contemporanea: torneremo su questo punto in seguito.

della società. Tutto ciò, come nell'orologio, avviene in modo perfettamente *automatico*, senza l'intervento consapevole di alcuno: (1) tutti alla fine sono riportati al proprio posto da forze che sovrastano i loro disegni personali e la loro volontà. Si noti inoltre che non solo la concorrenza è un automa, ma il suo movimento è *invisibile*: gli attori sulla scena economica sono inconsapevoli delle conseguenze di quelle azioni grazie a cui ciascuno contribuisce all'ordinato funzionamento del tutto (2).

Nei prossimi paragrafi argomenteremo che questi elementi costituiscono l'ossatura essenziale di qualsiasi modello normativo di concorrenza e da essi trarremo anche alcune indicazioni per le politiche.

3. Quale regolamentazione? Regole contro discrezionalità

Sui mercati non sempre c'è concorrenza o tutta la concorrenza che vorremmo. Si è spesso pensato che in questi casi l'autorità politica possa e debba intervenire per sopperire a queste carenze mediante la regolamentazione del mercato. Ma quale regolamentazione? Voglio subito precisare il senso della mia domanda. Vi sono, come abbiamo già accennato, svariate posizioni di principio in merito alla regolamentazione dei mercati e anche diversi strumenti di intervento, e quindi vi sono diverse ricette per la regolamentazione dei diversi tipi di mercato, ma di questo voglio occuparmi. Come nel paragrafo precedente mi sono occupato dei fondamenti del modello normativo di concorrenza, così qui voglio affrontare alcuni principi fondamentali che dovrebbero guidare l'azione regolativa.

Abbiamo precedentemente evidenziato tre elementi della concezione smithiana della concorrenza: la concorrenza è un meccanismo (*machine*) *invisibile*, *automatico* e *impersonale*. Su questi elementi credo che vi possa essere un accordo, e non solo per l'autorità di Smith: nella maggior parte dei modelli normativi sviluppati successivamente la concorrenza incorpora questo nucleo di caratteristiche, o perlomeno non è in contraddizione con esso. Semmai si potrebbe obiettare che queste non sono sufficienti a caratterizzare esattamente la concorrenza, e quindi sono prive di qualsiasi implicazione operativa per le politiche, ma mostreremo che non è così.

Un modo naturale di ragionare a proposito della regolamentazione potrebbe essere il seguente. Se la regolamentazione deve rimediare all'assenza di concorrenza, bisognerebbe cercare di ricostruire artificialmente la concorrenza là dove quella naturale manca. Ovviamente, se abbiamo un ideale normativo di concorrenza, la regolamentazione *perfetta* sarà quella che cerca di realizzare questo modello

(1) Eccetto quello dell'orologiaio che disegna il meccanismo, ovvero Dio.

(2) Tutt'al più lo scienziato sociale può immaginare e raccontare il funzionamento, ma esso rimane invisibile.

ideale, mediante un atto volontario e coercitivo del potere politico. In realtà la regolamentazione perfetta è una chimera.

Anche posto che sia possibile istituire per decreto un mercato con le caratteristiche volute, vi è almeno una caratteristica, appartenente al nucleo fondamentale della concorrenza elaborato precedentemente, che per forza di cose non è replicabile. Mi riferisco all'invisibilità del meccanismo: se è la legge a stabilire esattamente come debba funzionare il mercato, ammesso per un momento che ciò sia possibile, il meccanismo di mercato cesserebbe per ciò stesso di essere invisibile. Nel passaggio da un meccanismo "naturale" a un meccanismo artificiale, creato dalla legge, accade qualcosa di grande rilievo per l'analisi economica. Le regole di mercato, nel momento in cui diventano norme, acquistano un significato strategico fondamentale, cioè i soggetti reagiscono consapevolmente alle regole visibili. Le norme regolative, come qualsiasi altro vincolo legale, possono essere evase, eluse, piegate al propri fini, il che è ovviamente impossibile con le leggi del mercato. Il legislatore per parte sua anticiperà questi comportamenti e cercherà di disegnare le norme in modo che siano rispondenti agli obiettivi generali che persegue ma che al contempo siano anche effettivamente osservate dai soggetti. Le norme dunque non solo non possono essere inintenzionali, ma non rifletteranno neanche la pura e semplice volontà del legislatore/regolatore (ammesso che esista qualcosa del genere): saranno invece un compromesso tra questa e gli interessi dei soggetti coinvolti. Nella terminologia della moderna teoria economica le norme sono cioè il risultato di un *gioco*, o per maggiore precisione, del *disegno di meccanismi* (1).

Abbiamo visto i motivi per cui la regolamentazione perfetta, intesa come l'esatta replica artificiale della concorrenza naturale, è una *contradictio in terminis*: la regolamentazione è per sua natura *imperfetta*, se prendiamo come riferimento il nucleo fondamentale della nozione di concorrenza precedentemente elaborato. Ma ci sono anche altri problemi.

Il meccanismo naturale della concorrenza è, come abbiamo visto, automatico. Se lo si volesse riprodurre artificialmente, bisognerebbe disporre di norme così finemente specificate da prevedere tutto quello che dovrebbe accadere in tutti i casi possibili, in modo da non richiedere nessuna decisione consapevole da parte del regolatore: in questo mondo ideale il suo ruolo sarebbe semplicemente quello di verificare l'adempimento delle norme e non avrebbe nessun ruolo decisionale. Ad esempio, di fronte a un tentativo di fusione di imprese, le norme dovrebbero contenere indicazioni univoche sulla ammissibilità o meno della fusione e, in caso affermativo, in quali forme debba aver luogo. Ma una domanda come "una fusione è accettabile?" non ammette un'unica risposta valida sempre, né dal punto di vista classico (quello di Smith per intenderci) né della moderna teoria dei mercati, per cui una norma esaustiva dovrebbe specificare esattamente le diverse azioni da intraprendere nelle diverse circostanze. Un altro esempio è il classico problema del monopolio naturale. Può una legge ragionevolmente stabilire una regola come

(1) In inglese i meccanismi nel senso della teoria dei giochi sono designati dal termine *mechanism* che è diverso dalla *machine* di Smith: in effetti i due concetti di meccanismo sono diversi nella sostanza e debbono essere tenuti ben distinti.

“prezzo uguale costo marginale”? Neanche in questo caso c'è una risposta valida in tutte le circostanze: in alcune può essere più opportuno imporre la regola del prezzo uguale al costo *medio*; in altre possono essere inopportune entrambe. Un meccanismo regolativo perfettamente automatico dovrebbe invece specificare a priori quanto deve accadere in ciascuna delle circostanze possibili, ma nessuna legge sarà mai in grado di fare ciò.

Non è detto però che l'azione regolativa, anche se non perfettamente automatica, non possa ugualmente raggiungere risultati simili, se non identici, a quelli della concorrenza naturale. Per precisare meglio, se non è possibile istituire un corpo di norme che guidi in ogni aspetto e circostanza l'azione del regolatore, si può pensare di sopperire a ciò mediante la *discrezionalità* di azione di questo, guidata dal buon senso e dalla benevolenza. Il problema è che inevitabilmente, così facendo, si finisce sul terreno della *personalità* delle decisioni, e viene messo in discussione un altro caposaldo del nucleo normativo, l'impersonalità/imparzialità della concorrenza.

Una specie che, come *l'homo oeconomicus*, popola abbondantemente la letteratura economica è quella del *pianificatore benevolo*, ovvero l'autorità politica o amministrativa che disinteressatamente persegue il pubblico interesse. Ma a un più attento esame esso si rivela una bestia immaginaria, né più né meno del liocorno.

A seconda della bisogna, di volta in volta la teoria economica attribuisce al pianificatore benevolo alcuni attributi poco plausibili, come l'onniscienza e una capacità di calcolo al di fuori del comune, ma il punto veramente critico è quello della benevolenza. Se il pianificatore è un uomo, e non un automa, dobbiamo attenderci in astratto che valga per esso quello che vale per l'uomo medio. Se siamo disposti a accettare che la benevolenza è un sentimento rivolto a persone concrete, non possiamo non riconoscere il conflitto sostanziale tra benevolenza e interesse generale. La benevolenza dunque non è di per sé una buona cosa nella sfera politica. La malevolenza è ovviamente peggiore, ma la benevolenza non può essere considerata una risposta soddisfacente ai problemi politici: «A politician, when motivated by benevolence, will tend to favour his family, his friends, members of his party, ...» (Coase, 1976, 544). In termini più moderni si può sostenere la stessa tesi argomentando che il politico (o il regolatore) è solo l'agente (auto-interessato) dei cittadini, e quindi sussiste un problema “principale-agente” (1). Come tutti i problemi del genere anche questo va affrontato fornendo opportuni incentivi al pianificatore affinché si comporti correttamente.

L'insufficienza della benevolenza come motore della regolamentazione d'altra parte non è la sola difficoltà che la discrezionalità pone. L'azione regolativa molto spesso viene a influire negativamente sugli interessi di pochi soggetti economici dotati di potere monopolistico che, proprio in virtù di tale potere, godono di

(1) Queste idee si sono diffuse grazie alla scuola di *Public Choice* (Buchanan, Tullock), a partire dagli anni sessanta. Oggi sono pienamente accolte nell'economia pubblica di impostazione giochistica. Nonostante ciò il pianificatore benevolo è stato tutt'altro che sradicato dall'immaginario dell'economista, e continua a condurre una vita dignitosa sui manuali e parte della produzione scientifica più recente.

rendite economiche, talvolta anche molto consistenti. La sfortunata coesistenza di questi due fatti – concentrazione dell’interesse e disponibilità di risorse finanziarie in eccesso rispetto alla remunerazione normale dei fattori – rende quindi molto plausibile che una parte di queste risorse vengano destinate a contrastare o a influenzare l’azione del regolatore. Con risorse consistenti si possono ingaggiare i migliori avvocati per opporsi in via giudiziale alle decisioni del regolatore, si può fare attività di lobbying sul legislatore, o più direttamente cercare di influenzarlo mediante benefici di varia natura (anche senza ricorrere alla corruzione: sistemi di influenza ben più sofisticati e perfettamente legali, come la pratica della *revolving door*, si sono dimostrati in tutta la loro efficacia in contesti diversi da quello italiano, ad esempio negli USA). La verità è che anche il più benevolo dei regolatori può trovare molto difficile resistere a queste pressioni: è questo il fenomeno, ben noto, nella letteratura della “cattura del regolatore” (*regulatory capture*). Queste attività di influenza, come qualsiasi altra attività di *rent seeking*, sono doppiamente dannose: e perché, per il solo fatto di essere intraprese e indipendentemente dall’esito, sono dissipatrici di risorse e perché talvolta vanno a buon fine, distraendo il regolatore dai suoi fini istituzionali. L’argomento della *regulatory capture* è indubbiamente uno dei più forti a disposizione dei liberali estremi, che ripudiano tout court la regolamentazione, e certamente un argomento che reclama controdeduzioni convincenti.

Riassumendo, la difficoltà pratica fondamentale dell’azione regolativa, non potendo questa essere guidata da norme “complete” (nel senso in cui questo termine è usato nella moderna teoria economica dei contratti), è costituita dal trade-off tra flessibilità e imparzialità dell’azione regolativa: un’adesione più rigida a regole per loro natura incomplete comporta più automatismo e più impersonalità, ma anche minore flessibilità in un contesto vario e mutevole; viceversa, più discrezionalità, comporta un minore grado di impersonalità, e presumibilmente una maggiore probabilità che interessi privati interferiscano con l’obiettivo del massimo benessere sociale, ma anche maggiore flessibilità. Ovviamente si tratta di un dilemma fondamentale, che non si può pretendere di risolvere in poche righe, e soprattutto rimanendo sul piano astratto su cui ci siamo mossi finora. Ma anche a questo livello si può stabilire qualche punto fermo.

Il dilemma tra regole e discrezionalità sta, non casualmente, al centro del dibattito sulla pubblica amministrazione in Italia. A questo riguardo, sembra farsi oggi strada tra alcuni economisti, forse sull’onda dei recenti sviluppi della teoria economica dell’organizzazione, una risposta alle difficoltà in cui si dibatte la pubblica amministrazione italiana che trovo preoccupante. L’idea è in poche parole questa: il modello dell’organizzazione privata funziona meglio, perché è più flessibile, meno “burocratico”; allora importiamo questo modello nel pubblico allentando le regole e aumentando discrezionalità e responsabilità dei funzionari (1). È l’ultima parte del ragionamento che è pericolosamente sbagliata.

(1) Rizzo (1994) fornisce un esempio di *tale* posizione. Anche Marrelli e Martina (1994) invocano, sia pure partendo da premesse diverse, un allentamento degli automatismi nella regolamentazione, cfr. ad es. p. 4.

Dire che la discrezionalità è vantaggiosa nel privato non significa nulla: i vantaggi della discrezionalità possono essere sfruttati pienamente in un'impresa perché c'è un meccanismo di disciplina *a monte* di essa, cioè proprio la concorrenza, che punisce l'impresa internamente inefficiente cacciandola fuori dal mercato. Anche nel pubblico, se si decide di attribuire discrezionalità al politico o all'amministratore, non ci si può appellare semplicemente alla sua "benevolenza", ma è necessario un meccanismo sanzionatorio, impersonale e automatico per quanto possibile, a monte del decisore che gode di discrezionalità. Questo, se lo si vuole congegnare sulla falsariga del modello privato, presuppone la rimovibilità degli amministratori che fanno scelte economiche inefficienti, anche quando non commettono nessun abuso.

Il problema non è in linea di principio irrisolvibile. Si può immaginare un sistema di concorrenza tra centri di spesa all'interno dell'amministrazione, per cui i centri meno efficienti vengono esclusi dai finanziamenti e in tal modo vengono automaticamente soppresse le posizioni dirigenziali coinvolte. Oppure si può pensare che il responsabile di un certo organo tecnico con autonomia decisionale abbia natura elettiva, e quindi il meccanismo sanzionatorio sia la concorrenza per la carica (ma in questo caso il meccanismo sanzionatorio deve essere diretto: se è il Parlamento eletto, o il Governo eletto nel suo seno, che coopta il regolatore o l'amministratore, la responsabilità risulta troppo diluita e presumibilmente il meccanismo sanzionatorio inefficace). Questi sono solo esempi, peraltro da approfondire nelle opportune sedi, di meccanismi che mimano la concorrenza di mercato, e altri ancora se ne possono immaginare.

Un principio però mi sembra si possa affermare con sufficiente sicurezza: se si attribuisce discrezionalità, è necessario prevedere, più in basso o più in alto, un meccanismo sanzionatorio efficace, e quindi impersonale e automatico, il più simile possibile a quelli a cui sono sottoposti i decisori all'interno delle organizzazioni private. In poche parole, se privato deve essere, che sia privato fino in fondo, e non solo a metà.

Il problema fondamentale per impostare l'azione regolativa non è dunque definire buone tecniche regolative (i manuali di economia ne sono pieni), ma un buon *meccanismo regolativo*, capace di risolvere il problema del controllo della discrezionalità. Lo stesso vale per l'azione amministrativa in genere: non mancano le buone tecniche di gestione amministrativa, il problema è semmai come strutturare il controllo di decisioni che possono essere economicamente sbagliate, anche se perfettamente lecite (per quelle illecite gli strumenti sono di altra natura e esistono già). Queste considerazioni ci portano sulla soglia di una problematica, quella della *organizzazione ottimale* degli organi responsabili della regolamentazione dei mercati, e più in generale dell'amministrazione, che certamente travalica i nostri scopi, e qui ci fermiamo, ma con una conclusione ferma: *laddove non sia possibile, per qualche motivo, istituire adeguati meccanismi di controllo della discrezionalità dell'amministratore o del regolatore, è meglio rassegnarsi a regole rigide, anche se imperfette.*

Nel prossimo paragrafo illustreremo brevemente come queste conclusioni valgano anche per la organizzazione dei mercati pubblici.

4. La concorrenza nei mercati pubblici

La discussione precedente ci ha consentito di stabilire un principio fondamentale per l'indirizzo dell'azione regolativa: se non è possibile istituire dei meccanismi sanzionatori impersonali, è meglio restringere il più possibile la discrezionalità del regolatore, cioè ricorrere a regole molto rigide. Questo principio in effetti ha validità anche al di fuori dello specifico campo della tutela della concorrenza sui mercati privati; vale anche per i mercati pubblici.

Nei mercati pubblici lo stato compare come unico acquirente di beni o servizi. Questi possono essere o fattori della produzione di servizi direttamente prodotti dallo stato oppure servizi prodotti da terzi e messi direttamente a disposizione del pubblico con diverse modalità (quest'ultimo caso è quello dello stato titolare di un servizio che delega la produzione a terzi, tipicamente mediante l'istituto della concessione di gestione).

Anche su mercati di questo genere la concorrenza tra i potenziali fornitori è benefica e le caratteristiche che la concorrenza dovrebbe idealmente possedere non sono diverse da quelle per i mercati privati. La concorrenza su questi mercati non può, ovviamente, mai essere spontanea: è lo stato stesso che istituisce il mercato e fissa le regole di funzionamento, attraverso gli strumenti propri dell'azione amministrativa. Introdurre quindi la concorrenza in un mercato pubblico significa anzitutto, anche se non esclusivamente (1), adottare meccanismi di aggiudicazione impersonale dei contratti che consentano la partecipazione di tutti i soggetti che possono fornire una determinata prestazione, e selezionino i contraenti che fanno le offerte migliori per il committente.

Nei mercati pubblici lo strumento contrattuale di base è l'*appalto* e la concorrenza può affermarsi in fase di scelta del contraente se si ricorre a gare per l'aggiudicazione dell'appalto. Ma attenzione: perché si abbia effettiva concorrenza, non basta una gara qualsiasi; è necessario che risponda a regole appropriate. Non possiamo qui scendere nei dettagli, ma è importante notare che, al di là degli aspetti specifici dei meccanismi di aggiudicazione (che possono anche essere di notevole complessità tecnica), è fondamentale garantire che l'assegnazione dei contratti per le commesse pubbliche (siano esse di fornitura, servizi o lavori) avvenga in condizioni concorrenziali, cioè vi siano libertà d'accesso e parità di trattamento. L'impersonalità è meglio tutelata da meccanismi automatici di assegnazione, in assenza di discrezionalità da parte dei funzionari. Questa però entra in conflitto con la flessibilità, e si ripropone dunque il dilemma fondamentale tra discrezionalità e regole, di cui ci siamo occupati nel precedente paragrafo con riferimento alla regolamentazione dei mercati privati. Vediamo ora rapidamente come la normativa affronta questo dilemma in un particolare settore delle commesse pubbliche – quello delle opere pubbliche.

(1) Rimane difatti il problema della concorrenza ex post, quando gli accordi abbiano una durata particolarmente lunga.

Se una delle condizioni basilari per la concorrenza nei mercati dei contratti pubblici è l'assenza di discrezionalità nell'assegnazione, allora la scelta del contraente per un appalto di lavori, attuata sulla base del prezzo più basso, che è un meccanismo perfettamente automatico, è la traduzione pratica migliore del principio generale? Purtroppo non è così semplice. Il criterio del minimo prezzo non presenta controindicazioni in tutti i casi in cui gli offerenti offrono lo stesso oggetto: quando la gara riguarda l'acquisto di un oggetto con caratteristiche date, l'unica variabile che differenzia le diverse offerte è il prezzo, e quindi l'asta va aggiudicata sulla base dei prezzi quotati. Più frequentemente però, specie nel campo dei lavori pubblici, l'oggetto del contratto che è messo in gara non ha caratteristiche date (non esiste neanche al momento della gara), per cui diverse offerte comportano di fatto anche oggetti diversi, e non solo prezzi diversi. In altre parole, le offerte si differenziano in queste circostanze non solo per il prezzo ma anche per altre variabili che raggruppiamo per comodità sotto la generica denominazione di qualità (e quindi le aste sono multidimensionali). In tali casi, valutare le offerte tenendo conto del solo prezzo è erroneo (e l'errore è presumibilmente tanto maggiore quanto più diversi tra loro sono gli oggetti offerti, cioè la loro "qualità"), perché non è detto che le offerte dal prezzo più basso comportino anche la massima qualità ("valore") del manufatto. Pertanto la valutazione corretta è quella che bilancia le caratteristiche di "qualità" e di costo di ogni offerta, nel modo più conveniente per l'amministrazione. Se si fa riferimento ai committenti privati, si osserva che questi in effetti tengono spesso conto di fattori diversi dal prezzo e non scelgono sempre l'offerta che comporta il prezzo più basso.

L'attuale normativa sui lavori pubblici (L.109/94 con le modifiche della L. 216/95) esclude che si possa ricorrere a criteri di assegnazione diversi dal minimo prezzo (eccetto che per le particolari tipologie della *concessione di lavori pubblici e dell'appalto-concorso*, ai quali è riservata la modalità di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa), e quindi taglia alla radice i problemi connessi alla valutazione discrezionale da parte del funzionario pubblico. Come abbiamo notato sopra, questa scelta radicale può comportare dei costi in termini di qualità, e in ultima analisi perdite di efficienza complessiva.

Qui non è in discussione la scelta di regole rigide di aggiudicazione, ma discutibile è la particolare regola che viene adottata dalla legge. In altre parole, anche mantenendo fermo il principio generale che occorrono regole rigide in mancanza di opportuni meccanismi sanzionatori, non è detto che si debba necessariamente accogliere la regola più semplice possibile (come quella del prezzo più basso). Le regole possono essere rigide ma sofisticate: ad esempio si può ricorrere all'aggiudicazione in base all'"offerta economicamente più vantaggiosa", determinata applicando regole di valutazione delle offerte che tengano conto anche della qualità.

Concludendo, con l'attuale organizzazione della pubblica amministrazione appoggiarsi a regole rigide a scapito della discrezionalità è probabilmente l'unica soluzione ragionevole, sempre che queste siano corrette, il che, per quanto ovvio, è tutt'altro che scontato con un legislatore come quello italiano che non mostra alcun interesse per le conseguenze economiche dei meccanismi che disegna. In ef-

fetti anche in quelle parti della normativa in questione dove viene ammessa la regola di aggiudicazione dell'“offerta economicamente più vantaggiosa” (come per le concessioni di costruzione e gestione), vengono sì proposti dei criteri rigidi di valutazione delle offerte ma questi violano alcuni requisiti di base della razionalità economica (Mori, 1986). Purtroppo imporre regole rigide ma errate può alla fine comportare danni maggiori di quelli che si vogliono in tal modo evitare.

Riferimenti bibliografici

- COASE R. H., *Adam Smith's View of Man*, *Journal of Law and Economics*, 19 (1976), pp. 529-546.
- EVENSKY I., *The Evolution of Adam Smith's Views on Political Economy*, *History of Political Economy*, 21 (1989), pp. 123-145.
- HAYEK F., *The Meaning of Competition*, in *Individualism and Economic Order*, Chicago: Chicago University Press, 1948.
- MARRELLI M., MARTINA R., *La tutela della concorrenza come disegno di meccanismi efficienti*, relazione alla Società Italiana degli Economisti, Milano 1994.
- MORI P., *Concorrenza*, in G. Lughini (a cura di), *Dizionario di economia politica*, Torino: Bollati Boringhieri Editore, 1989, pp. 11-92.
- MORI P., *L' "offerta economicamente più vantaggiosa" è davvero vantaggiosa? Regole e razionalità nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, Università di Firenze, 1996.
- RIZZO I., *I contratti nella pubblica amministrazione: considerazioni metodologiche per una verifica empirica*, *Economia pubblica*, (1994), pp. 7-16.
- SMITH A., *The Theory of Moral Sentiments*, (1759), Oxford: Clarendon Press, 1976 a.
- SMITH A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, (1776), Oxford: Clarendon Press, 1976 b.

MARCO ONADO

LA CONCORRENZA NEL SETTORE FINANZIARIO

SOMMARIO: **1.** Premessa – **2.** La concorrenza nel campo finanziario –
3. Alcuni fatti stilizzati sulla concorrenza in campo finanziario –
4. Conclusioni.

1. Premessa

L'incontro è dedicato alla concorrenza nei suoi aspetti generali, piuttosto che settoriali. Credo però valga la pena di analizzare la situazione del settore finanziario, per almeno due buoni motivi.

Primo. Il tema della concorrenza nel settore finanziario è un caso paradigmatico di un vero e proprio contrasto di sentimenti con cui l'argomento è stato affrontato sia dalla teoria economica, sia dalla dottrina giuridica.

Secondo. La concorrenza che si realizza sul mercato dei capitali ha effetti generali sull'intero sistema produttivo sia perché riguarda un input fondamentale per tutte le imprese, sia perché solo un sistema finanziario efficiente e competitivo può esercitare al meglio la sua funzione di garantire che l'allocazione del capitale privilegi gli impieghi che assicurano il maggior rendimento.

Nei limiti di tempo di questo intervento cercherò di trattare brevemente i seguenti punti:

- a) i problemi generali connessi all'analisi dei fenomeni concorrenziali all'interno del sistema finanziario;
- b) l'intensità e le modalità con cui la concorrenza si è diffusa nei sistemi finanziari dei principali paesi e in particolare in Italia;
- c) le implicazioni per quanto riguarda la politica della concorrenza in generale e la struttura del sistema finanziario in particolare.

2. La concorrenza nel campo finanziario

Se la concorrenza è concetto pervasivo, che deve essere analizzato in senso dinamico e non statico – come dice Hayek – occorre considerare, anche in un'ottica settoriale, tutti i livelli possibili in cui le forze competitive possono continuare a determinare l'efficiente allocazione delle risorse.

Vale a dire:

- a) il mercato degli input (capitale, lavoro e tecniche produttive relative);
- b) il mercato dei prodotti;
- c) il mercato del controllo proprietario.

In tutti questi tre aspetti la specificità dell'attività finanziaria ha condizionato e condiziona sia le modalità con cui la concorrenza si esercita, sia la regolamentazione complessiva del settore che ovviamente ha effetti decisivi sulla concorrenza.

Mettere in evidenza la specificità del settore finanziario non è frutto di un peccato di orgogliosa presunzione, ma deriva piuttosto dalla necessità di considerare gli elementi intrinseci che caratterizzano l'attività di intermediazione (senza i quali, fra l'altro, non ci sarebbero intermediari) e quindi dalla necessità di capire come funzionano i mercati in cui si negoziano beni non verificabili come la moneta e i crediti, cioè promesse di pagamenti futuri.

Gli aspetti che meritano di essere sottolineati ai nostri fini sono almeno due.

Primo. Con riferimento al mercato dei prodotti (qui definiti come i vari servizi d'intermediazione offerti dalle banche e dagli altri intermediari) la natura del servizio e l'innovazione finanziaria rendono estremamente difficile l'individuazione di confini precisi e assoluti.

“Il carattere particolare del prodotto bancario, non omogeneo e scarsamente sostituibile per il prenditore di fondi, non solo rende impossibile individuare UN mercato ma condiziona l'estensione dei mercati stessi alle caratteristiche della clientela più che a proprietà oggettive” (Banca d'Italia, 1992, p.11).

E ancora: “il grado di sostituibilità tra prodotti offerti da intermediari creditizi ovvero da soggetti non bancari non è una caratteristica intrinseca del prodotto: i confini tra mercati creditizi e finanziari tendono a mutare nel tempo soprattutto come effetto dell'innovazione finanziaria e tecnologica, e gli elementi che hanno consentito di distinguere sotto il profilo tecnico tra operatori creditizi e altri intermediari non devono spingere a negare l'esistenza di ampie aree di sovrapposizione operative tra soggetti differenti. Si rende pertanto indispensabile mantenere una visione complessiva dei meccanismi concorrenziali operanti nei mercati finanziari nonché sull'evoluzione delle frontiere fra mercati” (ibidem).

Come è stato affermato infatti con riferimento all'esperienza statunitense, “Market definition is an artificial construction created by antitrust litigation. For any other purpose of economic analysis the question of whether particular firms or productions are ‘in’ or ‘out’ is a meaningless one”.

Come vedremo, l'esperienza di tutti i principali paesi dimostra che l'aumento della concorrenza all'interno dei sistemi finanziari non è venuto tanto da un mutamento all'interno di un dato mercato o di una data categoria di operatori (ad esempio mediante un aumento del numero di banche operanti) quanto mediante l'allargamento dei mercati e la caduta di barriere (regolamentari o di tecnica produttiva) fra un segmento e l'altro.

Secondo. Anche ad un altro livello, la specificità del credito può influire sull'intensità degli impulsi concorrenziali e sull'efficienza. La speciale regolamentazione cui sono soggette le banche e gli altri intermediari, può infatti indebolire gli impulsi concorrenziali sul mercato dei prodotti, ma anche può rendere meno efficaci i meccanismi del *corporate control*. Con questo termine, come è noto, si definiscono i vari mezzi con cui chi detiene i diritti di proprietà sull'impresa, nel nostro caso sulla banca, è in grado di forzare il management a seguire comporta-

menti che massimizzano l'efficienza dell'impresa e in particolare il suo valore nel lungo termine.

Gli elementi che di diritto o di fatto creano limiti alla negoziabilità delle azioni bancarie oppure creano barriere all'uscita anche delle imprese inframarginali indeboliscono e magari annullano del tutto, la disciplina che il mercato in senso lato può esercitare sul management della banca e indurli a comportamenti ottimizzanti.

3. Alcuni fatti stilizzati sulla concorrenza in campo finanziario

Tutte le analisi sono concordi nel riconoscere che gli ultimi venti anni sono stati uno dei periodi di più intensa innovazione e concorrenza nella storia del sistema finanziario mondiale, che non è andato dunque esente dagli eccessi tipici di un periodo di grandi fermenti.

Gli elementi fondamentali sono quattro:

- i) L'aumento della concorrenza fra banche e intermediari non bancari, dunque fra soggetti prima separati fondamentalmente da barriere regolamentari. È stato l'ingresso nei servizi bancari della *building societies* a creare gli impulsi competitivi più forti, assai più delle politiche delle *clearing banks*. Negli Stati Uniti sono stati altri intermediari e in particolare i *mutual funds* a modificare sostanzialmente lo scenario concorrenziale.
- ii) L'internazionalizzazione ha ampliato la dimensione geografica dei mercati e ha creato alternative significative per una gamma sempre più ampia di utenti.
- iii) L'aumento della concorrenza fra prodotti bancari e titoli indotto dai processi di *securitisation* ha creato alternative importanti sia sul versante dei servizi di finanziamento alle imprese, sia sul versante dei servizi di investimento fra i risparmiatori.

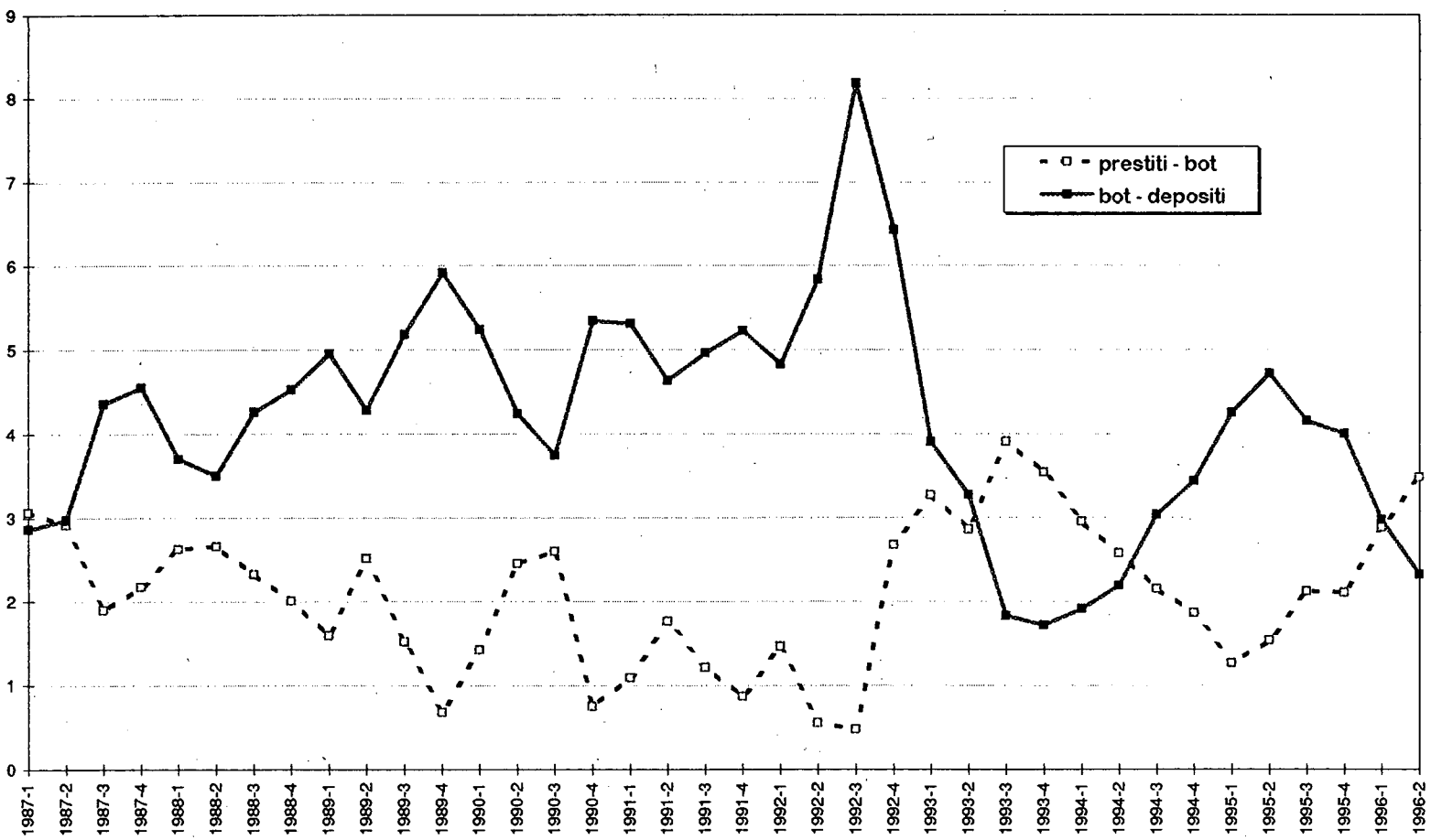
In altre parole, le linee evolutive dei principali sistemi finanziari presentano, fra i pochi tratti comuni identificabili, proprio quello di ampliare nel corso del tempo la gamma degli strumenti finanziari esistenti e dunque di accentuare i rapporti di sostituzione tra le varie componenti del portafoglio degli investitori. Il mercato dei titoli è divenuto così il denominatore comune delle tensioni competitive esistenti in un sistema finanziario.

La *securitisation*, che rappresenta un elemento centrale della evoluzione recente dei sistemi finanziari, è interpretabile come maggior sostituibilità fra i titoli e i tipici prodotti delle banche e degli intermediari in genere.

- iv) Il maggior ricorso delle banche al mercato dei capitali interni e internazionali e dunque il rafforzamento dei meccanismi di corporate control che agiscono sul comportamento delle banche.

Differenziale tassi bancari medi - Bot 3 mesi

Fig. 1



I dati indicati nel grafico sono sufficienti per un'analisi sintetica come quella che qui ci si propone, ma è noto che esistono evidenze assai più sofisticate. L'andamento del tasso passivo, pure illustrato dal grafico, vuole semplicemente ricordare che lo spread bancario deriva più dal mark-down sui depositi che non dal mark-up sugli impieghi. Dato però che non esistono elementi per comparare direttamente in termini finanziari il deposito e il titolo pubblico a breve, non si possono trarre indicazioni neppure di prima approssimazione sulla situazione concorrenziale in questo mercato.

Rimanendo però all'interno del mercato degli impieghi, vi sono due elementi qualitativi da sottolineare con riferimento alla situazione italiana.

Il primo è la concentrazione dei prodotti verso il tradizionale prestito bancario a breve termine. Meno diffusi rispetto all'estero sono i prestiti a medio termine alle imprese; pressoché sconosciute le clausole contrattuali che consentono di rafforzare le azioni di monitoring del creditore; rari i processi di securitisation del debito delle imprese. L'altra caratteristica è la scarsa internazionalizzazione dell'attività creditizia. Limitata la presenza sui mercati esteri, trascurabile la quota di mercato nei vari comparti dell'investimento e in particolare nell'underwriting.

Quindi, una gamma di prodotti limitata e una internazionalizzazione modesta, il cui elemento comune è la sostanziale estraneità delle banche italiane all'evoluzione che ha interessato i principali mercati mobiliari (in particolare quelli del debito pubblico, ma non solo quelli, se si tiene conto del peso assunto dagli intermediari esteri sul mercato primario e secondario del nostro debito pubblico).

In altre parole, è vero che la concorrenza sul mercato italiano dei prestiti è alta (si può anche parlare di eccesso di concorrenza) ma è anche vero che altri settori di attività creditizia non vengono esplorati.

In definitiva, nel sistema bancario italiano sono mancate e mancano tuttora le spinte competitive che il mercato finanziario è in grado di esercitare sul mercato dei prestiti e in generale sul mercato dei titoli emessi dalle banche.

È vero che banca e borsa sono complementari piuttosto che alternativi. Ma nel senso che la complementarità individua una forma di attività finanziaria che fa venir meno molti elementi di segmentazione e quindi accentua i rapporti di sostituzione fra prodotti finanziari prima separati e dunque aumenta la concorrenza all'interno del sistema bancario e del sistema finanziario nel suo complesso.

Nel caso italiano, il mancato ingresso delle banche italiane nei processi di securitisation è già una prova sufficiente di una debolezza costituzionale dei meccanismi concorrenziali. Vi è peraltro evidenza ancora più netta su un altro versante, quello delle emissioni dirette delle banche che dimostra la riluttanza ad affrontare il confronto con il mercato mobiliare.

In primo luogo, basterà ricordare che tutte le casse di risparmio che dopo la trasformazione in Spa hanno collocato azioni presso il pubblico sono ancora in attesa di arrivare alla quotazione. I titoli sono oggetto quindi di negoziazioni allo

sportello dello stesso emittenti e non sono soggetti al vaglio di un mercato organizzato.

In secondo luogo, il mercato delle obbligazioni bancarie è caratterizzato da alcune peculiarità che sono ben sintetizzate dalla figura. 2.

È anche da ricordare che i tassi a cui le obbligazioni sono state emesse dimostrano una sostanziale convergenza, a parità di condizioni finanziarie (il che dimostra che esse incorporano un rischio uguale per tutte le banche) e per di più presentano tassi medi inferiori ai titoli del debito pubblico, il che è pure palesemente in contrasto con una logica di mercato. La figura 3 mette in evidenza i differenziali dei tassi delle passività bancarie rispetto ai titoli del debito pubblico.

In conclusione:

- i) è ancora debole il vaglio del mercato su un input fondamentale, cioè quello del capitale proprio. I meccanismi concorrenziali che agiscono sulla cosiddetta corporate governance e che possono vincolare il management a comportamenti massimizzanti sono ancora limitati ad una parte non maggioritaria del sistema bancario.
- ii) è ancora debole il vaglio del mercato su una parte fondamentale delle passività che in quanto non assicurate dovrebbero invece presentare tassi di rendimento differenziati in funzione della redditività attesa.

4. Conclusioni

L'analisi svolta, per quanto sintetica, dimostra che il problema fondamentale è quello di consentire che all'interno del sistema finanziario si liberino gli impulsi concorrenziali che si sono osservati e si osservano negli altri sistemi finanziari.

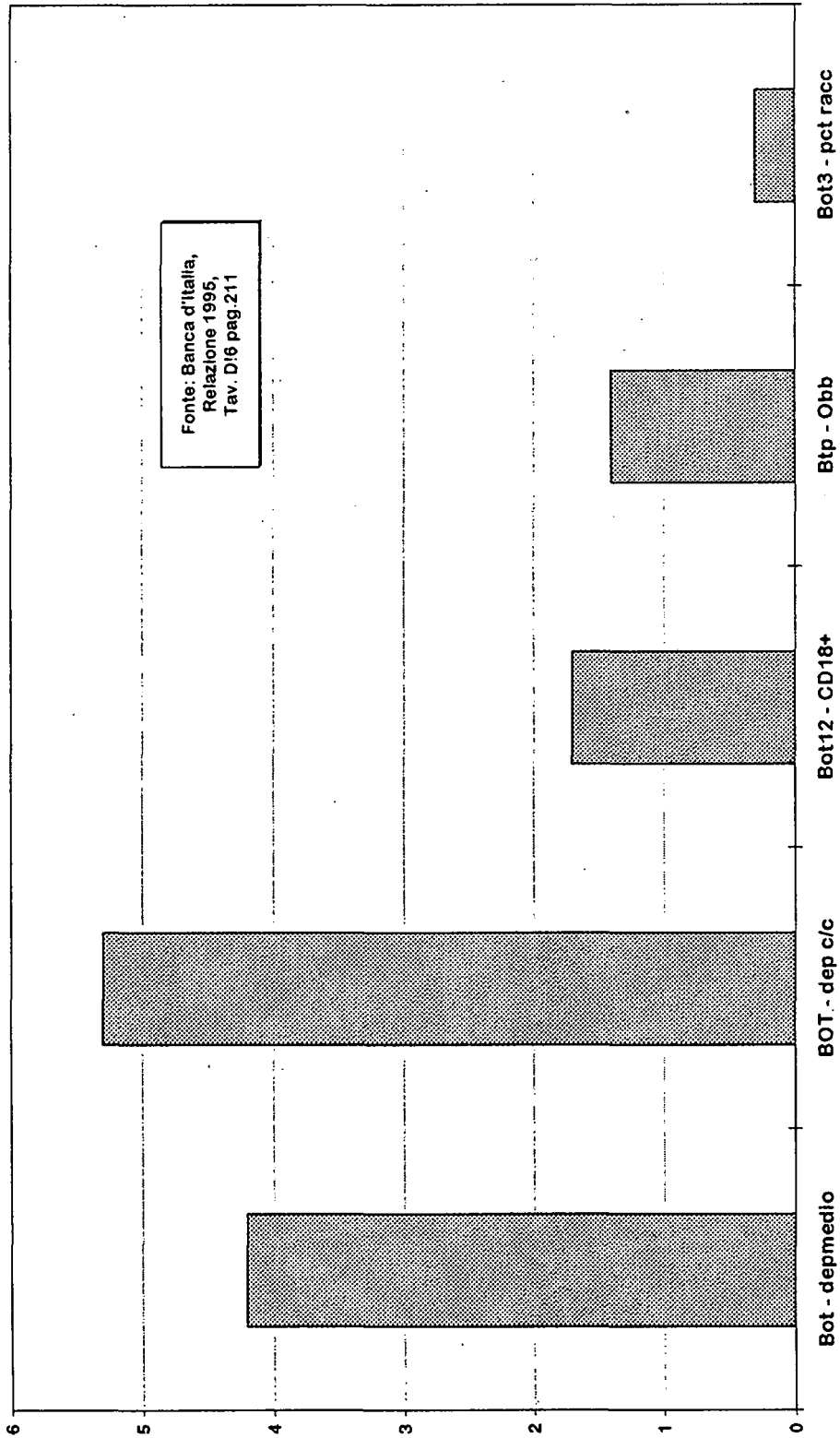
Occorre allora chiedersi quali caratteristiche strutturali dell'ordinamento possono favorire questa evoluzione.

1. La prima esigenza è quella dell'unitarietà con cui debbono essere considerati i fenomeni finanziari, indipendentemente dal fatto che riguardino la banca o la borsa. Solo così si possono rafforzare i meccanismi di complementarità, non di contrapposizione, fra la prima e la seconda.

In passato, l'aver considerato il diritto del mercato finanziario come qualcosa di fondamentalmente settoriale e separato da quello bancario ha sicuramente accentuato la segmentazione e quindi reso meno marcati i possibili collegamenti operativi e funzionali. Nello stesso tempo, il diritto finanziario sembra essersi occupato dei contratti, dunque degli strumenti, più che dell'attività di intermediazione mobiliare complessivamente considerata. La conseguenza sul grado di concorrenza del settore possono essere drammatiche, come dimostra la non lontana esperienza dei titoli atipici, o ritardanti rispetto all'evoluzione internazionale, come dimostra il lungo periodo di gestazione della legge italiana sull'intermediazione mobiliare e delle altre leggi che l'hanno accompagnata.

Differenziale di tasso relativi alla raccolta delle banche
(IV trimestre 1995)

Fig. 3



2. Il potere disciplinare del mercato finanziario italiano è più debole rispetto agli altri paesi, anche per motivi riconducibili a carenze normative. Questo anche perché il diritto societario sembra esser stato a lungo considerato come qualcosa di esterno ai meccanismi giuridici che garantiscono la concorrenza e l'efficienza del mercato del credito nel suo complesso.

Il diritto societario non è cioè all'altezza del diritto della concorrenza in senso stretto, per quanto riguarda la capacità di sviluppare le forze competitive tipiche del mercato finanziario.

Si è così aperto uno iato fra un sistema di leggi e regolamenti di base che tutela il risparmio ed un diritto societario ancora fortemente sbilanciato a favore degli azionisti di controllo, specchio di un mercato debole e di una ostilità ad assumere la tutela degli azionisti di minoranza (Macchiati 1996).

3. Vi è ancora il rischio che negli strumenti legislativi il pur comprensibile obiettivo della stabilità venga esteso all'eccesso. Si potrebbe così proporre sotto nuova veste lo spettro dell'ordinamento settoriale. In questo caso, si potrebbe cioè essere tentati di attutire gli impulsi concorrenziali in funzione della "specialità" degli intermediari e degli effetti potenzialmente destabilizzanti della concorrenza.

A questo proposito si possono formulare due considerazioni fondamentali. La prima è che la stessa logica che ispira la vigilanza in tutti i paesi, basata sulla *capital adequacy* richiede che il mercato sia in grado di esprimere una valutazione sul grado di rischio delle banche, innanzitutto esprimendo valutazioni di prezzo sulle azioni e sulle passività non assicurate emesse dalle banche. Se la normativa, la struttura proprietaria delle banche o il comportamento delle autorità portano a situazioni per cui il costo del capitale proprio o di debito (non assicurato) delle banche è invariante rispetto alle condizioni intrinseche di rischio, non solo si creano gravi distorsioni concorrenziali, ma si mina anche alla base la stessa logica dell'attuale vigilanza.

In secondo luogo occorre ricordare che la tutela della stabilità è strettamente legata all'attività delle banche e in particolare al loro intervento nel sistema dei pagamenti; riguarda in modo diverso gli intermediari mobiliari; non riguarda gli intermediari che svolgono gestione di patrimoni. Per costoro la tutela fondamentale deriva dalle norme che impongono la separazione del patrimonio dei clienti gestiti rispetto a quello dell'intermediario, una misura che andrebbe estesa a tutte le forme di risparmio gestito, indipendentemente dalle forme tecniche che assume (Onado 1996).

4. Il corretto funzionamento degli impulsi concorrenziali provenienti dal mercato finanziario richiede che le autorità di controllo siano dotate di poteri di enforcement capaci di agire in modo rapido ed efficace (la prima caratteristica condiziona evidentemente la seconda). Sull'attribuzione di tali poteri mi sembra che la dottrina giuridica abbia pienamente accolto la tesi da tempo sostenuta da Casse e da altri, secondo cui la potestà sanzionatoria va considerata come una sorta di completamento e di punto di chiusura del complesso dei poteri attribuiti alle autorità amministrative indipendenti.

La rapidità ai fini dell'efficacia sembra invece un problema meno avvertito. Un punto su cui occorre sensibilizzare l'attenzione è che l'attività di vigilanza nel campo dell'intermediazione mobiliare deve essere trasparente e immediata così come pubblici e immediati sono (dovrebbero essere) i processi di formazione dei prezzi. Se l'informazione riservata è la caratteristica fondamentale dell'attività bancaria (e in qualche misura anche della vigilanza relativa) l'informazione pubblica è la caratteristica fondamentale dei mercati finanziari e quindi degli interventi di vigilanza che la riguardano.

Il mio intervento, molto breve, vuole essere un contributo empirico al tema della concorrenza nell'ambito dei mercati finanziari, che non pretende certo di porsi al livello della discussione dottrinale che si è sviluppata nel corso di questa mattinata ma che in essa ben si inquadra e da essa può trarre elementi per possibili applicazioni operative. Vorrei, infatti, tentare di portare l'attenzione sull'importanza che assume la concorrenza nella trasformazione dei mercati finanziari italiani e sui contenuti che ad essa si richiedono e che di essa si vanno affermando nello sviluppo di tali mercati.

L'eredità da cui partono i nostri mercati finanziari è una politica economica che per lungo tempo ha creato e sostenuto forti incentivi alla crescita e all'assunzione del rischio. Al centro di questa eredità si colloca il bilancio pubblico. Esso, come noto, e specialmente a questo consesso di studiosi, ha, per un tempo ormai divenuto storia del nostro paese, sostenuto gli investimenti dell'impresa a partecipazione statale, ha assorbito i costi della politica di sostegno alle grandi imprese in crisi, ha garantito il finanziamento dello sviluppo da parte delle banche pubbliche, ha compensato il ridotto contributo sul lato delle entrate di una vasta area di imprese, prevalentemente piccole e medie, in grado di generare profitti e occupazione.

L'insieme di questa politica economica ha sistematicamente distribuito il rischio di investimento tra i contribuenti, e quindi tra i risparmiatori in qualità di contribuenti.

Ragioni di efficienza, più che di equità, costituiscono oggi la motivazione di fondo della necessaria e ormai urgente trasformazione della politica economica del nostro paese, in coincidenza con la scelta di una più forte integrazione nell'economia europea. Ai mercati finanziari si assegna di conseguenza il compito di accompagnare il passaggio ad una nuova realtà economica con una crescente valorizzazione dell'impiego produttivo delle risorse del risparmio a sostegno del processo di accumulazione.

Si rende così necessario lo sviluppo di un'intermediazione finanziaria efficiente e stabile in grado di concorrere all'individuazione dei progetti imprenditoriali meritevoli e di raccogliere le risorse dei risparmiatori distribuendo il rischio. Con tale mutamento i risparmiatori, che un tempo, peraltro non ancora interamente concluso, sostenevano il rischio aggregato della crescita come contribuenti, devono ora essere messi in grado di modificare la loro condizione partecipando direttamente, attraverso i mercati finanziari, al rischio di impresa.

Questa trasformazione implica come necessario uno sviluppo della concorrenza che renda possibili e assicurati mercati liquidi e efficienti; richiede la possibilità di una formazione dei prezzi delle attività finanziarie che garantisca un rendimento correlato al rischio; esige l'acquisizione di tutta l'informazione disponibile sul valore e sulla affidabilità degli emittenti.

Il riconoscimento e la attribuzione di una facoltà di scelte efficienti da parte del risparmiatore ai fini dell'assunzione diretta e consapevole del rischio di impresa si configura così come una situazione giuridica soggettiva, ancora da delineare

peraltro nei suoi contorni e contenuti precisi come bene ha sottolineato Floriano d' Alessandro, la cui tutela deve porsi non solo come limite di esclusione dei comportamenti che impediscono o riducono, a danno del risparmiatore, l'accesso al mercato e l'offerta di prodotti mobiliari e l'utilizzazione di tutti i mezzi contrattuali e tecnologici che possono arricchire e accrescere la possibilità e la capacità di scelta del risparmiatore stesso, ma anche nella garanzia della possibilità di fruire di un continuo ampliamento di tali accesso, offerta, contratti e progressi tecnologici che possono arricchire e accrescere le sue scelte.

Ignazio Musu ci ha spiegato chiaramente il contenuto di teoria economica sottostante alla tradizione "neoclassica" del diritto della concorrenza che si è sviluppato sul versante dell'esclusione dei comportamenti vietati con l'assegnazione alle autorità di regolamentazione di un compito di correzione delle deviazioni dalle condizioni ritenute idonee a garantire la struttura, definita come concorrenziale, di un determinato mercato.

Ma questo approccio non è più sufficiente, ed infatti è considerato superato dalla stessa analisi economica come pure Musu ci ha illustrato, per curare, secondo le esigenze attuali di una concorrenza dinamica, l'interesse generale alla funzionalità e all'efficienza dei mercati finanziari a tutela della libertà e delle possibilità di scelta del risparmiatore. Si rende oggi sempre più necessario un atteggiamento attivo di sviluppo della concorrenza da parte delle autorità competenti per i distinti comparti del mercato finanziario e dei valori mobiliari, che consenta non solo di incidere in modo migliorativo sulla struttura di mercato esistente favorendo in esso la diffusione e la trasparenza dell'informazione ma anche di permettere e facilitare l'ingresso di aziende e di prodotti nuovi, ancorché marginali ma che il mercato possa esso valutare e, se del caso, sviluppare.

Un avvio positivo in questa direzione mi sembra si possa già cogliere nella nuova disciplina dei mercati e degli intermediari finanziari contenuta nel decreto delegato che recepisce nel nostro ordinamento i precetti della direttiva comunitaria cosiddetta Eurosim, ove si prevede che l'organizzazione e la gestione dei mercati regolamentati è esercitata da un organismo costituito in forma di società per azioni partecipata dagli operatori; ciò dovrebbe portare non solo a uno stimolo dell'efficienza operativa dei mercati ma anche all'arricchimento dello spessore degli stessi in termini sia di partecipanti sia di prodotti offerti, con un accrescimento della concorrenza a vantaggio degli investitori.

Ma merita anche di essere segnalata un'ulteriore tendenza che si va affermando in sede comunitaria a tutela del risparmiatore-investitore e che rafforza e definisce con maggior precisione la riconosciuta facoltà di scelte efficienti ai fini dell'assunzione diretta e consapevole del rischio finanziario. Mi riferisco al recente "Libro verde" sulla tutela dei consumatori dei servizi finanziari presentato dalla Commissione delle Comunità Europee, diretto a studiare e a individuare la regolamentazione più idonea per accrescere le loro capacità di assumere decisioni di acquisto opportune e convenienti e per tutelare le scelte loro rese possibili dall'ampliamento dell'offerta di servizi finanziari conseguente alla ormai compiuta realizzazione del mercato unico di tali servizi. Ciò sta a indicare che in quella sede

comunitaria si avverte ora l'esigenza di accrescere lo sviluppo del mercato dei servizi finanziari mediante il rafforzamento delle tutele delle possibilità di scelta del consumatore ad integrazione e a supporto dell'ampliamento dell'offerta compiuta attraverso la costituzione e la realizzazione del mercato unico. Si pensa, cioè, a consolidare sul versante del consumatore l'efficienza della concorrenza introdotta con l'istituzione e il completamento del mercato unico per l'offerta di servizi e prodotti finanziari attraverso una più precisa ed estesa regolamentazione delle facoltà contrattuali del risparmiatore-investitore individuale.

Si rafforza così per questa via anche il contenuto di quell'orientamento verso la tipizzazione contrattuale, già accettata pure dal nostro legislatore (cfr. l'art. 117, comma 8 del testo unico del credito e l'art 17, comma 2, lett. e, della nuova legge sui fondi pensione), che a tutela del risparmiatore-investitore individuale intende privilegiare la redazione di contratti tipizzati al fine di acquisire a favore della generalità dei contraenti le clausole più chiare ed utili per la formazione della volontà contrattuale in ordine al prodotto o al servizio offerto. Ciò che lungi dal ridurre la concorrenza mediante la assimilazione e la standardizzazione dei prodotti e dei servizi costituisce anzi una spinta al suo arricchimento attraverso l'invenzione e la proposizione di aggiunte differenziali che modificando il prodotto o il servizio standardizzato ne accrescono la sua qualità e capacità competitiva.

È importante che la cultura economica e giuridica dia un concreto e continuo contributo ad un crescente sviluppo di queste tendenze per un diritto della concorrenza che anche nel nostro paese sia di supporto al consolidamento e all'espansione dei mercati finanziari. Questo seminario potrebbe segnare una pietra miliare.

Affiancando due relazioni sulla concorrenza nel pensiero economico e una sulla concorrenza del pensiero giuridico, credo che Ciocca volesse invitarci alla comparazione.

Cercherò di farne su tre punti. Il primo riguarda la nozione stessa di concorrenza. Abbiamo sentito che gli economisti parlano di concorrenza, i giuristi la ignorano. Si può spiegare la differenza dicendo che gli economisti prospettano ideali, i giuristi sono chiamati ad interpretare realtà?

Io vi invito a non credere a quello che ci ha raccontato Floriano d'Alessandro. Svelo un mistero della corporazione. Quando ci riuniamo in oscuri scantinati, vestiti di panni curiali, ci diciamo che esiste l'interpretazione evolutiva, che non si distingue dalle prospettazioni "de jure condendo". Parliamo di realtà e, nello stesso tempo, prospettiamo futuri possibili, così come facevano francesi camuffati da persiani nel '600. Quindi, chi dei due interpreta la realtà? La corporazione dei giuristi o quella degli economisti?

Secondo interrogativo. Molti economisti – ha osservato Romani – hanno parlato di concorrenza, ma abbiamo avuto poca concorrenza. Perché?

Di recente "Nuova Antologia" ha pubblicato un articolo polemico a proposito del posto del mercato, della concorrenza e del liberismo in Einaudi. Da esso ho tratto due citazioni. Einaudi scrive, da una parte, che il mercato è un "impassibile strumento economico". Dall'altra, in altro scritto, che è "uno stupendo meccanismo". Tra queste due formulazioni c'è una bella differenza, che suggerisce questa spiegazione: la scuola italiana era liberista verso lo Stato, ma quietista o accomodante nei confronti dei monopoli.

La terza domanda nasce dall'ovvia considerazione che le opere di Pantaleoni citate da Franco Romani non erano certamente i "livres de chevet" dei contadini della Basilicata, e, quindi, rappresentano la cultura alta.

Quello che è mancato, oggi è, per la concorrenza, l'equivalente di un libro degli inizi degli anni '40, di Gino Barbieri, intitolato "Gli ideali economici degli italiani". Il libro riguarda il XV e XVI secolo, vi si parla delle leggi suntuarie, dell'usura, dell'atteggiamento verso gli ebrei e così via. Noi non abbiamo avuto qui un'analisi della cultura diffusa e, quindi, non riesco a rispondere al terzo interrogativo: perché, nel 1990, viene approvata la legge sul mercato e sulla concorrenza?

La storia è singolare. L'ideale di concorrenza è presente in alcuni rami alti della riflessione economica; è assente in quella giuridica; non era presente – forse – nella cultura diffusa. Quindi, senza una tradizione, ad un certo punto, si affaccia una legge, che stabilisce la concorrenza protetta e controllata dallo Stato.

Affaccio tre spiegazioni. Una è che la Comunità europea ormai ci costringeva a fare questo passo. La seconda è che ci hanno indotto a farlo gli altri paesi della Comunità, dotati di autorità similari, perché, negli ordinamenti a rete, certe simmetrie ci debbono essere, altrimenti con chi dialogano il "Bundeskartellamt" o la

Io faccio parte dei primi interventi “non sollecitati” in questo seminario. Quindi non ho nessuna scusa del tipo di “essere stato costretto ad intervenire”, e in più parlo sapendo che quanto dico potrà essere ritorto contro di me, perché faccio parte di uno di quei Sindacati o Associazioni di imprese sui quali, in una qualche maniera, aleggia sempre un sospetto quando si parla di concorrenza.

Volevo fare brevi considerazioni cercando di rimanere entro i 7 minuti a disposizione. Quindi mi scuso se farò solo evocazioni più che analisi.

La prima considerazione nasce dal fatto che la concorrenza è sempre stata vista dal lato della produzione, ossia dell’offerta. Più in particolare, si dice che c’è concorrenza in uno specifico mercato se esiste una pluralità di imprese che offrono lo stesso bene o servizio, senza che alcuna di essa abbia una posizione dominante. Questo concetto di concorrenza dovrebbe ovviamente essere riferito allo specifico territorio, perché, evidentemente, se la concorrenza è fatta da una moltitudine di produttori presenti su un mercato, allora è necessario che la numerosità sia relativa alla dimensione del mercato di riferimento.

Ma la presenza di una pluralità di imprese è una condizione necessaria e non è già una condizione anche sufficiente.

Non è condizione sufficiente perché bisogna considerare anche, dal punto di vista teorico e normativo, come su tale mercato operano la domanda e la distribuzione del reddito, che sono altri due elementi che devono essere tenuti presenti per quanto riguarda la tutela della concorrenza.

E su questi aspetti vorrei fare due considerazioni.

Per quanto riguarda la domanda c’è sicuramente da tener conto di eventuali presenze di monopsonio che si possono determinare in maniera abbastanza diffusa. Il caso più evidente, ed anche il più ricordato, è quello della Pubblica Amministrazione. Questo “rischio” sta crescendo.

Nel corso degli ultimi anni abbiamo assistito a tentativi di organizzazione della domanda della Pubblica Amministrazione sempre più di tipo monopsonico: nella determinazione dei prezzi e dei prodotti che essa va acquistando e nella organizzazione degli acquisti della stessa. Peraltro è qui presente anche il Presidente dell’Autorità per gli acquisti in informatica della Pubblica Amministrazione prof. Guido Rey, che forse ci può dire qualche cosa su questo aspetto. Non è però soltanto sul lato della domanda in monopsonio che vorrei attirare la vostra attenzione, quanto sull’incapacità stessa di far funzionare un monopsonio nel senso di ottenere prezzi eccessivamente bassi per l’acquirente o condizioni di particolare favore.

In realtà quello che abbiamo osservato nel passato è che la Pubblica Amministrazione non impone prezzi più bassi e più efficienti perché non c’è un interesse, da parte di chi gestisce questo potere, ad avere prezzi più bassi. Il che significa che se c’è una moltitudine di imprese che offrono prodotti alla Pubblica Amministrazione, non necessariamente quest’ultima è in grado di far scattare la concorrenza e quindi la motitudine di imprese non è una condizione sufficiente per determinare concorrenza.

Se l'acquirente – in questo caso la P.A. – non ha un reale interesse a pagare i prezzi più bassi per le migliori qualità, ma ha un controllo pressoché totale della domanda, non è raro il caso del prodursi di cartelli da parte dell'offerta per sfruttare questa incapacità del committente. Quando poi non ci si trovi nel caso in cui committente ed imprese hanno lo stesso interesse a spuntare prezzi più alti, posto che chi rappresenta il committente in realtà ricerca il proprio interesse personale; ma in questo caso sfociamo sull'illecito, purtroppo sempre possibile.

La seconda considerazione che volevo fare riguarda proprio il consumatore.

Si presuppone che il consumatore quasi automaticamente metta in moto tutti i meccanismi che gli sono utili per andare a cercare il prodotto di più alta qualità al prezzo più basso, facendo così scattare la concorrenza sul mercato ove operano più produttori.

Sappiamo tutti che per un consumatore fare un'operazione di questo genere è una fatica indicibile ed è un investimento gigantesco in termini di conoscenza.

Ciascuno di noi che gestisce imprese o enti sa, per esempio, quanto sia difficile andarsi a dotare di un sistema informatico che dia veramente quello che si vuole e sia adatto alle nostre esigenze.

Altrettanto difficile è il mestiere di consumatore: e la massaia che deve andare a comprare un etto di prosciutto dal salumiere, finisce per cedere all'abitudine, alla comodità, allo status che la fa andare in certi punti di vendita piuttosto che in altri. Questa difficoltà è così forte che per lungo tempo nel nostro paese si è considerato il settore del commercio come quello meno concorrenziale perché il più protetto dall'estero senza tener conto che è il settore ove operano un numero grandissimo di imprese senza posizione dominante.

In realtà, se si analizza il settore del commercio al minuto, dal punto di vista dei parametri della concorrenza risulterà come quello più concorrenziale per la presenza di un numero elevato di soggetti sul territorio e anche per la capacità di presentazione di prodotti in maniera tale che il consumatore abbia tutte le informazioni necessarie.

Per il consumatore far scattare la concorrenza è un costo e spesso egli rifiuta di pagare questo costo se il vantaggio è minimo o se ha una mentalità inflazionistica. In altre parole, se a fronte di prezzi più elevati il consumatore ritiene probabile un recupero di potere d'acquisto attraverso continui adeguamenti del suo reddito nominale, egli non porrà alcuna cura a contrastare i comportamenti inflazionistici degli altri e, quindi, non farà scattare la concorrenza, pur in presenza di una moltitudine di imprese che offrono lo stesso prodotto sul mercato.

Non è un caso che l'eliminazione della scala mobile nel 1992 sia stata una spinta verso la concorrenza, perché il consumatore si è sentito meno protetto dall'aumento dei prezzi e ha messo in moto meccanismi di difesa (su questo argomento ci sono saggi, di cui uno scritto anche da me). Fino a che il consumatore ritiene che il controllo dei prezzi non è qualcosa che compete a lui ma ad un ente diverso, sia

esso il datore di lavoro che gli deve reintegrare il reddito eroso dall'aumento dei prezzi o lo Stato, o un organismo per il controllo dei prezzi, egli non metterà in moto quei meccanismi che fanno funzionare la concorrenza.

In sostanza la concorrenza non funziona se c'è soltanto una moltitudine di imprese a offrire i loro prodotti sul mercato. È anche necessario che il consumatore, ossia l'acquirente, la faccia funzionare. E questo mi porterebbe ad un lungo discorso con Marco Onado sui rapporti banca-impresa che lui ha solo accennato.

In questo settore c'è effettivamente un problema da parte dell'acquirente, ossia dell'impresa, che non sa far funzionare e non sa far scattare la concorrenza rispetto ad una moltitudine di banche che offrono servizi di credito. Sappiamo che anche i singoli cittadini – ad esempio nei rapporti con i medici e gli avvocati – non sanno far scattare la concorrenza, perché si sentono in una situazione di inferiorità e quindi c'è un problema di asimmetria di informazioni.

La seconda considerazione, e sto andando molto in fretta sperando di rimanere nei limiti di tempo concesso, riguarda il problema della distribuzione dei redditi. Detto più in particolare, vorrei parlare della stagione che stiamo vivendo dal 1993 (anche per colpa o merito della Confindustria), chiamata della “concertazione” e della “politica dei redditi”.

Non sto dicendo questo solo per ricordare che in Italia esistono dei Sindacati – delle imprese e dei lavoratori – che hanno il “controllo” dei salari ed una legislazione che favorisce il “Sindacato del salario”. Cioè esiste tutta una legislazione di accompagnamento che attribuisce una grande validità al fatto che il salario in Italia sia gestito in una certa misura in una forma monopolitica: ciò ha molte giustificazioni e non sarò io a contraddire questo tipo di impostazione. Però con la politica della concertazione c'è un rischio: che la logica della difesa del monopolio del salario si trasformi automaticamente in una logica di monopoli anche in altri settori.

La politica dei redditi esiste, a mio avviso, perché non c'è concorrenza nell'ambito dei mercati: è una sorta di “éscamotage” che serve perché nella determinazione dei salari non funziona il mercato.

Ma se la politica dei redditi travalica l'obiettivo di controllo dei salari ed entra in altri comparti, essa crea dei monopoli: genera cioè forme di cartello dal lato dei prezzi o dell'attività pubblica, con l'obiettivo di poter bilanciare attraverso il controllo su altre forme di distribuzione dei redditi l'intervento che si fa sui salari.

Questo atteggiamento fa parte di una cultura, che comincia a diffondersi in tutto il sistema, una cultura di rifiuto marcato della concorrenza.

Credo che anche su questo valga la pena di fare qualche riflessione.

ALESSANDRO GIULIANI

**LE RADICI ROMANISTICHE
DELLA DOTTRINA ITALIANA DELLA CONCORRENZA**

SOMMARIO: **1.** La subalternità dell'economia al diritto: dai glossatori allo *ius commune* europeo. – **2.** La tutela penale dell'ordine economico: il *monopolium* come reato. – **3.** La *oikonomía* dell'umanesimo come parte della *philosophia practica*.

lo *ius commune* europeo a ricercare nel *Corpus iuris* le condizioni, che anche nell'economia permettono il passaggio ad un ordine isonomico.

Malgrado l'assenza di una coerente dottrina economica, i legisti costruirono una dottrina della libera concorrenza appoggiandosi all'autorità di scarni testi giustinianeî. Il cardine della loro elaborazione va ricercato nella definizione ulpiana dello *ius naturale* comune a tutti gli esseri viventi:

“*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*” (Dig. 1.1.1.3). L'astuzia della natura si serve della debolezza delle facoltà intellettuali e fisiche dell'uomo per promuovere – mediante la divisione della conoscenza e la divisione del lavoro – i valori della cooperazione, della solidarietà, della lealtà (*homini hominem insidiari nefas est*). dal primato del precetto *alterum non laedere* – derivano alcuni corollari:

a) una filosofia della giustizia – il cui fine è la *utilitas hominum* (Dig. 1.3.25) – ingloba la problematica del mercato, ivi compresa quella dei suoi effetti sociali, come nel caso della povertà;

b) la libertà di commercio, considerata come una manifestazione importante della libertà umana, permette la formazione naturale del prezzo, che – come afferma il giurista Paolo (Dig. 9.2.33) – deve essere basata sulla *communis aestimatio*: ossia sulla legge della domanda e dell'offerta (*pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*). Il diritto medioevale eredita dalla tradizione romanistica una vocazione antimonopolistica, in quanto – mediante le intese – il prezzo viene determinato dall'arbitrio di chi realizza una situazione dominante. Una costituzione dell'Imperatore Zenone offriva materia di riflessione – sul punto della tutela penale dell'ordine economico – in quanto sanzionava pesantemente i *monopolia* come delitti (Cod. 4.58).

c) la libertà di concorrenza – considerata nella ottica della liceità dell'arricchimento – incontra nei legisti un limite nel precetto *alterum non laedere*: il principio del danneggiamento (*iniuria*) contrappone la loro dottrina a quella dei teologi, che individuano tale limite nel principio di sussistenza, affermatosi con san Tommaso.

La problematica delle relazioni tra diritto romano ed economia pare estranea alla fondamentale controversia tra Max Weber e Werner Sombart sulla formazione dello spirito capitalistico. La tesi weberiana sul significato del protestantesimo è stata ridimensionata da Werner Sombart, che ha sottolineato l'influsso del tomismo a partire dal quattordicesimo secolo. Secondo Sombart, in questa concezione

“l'idea del guadagno e il razionalismo economico non significano in fondo altro che l'applicazione all'economia delle norme di vita della religione. Perché il capitalismo potesse svilupparsi era prima necessario spezzare le ossa dell'uomo impulsivo e sostituire alla schietta vita originaria un particolare meccanismo psichico razionalmente congegnato; bisognava prima rovesciare tutti i valori e tutte le idee. L'homo capitalisticus è una costruzione artificiale, ben congegnata, uscita alla fine di

questo rovesciamento. Nessuno ha riconosciuto più chiaramente di san Tommaso che le virtù borghesi potevano prosperare soltanto laddove la vita erotica dell'uomo avesse subito una limitazione..."

(Il borghese, trad. di H. FURST, Parma, 1983, p. 191).

Senza dubbio la dottrina di san Tommaso rappresenta una svolta nella storia della teologia, tradizionalmente diffidente nei confronti della *ignobilis mercatura*. Ma, ai fini limitati del nostro discorso, restano aperte due questioni, tra di loro interdipendenti: *a)* se il tomismo sia tributario di concezioni da tempo radicatesi nella scienza giuridica medioevale; *b)* se, ed in quale misura, esse abbiano subito un processo di involuzione nella ottica del teologo.

Il principio della libertà nella concorrenza – che incontra un limite nel danno ingiusto – costituisce il postulato della dottrina economica dei legisti. Ma il passaggio alla società mercantile non sarebbe stato possibile senza recidere il filo sottile, che nella mentalità barbarica collega la violenza alla giustizia ed alla verità. Non è casuale che la nascita del diritto commerciale sia coeva con il superamento della rappresaglia e l'affermazione del principio di reciprocità nel trattamento degli stranieri. Il fenomeno non può essere compreso al di fuori di quello più generale della rivolta contro il formalismo, che – nella scuola dei glossatori – è stata condotta all'insegna della metafora base della civiltà giuridica occidentale: la *aequitas*. Alla equità va ricondotta la lenta e faticosa penetrazione di modelli istituzionali e di paradigmi mentali, che costituivano l'antitesi della rappresaglia, il grande ostacolo del commercio. Va richiamata l'attenzione su due aspetti interdipendenti, che hanno minato nelle radici tale istituto: il processo equo (nel senso dell'*ordo iudiciarius*) ed il principio della responsabilità basata sulla colpa.

La giurisprudenza ha esercitato un ruolo propulsivo nell'instaurazione dell'ordine economico: dal riconoscimento del lavoro come modo di acquisto dei diritti al marchio. Le implicazioni si possono cogliere nell'opera di un giurista-filosofo, come Giovanni di Salisbury (*Policraticus*, I. VI, cap. XXI), che indica nell'ordinamento delle api il modello comunitario di un ordine spontaneo, che permette di realizzare – attraverso la divisione del lavoro – la coincidenza dell'utilità con la giustizia. Certo è che i legisti – fino all'età moderna – non hanno cessato di rivendicare nei confronti dei teologi, anche se con alterne vicende, la competenza nel vasto settore dell'ordine economico.

2. La tutela penale dell'ordine economico: il "monopolium" come reato

Nel XVI secolo i giuristi del *mos italicus* hanno svolto ancora un ruolo essenziale nella difesa dei valori dell'ordine isonomico, che si erano progressivamente dissolti a partire dalla seconda fase della nostra civiltà comunale. Infatti dalla fine del XIII secolo le corporazioni vennero sconvolte da una profonda crisi d'identità, divenendo immemori della originaria funzione quasi-pubblica. La libertà – nel commercio, nell'industria, nel lavoro – risultò soffocata dall'affermazione di varie

forme di privilegi e di abusi: anche nel linguaggio ordinario essi vennero ricondotti alla categoria generale dei *monopolia*. La vocazione antimonopolistica si tramutò in un atteggiamento opposto, che esasperò la tutela degli interessi corporativi al punto da azzerare ogni istanza di *publica utilitas*. La perversione della vita sociale in un ordine statico – che mirava unicamente ad irrigidire e perpetuare la tutela dei privilegi dei “magnati” nei confronti dei “popolani” – portò alla negazione delle fondamentali libertà:

a) la libertà nel commercio e nella industria risultò pesantemente ostacolata dagli abusi delle corporazioni economicamente dominanti (come l’Arte della lana), e dalla frequenza dei monopoli realizzati mediante le “intese” tra imprenditori, variamente denominate: *coniuratio*, *conspiratio*, *conventicula*, *comunella*, *ras-sa*, etc.;

b) la libertà di accesso al lavoro venne frustrata da una normativa oppressiva nei confronti dei salariati (*laborantes*), sottoposti alle varie arti. Da un lato l’iscrizione alle corporazioni era limitata a figli e nipoti dei maestri: e pertanto risultava preclusa ai *laborantes* la prospettiva di migliorare la propria posizione. Dall’altro lato il divieto di associazione parificava ogni tentativo di *fratellanza* operaia ad un collegio illecito: la *coniuratio* contro la corporazione era perseguibile con gravi sanzioni penali, talora comminate – in dispregio di ogni principio di legalità – dalla giurisdizione della stessa corporazione;

c) la libertà della ricerca nella tecnica e nella scienza non era incoraggiata in una società, in cui l’organizzazione del lavoro non si ispirava a criteri di razionalità e di efficienza: una rigida e formalistica “*actio finium regundorum*” tra le competenze – di cui erano gelosissime le varie arti – bloccava la strada allo spirito creativo ed alla invenzione.

I *laborantes* insomma restavano confinati come schiavi in una situazione di emarginazione sociale: ed i salari in ogni caso non dovevano superare il livello di sussistenza. Nella ideologia dei magnati la povertà peraltro trovava la sua giustificazione in una *economia dei bassi salari*, secondo cui esiste una relazione inversa tra salari e laboriosità: alti salari servono solo a favorire oziosità e vizi del lavoratore. La conflittualità tra “magnati” e “popolani” – che sfociò in traumatici tumulti (come quello dei Ciompi) – si risolse a favore dei primi attraverso un fenomeno che potremmo definire scambio tra potere economico e potere politico. Le corporazioni non solo ottennero che i divieti – posti a tutela dei loro privilegi – venissero inseriti negli statuti comunali, ma altresì ottennero dai titolari del potere politico la concessione di monopoli legali. Nel passaggio dal comune alla signoria risultava già aperta la strada al disegno del principe mirante ad appropriarsi di due istituzioni, la cui autonomia – rispetto al *gubernaculum* – era stata considerata il fondamento dal costituzionalismo medioevale: ossia l’ordine economico e l’amministrazione della giustizia.

Ai fini del nostro discorso merita attenzione la reazione dei giuristi del *mos italicus* che, nel XVI secolo, si resero interpreti della coscienza collettiva, allarmata dagli effetti perversi dei *monopolia*, anche al di là dell’ordine economico. I legi-

c) *relazione tra livello dei salari e laboriosità*. – Una tale relazione, che limita la retribuzione al livello di sussistenza è falsa: la “economia dei bassi salari” – come giustificazione della povertà – non è solo contro l’equità, ma anche contro l’efficienza del mercato.

Se passiamo a considerare la problematica più strettamente giuridica, la criminalistica – di fronte ai nuovi problemi posti dai monopoli – opera un originale ripensamento di un dogma del diritto comune, filtrato attraverso l’umanesimo: il danno – come limite alla liceità dell’arricchimento – resta l’architrave della moralità dell’economia. La dannosità infatti è un elemento costitutivo della concorrenza, ma non tutti i danni costituiscono un illecito: quale è la linea di divisione tra il *damnum iniuria datum* e il *damnum absque iniuria*? La dottrina – in ottemperanza al principio di legalità – si impegnò in una definizione della tipologia degli illeciti, che si possono compiere con i monopoli.

In conclusione potremmo affermare che la tutela penale dell’ordine economico costituisce un episodio significativo dell’impegno politico dei giuristi del *mos italicus* a favore della “giusta” Ragion di stato. Infatti i monopoli minano le basi stesse (“*paritas*” ed “*aequalitas*”) di un governo democratico. La politica del diritto – proposta da Tiberio Deciani – presuppone una analisi giuridica delle forze economiche, che operano nella società: i presupposti del nuovo metodo vanno ricercati nella filosofia morale e politica dell’umanesimo italiano.

3. La “*oikonomía*” dell’umanesimo come parte della “*philosophia practica*”

L’umanesimo attrae nell’orbita della filosofia civile e politica idee che erano largamente penetrate nella prima fase della giurisprudenza medioevale, di cui sembra raccogliere l’eredità: esse sono riconducibili alla metafora base della *aequitas*. Va sottolineato che i grandi maestri – da Leonardo Bruni a Leon Battista Alberti – avevano avuto una educazione giuridica. Il principio della *iniuria* persiste come limite alla liceità dell’arricchimento: e pertanto il ruolo dell’amministrazione della giustizia – basata su giudici “professionali” – appare essenziale nell’ordine economico. Non va poi trascurata la piena affermazione del ruolo produttivo ed economico della donna: l’umanesimo perviene ad una *apologia mulierum*, che le riconosce non solo le virtù civili ma anche quelle relative alla ricchezza, come la *liberalitas*.

I presupposti culturali vanno ricercati nel recupero della concezione classica della *oikonomía* intesa come dottrina della casa “nel suo complesso”. Il primo libro del trattato (oggi ritenuto pseudo-aristotelico) degli Economici – in cui si tratta della *coniugalis societas* come ordine naturale e spontaneo – è risultato punto fondamentale di riflessione. La famiglia appare una società naturale e spontanea, il cui ordine trova la sua preistoria nei meccanismi biologici, che sono a fondamento dell’organizzazione sociale degli animali: a partire dalla distinzione dei ruoli tra

maschio e femmina. Sintomatico è il successo, come best seller, della traduzione latina ad opera di Leonardo Bruni: la “lettura” – proposta dall’umanista – apparve attuale sotto un duplice profilo. Sul piano istituzionale offrì un coerente statuto – filosofico, logico, ed etico – alle profonde trasformazioni della famiglia, già registrate nella dottrina dei legisti; sul piano culturale la interpretazione risultò condizionata e collegata alla nuova recezione della filosofia pratica aristotelica nell’umanesimo.

Sotto quest’ultimo profilo Leonardo Bruni ha contribuito a far maturare la consapevolezza dell’intreccio tra il binomio *etica/economia* ed il binomio *retorica/economia*:

a) *etica della economia*. – Nel sistema aristotelico la “oikonomía” risultava marginalizzata – come disciplina strumentale, ausiliaria della politica, accanto alla strategia ed alla retorica (E.N., 1094 a 27) – nell’ambito della tripartizione della filosofia pratica (etica, economia, politica). Nella “lettura” dell’umanista la tripartizione – il cui valore classificatorio resisteva ancora nella filosofia medioevale – viene rivisitata: la economia rivendica una posizione di parità rispetto alla etica ed alla politica. La metafora della “casa al pari della città” acquista un significato forte, in quanto esprime il parallelismo tra l’ordine della famiglia e l’ordine sociale;

b) *retorica dell’economia*. – I presupposti erano latenti negli orientamenti della retorica del primo umanesimo, legata all’insegnamento di Giorgio Trapezunzio: da un lato essa è disciplina filosofica in quanto ha ad oggetto l’analisi della *honestà utilitas*; dall’altro lato è logica della deliberazione trasferibile nel ragionamento economico inteso come ragionamento prudenziale.

L’affermazione della economia come parte della *philosophia practica (o activa)* – nella versione introdotta da Leonardo Bruni – acquista un nuovo significato: essa rifiuta il ruolo ancillare che le era stato tradizionalmente assegnato. La sua lettura risulta oscura senza penetrare all’interno delle reazioni, e delle variazioni negli equilibri tra le varie discipline della filosofia pratica. La problematica si precisa – soprattutto nella cultura fiorentina dei secoli XV-XVI – in sintonia con gli orientamenti, ispirati dalla nuova recezione della etica e della politica aristotelica:

a) la *oikonomía* pretende piena dignità filosofica, in quanto viene costruita come una particolare articolazione della dottrina dei vizi e delle virtù, *nella ottica di una visione globale e paritaria*. La tripartizione della filosofia pratica è il presupposto dei commenti quattrocenteschi alla Etica aristotelica;

b) la filosofia pratica risente del nuovo ruolo rivendicato dalla economia all’interno del suo sistema: l’oggetto dell’indagine – la *honestà utilitas*, che è un momento costitutivo dell’ordine economico – reagisce sulle tecniche della ragione, sollecitando più stretti rapporti tra i capitoli della filosofia pratica (etica, politica, economia) e la retorica deliberativa. Per questa via viene riaffermata la vocazione sociale della etica (“ad alterum”), che era stata oscurata dalla scolastica medioevale. Una spia significativa è offerta da una sorta di autonomizzazione delle *virtutes circa pecunias* (come la *liberalitas*) nella trattazione delle virtù etiche.

NICOLÒ LIPARI

**I PROBLEMI DELLA CONCORRENZA NEL QUADRO DELLA CRISI
DEI MODELLI CULTURALI DEI GIURISTI**

Vorrei limitare questo mio intervento a due osservazioni brevissime, che tuttavia reputo decisive per instaurare, in termini non declamatori ma operativi, un efficace rapporto tra giuristi ed economisti sul tema della concorrenza.

Mi sembra che, nei discorsi che si sono fatti fin qui, si dia, almeno da parte degli economisti, implicitamente per scontata la persistente operatività (almeno) di due modelli culturali che invece sono sicuramente entrati in crisi, anche se si tratta di una crisi per certi versi ancora sotterranea e latente, a giudicarla secondo i parametri concettuali che vengono ancora utilizzati da una gran parte dei giuristi.

Il primo di questi modelli culturali riguarda uno dei postulati più radicati nel comune processo mentale dei giuristi: il criterio cioè della regola come presupposto del comportamento. Se non ci si rende conto del radicale mutamento di prospettiva che si è determinato, sarebbe assurdo che gli economisti si attendessero dai giuristi indicazioni o proposte suggerite o indirizzate da indici normativi che questi non sono necessariamente in grado di fornire.

Viviamo oggi in una stagione in cui si avverte e si teorizza (da taluno con timore, da altri con malcelata compiacenza) la “crisi della legge”, intesa appunto come il progressivo esautoramento della regola, quale presupposto direttivo di comportamenti, di fronte all’affermarsi di una prassi, politica ed economica, che pretende di diventare regola nel momento stesso in cui si afferma secondo la logica di un potere misurato dalla forza e renitente a qualsiasi meccanismo di controllo. I ricorrenti richiami da un lato alla funzione palinogenetica di una malintesa *deregulation* e dall’altro all’incidenza precettiva della c.d. *lex mercatoria*, intesa come prassi contrattuale delle grandi imprese capace di assumere valenza di disciplina generale, se da un lato segnano il massimo momento di crisi del principio di legalità, dimostrano dall’altro che non ci si può attendere dal giurista la semplice indicazione di alcune coordinate di riferimento normativo, salva l’elasticità degli spazi interpretativi. Quali che siano i delicati risvolti concettuali di un tale processo, si deve quanto meno riconoscere che è individuabile una sorta di maggiore velocità della prassi, dell’azione effettiva, rispetto all’atto normativo di posizione del vincolo; la regola tende a diventare una sorta di razionalizzazione degli effetti già consumati, capovolgendo il tradizionale processo di costruzione della fattispecie e assegnando all’efficacia attuata (ancorché in forza di una contrapposizione fra interessi) il ruolo di criterio condizionante del vincolo (sia di segno legislativo che negoziale). A ben vedere lo stesso criterio che ha indirizzato di recente *Unidroit* nel raccogliere alcune regole uniformi di comportamento contrattuale si muove lungo la direttrice di una prassi che posticipa la concretizzazione formale della norma.

Mi sembra evidente che, su di un presupposto di questo tipo, non sarebbe oggi più consentito ad un redivivo Ascarelli (e mi riferisco, non a caso, ad un giurista non formalista e certamente attento e sensibile alle emergenze, storicamente variabili, dell’esperienza) di impostare in chiave giuridica i problemi della concorrenza così come egli magistralmente fece. È chiaro che è entrato in crisi uno dei presupposti fondamentali (appunto il parametro di una regola vincolante) in forza del quale sia consentito valutare, nella logica del mercato, un comportamento in chiave inibitoria o sanzionatoria. Mi sembra superfluo scendere in questa sede ad

esemplificazioni concrete, che tuttavia ciascuno dei presenti è in grado di richiamare alla memoria, visto che si tratta di vicende che hanno caratterizzato la vita socio-politica del nostro Paese in questi ultimi anni, paralizzando di fatto i pur ineccepibili interventi della Corte costituzionale.

Il secondo modello culturale che mi sembra sicuramente entrato in crisi è quello del contratto, inteso come strumento disciplinatore dell'uso o della titolarità di beni in funzione di interessi soggettivamente imputati. Il meccanismo concettuale cui siamo stati abituati è noto: prima si individua il bene, come dato oggettivo esistente nell'esperienza ed economicamente valutabile; poi si qualifica l'interesse come valore relativo che il bene ha per un certo soggetto ai fini della sua acquisizione o conservazione; quindi si determina, in base a criteri di tipizzazione funzionale, lo schema contrattuale idoneo a raccordare l'interesse al bene. Secondo questa sequenza logica il mercato e le regole di concorrenza che riguardano la convergenza di più soggetti in ordine alla produzione, all'acquisto o alla circolazione dei beni, finiscono appunto per apparire come strumenti di raccordo tra i contratti e i beni.

Ebbene, ancorché una simile logica si trovi ancora pacificamente trasfusa nei nostri manuali universitari, deve chiaramente riconoscersi che oggi il contratto non è più assunto e valutato esclusivamente come strumento di circolazione di beni preesistenti, ma spesso crea esso stesso il bene in rapporto alle esigenze del mercato (si pensi alla multiproprietà, modo di creazione convenzionale di un potere dominante temporalmente limitato, ovvero al tema, oggi cruciale, della "proprietà" dell'informazione, che si manifesta e si esprime con riferimento all'attività professionale di raccolta e diffusione della notizia), ovvero diventa criterio di organizzazione e dimensionamento di un mercato inteso appunto come bene in sé (si pensi a tutta la disciplina comunitaria che interviene a tutelare i rapporti tra consumatori ed imprenditori quando già i meccanismi economici di scambio hanno assunto una significativa consistenza).

È chiaro che, se il contratto crea il bene, il discorso sulla concorrenza si modifica qualitativamente perché non può più essere inteso in funzione della necessità di limitare o di incrementare la fruizione di determinati beni nel quadro di definite sfere soggettive di interessi. Quel che un tempo appariva un punto di partenza oggi va assunto semmai come un punto di arrivo.

Naturalmente questa mia non vuol essere – nell'economica di una discussione che tende a svolgersi secondo coordinate diverse – niente più che una provocazione intellettuale. Mi domando tuttavia se, ove siano vere le premesse di cui ho detto, non si debba in qualche modo capovolgere il rapporto tra economisti e giuristi nell'analisi di un fenomeno come quello che andiamo qui considerando. Un tempo si sarebbe detto che ai giuristi spettava di definire il complessivo quadro di riferimento, le regole appunto (legislative e negoziali) dell'azione, e agli economisti di indicare alcune scelte operative entro i confini definiti da quell'analisi. Oggi probabilmente la situazione si è invertita e sono i giuristi che chiedono agli economisti di fornire alcune coordinate di riferimento da assumere a presupposto della loro riflessione.

GIORGIO LUNGHINI

TEORIE ERETICHE DELLA CONCORRENZA

Perché si abbia concorrenza perfetta all'interno di un mercato o industria occorrono almeno due condizioni, la condizione di Cournot e la condizione di Jevons. La prima vuole che vi sia un numero indefinitamente grande di scambisti su entrambi i lati del mercato. Le seconda che ciascun scambista possa contrattare e ricontrattare senza costi. Perché vi sia concorrenza perfetta tra mercati o industrie occorre inoltre che vi sia libera concorrenza nel senso classico del termine, cioè deve darsi mobilità perfetta e assoluta delle risorse (così che il prezzo risulta regolato dal costo di produzione e si ha uniformità dei saggi di rendimento). Occorre, infine, che l'economia sia in stato stazionario, in quanto occorre che vi sia conoscenza perfetta.

Queste condizioni, che caratterizzano la nozione prevalente di concorrenza perfetta come criterio per giudicare dell'efficienza dei mercati, sono molto restrittive e certamente non sono soddisfatte nel capitalismo contemporaneo. Nel modello di concorrenza perfetta vengono assunte come date proprio le grandezze che mutano nel processo di cambiamento economico: le tecniche di produzione e le forme di organizzazione industriale. Come nota Hayek, in questo modello le imprese non fanno nulla di ciò che le imprese fanno davvero. In un equilibrio di concorrenza perfetta, ad esempio, non è contemplata la rivalità tra imprenditori (Kirzner). Conviene allora ricordare la posizione della scuola austriaca: in presenza di cambiamento, in particolare in presenza di innovazioni, definire il concetto di concorrenza è molto difficile, poiché la conoscenza è necessariamente incompleta (nè il problema può essere aggirato facendo della 'concorrenza perfetta' un concetto di lungo periodo).

L'esponente principale di questa tesi, come si sa, è Schumpeter, il quale ritiene che il cambiamento incessante nei metodi di produzione e nei prodotti è l'essenza stessa del capitalismo concorrenziale: la distruzione creatrice rende del tutto irrilevante il concetto di concorrenza perfetta sia come strumento analitico sia come criterio di benessere. Quando viene introdotto qualcosa di nuovo, la concorrenza perfetta è sempre temporaneamente sospesa. Di qui una serie di conseguenze che sembrano paradossali, ma che acquistano senso se si appoggiano su questa tesi.

Se si parte dalla impossibilità di aderire compiutamente al principio di concorrenza perfetta fuori dallo stato stazionario, la conseguenza principale è che occorre spostare l'attenzione dalla questione dell'allocazione efficiente delle risorse a quella di come un'economia le risorse le crea o le distrugge. Occorre perciò riflettere sul concetto di imprenditore, e di innovazione, come fattore di squilibrio, di interruzione, nel flusso circolare del processo economico. L'innovazione, in particolare, implica un concetto di concorrenza fondato sui vantaggi in termini di costi e di qualità, piuttosto che in termini di prezzo (così come vorrebbe, invece, la nozione di concorrenza perfetta).

La distruzione creatrice produce efficienza all'interno dell'impresa, e l'importanza di questa per il benessere economico (sempre secondo Schumpeter) è maggiore dell'efficienza allocativa predicata dalla teoria tradizionale. Di qui una maggior tolleranza per le imprese di grandi dimensioni che godono di un qualche potere di controllo. Secondo Hayek, d'altra parte, un monopolio basato su una effi-

cienza superiore farà poco male, poiché dovrà adeguarsi alle condizioni di mercato non appena comparirà una impresa ancora più efficiente. Se un monopolio, in confronto con la concorrenza, riduce il prodotto del 10% per un anno ma lo aumenta del 100% nel corso dei vent'anni successivi, allora dal punto di vista del benessere sociale, argomenta Schumpeter, il monopolio potrebbe essere preferito a una concorrenza stagnante.

In questa prospettiva teorica diventa rilevante la nozione di *second best* (nel senso di J. M. Clark): se viene meno un requisito della concorrenza perfetta, può essere desiderabile che venga meno anche un secondo requisito. Con mobilità istantanea ma con conoscenza imperfetta, ad esempio, i lavoratori si sposterebbero continuamente avanti e indietro fra due città, esagerando l'ammontare di migrazioni che porterebbero all'eguagliamento dei saggi di salario. Quindi potrebbe essere opportuna una minor mobilità del lavoro.

Se queste tesi "eretice" della scuola austriaca paiono convincenti, le conclusioni circa la praticabilità della concorrenza perfetta nell'accezione prevalente, e dunque le sue implicazioni normative, dovrebbero essere – io credo – in qualche modo riviste.

La mia natura sadomasochista mi ha portato ad intervenire, come del resto mi ha portato a fare il Presidente dell'Aipa, e, soprattutto, mi ha portato ad intervenire prima della pausa per il pranzo e quindi cercherò di limitare i danni.

Il primo punto è stato trattato in modo marginale e mi riferisco al tema della concorrenza al quale si è fatto riferimento in modo generale mentre la concorrenza deve essere definita con riferimento alle caratteristiche dei singoli mercati. Questa impostazione purtroppo la ritroviamo nella normativa sulla tutela della concorrenza con la quale si stabiliscono regole generali che non sempre si attagliano correttamente ai singoli mercati e possono provocare proprio quelle distorsioni e quelle inefficienze che la legge voleva contrastare.

Il punto specifico che vorrei richiamare è quello dell'innovazione e del relativo mercato dei prodotti e dei servizi, certo una piccola componente del totale dei mercati ma dinamicamente molto più importante del mercato dei vestiti o del mercato della carne o del pane ossia dei beni di largo consumo. Quando ci riferiamo all'innovazione come mercato è bene accantonare la visione tradizionale della concorrenza e dei parametri che la qualificano, (numerosità degli operatori, omogeneità del prodotto, libertà di entrata e accesso all'informazione, ecc.) tutti parametri che forse si ritrovano nei mercati dei beni di largo consumo mentre per i prodotti legati all'innovazione sono altri i parametri e fra questi è necessario considerare l'esigenza di cospicui investimenti in ricerche ad alto rischio, la tutela dei brevetti e delle innovazioni, la velocità di obsolescenza dei prodotti. Inoltre per questo mercato le regole della concorrenza non possono essere definite in relazione ai singoli mercati nazionali in quanto il mercato ha una dimensione mondiale ed è dominato da pochi produttori americani e giapponesi. In questo contesto analizzare e regolamentare la concorrenza a livello italiano, ma anche europeo, è sbagliato per non dire patetico, basti pensare che la normativa comunitaria da un lato enuncia i vantaggi della concorrenza e dall'altro cerca di proteggere il mercato europeo definendo regole tecniche nel tentativo, fallito, di aiutare i produttori europei.

La impostazione teorica, sottostante alla attuale normativa europea e nazionale, si scontra con la realtà descritta ad esempio nella vecchia teoria del ciclo del prodotto o in quella più recente dei mercati contendibili entrambe lontane dagli interessi teorici dei tecnici e dei giuristi che hanno elaborato le norme. In effetti, quando si parla di innovazione si cerca di non affrontare questo tema spinoso che mette in discussione i luoghi comuni della concorrenza e si preferisce discutere di tutela del consumatore senza mai chiarire perché e che cosa si vuole tutelare.

Purtroppo da qualche tempo opero nel mercato dell'innovazione e cerco di indirizzare e coordinare la domanda pubblica dei prodotti innovativi che hanno una vita media di 2-3 anni ma hanno come presupposto decine di anni di investimenti in ricerca e l'esigenza di un continuo aggiornamento per tenere conto delle innovazioni nell'HW e nel SW. Queste condizioni si conciliano male con la regolamentazione della tutela della concorrenza nelle forniture pubbliche poiché la normativa vigente impone una serie di adempimenti che si traducono in tempo di acquisizione di un anno, nel migliore dei casi, ed una fittizia pubblicità poiché gli operatori sono

noti, i prodotti sono noti, i servizi che rendono sono noti, ecc. Se il problema è quello di evitare collusioni o accordi fraudolenti, forse è più importante conoscere la situazione mondiale di tensione fra i fornitori e lasciare che vi sia una allocazione dinamica dei prodotti e della localizzazione degli investimenti, piuttosto che soffermarci sugli aspetti formali delle singole forniture.

In effetti non si vuole prendere atto che ci sono quattro produttori di chip a livello internazionale, che sostanzialmente c'è un unico grande produttore di software industriale per i personal computer, che i fornitori di software di data base relazionale sono 2-3 e lo stesso numero vale per i produttori di grandi elaboratori. Allora di cosa discutiamo nel nostro Paese quando parliamo di regole della concorrenza? In effetti il riferimento è sempre ai soliti beni di largo consumo che tuttavia non possono essere alla base dello sviluppo industriale di un grande paese a meno che non si aumenti il valore aggiunto della produzione di questi beni inserendo dosi massicce di innovazione rendendoli prodotti specialistici e quindi non più commodity.

Infine quando si parla di concorrenza, si sottolineano i vantaggi per il benessere della società, ma dinamicamente nessuno è in grado di dimostrare la correttezza di questa affermazione, tanto è vero che siamo costretti a compiere dei salti logici fra cui rinunciare alla numerosità per definire la concorrenzialità e a tenere separati i mercati delle materie prime, dei semilavorati e dei beni di investimento da quelli dei beni di largo consumo. Nel caso del mercato dell'ITC si è costretti a minimizzare gli effetti della fase di profonda trasformazione tecnologica che sta vivendo questo mercato e tuttavia si insiste nella regolamentazione in vista di una concorrenza che non può esistere secondo i canoni tradizionali poiché la teoria e l'esperienza dimostrano che la numerosità non garantisce l'efficienza, non garantisce il prezzo più basso, non garantisce il consumatore, non garantisce la qualità, ecc. mentre esistono altre soluzioni per garantire la trasparenza, la completezza e la circolazione delle informazioni fra tutti gli operatori interessati.

Il secondo punto sottolinea l'esigenza di trovare un ruolo specifico alla domanda pubblica nel settore dei prodotti ad alta tecnologia e si deve trovare un ruolo anche all'intervento pubblico perché se da un lato invociamo la concorrenza e la divisione internazionale del lavoro, dall'altro poniamo le premesse per una sostanziale deindustrializzazione del paese e una riduzione del reddito e quindi del benessere.

Ma forse noi parliamo di concorrenza oggi perché pensiamo di aver percorso il famoso percorso in base al quale un paese, che era in via di industrializzazione e doveva chiedere la protezione per l'industria nascente, una volta completata la industrializzazione, può permettersi di avere una legislazione per la tutela della concorrenza. Se questa è l'ipotesi si tratterebbe di un grave errore perché i mercati vanno valutati dinamicamente e sarebbe una grave responsabilità lasciare alla legislazione sulla tutela della concorrenza il compito di stabilire il futuro industriale di un sistema economico.

Ecco, se fosse questo, credo che ci troveremmo di fronte ad un pericoloso errore di prospettiva. Quindi la mia conclusione è: cerchiamo di essere selettivi sul tema.

SECONDA SEZIONE

**LA NORMATIVA E LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI
CONCORRENZA: UNA RICOGNIZIONE DI DIRITTO POSITIVO**

1 – Questo intervento è dedicato alla ricognizione delle norme generali dell'ordinamento italiano in tema di concorrenza, che possono dedursi dall'impostazione data in Costituzione.

Qualsiasi analisi al riguardo non può infatti prescindere dall'esame dei principi stabiliti dalla Costituzione relativamente alla libertà di impresa. Appare quindi necessario concentrare l'attenzione sull'individuazione dei profili costituzionali della disciplina *antitrust* italiana e, in particolare, di quella dettata dalla legge 10 ottobre 1990 n. 287 ("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato").

2 – Il tema – solo apparentemente semplice – sembrerebbe avere una risposta scontata: l'art. 1, primo comma della legge n. 287 del 1990 stabilisce con chiarezza che le disposizioni in essa contenute sono dettate "in attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica".

Il rapporto tra disciplina della concorrenza e norme costituzionali è però estremamente complesso.

L'approfondimento di tale rapporto presuppone difatti un'analisi puntuale non solo dello "statuto" costituzionale riservato alla libertà di iniziativa economica – e quindi alla libertà di concorrenza – ma anche dell'"interazione" tra la nostra Costituzione "economica" e la disciplina *antitrust* europea.

3 – Come è ben noto, la carta costituzionale tace sul concetto di concorrenza e su quello di mercato.

La Costituzione afferma, con l'art. 41, primo comma, la "libertà" dell'iniziativa economica privata: a questa enunciazione così chiara del primo comma, si accompagnano però le puntuali e rilevanti precisazioni dei commi successivi. E difatti, se l'iniziativa privata è libera, da un lato essa non deve svolgersi "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (secondo comma); dall'altro, la legge può determinare "i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata ai fini sociali" (terzo comma).

La Costituzione non condanna espressamente le concentrazioni di potere economico in quanto tali: al riguardo, l'unica ipotesi disciplinata è quella indicata dall'art. 43, secondo cui, in presenza di monopoli di "preminente interesse generale", la legge può, "a fini di utilità generale", procedere alla "socializzazione" coattiva dell'impresa.

4 – Le norme costituzionali sulla libertà di impresa sono però il frutto di un travagliato dibattito sui temi della concorrenza, dei monopoli e, più in generale, del potere economico.

Le indicazioni più utili per una ricostruzione, sul piano costituzionale, della nozione di concorrenza si possono trarre dai lavori dell'Assemblea Costituente.

una Costituzione economica che si muove tra neocorporativismo e larvato dirigismo e nella quale trionfa il mito del piccolo produttore autonomo, che si autoregola piuttosto attraverso la comunità dei produttori associati che non sul mercato; in un clima nel quale fra efficienza e giustizia sociale il privilegio va, almeno come simpatia sentimentale, alla giustizia sociale. Non a caso non si parla mai di “antitrust”, lasciando al solo codice civile la tutela della concorrenza, nella ovvia presunzione che essa corrisponda ad interessi privati, non pubblici. Non a caso il monopolio non è visto come un male in sé, ma come un male solo in quanto privato, giacché, ove esso vi sia, l’unico rimedio che la Costituzione prevede è quello di renderlo pubblico” (1).

L’art. 41 si configura, quindi, per un verso, come espressione della libertà di iniziativa economica del singolo imprenditore; per altro verso, come norma che legittima una regolamentazione autoritativa del mercato. Come è stato autorevolmente rilevato (Cheli) l’art. 41 è una norma “che rispecchia, forse più di ogni altra, i termini della dialettica politica entro cui si svolge la realtà economica degli ordinamenti occidentali contemporanei” e in cui “il principio di libertà economica è condizionato e limitato dalla presenza di un’istanza sociale”: la norma è tuttavia “indeterminata nel suo nucleo politico centrale”, poiché l’art. 41 “indica gli elementi condizionanti il principio di libertà (l’“utilità sociale”, i “programmi”, i “controlli”, i “fini sociali”), ma non determina il contenuto concreto di tali elementi né le modalità attraverso cui l’interprete possa giungere alla precisazione di tale contenuto” (2).

6 – L’interpretazione dell’art. 41 Cost. incide però direttamente sull’individuazione del fondamento costituzionale della libertà di concorrenza.

Parte della dottrina si è pronunciata a favore di un esplicito riconoscimento costituzionale della libertà di concorrenza: la libertà di iniziativa economica andrebbe identificata con quella di concorrenza. È stato quindi detto (Galgano) che “la fonte giuridica della libertà di concorrenza è nello stesso riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata. L’una è un aspetto dell’altra: la libertà di iniziativa economica del singolo si presenta, in rapporto all’iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza” (3). Si è altresì affermato (Marchetti) che la concorrenza nella Costituzione è tutelata nel senso che lo “scopo primo” dell’art. 41 sarebbe quello di “definire il quadro generale della struttura istituzionale dell’economia (rapporti fra settore privato e pubblico, modificazione degli stessi, criteri di equilibrio ecc.)”: ma la norma “non dice di più di questo ed in particolare non prescrive quale forma, tra le diverse possibili, l’economia di mercato debba assumere. In altri termini, se è vero che dal principio dell’art. 41, comma 1 si può dedurre il corollario del principio della libera concorrenza, è da ritenere che la norma stessa non consideri ‘libera’ concorrenza sinonimo di concorrenza pura.

(1) G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 12.

(2) E. Cheli, *Libertà e limiti all’iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, 302 segg.

(3) F. Galgano, *Rapporti economici, art. 41-44*, in *Commentario alla Costituzione*, 1982, II.

L'art. 41 della Costituzione legittima cioè ogni atteggiarsi della concorrenza (imperfetta, monopolistica, oligopolistica, ecc.) purché sia prodotto della stessa, e quindi anche il 'monopolio di fatto', quale polo estremo della concorrenza pura" (1).

Un'altra parte della dottrina (Morbidelli) evince, dall'art. 41, comma primo, un '*favor*' verso l'economia concorrenziale che fungerebbe così da criterio guida delle norme ordinarie che regolano i rapporti intersoggettivi (2). Un'ulteriore posizione dottrinale sottolinea come la libertà di iniziativa economica conduca come corollario alla libertà di concorrenza, definita come "libertà dell'iniziativa economica privata, considerata sotto l'angolo visuale della coesistenza di più soggetti che ne usufruiscono" (Minervini) (3).

7 – La tesi che fonda il principio della libera concorrenza sul riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica, qualificando semplicemente la libertà di concorrenza del singolo come libertà di iniziativa economica rispetto alla libertà di iniziativa economica degli altri soggetti, non appare del tutto convincente.

La perplessità può nascere proprio in riferimento alla legittimità di una disciplina "calmieratrice" della concorrenza. Come rilevato in dottrina (Oppo) (4), se veramente la libertà di iniziativa fosse destinata in ogni caso a prevalere, da un lato l'esercizio dell'attività economica potrebbe liberamente condurre a situazioni di monopolio, dall'altro potrebbe essere revocata in dubbio la stessa possibilità e legittimità di una disciplina *antitrust*.

È evidente, però, che il primo comma dell'art. 41 va coordinato con i restanti commi: la prevalente dottrina (Pace) afferma che il primo comma dell'art. 41 "fa corpo" con il secondo: con la conseguenza che il "richiamo ai valori dell'utilità sociale, della libertà della sicurezza e della dignità umana incide immediatamente sulla configurazione della situazione di 'libertà', risolvendosi automaticamente in altrettanti limiti esterni al diritto soggettivo assoluto di libertà economica" (5).

Se si vuole evitare che la normativa *antitrust* possa qualificarsi come norma lesiva del principio di eguaglianza – in conseguenza della limitazione del diritto di impresa del singolo, a vantaggio del diritto dei concorrenti – sembra necessario affermare che gli interessi tutelati dalle norme sulla concorrenza trascendono quelli dell'imprenditore individuale e attengono viceversa alla tutela di interessi di carattere generale.

(1) P. Marchetti, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, in Riv. dir. ind., 1966, 79.

(2) G. Morbidelli, voce *Iniziativa economica privata*, in Enc. Giur. Treccani, 1989, 1 segg.

(3) G. Minervini, *Concorrenza e consorzi*, in Tratt. Dir. Civ. Grosso – Santoro-Passarelli, VI, 1965, 104.

(4) G. Oppo, *L'iniziativa economica*, in Riv. dir. civ., 1988, I., 330.

(5) A. Pace, *Problemativa delle libertà costituzionali*, II, 1992, 480.

Appare quindi condivisibile la tesi che individua il fondamento della disciplina *antitrust* non solo nel *principio di libertà di iniziativa economica* affermata dal primo comma dell'art. 41 Cost., *ma anche in quelle ragioni di "utilità sociale"* che, a norma del secondo comma dello stesso art. 41, possono limitare l'esercizio della libertà economica del singolo operatore.

8 – Utili indicazioni in tal senso, sia pure con talune perplessità, sono desumibili dalla giurisprudenza costituzionale.

Fondamentale, per la ricostruzione dell'orientamento della Corte, appare la sentenza n. 223 del 1982 (1). Con questa decisione – incentrata sulle finalità ascrivibili alla libera concorrenza in un sistema di libero mercato – la Corte ha dichiarato infondata, con riferimento agli artt. 41 e 43 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2596 cod. civ., sollevata relativamente alla parte in cui quest'ultima norma non prevede la nullità del patto di non concorrenza ove questo abbia per oggetto o per effetto di restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato italiano. La "libertà di concorrenza tra imprese" – osserva la Corte – "ha una duplice finalità: da un lato integra la libertà di iniziativa economica privata che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori in concorrenza tra loro giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi". Con questa decisione la Corte individua dunque, per la libertà di concorrenza, un fondamento costituzionale "complesso", che si richiama non solo al semplice diritto di impresa del singolo operatore, ma anche ad esigenze di "protezione della collettività", che indiscutibilmente si ricollegano al concetto di "utilità sociale".

Con un'altra decisione – sentenza n. 241 del 1990 (2) – la Corte costituzionale ha espressamente affermato che la libertà di concorrenza costituisce un "valore basilare della libertà di iniziativa economica", pur essendo però anche "funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori". Secondo la Corte, la "libertà di iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41 commi II e III); e tali vincoli sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza (...) ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3 comma II Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie".

(1) In Giur. cost. 1982, 1, 2246.

(2) In Giur. cost. 1990, 1469.

In una parola (Pace), la “configurazione giuridica di un diritto come ‘funzionale’ ne rende imprevedibile la natura di diritto di libertà” (1).

10 – L’“utilità sociale” costituisce quindi un limite esterno all’esplicazione della libertà di impresa. L’“utilità sociale” è comunque un concetto su cui la dottrina ha espresso opinioni diverse.

Si è osservato (Oppo) che lo svolgimento dell’attività economica sarebbe di per sé, “benché direttamente rivolta all’interesse dell’operatore, conforme anche all’ispirazione solidaristica”, e quindi conforme ai valori espressi dall’“utilità sociale” (2): il concetto di “utilità in sé” dell’attività economica sembra tuttavia entrare in crisi ove si consideri che il mercato è portatore di interessi che possono non coincidere con gli interessi dei singoli operatori o con gli interessi generali della collettività.

Il concetto di utilità sociale sollevò notevoli perplessità anche in sede di Assemblea costituente: come è noto, fu lo stesso Einaudi a criticare tali decisioni rilevando la “indefinibilità” del concetto e sostenendo che il compito delle istituzioni doveva essere quello di prevedere “obblighi a carico dei futuri legislatori”, non quello di “formulare semplici auspici”: Einaudi arrivava alla conclusione che “una norma la quale non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale ed arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore sulla futura norma, essa sarà valida” (3).

Le indicazioni interpretative sul concetto di utilità sociale vanno dalla tesi (Mortati) che identifica l’utilità sociale nell’esigenza di raggiungere i massimi livelli di occupazione (4), alla identificazione dell’utilità sociale – secondo la nota definizione di Bentham – con la “maggior quantità di benessere per il maggior numero di uomini possibili” (Coli) (5) ovvero con il “benessere economico collettivo, col progresso materiale di tutti in condizione di eguaglianza” (Spagnuolo Vigorita) (6).

Sembra però senz’altro esatta l’impostazione di chi (Luciani) ha ricondotto la nozione di utilità sociale ai così detti “principi – valvola”, che consentono “l’adattamento dell’ordinamento al mutare dei fatti sociali” attraverso una “clausola generale” (7): In particolare, è stata sottolineata (Baldassarre) l’ “irriducibile poliedricità riscontrabile nell’“utilità sociale”.

(1) A. Pace, op. cit., 460.

(2) G. Oppo, op. cit., 324.

(3) Atti dell’Assemblea costituente, cit., 3778.

(4) C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale*, Raccolta di scritti, III, 1972, 141 segg.

(5) V. Coli, *Proprietà ed iniziativa privata*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, 1950, I, 363.

(6) V. Spagnuolo Vigorita, *La “grande impresa privata” nella Costituzione italiana*, cit., 243.

(7) M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, 1983, 117.

Il riferimento di tale concetto “ai due distinti campi applicativi, costituiti ora dai rapporti interni dell’unità produttiva ora dalla sua attività rivolta all’esterno, ha l’effetto di produrre una vera e propria bipolarità semantica, il cui referente oggettivo si identifica nella soddisfazione di bisogni imputabili, in un caso, ai lavoratori dipendenti, e nell’altro, all’intera società o, più precisamente, a quel gruppo od a quel soggetto che nella singola fattispecie si presenta come investito dell’interesse sociale” (1).

11 – Anche in questo caso, l’orientamento della Corte costituzionale appare prezioso.

In questo senso, non si può non ricordare la sentenza n. 548 del 1990 (2). In questa fondamentale decisione si legge che un limite ex art. 41 C., secondo comma, è costituzionalmente legittimo in quanto sia diretto a realizzare un’utilità sociale; a patto che l’individuazione di tale utilità non appaia arbitraria e gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue (è il *Leitmotiv* della ragionevolezza) e, per un altro verso, detti interventi non condizionino “le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell’attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio o l’oggetto delle stesse scelte organizzative”.

La giurisprudenza costituzionale ha, in altre occasioni, qualificato in maniera più puntuale la nozione di utilità sociale (individuata, ad esempio, nel “benessere sociale” (3), o nella tutela della “salute” (4), o nella tutela del lavoro (5), ovvero invece nel “pluralismo dell’informazione” (6).

Si è però osservato che un tentativo di ricostruzione unitaria del concetto di utilità sociale potrebbe essere realizzato sulla base della “logica comune” sottostante alle decisioni della Corte, logica corrispondente al “principio secondo cui sono di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godano anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in costituzione” (Luciani) (7).

Esisterebbe così (Cavaleri) un “nucleo minimo” del concetto di utilità sociale, consistente in quel complesso di “valori che la costituzione protegge con norme specifiche” (8), valori (Niro) “non tutti assorbiti dai limiti di cui alla seconda parte del secondo comma dell’art. 41” C., ma riferibili anche ad altre situazioni espres-

(1) A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata (libertà di)*, voce dell’Enc. Dir., XXI, 1971, 603 segg.

(2) In Giur. cost. 1990, 3147.

(3) Corte cost. sentenza 53/1986, in Giur. cost. 1986, I, 383.

(4) Corte cost. sentenza 127/1990, in Giur. cost. 1990, 718.

(5) Corte cost. sentenza 94/1976, in Giur. cost. 1976, I, 519.

(6) Corte cost. sentenza 231/1985, in Giur. cost. 1985, I, 1879.

(7) M. Luciani, op. cit., 138 segg.

(8) P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e “Costituzione vivente”*, 1978, 37.

mente protette dalle norme costituzionali (1). In questa prospettiva, assume certamente rilievo – come ricordato nella sentenza n. 241/90 della Corte costituzionale – il riferimento ai valori di eguaglianza sostanziale garantiti dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione.

12 – Il problema fondamentale, relativamente al concetto di utilità sociale, riguarda quindi il rapporto tra il diritto di libertà economica e i diritti della persona tutelati dal limite dell'“utilità sociale”.

È tuttora discusso se la configurazione del diritto di iniziativa economica, in funzione dei limiti costituzionalmente previsti dall'art. 41, secondo comma C., necessiti dell'*interpositio legislatoris*, ancorché il secondo comma – diversamente dal terzo – non faccia cenno a riserve di legge. È stato sottolineato (Pace) che, a differenza dei limiti della libertà, della sicurezza e della dignità umana – ricordati nella seconda parte del secondo comma dell'art. 41 Cost. – che si risolvono in veri e propri doveri di rispetto, da parte dell'operatore economico, delle norme costituzionali attributive di situazioni giuridiche e soggettive immediatamente efficaci *erga omnes* (...) il richiamo all'utilità sociale, ancorché collegato alla realizzazione di valori costituzionali (art. 3 comma secondo) non può essere, di per sé, immediatamente operativo. Infatti, se si escludono le norme costituzionali attributive di situazioni giuridiche soggettive immediatamente efficaci, riassumibili nella formula “libertà, sicurezza e dignità umana”, le restanti norme costituzionali – che pur potrebbero concorrere a determinare il così detto “contenuto minimo” del paradigma normativo dell'utilità sociale – necessitano tutte dell'intervento del legislatore per realizzarsi. L'*interpositio legislatoris* si palesa quindi necessaria anche a prescindere dalle ipotesi previste da tali norme costituzionali, anche perché il limite dell'utilità sociale si risolve in un divieto di carattere patrimoniale, come tale sottoposto alla riserva relativa di legge ex art. 23 Cost.” (2).

È noto che, secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 4 del 1962) (3), l'esistenza di una riserva relativa di legge anche nel secondo comma si desume “tanto dai principi generali informativi dell'ordinamento democratico secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini necessita del consenso dell'organo che trae da costoro la propria investitura, quanto dall'esigenza che la valutazione relativa alla convivenza dell'imposizione di uno o di altro limite sia effettuata avendo presente il quadro complessivo degli interventi statali nell'economia, inserendolo armonicamente in esso”.

È altresì pacifico che la riserva “implicita” nel secondo comma dell'art. 41 abbia natura relativa. È sufficiente ricordare, ancora una volta, la fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 4 del 1962: “la riserva di legge di cui all'art. 41 in parola non esige che l'intera disciplina dei rapporti venga regolata con atto normativo del Parlamento, dovendosi ritenere sufficiente che questo determini i crite-

(1) R. Niro, op. cit., 125.

(2) A. Pace, op. cit., 484.

(3) In Giur. cost., 1962, I, 31.

ri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l'esercizio tanto dell'attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione affidata al governo, evitando che esse si svolgano in modo assolutamente discrezionale".

La riserva di legge ancorché relativa dell'art. 41 equivale dunque ad una limitazione dell'esecutivo a garanzia dei privati, in coerenza con il principio di legalità cui, in uno Stato di diritto, sono sottoposti tutti gli atti autoritativi. La predeterminazione dell'ambito di libertà economica spettante ai privati non può dipendere dall'arbitrio dell'amministrazione, perché soltanto attraverso la corretta "intermediazione" del legislatore si può realizzare il principio di sovranità popolare previsto dalla stessa carta costituzionale e quindi il riconoscimento della pluralità di interessi sociali che in uno Stato democratico devono trovare adeguata rappresentazione e tutela.

13 – Il secondo comma dell'art. 41 non consente dunque l'introduzione di un controllo sugli scopi perseguiti dall'imprenditore; ma permette però l'imposizione di regole per il corretto funzionamento del mercato. Vi è tuttavia un nucleo "forte" di valori costituzionali primari tra cui l'imparzialità dell'amministrazione e il principio di eguaglianza sostanziale garantito dall'art. 3 C. la cui tutela è affidata istituzionalmente al legislatore, proprio attraverso il meccanismo della riserva di legge che "copre" il richiamo all'utilità sociale di cui al secondo comma dell'art. 41.

Nel novero dei valori costituzionali che devono trovare protezione attraverso la disciplina della concorrenza sembrano senz'altro da inserire anche quelli attinenti alla tutela della libertà e della consapevolezza della scelta del consumatore, il quale va tutelato in quanto componente di una grande massa anonima dei consumatori, che si trovano davanti ad una pluralità di beni, e che hanno diritto ad acquisire la consapevolezza delle loro scelte, consapevolezza che può essere assicurata soltanto attraverso l'informazione e la pubblicità. Si è detto che tutto l'art. 41 viene ormai letto nel senso di un sistema di economia di mercato aperto, e quindi nel senso che i fini sociali ai quali il terzo comma allude includono anzitutto le finalità inerenti al funzionamento del mercato in condizioni corrette di concorrenza e le finalità inerenti alla competitività delle imprese sui mercati non solo italiani, ma anche esteri. Perciò (Barile) le "regole giuridiche del mercato non si esauriscono nella tutela della concorrenza, ma devono estendersi alla tutela dei consumatori dei prodotti delle imprese e alla tutela del risparmio che ad esse affluisce" (1).

Il punto di tensione del diritto italiano sulla concorrenza – anzi, di qualsiasi diritto sulla concorrenza – risiede quindi proprio nel rapporto tra "persona" e "mercato", il quale può farsi particolarmente delicato, come avviene oggi, nel quadro dei recenti sviluppi di un diritto europeo ispirato alla massima valorizzazione dei principi connessi alla libertà di mercato e di concorrenza.

(1) P. Barile - E. Cheli - S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, 1995, 702.

La delicatezza di tale rapporto è d'altro canto aumentata proprio da quel meccanismo di "trasposizione" automatica del diritto comunitario che oggi caratterizza l'interazione tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento comunitario.

È quindi soprattutto da questo specifico angolo visuale che dobbiamo ora passare brevemente in rassegna le caratteristiche di fondo della disciplina antitrust italiana.

14 – La legge 10 ottobre 1990 n. 287 è stata approvata dopo circa trent'anni di dibattiti e disegni di legge.

La legge n. 287 del 1990 detta, come è noto, la disciplina generale della concorrenza: oggetto di questa normativa sono le intese restrittive della libertà di concorrenza, l'abuso di posizione dominante e le operazioni di concentrazione.

15 – Accanto alla disciplina di carattere generale dettata dalla legge n. 287 del 1990 sono state introdotte, in tempi recenti, discipline di carattere speciale, relative a particolari settori che, per completezza di analisi, è necessario ricordare.

Le più importanti sono quelle relative alle comunicazioni di massa, alla stampa quotidiana e alle banche.

16 – L'art. 15 della legge 6 agosto 1990 n. 223 contiene norme di divieto di posizione dominante nell'ambito dei mezzi di comunicazione di massa.

Per evitare posizioni dominanti nell'ambito dei mezzi di comunicazione di massa, l'art. 15 stabilisce tre diversi limiti. Il primo si articola, a sua volta, in tre divieti distinti: non si può essere titolari di una concessione per radiodiffusione televisiva in ambito nazionale, quando si abbia il controllo di imprese editrici e di quotidiani con tiratura annua superiore al 16% della tiratura complessiva dei giornali quotidiani in Italia; o di più di una concessione per radiodiffusione televisiva, quando si abbia il controllo di imprese editrici e di quotidiani con tiratura superiore all'8%, o di più di due concessioni per radiodiffusione televisiva in ambito nazionale, quando si abbia il controllo di imprese editrici e di quotidiani con una tiratura inferiore all'8%.

Il secondo limite mira ad evitare che uno stesso soggetto, anche attraverso organismi controllati o collegati, realizzi più del 20% delle risorse complessive del settore (o più del 25% di tali risorse nel caso in cui il medesimo soggetto consegua entrate nel settore della comunicazione di massa di almeno due terzi dei propri introiti complessivi).

Il terzo limite, stabilito dall'art. 15, quarto comma, della legge n. 223, riguarda le concessioni per la radiodiffusione televisiva e sonora rilasciate ad uno stesso soggetto e a soggetti controllati o collegati; tali concessioni non possono superare il 25% del numero di reti nazionali e, comunque, essere in numero superiore a tre.

Com'è noto, con sentenza n. 420 del 1994 (1) la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 21 e 3 Cost., l'art. 15,

comma 4 della legge n. 223 del 1990 che, nel fissare una misura massima di concessioni assentibili allo stesso soggetto pari al 25% delle concessioni nazionali e comunque a non più di tre, prevedeva un limite alla concentrazione in materia di radiodiffusione televisiva ritenuto “inadeguato”. In tale occasione, la Corte ha affermato che il legislatore “anziché muoversi nella direzione di contenere posizioni dominanti già esistenti così da ampliare, ancorché gradualmente, la concreta attuazione del valore del pluralismo, ha invece sottodimensionato il limite alle concentrazioni essendone conseguito l’effetto di stabilizzare quella posizione dominante esistente, che tuttora si riscontra, trascurando viceversa che il valore da tutelare era l’allargamento del pluralismo, prevalente sulla facoltà di concentrazione quale conseguenza estrema dell’esercizio della libertà di iniziativa economica”. Si tratta dunque di una decisione in cui la Corte ha chiaramente individuato un valore costituzionale – il “pluralismo di pensiero” – destinato decisamente a prevalere sul diritto di impresa economica del singolo operatore.

17 – La legge 5 agosto 1981 n. 416, modificata dalla legge 25 febbraio 1987 n. 67 e dalla legge 6 agosto 1990 n. 223, contiene disposizioni relative alle imprese editrici e provvidenze per l’editoria.

L’art. 4 di questa legge disciplina le “concentrazioni nella stampa quotidiana”. Esso dispone, al primo e secondo comma, che tutti gli atti che facciano “assumere una posizione dominante nel mercato editoriale” ad un’impresa sono nulli. Si considera dominante la posizione di un’impresa, quando, direttamente o a mezzo di altri soggetti controllati, i giornali quotidiani editi “abbiano tirato nel precedente anno solare oltre il 20% delle copie complessivamente tirate dai giornali quotidiani in Italia”.

Come sottolineato in dottrina (Cassese) “anche in questo caso è stata adottata una concezione “statica” di monopolio, identificando la presenza per una certa quota del mercato con il monopolio. In altre parole, “non è necessario accertare, come nella disciplina generale, se si abusi della posizione dominante, oppure se la concentrazione comporti la costituzione di una posizione dominante sul mercato nazionale. La posizione dominante è direttamente indicata dalla legge e da questa vietata” (2).

18 – È infine necessario ricordare gli articoli 19 e seguenti del testo unico delle leggi bancarie (d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385) che contengono due disposizioni. In primo luogo, viene sottoposta ad autorizzazione della Banca d’Italia l’acquisizione di partecipazione al capitale di enti creditizi, da chiunque effettuata, quando sia superiore al 5% del capitale dell’ente creditizio e, comunque, quando comporti il controllo dell’ente creditizio. In secondo luogo, si stabilisce che l’autorizzazione non possa essere data quando i soggetti che vogliano acquisire la partecipazione svolgano, “in misura rilevante, attività d’impresa in settori non bancari

(1) In Giur. cost., 1994, 3716.

(2) S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, 1995, 62.

né finanziari” e intendano acquisire una partecipazione superiore al 15% del capitale dell’ente creditizio.

La seconda norma, quella relativa al divieto di autorizzazione di partecipazioni industriali nelle banche, è rivolta a colpire le limitazioni della concorrenza. Infatti l’art. 19, settimo comma, del testo unico delle leggi bancarie dispone che “la Banca d’Italia nega o revoca l’autorizzazione in presenza di accordi in qualsiasi forma conclusi, da cui derivi durevolmente, in capo ai soggetti indicati nel comma 6 [e, cioè, alle imprese prevalentemente industriali] una rilevante concentrazione di potere per la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori della banca, tale da pregiudicare la gestione sana e prudente della banca stessa”.

19 – Il rispetto della disciplina della concorrenza e del mercato è affidato dalla legge n. 287 del 1990 a due specie di autorità, una generale e le altre speciali.

L’autorità generale – disciplinata dall’art. 10 della legge n. 287 – è denominata “Autorità garante della concorrenza e del mercato”: si tratta di un organismo composto da cinque membri, nominati dai presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, scelti tra persone di notoria indipendenza e con particolari qualificazioni tecniche.

L’Autorità garante della concorrenza e del mercato è dunque un organismo indipendente, secondo un modello noto in altri Paesi e soprattutto, negli Stati Uniti d’America. Come rilevato (Cassese) proprio negli Stati Uniti d’America “dove il potere governativo è sempre stato separato dal potere amministrativo, il sistema amministrativo è, fin dall’origine, ordinato per autorità amministrative indipendenti, denominate ‘agencies’, ‘commissions’, ‘boards’. Queste amministrazioni non sono organi di indirizzo politico. Organo di indirizzo politico è solo il presidente. Queste amministrazioni, invece, sono organi di adjudication, nel senso che presentano un elemento proprio del sistema giudiziario, quello della neutralità, o imparzialità, o terzietà nei confronti degli interessi in gioco” (1).

La disciplina della concorrenza non è però gestita solo dall’Autorità generale. Essa, in parte, è difatti affidata anche ad autorità speciali, indicate dall’art. 20 della legge n. 287/1990. Secondo tale norma, il controllo delle intese restrittive della libertà e della concorrenza, dell’abuso di posizione dominante e delle operazioni di concentrazione, viene svolto nei confronti delle imprese operanti nei settori della radiodiffusione e dell’editoria dal Garante per la radiodiffusione e per l’editoria e, nei confronti delle banche, dalla Banca d’Italia. In questi casi, lo stesso art. 20 dispone che l’Autorità procedente acquisisca il parere dell’Autorità garante della concorrenza del mercato (che diventa così un’Autorità di consulenza).

Diversamente si procede nel settore assicurativo, dove l’Autorità procedente è l’Autorità garante della concorrenza e del mercato e l’Autorità consulente, viceversa, è l’Istituto per la Vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo – ISVAP.

(1) S. Cassese, op. cit., 56.

20 – Le caratteristiche della disciplina *antitrust* italiana debbono però essere valutate ancora una volta sul piano costituzionale e con particolare riferimento allo “statuto” del diritto di iniziativa economica delineato dall’art. 41 C.

L’istituzione di Autorità di controllo indipendenti rappresenta sicuramente un modello organizzativo dell’Amministrazione coerente con i fini di “utilità sociale” oggetto della riserva di legge imposta dal secondo comma dell’art. 41 della Costituzione. L’indipendenza degli enti di controllo rappresenta difatti un’importante garanzia di imparzialità dell’azione amministrativa.

Il rispetto della riserva di legge del secondo comma dell’art. 41 richiede anche – per citare ancora la sentenza n. 4 del 1962 della Corte costituzionale – la determinazione, da parte del legislatore, di “criteri” e “direttive” atti ad evitare che l’attività amministrativa si svolga in modo “assolutamente discrezionale”. Sotto questo profilo, la disciplina *antitrust* italiana appare conforme al dettato costituzionale: al di là dell’autonomia di controllo, la definizione delle fattispecie che ricadono nei divieti della legge n. 287/90 appare sufficientemente puntuale.

21 – Più problematica invece – come già sottolineato – è la questione del potenziale conflitto tra “diritti della persona” e “diritti del mercato”, alla luce del rapporto – ormai “trilaterale” – che si instaura tra disciplina nazionale *antitrust*, norme costituzionali in materia di libertà di iniziativa economica e disciplina comunitaria.

Il rapporto tra la disciplina generale nazionale dettata dalla legge n. 287 del 1990 e la disciplina comunitaria appare chiaro.

È lo stesso art. 1 della legge n. 287 del 1990 a definire, in maniera puntuale, i rapporti con l’ordinamento comunitario. L’art. 1 dispone che la legge si applica in tutti i casi “che non ricadano nell’ambito di applicazione della normativa comunitaria” (primo comma) e che essa va interpretata “in base ai principi dell’ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza” (quarto comma). Inoltre, dispone che l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, quando ritenga che un caso al suo esame non rientri nell’area di applicazione della legge nazionale, ne informi la Commissione della Comunità, trasmettendo le informazioni in suo possesso e, per i casi in cui risulti già iniziato un procedimento presso la Commissione, sospenda l’istruttoria, salvo che per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale (secondo e terzo comma).

L’art. 1 della legge n. 287 del 1990 stabilisce così il principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, sia a livello di norme che di procedimento: da un lato, si afferma difatti il principio secondo cui l’ordinamento nazionale deve “completarsi” in base ai principi dell’ordinamento comunitario e che l’ambito di applicazione della legge nazionale è comunque residuale rispetto all’ambito di applicazione delle norme comunitarie; dall’altro si afferma il principio per cui il procedimento nazionale diventa “recessivo” nei confronti del procedimento comunitario (il legislatore italiano ha così rinunciato al principio della “doppia barriera”, teoria secondo la quale le due norme, nazionali e comunitarie, dovrebbero applicarsi contemporaneamente)

GUSTAVO MINERVINI

**IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN ITALIA:
UNA RICOGNIZIONE DEL DIRITTO POSITIVO NAZIONALE**

1. Se la ricognizione del diritto positivo italiano in materia di concorrenza si concludesse con l'indicazione delle norme che il codice civile dedica esplicitamente alla concorrenza, la sensazione di una estrema povertà della produzione legislativa apparirebbe giustificata.

Ma la ricognizione commessaci non può arrestarsi a questo limite. Conviene superare questo angusto confine, tanto più in un incontro al quale partecipano cultori di diverse discipline. Naturalmente, sarà una ricognizione da alta quota: nel senso che sarà possibile solo individuare i siti, cioè i complessi normativi, non già descriverli, indicarne cioè i contenuti.

Un'ultima avvertenza. Questa attività di ricognizione non ha ovviamente alcuna pretesa di completezza, anzi ne è certa l'incompletezza o addirittura l'episodicità. Essa non adotta per altro criteri preconcepi di selezione, preferisce anzi largheggiare. Si è ritenuto opportuno fornire ai non-giuristi la maggiore quantità di materiali grezzi possibile, e rimettersi alla loro valutazione circa l'attinenza delle normative segnalate alla materia della concorrenza.

2. Occorre riconoscere che le norme del codice civile dedicate in maniera esplicita alla concorrenza non costituiscono uno *specimen* legislativo particolarmente esaltante. D'altra parte il codice civile porta la data del 21 aprile 1942: dalla cucina corporativa, per giunta operante in un clima di autarchia e poi di guerra (se ne veda il miglior quadro nel Trattato di diritto corporativo diretto da Giuseppe Chiarelli), non ci si poteva attendere sofisticati manicaretti di stampo liberale.

La norma-base è l'art. 2595, che nel suo testo originario così suonava: "la concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge e dalle norme corporative. Non vi è stato, all'epoca, il tempo di stabilire se l'obbligo di non ledere gli interessi dell'economia nazionale costituisca un precetto a sé stante, o fosse assorbito dall'altro obbligo di osservanza dei limiti normativi (in tal senso militerebbe l'art. 2089, che della prima disposizione costituiva il correlato in sede patologica); oggi è prevalente l'opinione che quella parte della disposizione sia comunque abrogata, al pari del richiamo alle norme corporative. A tale stregua la disposizione oggi si leggerebbe così: "la concorrenza deve svolgersi nei limiti stabiliti dalla legge". Si può valutare come un'ovvietà, ma anche come l'enunciazione che la libertà di concorrenza è la regola, e la limitazione è l'eccezione, e questa deve essere stabilita per legge (riserva di legge, sia pure in senso ampio). Così intesa, la disposizione *fa sistema* con l'art. 41 della Costituzione.

Le disposizioni sulla concorrenza sleale (artt. 2598-2601) dettano le regole circa le modalità di svolgimento della concorrenza, quelle che sono state chiamate *le regole del gioco*. Intese originariamente in chiave di tutela degli interessi delle categorie professionali partecipanti alla gara concorrenziale, oggi si reputano intrise, o quanto meno comprensive, di altri valori: della società generale, o che questa comunque fa propri (in particolare, gli interessi dei consumatori). La struttura alquanto aperta di queste disposizioni ne fa una buona valvola di modernizzazione del sistema.

ma dell'art. 54 comma 3 lett. g) del Trattato C.E.E. Esse costituiscono non solo un fattore di modernizzazione della disciplina di questi tipi di società, ma anche un contributo significativo alla creazione di un mercato comune europeo.

Anche le normative sulla trasparenza si debbono considerare inerenti alla materia della concorrenza, se è vero che la trasparenza è una precondizione della concorrenza. Da questo punto di vista è importante la legge del 1974 istitutiva della Consob, e di numerosi obblighi di trasparenza a carico delle società e degli enti quotati in borsa, nonché regolatrice dei mercati mobiliari. Questa legge è stata modificata, anche nei pesi che dava alle materie considerate, numerose volte, ed arricchita; basti pensare alla legge n. 1/91 sugli intermediari e sui mercati mobiliari, per arrivare al decreto legislativo così detto Eurosim, approvato or è poco in prima lettura dal Governo, e in corso di riapprovazione dopo la consultazione delle Commissioni parlamentari: emanato in attuazione della direttiva comunitaria di armonizzazione sui servizi di investimento, dovrebbe costituire una pietra miliare sulla via della creazione del mercato comune dei servizi mobiliari.

Importanti sono anche la legge n. 157/91 di divieto dell'*insider trading*, e soprattutto il regolamento sull'informativa societaria minima previsto nell'art. 6 di tale legge (emanato dalla Consob con deliberazione n. 5553/91, e successivamente più volte integrato e modificato). Va anche considerata, per la sua pertinenza alla materia, la legge sulle offerte pubbliche di acquisto di vendita e di scambio di valori mobiliari (legge sull'OPA: n. 149/92): ne è discussa, e in verità discutibile, la valenza in senso concorrenziale, per quanto attiene soprattutto all'OPA obbligatoria.

Un ulteriore tassello alla disciplina della trasparenza è stato apposto con l'istituzione, dopo cinquantaquattro anni, del registro delle imprese (con il regolamento emanato con decreto n. 581/95, in attuazione dell'art. 8 della legge di riforma delle Camere di Commercio). Se la normativa si mostrerà adeguata, e la strumentazione efficiente (per ora si sentono taluni scricchiolii), sarà un contributo sostanziale a un esercizio più fluente e consapevole, e quindi proficuo, della concorrenza.

Non si possono infine trascurare gli ammodernamenti apportati, generalmente su orme comunitarie, alla disciplina dei diritti sui beni immateriali (diritto d'autore, marchi, brevetti per invenzioni industriali), che rispetto alla concorrenza fanno da sponda; e l'introduzione di nuove organizzazioni associative di imprese, come il GEIE, e di nuove istituzioni finanziarie, come le SICAV, i fondi di investimento mobiliare aperti e chiusi, i fondi di investimento immobiliare, le forme pensionistiche complementari (queste ultime peraltro rimaste ancora sulla carta): strumenti tutti di esercizio delle attività economiche e finanziarie, e influenti quindi sulla concorrenza.

4. Ha avuto peso sul piano concorrenziale anche l'istituzione di una nuova procedura concorsuale, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (con la legge n. 26/79, legge Prodi), che prevede in dati casi la continuazione forzata dell'esercizio della grande impresa insolvente. E non sono state prive di

influenza le perplessità affiorate (e più...) negli ambienti della Giustizia circa le funzioni del fallimento, e dei suoi antidoti, il concordato preventivo e l'amministrazione controllata, perplessità che hanno indebolito l'efficacia deterrente, eliminativa dell'impresa dal mercato e recuperatoria per i creditori della prima procedura, l'efficacia preventiva delle altre (ma non sono solo queste, si sa, le cause delle lentezze e delle manchevolezze della Giustizia). Ha conquistato d'altra parte sensibilità, negli ambienti della Giustizia, l'interesse del debitore alla riservatezza, fino al punto di vietare ai terzi la conoscibilità dei ricorsi di fallimento e persino la facoltà di avere copia delle sentenze a fallimento dichiarato, con il correlativo sacrificio dell'interesse del mercato alla conoscenza della condizione degli operatori, e in particolare delle banche alla valutazione del merito di credito di chi loro si rivolge. D'altronde è il legislatore a dare il segnale, quando nelle leggi che si susseguono restringe man mano l'area dei protesti cambiari e della loro pubblicità.

Questo è un segno – ma importante, perché proveniente da ambiente qualificato – della confusione (o delle riserve?) circa il valore della concorrenza, e delle resistenze psicologiche alla eliminazione degli operatori immeritevoli dal mercato.

5. Inequivocabile è la natura oligopolistica della disciplina del commercio (interno) sotto il belletto di un'asserita programmazione commerciale (già al suo apparire parlammo in proposito di "controriforma del commercio").

D'altra parte, l'iscrizione in albi, collegi, ruoli, elenchi e così via è sempre più condizione per la prestazione, spesso addirittura occasionale, di servizi. La legge Le Chapelier soppressiva delle corporazioni – uno dei più significativi portati della Rivoluzione francese – è morta e sepolta. Bene fa l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a dedicare la sua attenzione a questa materia.

6. In altri campi, tuttavia, la concorrenza si fa strada.

Leggi viepiù rigorose, sempre sotto la spinta delle direttive comunitarie, e superando resistenze di interessi potenti, prescrivono *procedimenti di evidenza pubblica* – cioè: gare per gli appalti e per le forniture pubbliche; e il Consiglio di Stato ha ritenuto tali anche gli appalti da parte di società commerciali privatizzate nella sola forma, ma non ancora nella sostanza (sul concetto si tornerà più innanzi). Talora peraltro sono ancora i grandi interessi a prevalere: si veda il caso Alta Velocità, nel quale la scelta della trattativa privata è stata sorretta da un elaborato parere del Consiglio di Stato.

Anche il sistema bancario, a seguito di due direttive comunitarie attuate ai limiti del tempo massimo, è stato rivoluzionato: a un governo dirigistico del credito, che teneva tutte le banche in una serra calda, con divieto di accesso e di uscita dal mercato, se ne è sostituito un altro, che dà spazio alla concorrenza nei limiti di un controllo prudenziale le cui qualità (serietà? severità? durezza? pesantezza?) sono ancora sotto esperimento. Nello stesso tempo, abbattendo ogni separatezza specialistica, è stata permessa la banca universale, accanto al gruppo bancario plurifunzionale preconizzato in un primo tempo. Il nuovo testo unico delle leggi bancarie

Mi pare utile analizzare le fonti primarie in questione in primo luogo con riferimento alla loro portata originaria: ciò per le indicazioni che quest'analisi può fornire per una esatta comprensione del quadro normativo attualmente in vigore.

L'articolo 88 riconosce alle autorità degli Stati membri la competenza a decidere "in merito all'ammissibilità di intese e allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato comune" per un periodo limitato e precisamente sino alla entrata in vigore delle disposizioni di esecuzione adottate in conformità all'articolo 87.

Ciò posto, occorre porsi la seguente domanda: sulla base di quali parametri normativi le autorità nazionali potevano, nella fase iniziale, intervenire e decidere? La risposta è agevole: sulla base del diritto nazionale nonché sulla base delle disposizioni di cui agli articoli 85 (compreso il paragrafo 3) e 86, riguardanti, rispettivamente, le intese e le pratiche concordate il primo e l'abuso di posizione dominante il secondo. È l'articolo 88 che fa espresso riferimento a queste due categorie di fonti giuridiche. Si trattava dunque di una competenza retta nello stesso tempo da fonti interne e da fonti comunitarie. Queste ultime non potevano evidentemente avere la stessa portata di quelle interne, per la ovvia considerazione che i fenomeni anti-concorrenziali disciplinati delle fonti comunitarie hanno una dimensione che, di regola, va al di là delle frontiere nazionali e che è pertanto differente e più larga dalla dimensione degli analoghi fenomeni presi in considerazione dalle fonti nazionali.

La coesistenza di fonti interne e fonti comunitarie rende indispensabile identificare i criteri secondo i quali queste due categorie di fonti erano coordinate e conciliate. Le autorità nazionali avevano innanzitutto il potere di agire sulla base delle loro rispettive legislazioni in materia di concorrenza. Possiamo affermare che l'articolo 88 attribuiva portata extraterritoriale alla legislazione nazionale *de qua*, nel senso che abilitava le autorità nazionali a esercitare la loro azione, basata sulla legge nazionale, anche al di là del territorio nazionale? Certamente no. Una tale interpretazione infatti comporterebbe una deroga al diritto internazionale generale e dovrebbe pertanto risultare con tutta chiarezza dalla lettera dell'articolo 88, ciò che sicuramente non si può affermare. Le autorità nazionali dovevano perciò limitarsi ad applicare la legislazione nazionale rispettiva all'interno del territorio nazionale pertinente.

Occorre ora sviluppare questo ragionamento e prendere in considerazione le fonti giuridiche comunitarie, cioè gli articoli 85 e 86, indicate nell'articolo 88 come ulteriore base per l'azione delle autorità nazionali. Occorre domandarsi, a questo proposito, se le autorità nazionali fossero competenti ad applicare le dette disposizioni comunitarie disponendo di poteri indentici, per qualità e ampiezza, a quelli di cui dispone oggi, dopo la fine del periodo transitorio, la Commissione. La risposta a questo quesito deve essere identica a quella data con riferimento all'azione delle autorità nazionali basata sul diritto nazionale: anche l'azione delle autorità nazionali basata su fonti comunitarie incontrava un ostacolo insormontabile nel rispetto dovuto alla sovranità degli altri Stati membri e pertanto era meno efficace di quella oggi esercitata dalla Commissione sulla base del regolamento n. 17. Le

autorità nazionali potevano, è vero, prendere in considerazione il fenomeno anti-concorrenziale anche al di là delle frontiere nazionali, ma le loro decisioni avevano necessariamente una portata ristretta al solo ambito nazionale.

Quanto alla Commissione, essa poteva esercitare, fino all'entrata in vigore del regolamento n. 17, un certo ruolo nel controllo delle attività anticoncorrenziali: in effetti, sulla base dell'articolo 89, essa aveva il compito di vigilare sulla applicazione dei principi fissati dagli articoli 85 e 86; e, a questo scopo, poteva, di ufficio o su domanda di uno Stato membro, istruire i casi di presunta infrazione ai principi suddetti, in collegamento e con la assistenza delle autorità competenti degli Stati membri; poteva inoltre constatare l'esistenza di una infrazione e proporre i mezzi atti a porvi termine.

2. B) *Le fonti secondarie: il regolamento del Consiglio n. 17. Competenze residuali delle autorità nazionali dopo la sua entrata in vigore*

Consideriamo ora la situazione normativa che si è prodotta dopo l'entrata in vigore della principale fonte secondaria in materia di diritto della concorrenza, cioè dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 17. La questione che si pone a questo riguardo è la seguente: dopo l'entrata in vigore di questo regolamento le autorità degli Stati membri hanno ancora una qualche competenza per la applicazione degli articoli 85 e 86? Direi di sì. Dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 17, il meccanismo degli articoli 88 e 89 conserva ancora un certo spazio applicativo. Pervengo a questa conclusione sulla base delle seguenti considerazioni.

Se si assumesse come solo parametro di riferimento l'articolo 88, si dovrebbe ritenere che le autorità nazionali abbiano perduto, con l'entrata in vigore del regolamento n. 17, qualsiasi possibilità di applicare, in maniera diretta, gli articoli 85 e 86: una tale competenza sembrerebbe infatti appartenere, secondo la lettera dell'articolo 88, unicamente alla Commissione. In altri termini, con l'adozione della normativa secondaria, da un lato la Commissione avrebbe acquisito poter pieni e esclusivi e, dall'altro, le autorità nazionali avrebbero perduto interamente il loro ruolo in questa materia.

Ma la situazione non è quella che risulta dal solo articolo 88: occorre invero considerare che l'adozione delle disposizioni di esecuzione se, da un lato, ha attribuito una competenza piena alla Commissione, dall'altro lato non ha escluso una competenza concorrente delle autorità nazionali: ciò sulla base di una disposizione *ad hoc* inserita nel regolamento n. 17, regolamento che costituisce la fonte secondaria più significativa del diritto comunitario della concorrenza. Si tratta dell'articolo 9, paragrafo 3, secondo il quale, "fino a quando la Commissione non abbia iniziato una procedura a norma degli articoli 2, 3 o 6, le autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1, e dell'articolo 84 conformemente all'articolo 88 del trattato...". Una tale disposizione riconosce dunque alle autorità nazionali il potere di continuare ad esercitare le funzioni di controllo e repressive previste all'articolo 88 (fatta eccezione per la concessione

delle esenzioni di cui all'articolo 85, paragrafo 3), fino al momento in cui la Commissione eventualmente decide di iniziare una procedura.

La interpretazione sin qui esposta del rapporto fra l'articolo 88 del trattato e l'articolo 91, paragrafo 3, del regolamento n. 17, potrebbe essere posta in discussione per il fatto che essa riconosce ad una norma comunitaria derivata la funzione di modellare la portata di una norma primaria, e precisamente del citato articolo 88. Si potrebbe, in altri termini, obiettare che la ultrattività dell'articolo 88 rispetto alla scadenza nello stesso articolo fissata, ed identificata con l'entrata in vigore delle disposizioni di applicazione dell'articolo 87, contrasti con il principio della gerarchia delle fonti che non consente che una disposizione secondaria modifichi la portata di una fonte primaria. Ma una tale argomentazione, anche se non priva di suggestione, non può essere accolta. In realtà, nella specie la disposizione secondaria non modifica quella primaria, ma dà ad essa attuazione in misura non completa, nel senso che lascia ancora un certo spazio alla persistente operatività del meccanismo di controllo originario, incentrato sulla prevalente competenza delle autorità nazionali.

Il testo dell'articolo 88 permette questa interpretazione. Quando vi si parla di "entrata in vigore delle disposizioni prese in applicazione dell'articolo 87" non si intende dire, né espressamente né implicitamente che tali disposizioni non possano che essere adottate in un'unica soluzione. Ne consegue che se, come nella specie, esse sono adottate per segmenti occorrerà di volta in volta verificare se e in che misura la disciplina originaria continui ad essere operante.

Ed è proprio questa verifica che qui si è cercato di fare pervenendo alla conclusione che il sistema dell'articolo 88 consente alle autorità amministrative nazionali di controllo di applicare gli articoli 85 (escluso il paragrafo 3) e 86 anche dopo l'entrata in vigore del regolamento 17 a condizione, beninteso, che la Commissione non abbia intrapreso alcuna procedura.

Così stando le cose, l'eventuale adozione da parte di uno Stato membro di disposizioni nazionali, che attribuiscono alle autorità amministrative nazionali la competenza a dare applicazione agli articoli 85 e 86, mi sembra superflua e forse anche contraria ai principi della applicazione diretta e del primato del diritto comunitario (1).

(1) Si veda al riguardo la disposizione, contenuta nella legge comunitaria del 6 febbraio 1996 (GU n. 34 del 10 febbraio 1996), con la quale il legislatore nazionale ha espressamente riconosciuto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in quanto autorità nazionale competente in materia di concorrenza, il potere di dare applicazione, "fatto salvo quanto disposto dall'articolo 20 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, agli articoli 85, paragrafo 1, e 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea", utilizzando i poteri previsti dalla legge istitutiva della stessa autorità (art. 54, paragrafo 5). Ci si può domandare se con tale disposizione il legislatore nazionale abbia voluto negare ad altre autorità (come la Banca d'Italia che costituisce l'autorità di vigilanza delle aziende ed istituti di credito) il potere di dare applicazione alle citate disposizioni del Trattato. Una tale interpretazione si porrebbe manifestamente in contrasto con il diritto comunitario, sia con gli articoli 85, paragrafo 1, e 86 del Trattato CE, sia con le disposizioni di diritto derivato, come quelle di cui al regolamento n. 17 che danno applicazione alle norme in materia di concorrenza enunciate dal Trattato.

3. *Carattere complementare dell'azione delle autorità nazionali dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 17 rispetto alla corrispondente azione esercitabile nello stesso periodo dalla Commissione*

La funzionalità di questo schema, basato sulla concorrenza di competenze di organi comunitari e nazionali per intervenire sugli stessi fenomeni, deve essere oggi valutata tenendo conto dell'aumento dei fenomeni anticoncorrenziali e dei mezzi ridotti di cui dispone la Commissione per farvi fronte. Come è stato messo in evidenza nella Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CE (2), la Commissione non ha né la volontà né la possibilità concreta di intervenire su tutte le intese e su tutti gli abusi di posizione dominante che presentano una dimensione comunitaria. In altri termini, il fatto, che il fenomeno anticoncorrenziale sia transnazionale, non implica, automaticamente, l'interesse della Comunità ad intervenire. La conseguenza di questa impostazione è quella che la Commissione sceglie già oggi – e ancora più sceglierà in futuro – di disinteressarsi di molti fenomeni anticoncorrenziali che, pur avendo una dimensione comunitaria, non presentano tuttavia un interesse comunitario. È ragionevole prevedere la tendenza dell'interesse comunitario a restringersi a beneficio degli interventi nazionali.

Occorre allora domandarsi se le autorità nazionali non finiscano con l'averne un ruolo "surrogatorio" o "complementare" rispetto alla Commissione, nel senso che esse sembrano destinate ad occupare lo spazio lasciato vuoto dall'inattività, in prospettiva crescente, di questa istituzione; se cioè si possano ragionevolmente immaginare interventi sostitutivi delle autorità nazionali compiuti in applicazione del principio di sussidiarietà, principio che sarebbe implicitamente contenuto negli articoli 88 e 89 del trattato nonché nell'articolo 9 del regolamento n. 17 o se addirittura tali autorità non possano essere chiamate a svolgere, in futuro, proprio in virtù dello stesso principio di sussidiarietà e attraverso un'appropriata modifica dell'articolo 9, paragrafo 3, del regolamento n. 17, ad applicare in via esclusiva gli articoli 85 e 86 a talune categorie di fenomeni anticoncorrenziali, identificati secondo criteri oggettivi desunti dalla nozione di interesse comunitario, permettendo così, in alcuni casi, il passaggio da un sistema di competenze concorrenti ad un sistema di competenze ripartite.

La mia risposta è affermativa, ma con l'avvertenza del rischio di una minore incisività dell'azione delle autorità nazionali rispetto a quella della Commissione, nonché della subordinazione dell'azione delle autorità nazionali rispetto a quella, futura ed eventuale, della Commissione.

Mi spiego. Il ruolo delle autorità nazionali è, rispetto a quello della Commissione, meno incisivo per più ragioni e soprattutto: perché le dette autorità hanno il potere di intervenire soltanto su una parte del fenomeno, quella che si sviluppa sul territorio dello Stato al quale l'autorità che procede appartiene; perché esse non

(2) GUCE del 13 febbraio 1993. C 39. n. 6.

sione (1). In pratica, il Commissario responsabile per la concorrenza firma, a nome della Commissione, un formulario che dichiara la procedura aperta e le autorità nazionali della concorrenza ne sono informate. Una volta che la Commissione abbia intrapreso la procedura, le autorità nazionali della concorrenza perdono, a vantaggio della Commissione, il potere di applicare gli articoli 85 e 86.

Oltre a queste difficoltà interpretative il citato articolo 9, paragrafo 3, pone dei problemi di coordinamento tra l'attività di controllo della Comunità e quella delle autorità nazionali. Tali problemi non trovano una completa soluzione nel regolamento n. 17, il quale in effetti disciplina unicamente la procedura amministrativa davanti la Commissione. L'articolo 10 dello stesso regolamento è l'unica disposizione che riguarda il "collegamento" tra la Commissione e le autorità degli Stati membri. Esso prevede sia la trasmissione, da parte della Commissione, alle autorità competenti degli Stati membri, della copia delle domande, delle notificazioni e dei documenti più importanti che le sono stati presentati (paragrafo 1), sia il collegamento stretto e costante con tali autorità durante tutta la procedura amministrativa (paragrafo 2). Tale collegamento si esplica, in particolare, tramite la consultazione obbligatoria, precedente all'adozione di ogni decisione, di un comitato composto di funzionari competenti in materia di intese e posizioni dominanti, i quali sono nominati dagli Stati membri (paragrafi da 3 a 5).

L'articolo 10 prevede in tal modo un coordinamento tra autorità nazionali e Commissione che comunque risulta funzionale alle inchieste espletate da questa istituzione. Tale disposizione è stata interpretata nel senso che essa ha come scopo di informare gli Stati membri dei procedimenti comunitari riguardanti imprese situate nei loro territori e di assicurare una migliore informazione della Commissione permettendole di confrontare le informazioni fornite dalle imprese con le indicazioni e le osservazioni che può fornirle lo Stato interessato. Dal canto loro, le autorità nazionali non possono utilizzare queste stesse informazioni né nell'ambito di un procedimento istruttorio né per motivare una decisione adottata a norma del diritto della concorrenza, non solo comunitaria ma anche nazionale. Esse possono essere utilizzate unicamente come indizi dei quali le autorità nazionali possono tener conto per valutare l'opportunità di instaurare o meno un procedimento nazionale. Nel corso di tale procedimento, poi, i fatti dovranno essere dimostrati con i mezzi di prova propri del diritto nazionale e nel rispetto delle garanzie dal medesimo apprestate (2).

5. B) *L'azione della Commissione e la sua influenza sull'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE da parte dei giudici civili degli Stati membri*

Mi occupo ora dell'azione delle giurisdizioni civili degli Stati membri volta a dare applicazione in via incidentale agli articoli 85 e 86 e dell'azione parallela

(1) Corte di giustizia del 6 febbraio 1973, Brasserie de Haecht, nella causa 48/72, in *Racc.* 1973, p. 77, punto 16 della motivazione.

(2) Corte di giustizia del 16 luglio 1992, Dirección General de Defensa de la Competencia, nella causa C-67/91, in *Racc.* 1992, p. I-4785, punti da 37 a 43 della motivazione.

È ben noto che la Commissione, quando riceve una denuncia, non è obbligata ad iniziare una procedura ma deve soltanto esaminare gli elementi forniti dal denunciante e motivare l'eventuale decisione di non iniziare una procedura, a meno che la denuncia riguardi delle competenze esclusive della Commissione, come la concessione di una esenzione (1). La Commissione pertanto può, in certi contesti, stimare di non dovere agire per il fatto che il giudice nazionale è stato chiamato a pronunciarsi sul medesimo fenomeno anticoncorrenziale.

In questo senso, dunque, l'esistenza di una procedura pendente davanti a un giudice nazionale può giustificare l'inerzia della Commissione e ciò sulla base della considerazione che gli operatori esposti agli effetti negativi di un'intesa vietata o di un abuso di posizione dominante sarebbero protetti in maniera soddisfacente dai giudici (civili) nazionali. La Commissione ha utilizzato quest'idea, traendola dalla sentenza *Automec II*, nella sua comunicazione del 13 febbraio 1993, già citata, nella quale si legge: "la Commissione ritiene che, normalmente, non c'è un interesse comunitario sufficiente a proseguire l'esame di una caso allorché il denunciante è in grado di ottenere adeguata protezione dei suoi diritti davanti alle autorità nazionali. In queste circostanze, la denuncia normalmente verrà archiviata" (2).

Tale orientamento della Commissione deve essere interpretato con prudenza. Non credo che il solo fatto che si possa ricorrere a un giudice nazionale possa rendere senza interesse per la Comunità un'azione della Commissione condotta secondo il regolamento n. 17. Non escludo che in alcun caso la protezione assicurata dal giudice nazionale possa rivelarsi sufficiente, ma in altri casi, probabilmente più numerosi, non sarà così. In proposito occorre sottolineare ancora una volta che gli interventi della Commissione sono caratterizzati dall'esercizio di ampi poteri di inchiesta e dalla possibilità di rivolgere ingiunzioni alle imprese e di irrogare alle medesime sanzioni efficaci. Al contrario, i poteri del giudice civile sono limitati: come abbiamo già detto, questo giudice può soltanto dichiarare la nullità dell'intesa e constatare l'abuso di posizione dominante condannando, se del caso, il responsabile dell'abuso a riparare i danni cagionati ai concorrenti.

La conseguenza di questi rilievi è che non appare giustificato attribuire alla sentenza *Automec II* una portata di principio come invece la Commissione sembra voler fare nella sua comunicazione.

(1) Tribunale di primo grado del 18 settembre 1992, *Automec/Commissione*, nella causa T-24/90, in *Racc.* 1990, p. II-2223, punti da 73 a 83 della motivazione.

(2) La giurisprudenza *Automec II* (sentenza del 18 settembre 1992, già citata) sembra essere interpretata, anche in alcune sentenze del Tribunale, nel senso che la semplice possibilità da parte delle imprese di incardinare una procedura davanti al giudice civile nazionale per pretese violazioni degli articoli 85, paragrafo 1, e 86 del trattato possa giustificare l'archiviazione di una denuncia da parte della Commissione. In tali sentenze, il Tribunale ha affermato che "alla luce della suddivisione delle competenze fra la Commissione e i giudici nazionali nonché della conseguente tutela dei singoli dinanzi ai giudici nazionali... l'articolo 3 del regolamento n. 17 non conferisce a chi presenta una domanda a norma del detto articolo il diritto a una decisione della Commissione ai sensi dell'articolo 189 del trattato CE in merito all'esistenza o meno di una infrazione dell'articolo 85 o dell'articolo 86 del trattato"; (sentenze del Tribunale del 24 gennaio 1995, *BENIM/Commissione*, nella causa T-114/92, in *Racc.* 1995, p. II-147, punto 62, e del 24 gennaio 1995, *Tremblay c.a./Commissione*, nella causa T-5/93, in *Racc.* 1995, p. II-185, punto 59).

zioni, la produzione possa intralciare il funzionamento della Comunità o intaccarne la sua indipendenza (1).

8. C) *Rapporti fra la Commissione e le corrispondenti autorità nazionali in materia di controllo delle concentrazioni*

Per completezza, aggiungo qualche parola sui rapporti tra l'azione della Commissione e quella delle autorità nazionali nel settore del controllo delle concentrazioni.

Su questo terreno il quadro normativo è assolutamente diverso da quello degli articoli 85 e 86. La differenza deriva dal fatto che la competenza della Commissione in materia di concentrazioni è esclusiva. Non c'è dunque in quest'ambito concorso di competenze tra autorità comunitarie e autorità nazionali rispetto al medesimo fenomeno anticoncorrenziale. Pertanto, la situazione è la seguente: da un lato, l'applicazione del regolamento n. 4464/89 (2) impedisce l'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato nonché l'applicazione della legislazione nazionale relativa alle concentrazioni; d'altro lato, e in virtù della stessa logica, un'operazione di concentrazione che non rientra nel campo di applicazione del regolamento n. 4064 può formare oggetto di un controllo amministrativo, *a posteriori*, sulla base degli articoli 85 o 86: tale controllo può intervenire sia su iniziativa della Commissione che su iniziativa delle autorità nazionali.

Il regolamento n. 4064 prevede inoltre, all'articolo 9, un meccanismo ben articolato volto ad assicurare la cooperazione tra la Commissione e le autorità competenti degli Stati membri.

II. Rapporti tra giudici nazionali e Commissione in materia di aiuti di Stato

9. *Il quadro giuridico*

Questo profilo del tema generale del ruolo dei giudici nazionali, con i quali la Commissione è tenuta a collaborare, nel sistema di controllo giurisdizionale sulla corretta ed uniforme applicazione del diritto comunitario negli Stati membri, è di attualità giacché è noto che la Commissione ha emanato nel 1995 una comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato (3) e che la Corte ha riassunto e, sotto taluni aspetti, precisato gli orientamenti della giurisprudenza sulle competenze del giudice nazionale in que-

(1) Tribunale di primo grado del 18 settembre 1996, Postbank/Commissione, nella causa T-353/94, non ancora pubblicata nella *Raccolta*.

(2) Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989, in GUCE del 30 dicembre 1989, L. 395, p. 1.

(3) Pubblicata in GUCE C 312 del 23 novembre 1995, p. 8 ss.

sta materia, con la sentenza 11 luglio 1996, *Syndicat français de l'Express international* (SFEI) (1).

La natura e la portata del controllo esercitato dal giudice nazionale in materia di aiuti di Stato riflettono le caratteristiche proprie della ripartizione e del coordinamento delle competenze tra la Commissione e i giudici nazionali in questo particolare ambito del diritto comunitario della concorrenza, inteso in senso ampio. In effetti, il trattato CE enuncia, nel suo articolo 92, paragrafo 1, il principio dell'incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune e attribuisce alla Commissione la competenza esclusiva ad accordare le deroghe che questa stessa disposizione prevede rispetto al divieto generale di aiuti. Nel quadro di tale regime comunitario degli aiuti di Stato, incentrato sull'approvazione preventiva dei medesimi da parte della Commissione, è soprattutto ai giudici nazionali che spetta, quando ricorrono i necessari presupposti, il compito di trarre tutte le conseguenze del divieto, per gli Stati membri, di dare esecuzione alle progettate misure di aiuto prima che la Commissione – ai sensi dell'articolo 93, paragrafo 3, del trattato CE –, ricevute le informazioni necessari su tali misure, abbia adottato una decisione finale.

Conviene richiamare, in via preliminare e in poche parole, le disposizioni del trattato CE in materia di aiuti che vengono in considerazione.

Si tratta: a) dell'articolo 92, che al paragrafo 1 fissa la nozione di aiuti, al paragrafo 2 definisce tre categorie di aiuti *ipso iure* compatibili e al paragrafo 3 definisce cinque categorie di aiuti suscettibili di essere dichiarati compatibili; b) dell'articolo 93, che definisce il procedimento che Stati e Commissione devono seguire in materia: gli Stati hanno l'obbligo di notificare i progetti di aiuto alla Commissione, la quale avvia senza indugio (paragrafo 3) la procedura intesa a verificare la compatibilità degli aiuti; lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto ad una decisione finale. L'obbligo di comunicazione vale anche per i progetti di aiuto che presentano i requisiti necessari per un'approvazione automatica (articolo 92, paragrafo 2). Solo gli aiuti di importanza trascurabile non devono essere notificati secondo la nota regola "de minimis".

Quali i tempi dell'azione di controllo della Commissione? Se gli aiuti sono stati notificati, la Commissione deve decidere rapidamente sulla compatibilità. Due mesi costituiscono, secondo la Corte, un tempo sufficiente. Se le misure non sono notificate, non si parla di un termine per il processo decisionale; resta però anche in questo caso l'esigenza di rapidità.

I terzi possono essere pregiudicati in vario modo dalla erogazione di aiuti. Le ipotesi possibili sono essenzialmente due: quella di aiuti non notificati, che vengono erogati a imprese concorrenti, e quella di aiuti regolarmente notificati che, benché non ancora riconosciuti come compatibili dalla Commissione, vengano nondimeno erogati. Nel primo caso, le autorità nazionali, erogando gli aiuti, viola-

(1) Causa n. C-39/94, non ancora pubblicata nella *Raccolta*.

no quanto meno l'obbligo di notificarli alla Commissione; nel secondo caso violano più specificamente l'articolo 93, paragrafo 3, ultima parte, che impone loro di non erogare aiuti prima che la compatibilità dei medesimi col trattato sia stata accertata con una decisione che interviene all'esito di un'apposita inchiesta nel corso della quale la stessa Commissione sente tutti gli interessati (articolo 93, paragrafo 2).

Nelle due situazioni ora esposte, le questioni che sorgono sono le medesime. Riguardano in particolare: a) le diverse forme di tutela che, in questo contesto, i giudici nazionali possono assicurare ai terzi; b) la influenza – sui giudizi pendenti innanzi ai giudici nazionali – del fatto che un'inchiesta della Commissione sia in corso sul medesimo fenomeno; c) la cooperazione (non già l'assistenza!) che la Commissione, ex articolo 5 del trattato, è tenuta a fornire ai giudici nazionali in questo contesto, per assicurare il corretto ed efficace svolgimento delle procedure nazionali.

10. *Le diverse forme di tutela assicurate ai terzi dai giudici nazionali*

Il soggetto pregiudicato dalla erogazione illegittima di un aiuto può rivolgersi al giudice nazionale per chiedere: a) l'annullamento degli atti di esecuzione dell'aiuto e la correlativa restituzione delle somme già percepite, b) l'adozione di eventuali misure provvisorie (ad esempio, la sospensione dell'erogazione del beneficio) e, infine, c) il risarcimento dei danni. Se sia competente a conoscere di queste domande il giudice ordinario oppure il giudice amministrativo, poco importa: dipenderà dalle peculiarità dell'ordinamento nazionale applicabile. Ciò che interessa, è la base giuridica dei provvedimenti di annullamento e di recupero, dell'eventuale provvedimento di sospensione e di quello risarcitorio.

a) Quanto al controllo dei giudici nazionali sulla regolarità dell'erogazione dell'aiuto, conviene osservare che questo riguarda unicamente il rispetto del divieto generale di aiuti di Stato di cui all'articolo 92, paragrafo 2, in collegamento con il rispetto delle disposizioni di natura procedurale, previste nell'articolo 93, paragrafo 3. La Corte, a partire dalla sentenza dell'11 dicembre 1973, Lorenz (1), ha tratto le conseguenze dell'effetto diretto dell'ultima fase del paragrafo 3 dell'articolo 93, affermando l'obbligo delle giurisdizioni nazionali di salvaguardare, se del caso escludendo l'applicazione delle regole nazionali contrarie, i diritti risultanti, per le imprese, dal divieto di concessione degli aiuti che non siano stati notificati. Tale tutela va assicurata, in linea di principio, anche dopo la notifica per tutto il tempo che precede la decisione finale. Nella sua sentenza del 21 novembre 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (2), la Corte ha precisato che la garanzia dei diritti delle imprese, in caso di violazione del divieto di erogazione

(1) Causa 120/73, in *Racc.* 1973, p. 1471, punto 8 della motivazione.

(2) In seguito "FNCE", causa C-354/90, in *Racc.* 1991, p. I.5505, punti 11 e 12 della motivazione.

C-6/90 e C-9/90 (1). L'obbligo in questione esiste certamente in capo al soggetto pubblico che eroga l'aiuto; è anche ravvisabile, a certe condizioni, in capo al beneficiario dell'aiuto illegittimo, benché la Corte non si sia avviata in questa direzione nella recente sentenza SFEL, già citata sopra.

Per quanto riguarda, in primo luogo, la responsabilità dello Stato membro considerato, il riferimento alla sentenza Francovich è solo in parte appropriato. È noto che tale sentenza enuncia una regola di diritto (nuova) con riferimento ad un'ipotesi limitata: quella della direttiva non eseguita nel termine e non suscettibile di diretta applicazione. Questa regola, tuttavia, ha portata generale, come l'ha confermato la Corte nella sentenza 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur e Factortame III* (2), ma basandosi, come nella sentenza precedente, sul principio della piena efficacia delle norme comunitarie per affermare che il diritto al risarcimento costituisce anche "il corollario necessario dell'effetto diretto riconosciuto alle norme comunitarie la cui violazione ha dato origine al danno subito" (3). Vale la pena di riprendere i termini della sentenza Francovich, per evidenziare i principi propri dell'ordinamento giuridico comunitario che costituiscono il fondamento per la responsabilità dello Stato: "La piena efficacia delle norme comunitarie sarebbe messa a repentaglio e la tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbe infirmata se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto imputabile ad uno Stato membro. – L'obbligo degli Stati membri di risarcire tali danni trova il suo fondamento anche nell'articolo 5 del trattato, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario e, quindi, ad eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario" (4).

La regola in questione presuppone che l'ordinamento comunitario attribuisca ai singoli delle posizioni soggettive, la cui integrità è garantita dagli strumenti processuali apprestati dagli ordinamenti nazionali. Nelle citate sentenze le posizioni soggettive in discorso – diritti o interessi altrimenti qualificati – avevano ad oggetto la operatività sul piano interno di una data disciplina comunitaria. Ma, nel caso degli aiuti, di cosa si tratta? Qual è il diritto? Ancora una volta il diritto a che lo Stato osservi gli obblighi comunitari ed in particolare il divieto di attuazione immediata dei progetti di aiuto, enunciato dall'articolo 93, paragrafo 3, e fornito di effetto diretto. Trattandosi di un obbligo di astensione che non riconosce allo Stato nessun potere di valutazione, la sua inosservanza implica che i danneggiati possono reclamare dallo Stato un risarcimento, qualora dimostrino un legame causale diretto tra tale violazione e il danno subito.

La inosservanza di regola consisterà nella adozione di atti o pratiche amministrativi. In casi del genere, si versa nell'ambito della responsabilità della pubblica

(1) In *Racc.* 1991, p. I-5357.

(2) Cause riunite C-46/93 e C-48/93, in *Racc.* 1996, p. I-1029.

(3) Punti 20 e 22 della motivazione.

(4) Punti 33 e 36 della motivazione.

amministrazione per inosservanza di leggi o regolamenti, dunque su un terreno tradizionale e non sarà neppure necessario far rinvio al principio della responsabilità dello Stato enunciato dalle citate sentenze. È noto, d'altra parte, che il rischio di incorrere in responsabilità civile è uno dei maggiori incentivi che inducono le autorità pubbliche all'osservanza del diritto comunitario. Può dirsi, dunque, che come l'effettività del diritto internazionale riposa essenzialmente sui giudici interni, che ne rilevano le regole e ne assicurano il rispetto, così anche l'effettività del diritto comunitario ha un grosso debito nei confronti dei giudici nazionali. Se poi la inosservanza del diritto comunitario deriva da attività legislativa, la responsabilità conseguente, legata a questa attività, non è riconosciuta in tutti gli ordinamenti (non in Italia, ad esempio). In tale caso è appropriato il riferimento a *Francovich* e *Factortame III*, che riguardano appunto un caso di omesso esercizio di una attività dovuta. In ogni caso, spetta all'ordinamento interno stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, fermo restando che essi non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami o azioni analoghi fondati sul diritto interno né possono in alcun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento (1).

Per quanto riguarda, in secondo luogo, un eventuale responsabilità dell'impresa beneficiaria dell'aiuto, che non abbia, ad esempio, verificato se quest'ultimo sia stato eseguito secondo la procedura prevista dall'articolo 93, paragrafo 3, la Corte ha adottato, nella sentenza *SFEI*, un ragionamento formale. Essa si è fondata unicamente sul rilievo che il sistema di controllo degli aiuti di Stato, istituito dall'articolo 93, paragrafo 3, riguarda specificamente lo Stato membro e non impone alcun obbligo al beneficiario dell'aiuto. Da ciò essa ha dedotto che il diritto comunitario non offre una base giuridica sufficiente per far sorgere la responsabilità del beneficiario che non ha verificato se l'aiuto ricevuto sia stato debitamente notificato alla Commissione.

Tuttavia, questo ragionamento non sembra tale da escludere, in tutti i casi, la possibilità di riconoscere sulla base del diritto comunitario la responsabilità dell'impresa beneficiaria. In effetti, se è vero che gli obblighi imposti dall'articolo 93, paragrafo 3, cioè l'obbligo di notifica e quello di non erogare gli aiuti prima della decisione finale della Commissione, riguardano esclusivamente gli Stati membri, non è meno vero che la detta disposizione ha natura solo procedurale, volta com'è a definire le modalità di applicazione del divieto generale di aiuti di Stato (divieto che comunque è accompagnato da talune deroghe), enunciato nell'articolo 92, paragrafo 1, del trattato. Ora, è giustificato domandarsi se quest'ultima disposizione si rivolge esclusivamente agli Stati membri o se, tenuto conto del suo collegamento con l'articolo 93, paragrafo 3, essa vada piuttosto interpretata nel senso che impone anche alle imprese beneficiarie dell'aiuto un obbligo di diligenza almeno per ciò che riguarda il rispetto della procedura istituita dal trattato.

(1) Vedi le sentenze *Francovich*, *Factortame III*, citate, e 23 maggio 1996, *Hedley Lomas*, causa C-5/94, non ancora pubblicata nella *Raccolta*.

nullata da una sentenza della Corte o del Tribunale. Questa eventualità ci permette di intravedere che c'è un problema di coordinamento e di interferenza anche nei rapporti fra giudici nazionali e giudici comunitari.

12. *Cooperazione della Commissione con i giudici nazionali*

In questo contesto, caratterizzato dall'esistenza di competenze concorrenti, l'articolo 5 del trattato CEE, che enuncia il dovere di reciproca collaborazione, fra istituzioni e Stati membri, è alla base della collaborazione necessaria e utile, fra la Commissione e gli Stati membri in materia di aiuti di Stati (1).

Il giudice, innanzi al quale pende un giudizio di risarcimento legato alla erogazione irregolare di aiuti, deve valutare se sia opportuno sospendere il procedimento o mantenere ferma la sospensione già disposta; a questo fine deve sapere se l'aiuto è stato o no notificato, se – trattandosi di un aiuto esistente – il controllo della Commissione è stato già effettuato nelle forme dell'articolo 93, paragrafo 1 (fase preliminare, senza gli interessati) e se, trattandosi di un aiuto notificato, la procedura prevista dall'articolo 93, paragrafo 2, è stata iniziata; deve essere informato anche delle previsioni quanto ai tempi degli esami in corso. Può avere interesse a conoscere, più in generale, la pratica della Commissione. Potrà inoltre richiedere informazioni su dati di fatto, statistiche, studi di mercato e analisi economiche.

Secondo la citata comunicazione (che anche su questi punti riprende quella precedente in materia di regole di concorrenza applicabili alle imprese), “i giudici nazionali potranno consultare la Commissione qualora l'applicazione dell'articolo 92, paragrafo 1 o dell'articolo 93, paragrafo 3, dia luogo a particolari difficoltà”. La stessa comunicazione precisa che, “Per quanto concerne l'articolo 92, paragrafo 1, tali difficoltà potranno riguardare in particolare la qualificazione delle misure quali aiuto di Stato, la distorsione della concorrenza che non può derivare e gli effetti sugli scambi tra gli Stati membri”. È una formula, come ho già detto, quanto mai infelice, oltre che errata. Se vi è un problema di interpretazione di regole giuridiche comunitarie, l'interlocutore esclusivo del giudice nazionale è e resta la Corte di giustizia. La recente sentenza SFEI, già citata, accenna al tema della cooperazione tra i della cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti. Al riguardo essa afferma (2) che, “qualora abbia dei dubbi sul carattere di aiuto di Stato dei provvedimenti in causa, il giudice nazionale può chiedere alla Commissione chiarimenti in merito” e ricorda che, nella sua comunicazione del 23 novembre 1995 relativa appunto alla cooperazione tra giudici nazionali e Commissione (3), questa istituzione invita esplicitamente i giudici nazionali a contattarla ove l'applicazione dell'articolo 93, paragrafo 3, dia luogo a difficoltà. La Commissione, però, non solo si dichiara disposta a fornire informazioni sull'andamento delle proprie inchieste ma afferma anche che i giudici nazionali potranno consul-

(1) Vedi la sentenza *Delimitis*, citata, punto 53 della motivazione.

(2) Vedi il punto 50 della motivazione.

(3) In GUCE n. C 312 del 23.11.1995, p. 8 ss.

tarla su questioni di diritto e ciò particolarmente quando l'applicazione dell'articolo 92, paragrafo 1, o dell'articolo 93, paragrafo 3, dia luogo a difficoltà. Ora, è indispensabile sottolineare che, mentre la trasmissione di informazioni sull'andamento delle procedure, è riconducibile alla cooperazione fra Commissione e giudici nazionali e trova pertanto la sua base giuridica nell'articolo 5 del trattato CE, viceversa la formulazione di veri e propri pareri su questioni di diritto non rientra nelle competenze della Commissione, solo la Corte di giustizia potendo fornire la lettura delle fonti giuridiche comunitarie nelle forme del procedimento pregiudiziale di cui all'articolo 177 del trattato CE. La Corte non approfondisce questo punto, come invece sarebbe stato auspicabile attesa la ambiguità della comunicazione.

GIUSEPPE TESAURO

**INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA
E DISCIPLINA COMUNITARIA DELLA CONCORRENZA**

1. Intendo qui svolgere una riflessione sul tema dell'intervento pubblico nell'economia rispetto alle norme comunitarie di concorrenza. In particolare, vorrei inserire tale tematica in uno scenario ampio, di considerazione delle esigenze e degli interessi a confronto nella disciplina del mercato comune e della concorrenza, delineando a tal fine un panorama generale, anche se inevitabilmente parziale e superficiale.

Comincio col ricordare che alla Comunità non è stata attribuita espressamente una competenza generale in materia di politica economica, ma un forte potere di controllo sul rispetto puntuale dei tempi e dei modi della liberalizzazione del mercato comune ed il potere, altresì, di vigilare sul mantenimento rigoroso delle condizioni di concorrenza. Nel tentativo di mantenere la neutralità tra l'opzione liberista e quella almeno in parte interventista, si è dunque finito col prefigurare nel trattato un'armonia ridotta o, se si preferisce, un sistema senza armonia (1).

Emblematico di questa situazione d'origine sostanzialmente ambigua è ad esempio l'art. 222 del trattato, che dichiara la neutralità del sistema rispetto al regime della proprietà, pubblica o privata, che vige nei diversi Stati membri. Sulla base di questa norma si è subito pervenuti all'affermazione quasi ovvia che l'intervento pubblico nell'economia non è come tale precluso, ma solo in quanto e nella misura in cui si esaurisca in, o determini, una violazione delle norme del trattato.

Altrettanto emblematico è, in questo stesso contesto concettuale, l'art. 90, n. 1, che vieta agli Stati membri di adottare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui abbiano attribuito diritti speciali o esclusivi, misure incompatibili con il trattato ed in particolare con le regole di concorrenza. Anche da questa norma si è tratta la conclusione che la mera esistenza di un monopolio o di un regime di diritti esclusivi, e con esso di una posizione dominante determinata dalla legge, non sarebbe di per sé contraria al trattato, dovendosi invece verificare in concreto le modalità e gli effetti.

Il sistema comunitario, quale in origine disegnato nel trattato, da una parte lascia dunque agli Stati membri ampie responsabilità nelle scelte di politica economica; e dall'altra impone la realizzazione di un mercato comune "perfetto" delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. A supporto del mercato comune, poi, c'è una precisa e severa disciplina della concorrenza, diretta a far sì che l'assetto

(1) Solo il trattato di Maastricht ha significativamente introdotto, con l'art. 3 A, n. 1, l'idea di una politica economica comune e accennato ad un principio generale di libera concorrenza, enunciazione il cui potenziale aspetta solo di essere utilizzato al giusto.

Né si sottraggono del tutto al rispetto delle regole di concorrenza, pure dirette a disciplinare il comportamento delle imprese, quelle misure statali che indirettamente alterano le condizioni della concorrenza. Una disciplina tariffaria o sull'ambiente, una misura di politica tributaria o previdenziale, sulle condizioni di lavoro o sull'esercizio di una professione, una legge sui rapporti tra i soggetti posti ai diversi livelli della produzione e distribuzione di beni e servizi: sono tutti esempi di normative censurabili sotto il profilo degli artt. 3, lett. g), 5, e 85 del trattato. In nome dell'effetto utile delle disposizioni sulla concorrenza destinate alle imprese, agli Stati è infatti precluso adottare misure che consentano alle imprese di agire in violazione di quelle disposizioni, in particolare con misure che favoriscano o impongano la conclusione di intese contrarie all'art. 85 (1) o ne rafforzino gli effetti (2), ovvero siano tali da privare del carattere pubblico una normativa, attribuendo a privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (3). In altri termini, le misure nazionali che pregiudicano l'effetto utile delle norme sulla concorrenza rivolte alle imprese sono quelle che consentono a queste ultime di eludere i divieti imposti dall'art. 85, ipotesi che si verifica quando la misura investe, nel senso e nella misura appena precisati, comportamenti delle imprese altrimenti vietati. Solo al di là di tali ipotesi, le misure nazionali non sono soggette a vincoli e quindi, anche se di fatto, sia pure indirettamente, suscettibili di alterare le condizioni della concorrenza, restano sottratte al controllo del giudice comunitario (4).

In definitiva, la prassi ha seguito una logica del sistema meno neutrale, ma forse più coerente e senza dubbio più realistica rispetto a quella che emerge dal trattato, indipendentemente dal merito delle scelte. Pur conservando formalmente agli Stati membri le scelte di politica economica, ivi compresa quella della presenza attiva di risorse pubbliche nell'economia, essa ha finito nella sostanza col privilegiare il mercato. Ciò va inteso nel senso, alquanto palese nella giurisprudenza già degli anni sessanta, che non c'è grande indulgenza per le violazioni delle norme che sovrintendono alla libertà degli scambi e della concorrenza, anche in presenza di scelte politiche degli Stati che incidono sull'assetto ovvero sul funzionamento del mercato.

La prassi, in altri termini, ha in parte assecondato la logica del sistema rilevabile nel testo del trattato, in parte ha "precisato" l'equilibrio tra mercato e coordinamento delle scelte, in via di principio nazionali. Appare chiara anche l'inversione del criterio cui tradizionalmente si ispira l'interpretazione e l'applicazione di un

(1) Ahmed Saeed, causa 66/86, sentenza 11 aprile 1989, Racc. p. 803, punto 77; Asjes (Nouvelles Frontières), cause riunite 209-213/84, sentenza 30 aprile 1986, Racc. p. 1425, punto 72.

(2) V. BNIC c. Aubert, causa 136/86, sentenza 3 dicembre 1987, Racc. p. 4789, relativa ad una normativa nazionale che estendeva ai terzi un accordo tra imprese appartenenti ad un organismo interprofessionale, concluso in violazione dell'art. 85, in cui la Corte affermò che una tale misura statale è a sua volta incompatibile con gli artt. 5 e 85 del Trattato. V. inoltre Vlaamse Reisbureaus, causa 311/85, sentenza 1^o ottobre 1987, Racc. p. 3801.

(3) Van Eycke, causa 267/86, sentenza 21 settembre 1988, Racc. p. 4769.

(4) V., in tal senso, Meng, causa C-2/91, sentenza 17 novembre 1993, Racc. p. I-5791; Delta, causa C-153/93, sentenza 9 giugno 1994, Racc. p. I-2517.

sistema di divieti introdotto con norme internazionali convenzionali: non più il *favor* per la libertà, ma per le limitazioni alla libertà, in vista dell'integrazione. Il risultato è che, mentre in origine era stata attribuita alla Comunità una funzione di mero coordinamento delle scelte nazionali, di fatto la Commissione ha finito per ritagliarsi spazi sempre più importanti nella scelta tra le diverse opzioni di politica economica. Ciò si riscontra agevolmente nella vigilanza costante sul corretto e tempestivo processo di liberalizzazione degli scambi delle merci e dei fattori della produzione, nonché sul rispetto puntuale delle regole a tutela della concorrenza. Tale vigilanza ha trovato nella Corte di giustizia il più forte ed autorevole degli alleati. La giurisprudenza ha infatti seguito con grande attenzione i tempi e i modi della liberalizzazione, puntualizzando rigorosamente gli obblighi degli Stati membri (1) e talvolta persino avallando qualche disinvoltura nell'azione della Commissione.

3. In questo contesto, particolarmente emblematica è stata la "scoperta" dell'art. 90, all'inizio degli anni ottanta, preludio ad una evoluzione marcata nella logica di applicazione della norma.

Il punto di partenza è costituito da un rilievo incontestabile: l'art. 90 mira ad impedire che gli Stati membri, pur se liberi di operare delle scelte di politica economica nel senso dell'intervento pubblico od anche di creare un regime di tipo monopolistico in un determinato settore, sottraggano l'impresa pubblica o titolare di diritti esclusivi o speciali al rispetto delle regole del mercato comune e della concorrenza. Si giunge così alla conclusione che non si può escludere del tutto che già nella creazione del monopolio, oltre che nelle sue modalità di esercizio, se ne possa rilevare l'incompatibilità con le norme del trattato. Invero, la presunzione che il monopolio è legittimo salvo che si accerti una violazione delle regole di concorrenza appare già in partenza debole e peraltro collegata alla disarmonia di fondo del sistema già sottolineata: il semplice motivo è che la nozione stessa di monopolio non è precisamente in sintonia con quella di concorrenza.

La logica che vuole il monopolio di per sé legittimo, salvo a verificare se le concrete modalità di esercizio contrastino con le regole del mercato e della concorrenza, ha dunque subito una correzione non da poco. Ad esempio, la sostanza della formula utilizzata dalla Corte nella sentenza Sacchi (2), per affermare la presunzione di legittimità del monopolio, non si ritrova più nella lettura che la Corte dà dell'art. 90 nella giurisprudenza dei primissimi anni novanta, in cui emerge anzi l'ipotesi che una legge attributiva di diritti esclusivi può essere tale da indurre *inevitabilmente* le imprese beneficiarie ad un esercizio abusivo della posizione domi-

(1) Si pensi all'effetto diretto delle norme-chiave del trattato, come gli artt. 12, 30, 48, 52, 59 e 93, n. 3, che ha rafforzato ed accelerato il processo, esaltando il ruolo dei singoli e rendendone la posizione giuridica tributaria diretta della disciplina comunitaria. Si pensi, anche, alla progressiva estensione dei divieti alle misure indistintamente applicabili, che ha teso a realizzare una effettiva libertà di circolazione e non solo l'abolizione degli ostacoli discriminatori. La giurisprudenza Bosmann, sotto tale profilo, è solo l'ultimo passaggio di un cammino da tempo seguito (causa C-415/93, sentenza 15 dicembre 1995, Racc. p. I-4921).

(2) Causa 155/73, sentenza 30 aprile 1974, Racc. p. 409.

nante ad esse conferita e dunque alla violazione delle norme sulla concorrenza (1). La presunzione dedotta dalla lettura originaria dell'art. 90, n. 1, è stata così completamente rovesciata, ciò che non ha mancato di riflettersi sull'interpretazione dei successivi paragrafi dello stesso art. 90.

Al riguardo, va in primo luogo ricordata la diversa lettura delle competenze attribuite alla Commissione dal paragrafo 3. La portata dell'art. 90, n. 3, è stata infatti chiaramente modificata nella sentenza *Terminali di Telecomunicazioni* (2) rispetto a quella che si ritrova nella sentenza di qualche anno prima sulla direttiva trasparenza (3). In quest'ultima, la Corte aveva affermato che la competenza della Commissione si limita alle direttive e alle decisioni necessarie al fine di espletare efficacemente il dovere di vigilanza che le compete in materia di diritti esclusivi e speciali, esaltando dunque la funzione strumentale dei poteri della Commissione rispetto alla corretta applicazione dell'art. 90 nel suo insieme. In *Terminali di telecomunicazioni*, invece, alla Commissione viene riconosciuto un generale potere normativo di "precisare le obbligazioni" degli Stati membri enunciate dal trattato. Peraltro, com'era da prevedere, non è più tanto sicuro che una direttiva o una decisione della Commissione ex art. 90, n. 3, non riescano ad introdurre obblighi nuovi rispetto al trattato, ciò che non può non suscitare almeno qualche perplessità sulla concentrazione nelle stesse mani di funzioni (legislativa, esecutiva e repressiva) che normalmente dovrebbero rimanere distinte (4). Inoltre, si è ridotta a poco la chiara distinzione contenuta nel trattato tra il potere della Commissione di censurare il comportamento degli Stati, ed in particolare gli interventi pubblici nell'economia in base all'art. 90, n. 3, in fatto assimilato a quello espressamente ma eccezionalmente previsto in materia di controllo degli aiuti, e il potere di attivare una procedura d'infrazione che in via generale le compete in base all'art. 169, ma con ben altre garanzie sostanziali e procedurali. Il che è stato ancor più evidente quando, in una occasione successiva, la Corte si è trovata di fronte ad una decisione individuale e non, come nella pronuncia prima evocata, ad una direttiva indirizzata a tutti gli Stati (5). Distinguere tra parere motivato ex art. 169 e decisione ex art. 90, n. 3, è diventata pertanto un'impresa ardua, quasi diabolica. Neppure la Commis-

(1) Va qui precisato che la Corte non ha affatto definito quali siano gli elementi che consentono di distinguere una situazione che conduce necessariamente ad un abuso (*Höfner*, causa C-41/90, sentenza 23 aprile 1991, Racc. p. I-1979; *ERT*, causa C-260/89, sentenza 18 giugno 1991, Racc. p. I-2925; *Porto di Genova*, causa C-179/90, sentenza 10 dicembre 1991, Racc. p. I-5889), da una situazione che viceversa non vi conduce (*La Crespelle*, causa C-323/93, sentenza 5 ottobre 1994, Racc. p. I-5077).

(2) *Francia c. Commissione*, causa C-202/89, sentenza 19 marzo 1991, Racc. p. I-1233.

(3) *Francia, Italia e Regno Unito c. Commissione*, cause riunite 188-190/80, sentenza 6 luglio 1982, Racc. p. 2545.

(4) *V. Lagauche*, cause riunite C-46/91 e C-93/91, sentenza 27 ottobre 1993, Racc. p. I-5267, in cui la Corte ha sancito la legittimità dell'introduzione di nuovi obblighi a mezzo di una direttiva ex art. 90, n. 3.

(5) *V.*, in particolare, *Paesi Bassi c. Commissione*, cause riunite C-48/90 e C-66/90, sentenza 12 febbraio 1992, Racc. p. I-565.

sione la tenta più, se ormai senza esitazione nella terminologia corrente utilizza l'espressione "procedure d'infrazione a norma dell'articolo 90, n. 3" (1).

In secondo luogo, il diverso approccio prima sottolineato in relazione alla presunzione di legittimità dei monopoli ha fatto sì che negli ultimi tempi l'attenzione si sia focalizzata sull'interpretazione dell'art. 90, n. 2, e dunque sulla rilevanza degli "interessi economici generali" come limite all'applicazione delle regole del mercato comune e della concorrenza rispetto ai servizi pubblici (2). Questi ultimi, è appena il caso di rilevarlo, si identificano con attività svolte da imprese che in qualche modo operano nel settore degli scambi di merci e servizi e che nello stesso tempo sono collegate, precisamente in ragione dell'utilità della loro attività, alle esigenze e finalità primarie di un Paese. Tali imprese sono pertanto investite di una doppia funzione: l'una collegata al mercato e quindi alle regole che sovrintendono al suo funzionamento; e l'altra collegata invece ai bisogni primari di un Paese e che dunque non necessariamente risponde alle stesse regole del mercato, se non sotto il profilo della competitività, almeno, anzi soprattutto, sotto il profilo della economicità. Accanto a questo dibattito si è andata sviluppando la preoccupazione che il vento liberalizzatore proveniente da Bruxelles e dalla vicenda comunitaria complessivamente intesa possa spazzar via, o comunque danneggiare in maniera vistosa e a volte intollerabile, l'impianto dei servizi pubblici, in particolare in quei Paesi dove essi hanno radici più profonde e soprattutto di carattere sociale oltre che economico. È il caso ad esempio della Francia, dove queste preoccupazioni a torto o a ragione sono progressivamente aumentate, in particolare rispetto al rapporto tra il funzionamento e la sopravvivenza dell'istituto del servizio pubblico in un sistema quale quello comunitario, fondato sulle regole del libero mercato e della concorrenza non falsata.

La giurisprudenza della Corte di giustizia non poteva non essere presente in questo dibattito. E lo ha fatto attraverso un'interpretazione dell'art. 90, n. 2, da cui ben traspare la ricerca di un equilibrio, spesso difficile, tra obiettivi e scelte degli Stati membri, rispetto delle regole di concorrenza ed esigenze del servizio pubblico.

La disposizione in questione, è appena il caso di ricordarlo, consente alle imprese incaricate di gestire un servizio economico di interesse generale di sfuggire all'applicazione delle norme sulla concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme sia di ostacolo alla realizzazione dei compiti loro affidati e sempreché lo sviluppo degli scambi non ne risulti compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità. Vediamo ora come questi passaggi risultano in fatto semplificati nella prassi, cominciando dalla nozione di impresa incaricata di gestire un servizio d'interesse economico generale.

(1) Sic!: XXV Relazione sulla politica della concorrenza, 1995, p. 45.

(2) V., ad esempio, Stoffaës (a cura di), *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, Collection ISUPE, Parigi, 1994; nonché Thiry e Vandamme (a cura di), *Les entreprises publiques dans l'Union européenne: entre concurrence et intérêt général*, Parigi, 1995.

possa rispondere alla logica di profitto delle imprese private (1), ma ricollega l'esigenza del servizio pubblico alla protezione del consumatore e più precisamente a quelli che in base a mere considerazioni di profitto sarebbero esclusi dalla fruizione di servizi essenziali: penso ai casi limite del guardiano del faro remoto o degli abitanti di una baita altrettanto remota.

5. La circostanza che un'impresa sia stata incaricata di gestire un servizio di interesse economico generale non è di per sé sufficiente a consentire l'applicazione della deroga di cui all'art. 90, n. 2. A tal fine, occorre infatti, lo si è già detto, che l'assolvimento della missione attribuita all'impresa sia pregiudicato dall'applicazione delle regole di concorrenza e sempreché gli scambi intracomunitari non ne risultino ostacolati in una misura contraria agli interessi della Comunità. È palese, in tale ottica, che la norma in questione mira a conciliare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare talune imprese, in particolare del settore pubblico, come strumenti di politica economica con l'interesse della Comunità di assicurare l'osservanza delle regole di concorrenza e il mantenimento dell'unità del mercato comune (2).

La valutazione degli interessi a confronto non è affatto nuova o estranea al sistema comunitario. Un'evoluzione al riguardo è rinvenibile infatti nel tipo di strumenti e di parametri utilizzati, dalla Commissione e dalla Corte, per accertare la compatibilità di certe misure o comportamenti degli stessi Stati membri con il corretto funzionamento del mercato. In sostanza, quando si tratta di misure statali sospettate di ostacolare gli scambi o la circolazione delle persone all'interno del mercato, si compie non solo una verifica di compatibilità con i divieti di volta in volta rilevanti, ma anche una verifica rispetto ad eventuali interessi o esigenze che ne possano in via eccezionale giustificare e far tollerare l'incompatibilità. Si pensi alle esigenze imperative della formula Cassis de Dijon o alle "esigenze imperative connesse all'interesse generale" richiamate in tema di circolazione dei servizi (3); o anche alla valutazione degli interessi nominati di cui agli artt. 36 e 56 del trattato.

Né è molto diverso l'approccio alle misure statali che investono l'equilibrio concorrenziale del mercato: la verifica riguarda il rispetto dei divieti e insieme gli interessi perseguiti dalla misura, con la possibilità di tollerarne l'incompatibilità di principio in presenza di definiti interessi generali degni di tutela. Un approccio e strumenti di controllo analoghi sono utilizzati anche rispetto ai comportamenti delle imprese. Basti pensare alle verifiche operate ai sensi dell'art. 85, n. 3, in vista

(1) Nella stessa prospettiva v. la decisione dell'11 giugno 1993, 93/403/CEE, relativa al Sistema Eurovisione, in cui la Commissione ha in particolare sottolineato che gli enti di radiodiffusione sono tenuti a fornire un servizio nel pubblico interesse e "senza tener conto della redditività". Ciò si concreta nell'obbligo "di rivolgersi all'intera popolazione nazionale a prescindere dai costi che ne possono derivare" e nella circostanza che "non possono limitare le proprie emissioni a zone densamente popolate dove l'attività è più redditizia" (GU L 179, p. 23, in part. punto 5).

(2) V., in tal senso, Francia c. Commissione (Terminali di telecomunicazioni), causa C-202/89, sentenza 19 marzo 1991, cit., punto 12.

(3) Gouda, causa 288/89, sentenza 25 luglio 1991, Racc. p. I-4007; Commissione c. Paesi Bassi, causa 353/89, sentenza 25 luglio 1991, Racc. p. I-4069.

di eventuali esenzioni; o alla valutazione più o meno flessibile della sussistenza di un abuso di posizione dominante.

Il risultato sostanziale e più significativo sul piano generale è stata una progressiva accentuazione della centralità del mercato rispetto al sistema comunitario delle relazioni economiche nel suo insieme. Al contesto del mercato sono in definitiva state riportate non solo le libertà economiche fondamentali (scambi e concorrenza), ma anche altri valori propri di una società industriale avanzata: l'ambiente, l'occupazione giovanile, la correzione degli squilibri regionali, l'eguaglianza degli interessi a confronto.

È dunque in questo quadro più generale che va collocata la valutazione tesa a stabilire se ed in che misura una *violazione* delle norme di concorrenza sia necessaria, e dunque tollerabile, per garantire l'assolvimento dei compiti assegnati ad un'impresa incaricata di gestire un servizio di interesse economico generale. Al riguardo, comincio col ricordare che nella sentenza Porto di Mertert, dopo aver affermato che l'art. 90, n. 2, è in via di principio applicabile all'ipotesi di un'impresa che per la gestione del più importante sbocco fluviale dello Stato goda di certi privilegi, la Corte si limitava a precisare che la valutazione richiesta dalla disposizione in questione "dipende dagli obiettivi di politica economica generale perseguiti dagli Stati sotto il controllo della Commissione" (1), controllo da esercitare in virtù dei poteri che le sono conferiti dall'art. 90, n. 3.

Nella sentenza Sacchi, attraverso un'interpretazione restrittiva e rigorosa della disposizione in questione, la Corte precisava poi che gli enti incaricati di gestire un servizio di interesse economico generale sono soggetti alle norme di concorrenza "finché non sia provato che ciò è incompatibile con lo svolgimento dei compiti affidati agli enti stessi" (2). In base a tale interpretazione spetta dunque all'impresa ovvero allo Stato dimostrare che l'applicazione delle regole di concorrenza è tale

(1) Porto di Mertert, citata, punti 15/16. Va qui precisato che in tale sentenza, così come in Sacchi e in Inter-Huiles (causa 172/82, sentenza 10 marzo 1983, Racc. p. 555), la Corte muove dal presupposto che l'art. 90, n. 2, non sia una norma provvista di effetto diretto. Questa interpretazione, sia pure in assenza di un'affermazione esplicita, è ormai del tutto *overruled* alla luce della più recente giurisprudenza (v., in particolare, ERT, Porto di Genova e Corbeau). Resta da chiarire se sia soltanto la prima frase dell'art. 90, n. 2, ad essere provvista di effetto diretto ovvero la disposizione nel suo insieme. Chiamata espressamente a pronunciarsi al riguardo, sia in Comune d'Almelo che in Rendo c. Commissione (causa C-19/93P, sentenza 19 ottobre 1995, Racc. p. I-3319), la Corte non ha fornito una risposta precisa e dunque è lecito conservare dei dubbi; e ciò ove si consideri, in particolare, che l'ultima frase si riferisce agli interessi della Comunità. Vero è che la Corte si è pronunciata in più occasioni nel senso della competenza dei giudici nazionali a determinare se i comportamenti anticoncorrenziali di una impresa, incaricata dalla gestione di un servizio di interesse economico generale, potessero essere giustificati dai compiti particolari attribuiti all'impresa stessa; e, affermando questo principio, la Corte non ha mai fatto distinzioni tra la prima e la seconda frase dell'art. 90, n. 2.

(2) Sentenza Sacchi, cit., punto 15. Nello stesso senso v. sentenza Höfner, cit., punto 24.

da rendere *impossibile* lo svolgimento dei compiti ad essa affidati (1). Nella stessa sentenza, la Corte, sul presupposto che i diritti esclusivi non sono in quanto tali vietati dall'art. 90, n. 1, significativamente precisava che il monopolio della RAI per le emissioni di radio e di televisione era compatibile con il Trattato "per considerazioni di interesse pubblico, di carattere extra-economico" (2). Nella specie, dunque, la valutazione delle esigenze invocate a giustificazione dei diritti esclusivi è stata effettuata e risolta in base al solo art. 90, n. 1.

Il rovesciamento nella lettura di tale disposizione, e dunque l'abbandono della presunzione di legittimità dei monopoli, ha portato ad una rivalutazione dell'art. 90, n. 2: nella giurisprudenza degli anni novanta, infatti, la verifica delle esigenze qui rilevanti è per lo più effettuata nell'ambito di tale disposizione. È così, ad esempio, che nella sentenza Höfner la Corte, prima ancora di rilevare che l'esclusiva attribuita all'ufficio di collocamento era tale da indurre necessariamente ad un esercizio abusivo della posizione dominante di cui beneficiava, ha affermato che l'applicazione delle regole di concorrenza non poteva essere di ostacolo all'assolvimento dell'attività dell'ufficio in questione, atteso che quest'ultimo palesemente non era comunque in grado di soddisfare la domanda esistente al riguardo (3).

Nel caso RTT (4), in cui era messa in discussione la legittimità del monopolio legale della costituzione e della utilizzazione della rete di telecomunicazione, la Corte ha anzitutto affermato che tale monopolio è compreso nella nozione di servizio di interesse economico generale, ai sensi dell'art. 90, n. 2 del Trattato. Essa ha quindi rilevato che l'estensione del monopolio dell'installazione degli impianti e della utilizzazione della rete telefonica al mercato degli apparecchi telefonici *senza giustificazione obiettiva* è come tale vietata dall'art. 86 o dall'art. 90, n. 1, in relazione all'art. 86, quando questa estensione è oggetto di una misura statale (5). L'esclusione o la restrizione della concorrenza, risultante da una tale situazione,

(1) Lo stesso approccio si rinviene, ad esempio, nella decisione 11 giugno 1993 sul sistema Eurovisione, cit., in cui la Commissione espressamente rileva che "il semplice fatto che l'assolvimento della sua specifica missione sia reso più difficile non è sufficiente a consentire all'impresa di beneficiare della deroga di cui all'articolo 90, paragrafo 2"; e ciò appunto perché dal testo della disposizione in questione si evincerebbe chiaramente che "l'adempimento della missione deve essere reso impossibile dall'applicazione delle norme di concorrenza" (punto 79).

(2) Causa 155/73, sentenza 30 aprile 1974, cit.

(3) Sentenza 23 aprile 1991, cit., punto 25.

(4) RTT, causa C-18/88, sentenza 13 dicembre 1991, cit.

(5) Per un tipo di valutazione analoga v. Spagna e a. c. Commissione (servizi di telecomunicazione), cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90, sentenza 17 novembre 1992, Racc. p. I-5859. La valutazione non è nuova, né nel metodo né nel risultato cui approda. Infatti, già nella sentenza Telemarketing (causa 311/84, sentenza 3 ottobre 1985, Racc. p. 3270) si era affermato che un monopolio legale integra l'ipotesi di posizione dominante; e che ne costituisce esercizio abusivo il fatto stesso che il monopolista si riserva o riserva ad un'impresa del suo gruppo *senza necessità obiettiva* una attività complementare nel mercato contiguo, attività che potrebbe essere esercitata da qualunque altra impresa. La giurisprudenza considera dunque incompatibile con gli articoli 86 e 90, n. 1, l'estensione della posizione dominante o del monopolio legale da un mercato a un altro mercato contiguo: la ragione è che in simile ipotesi si interviene in una situazione già alterata dall'esistenza di una precedente posizione di esclusiva.

non è stata ritenuta giustificabile sulla base dell'art. 90, n. 2, in quanto la produzione e la vendita di apparecchi telefonici è un'attività che può e deve poter essere svolta da qualsiasi impresa. In breve, si è considerato che l'estensione del monopolio alla vendita degli apparecchi telefonici non fosse proporzionata allo scopo perseguito, che era di garantire la sicurezza degli utenti, la sicurezza degli operatori della rete e la protezione di quest'ultima da eventuali danni. Al riguardo, la Corte ha infatti evidenziato che lo stesso scopo poteva essere raggiunto attraverso misure meno restrittive, quali l'emanazione di specifiche tecniche alle quali detti apparecchi devono rispondere e l'istituzione di un procedimento di omologazione che consenta di verificare se essi vi soddisfino.

6. La generazione più recente della giurisprudenza, in particolare la sentenza Corbeau, ha poi evidenziato la tendenza, già presente in RTT, ad operare una valutazione complessiva, nel senso che formalmente non si procede prima ad un esame di compatibilità della misura di cui si tratta (art. 90, n. 1) e poi delle condizioni richieste per una possibile deroga (art. 90, n. 2); ciò che, pur consentendo di semplificare la soluzione di principio dei problemi, inevitabilmente conduce a trascurare qualche passaggio argomentativo di rilievo (1). Ed invero, nella sentenza Corbeau, la Corte si è premurata di leggere congiuntamente i paragrafi 1 e 2 dell'art. 90 ed ha riferito all'insieme delle due disposizioni, e non al solo paragrafo 2, l'affermazione consolidata che le imprese cui sia stata conferita la gestione dei servizi d'interesse economico generale sono sottoposte alle regole di concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di queste regole non sia di ostacolo all'assolvimento in diritto e in fatto della particolare missione loro conferita (2). La valutazione è dunque complessiva, nel senso che la Corte ha verificato in un solo passaggio se il monopolio postale potesse giustificarsi in tutto o in parte in virtù dell'interesse economico generale perseguito; in altre parole, se potesse individuarsi in tutto o in parte un esercizio abusivo della posizione dominante dovuta al monopolio.

Quali che siano i dettagli specifici di ciascuna ipotesi, l'approccio ai problemi relativi ai diritti esclusivi conferiti nei settori tradizionalmente considerati d'interesse economico generale, è dunque più o meno lo stesso. Questo approccio consiste infatti, in RTT come in Corbeau, nel verificare fino a che punto il monopolio risponde, già come tale, a degli interessi degni di essere presi in considerazione e se sia possibile ammettere, in funzione dell'interesse generale, una violazione delle regole di concorrenza o relative alla libera circolazione.

(1) Invero, è certo che il monopolio del servizio postale costituisce una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del trattato, al pari del monopolio del servizio telefonico e del monopolio delle attività portuali di carico e scarico delle merci. Tuttavia, perchè una posizione dominante possa integrare una violazione del trattato (art. 86 se impresa privata, artt. 90 e 86 se impresa cui lo Stato ha conferito diritti esclusivi), occorre anche che di tale posizione si sia fatto un esercizio abusivo e che in questo senso deponga l'esito di un'apposita verifica. D'altra parte, in particolare ai fini dell'applicazione della deroga di cui all'art. 90, n. 2, è formalmente necessaria l'esistenza di una violazione, nella specie un abuso di posizione dominante.

(2) Corbeau, cit., punto 13.

Nella sentenza Corbeau è tuttavia rinvenibile, rispetto alla problematica dei servizi pubblici in senso stretto, una svolta non da poco. In tale occasione, la Corte si è infatti chiesta se una restrizione della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, fosse necessaria per garantire al titolare della gestione del servizio postale di esercitare la sua funzione di interesse generale "ed in particolare di beneficiare di condizioni economicamente accettabili". Al riguardo, essa ha quindi precisato che "l'obbligo del titolare di questa funzione di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico presuppone la possibilità di una compensazione tra settori di attività redditizi e quelli meno redditizi, e giustifica quindi una limitazione della concorrenza da parte di imprenditori privati nei settori economicamente redditizi" (punto 17).

L'accento è così posto sulla necessità per il gestore del servizio universale, cioè il servizio di base di raccolta e distribuzione, di compensare i maggiori costi della resa del servizio postale a distanze e in condizioni difficili, con lo svolgimento dell'attività in condizioni ottimali. In altre parole, l'obbligo per il monopolista di prestare un servizio di interesse generale deve trovare una compensazione tra settori redditizi e settori non redditizi, con la conseguenza che una limitazione della concorrenza è in principio giustificata relativamente al servizio postale di base, ordinario. Ed infatti, come rilevato dalla stessa Corte, se altri operatori economici fossero "autorizzati a fare concorrenza al titolare dei diritti esclusivi nei settori di loro scelta corrispondenti a detti diritti, sarebbero in grado di concentrarsi sulle attività economicamente redditizie e di offrirvi tariffe più vantaggiose di quelle praticate dai titolari dei diritti esclusivi poiché, diversamente da questi ultimi, essi non sono tenuti economicamente ad effettuare una compensazione fra le perdite subite nei settori non redditizi e i profitti realizzati nei settori più redditizi" (punto 18).

Questo tipo di argomentazione non è tuttavia più valido, e dunque la limitazione o anche l'esclusione della concorrenza non si giustifica più, relativamente a quei servizi specifici (a valore aggiunto), scollegabili dal servizio di base, che rispondono a dei bisogni particolari del consumatore e che comportano prestazioni supplementari che il servizio postale tradizionale (di interesse economico generale) non offre (1). Un esempio di servizi specifici è precisamente quello in discussione nel caso Corbeau: la raccolta a domicilio, maggiore rapidità nella distribuzione, possibilità di modificare la destinazione nel corso della prestazione; a condizione, tuttavia, che non sia messo in pericolo l'equilibrio economico del servizio d'interesse economico generale cui si è impegnato il titolare del diritto esclusivo.

(1) Corbeau, punto 19. In tale prospettiva, la Corte ha dunque ritenuto che l'esclusiva attribuita al servizio postale nazionale non fosse giustificata nella misura in cui ricomprendeva *senza giustificazione obiettiva* un mercato vicino ma distinto. Nel caso Corbeau, infatti, non si era avuta un'estensione del monopolio a un mercato contiguo, per la semplice ragione che i due mercati erano sin dall'origine compresi nella esclusiva conferita alla posta statale. In queste condizioni il problema era semplicemente di verificare se la circostanza che l'esclusiva comprendesse non soltanto il servizio di base postale, ma anche il servizio postale, diciamo pure rapido, rispondesse ad esigenze imperative o ad interessi generali ai sensi dell'art. 90, n. 2; ciò che la Corte ha escluso.

sivo (1). In ogni caso, spetta al giudice nazionale verificare se i servizi rispondono in concreto a questi criteri.

L'impostazione seguita dalla Corte in *Corbeau*, che fa leva sulla garanzia di un equilibrio economico a favore dell'operatore economico che gestisce il servizio postale, è indubbiamente tale da portare all'abbandono della precedente giurisprudenza, quale sancita in *Sacchi*, in base alla quale occorre, ai fini della deroga di cui all'art. 90, n. 2, che l'applicazione delle regole di concorrenza rendesse *impossibile* l'espletamento del servizio di interesse economico generale. Con la svolta *Corbeau* è invece sufficiente, affinché la deroga sia utilmente invocata, che l'applicazione delle regole di concorrenza sia tale da non garantire il rispetto dell'equilibrio economico risultante dalle diverse operazioni effettuate.

Siffatta interpretazione risulta confermata dalla sentenza *Comune d'Almelo*, in cui la Corte ha infatti affermato che le "restrizioni della concorrenza da parte di operatori economici devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell'impresa incaricata. A questo proposito, si deve tener conto delle condizioni economiche nelle quali si trova l'impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sopportare e delle normative, soprattutto in materia ambientale, alle quali è soggetta" (punto 49). Anche in tale sentenza è dunque presente lo sforzo di conciliare la necessità di garantire un determinato servizio essenziale a tutti i consumatori a tariffe uniformi, a prescindere dunque dai costi di ciascuna operazione individuale, con l'esigenza dell'operatore che garantisce un tale servizio a non operare solo o prevalentemente nei settori meno redditizi.

In definitiva, la deroga di cui all'art. 90, n. 2, è invocabile non più esclusivamente nell'ipotesi in cui sia provato che l'applicazione delle regole di concorrenza all'impresa di cui si tratta è tale da rendere impossibile l'espletamento della missione ad essa affidata in nome dell'interesse generale. La disposizione rivela un campo di applicazione ben più ampio (2). In particolare, essa potrà essere invocata ogniqualvolta e nei limiti in cui ciò si riveli necessario in termini di efficacia e di

(1) Al riguardo, ci si può certo domandare se l'attività esercitata dal signor *Corbeau* integrasse effettivamente un mercato distinto da quello del servizio postale di base, dal momento che non c'era in concreto una grande differenza o un grande valore aggiunto nell'attività del servizio postale "rapido". È possibile anche che l'esame della proporzionalità, necessario quando si tratta di valutare la compatibilità del monopolio o di qualunque altro ostacolo alla libertà del mercato, nel caso *Corbeau* sia stato un po' troppo superficiale, comunque incompleto. Per esempio, si sarebbe potuto approfondire un po' di più l'esame degli aspetti tariffari, quasi del tutto assenti nelle questioni poste alla Corte e di conseguenza nell'analisi di quest'ultima. Per l'ipotesi che, come nella specie, le tariffe per servizi speciali fossero inferiori a quelle praticate per il servizio di base, il rimedio potrebbe essere una disciplina tariffaria interna che fissi un livello minimo per le prestazioni dei servizi speciali; ma il suggerimento in questo senso contenuto nelle conclusioni dell'avvocato generale non è stato raccolto dalla Corte.

(2) In questo senso v. , tra gli altri, Wachsmann e Berrod, *Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau*, in *RTDE*, 1994, p. 39 ss.; nonché Kovar, *Le service public et le droit communautaire: le temps de la raison, in La mission d'intérêt général dans l'union européenne: quel contenu aujourd'hui et demain?*, *Les Cahiers de la fondation Europe et Société*, 1996, p. 9 ss.

protezione del consumatore, che certo, è appena il caso di rilevarlo, le norme di concorrenza non intendono pregiudicare (1).

7. Infine, qualche rilievo di carattere generale e conclusivo per evidenziare in che modo e fino a che punto l'intervento pubblico nell'economia sia condizionato (e sanzionato dal diritto comunitario) e se l'assenza di precise competenze comunitarie in materia di politica economica abbia avuto ed abbia un'incidenza al riguardo. Al riguardo, va anzitutto rilevato che la giurisprudenza della Corte, considerata nel suo insieme al di là delle specificità di singole sentenze e pur con qualche contraddizione, del resto fisiologica, rivela un approccio sostanzialmente univoco, che si inserisce molto bene nella logica globale del sistema, fondato sulle regole del mercato comune. La Corte verifica o domanda al giudice nazionale di verificare se una alterazione della concorrenza determinata da una misura pubblica possa essere giustificata, in particolare quando si tratta di una condotta e/o di misure che si pretende funzionali all'assolvimento di un compito, o anche al perseguimento di uno scopo, che corrisponde ad un interesse economico generale (2). La valutazione deve portare al risultato di determinare fino a che punto un monopolio legale o l'attribuzione ad una impresa di un'esclusiva in un certo mercato possa essere consentito dal sistema senza che si ponga in conflitto con le regole del trattato sul mercato o sulla concorrenza; e, qualora il conflitto si determinasse, se si possa tollerare almeno una eccezione proprio in ragione dell'interesse perseguito. Ciò vale sicuramente per l'ipotesi nella quale lo Stato contribuisce attivamente a determinare l'assetto del mercato ed è l'ipotesi dell'impresa pubblica; e vale anche quando partecipa solo indirettamente alle vicende del mercato, ma ne condiziona comunque l'assetto attribuendo con una misura statale ad un'impresa (pubblica o privata) dei diritti speciali o esclusivi.

L'approccio è invece un pò diverso quando si è in presenza di una misura statale che non investe direttamente la struttura del mercato, ma che indirettamente produce degli effetti sul suo funzionamento. In tale ipotesi, lo si è già detto, il controllo di compatibilità è effettuato sulla base degli artt. 3, lett. g), 5 e 85; ed è dunque un controllo marginale, in quanto limitato a quelle misure che in qualche modo si colleghino ad un comportamento di imprese (3). Si può evidentemente formulare qualche critica e dubitare della fondatezza o della bontà di questo orientamento, peraltro confermato confermato in più occasioni. Va tuttavia considerato che il giudice ha i suoi limiti; non può certamente, senza andare al di là delle sue competenze, verificare qualunque misura statale che potrebbe avere degli effetti indiretti sul-

(1) Sul punto v. Manzini, L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 379 ss.

(2) Non si è dunque molto lontani dalla nozione d'interesse generale utilizzata a proposito dei limiti all'applicazione dei divieti in materia di libera circolazione. Mi riferisco, ad esempio, alla giurisprudenza sulla disciplina delle emissioni televisive, a proposito della quale la Corte ha definito le "esigenze imperative legate agli interessi generali" che possono essere prese in considerazione per giustificare eccezionalmente un ostacolo alla libera circolazione dei servizi (v. Commissione c. Paesi Bassi, causa C-353/89, sentenza 25 luglio 1991, cit.). Ma gli stessi criteri possono applicarsi in materia di libertà di stabilimento o di circolazione dei lavoratori.

(3) V. *supra*, paragrafo 2.

la concorrenza. È il legislatore, pertanto, che deve risolvere questo problema, magari il giorno in cui maggiori responsabilità di politica economica fossero attribuite espressamente o almeno chiaramente anche alla Comunità. In questo senso l'art. 3A, n. 1, del trattato introdotto a Maastricht costituisce certamente un primo passo, e non certo un passo da poco; come già accennato il potenziale che rivela aspetta solo di essere utilizzato.

La giurisprudenza della Corte, da molti e da più parti accusata a torto o a ragione di attivismo, altro non è che uno strumento per utilizzare al giusto e nel rispetto dei tempi e dei protagonisti della vicenda comunitaria il potenziale di sviluppo consegnato dal legislatore nella norma giuridica. È infatti precisamente compito del giudice di interpretare le norme e coglierne la forza anche potenziale di regolare i rapporti in un modo piuttosto che in un altro.

ROBERTO PARDOLESI

**QUALE ANTITRUST?
APPUNTI SULLA (DIFFICILE) CIRCOLAZIONE
DEI MICROMODELLI ANTIMONOPOLISTICI**

tratta di provare l'esistenza di un illecito suscettibile di essere sanzionato con pesanti ammende, non ci si può accontentare di una semplice presunzione, per cui tutto ciò che accade nel quadro dei rapporti tra le parti è oggetto di un accordo tra di essi... Il semplice fatto che una condotta anticoncorrenziale unilaterale si inserisca in una relazione contrattuale non significa necessariamente che esista in tal senso un accordo tra la volontà delle parti”).

Quest'eccentrica spinta verso la “spiritualizzazione” dell'intesa è rimasta a lungo in penombra, tanto da essere quasi ignorata dalla dottrina (ad es., il poderoso manuale di L. VAN BAEL e J.-F. BELLIS, ora tradotto in italiano, *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Torino, 1995, 33, vi dedica cinque righe ed un paio di note asciutte; in controtendenza V. EMMERICH, *Kartellrecht*, 6a. ed., München, 1991, 532 s.). A suo tempo, anzi, un'interpretazione ottimistica (perché volta a recuperare una qualche misura di ortodossia) avrebbe potuto riconoscere, nel trasparente tentativo di trasformare il *versteckte Dissens* in intesa *obtorto collo*, le stimmate dell'emergenza imposta dai costi della non-Europa, che la corsa al 1992, con la creazione di un mercato autenticamente unico, avrebbe contribuito a dissipare. Ma le cose non sono andate così. Anzi, il discutibile *trend* in discussione ha conosciuto, di recente, una brusca accelerazione.

2.3. A dire il vero – e qui dovrò indulgere a qualche dettaglio –, presagi minacciosi trasparivano già da *Bayer Dental* (Commiss. CE 28 novembre 1990, in *GUCE* 1990, n. L 351/46). Nella circostanza, non erano in gioco contratti di distribuzione, tali da prestare supporto all'idea che la concertazione intercorresse tra il produttore e gli intermediari “fedeli”, a danno di quelli “riottosi” (come avveniva ancora in *Newift/Dunlop Slazenger International*, Commiss. CE 18 marzo 1992, in *GUCE* 1991, n. L 131/32), ma soltanto le condizioni generali di vendita (volte a vietare il ricondizionamento dei prodotti e a scoraggiare l'esportazione) predisposte unilateralmente dalla Bayer nei confronti della generalità dei contraenti. Ciò non ha impedito alla Commissione di sostenere che “l'acquirente consente tacitamente alle condizioni particolari” e che “queste disposizioni non sono il risultato di un atto unilaterale, ma fanno parte dell'insieme delle relazioni contrattuali fra produttore e distributore”. Di qui l'intesa, contrastante – viva il cando-re! – con il principio di libera circolazione delle merci.

Altro segno negativo si era avuto in *Gosmel/Martell-DMP*, Commiss. CE 15 maggio 1991, in *GUCE* 1991, n. L 185/23. Un operatore transalpino, attivo nella distribuzione all'ingrosso di un celebre cognac, aveva più volte provveduto ad esportare il prodotto in Italia, col risultato di vedersi negare, dalla società (indipendente dal produttore) che provvedeva alla sua commercializzazione, gli sconti d'uso. Per tutta reazione, aveva presentato un esposto alla Commissione. Nondimeno, il fatto che tale operatore avesse pagato integralmente, con invio di fattura per gli sconti soppressi, era stato considerato sufficiente a dimostrare la sua partecipazione all'accordo illecito (tra produttore ed impresa addetta alla commercializzazione), “anche se tale accordo sembra[va] essere in contrasto con i suoi interessi”.

La situazione è, tuttavia, precipitata, dapprima con l'iniziativa intrapresa nei confronti di Organon, controllata AKZO, per la sua politica intesa a non concedere lo sconto del 12,5%, applicato con carattere di generalità nel Regno unito, ai prodotti destinati all'esportazione (secondo il comunicato stampa della Commissione in data 5 dicembre 1995, la condanna formale è stata evitata, nella specie, dalla decisione di Organon di rinunciare alla *price discrimination*: v. *Competition Policy Newsletter*, vol. 1, n. 6, p. 10), e poi con la decisione *Adalat* del 10 gennaio 1996, in *GUCE* 9 agosto 1996, n. L 201).

In quest'ultima decisione, il salto di qualità – se così si può dire – è evidente. In totale assenza di rapporti contrattuali integrati, la Bayer AG commercializza la sua fortunata gamma di medicinali calcioantagonisti attraverso società interamente controllate (il che consente di affermare che si è in presenza di una "unica entità economica", a dispetto delle sue articolazioni). Bayer Francia e Bayer Spagna si trovano a fronteggiare un massiccio flusso di esportazioni parallele, ad opera dei grossisti interni, verso il Regno unito; e si sforzano di arginarlo, non dando corso ad ordinativi sospetti ovvero riducendo le forniture in ragione di un sofisticato sistema di monitoraggio, che consente d'individuare con ragionevole approssimazione le quote destinate al consumo municipale. L'intendimento di impedire il *parallel trading*, anche se mai apertamente dichiarato, era scoperto. Si trattava, piuttosto, di verificare le condizioni di applicabilità dell'art. 85, segnatamente l'esistenza di un'intesa, secondo la traccia scandita dal su menzionato caso *Sandoz: thema probandum* che la Commissione ha ritenuto di soddisfare ravvisando nel divieto di esportazione "un elemento essenziale e indissociabile dei rapporti commerciali continuativi tra le parti". Scatta, e questo punto, un ragionamento 'ardito', che si può così riassumere: 1) i grossisti trattano abitualmente con Bayer sulla base di procedure collaudate, il che conferma(?) l'"esistenza di una relazione commerciale continuativa regolata da un accordo generale prestabilito applicabile ai diversi ordinativi di Adalat"; 2) i grossisti avevano per tempo compreso quali intendimenti (deterrenza delle importazioni parallele) guidavano l'azione di Bayer; 3) i grossisti, che pure hanno tentato in ogni modo di aggirare il divieto di esportazione, si sono alla fine dovuti rassegnare ad accettare i quantitativi limitati forniti da Bayer, nel che va ravvisato un comportamento esplicito di acquiescenza al divieto di esportazione (nelle parole della Commissione: "La semplice assenza di reazione da parte dei grossisti a questo divieto di esportazione ha permesso di considerare che essi accettavano il divieto e che sussistevano gli elementi necessari per l'esistenza di un accordo... il comportamento stesso dei grossisti mostra che essi non solo hanno compreso che le merci loro fornite erano soggette ad un divieto di esportazione ma inoltre hanno allineato il loro comportamento su questo divieto"; più in là si legge che detti grossisti, tentando di bypassare gli ostacoli attraverso ordinativi variamente disseminati, "si sono adattati" e, cercando di negoziare al rialzo il volume delle forniture ridotte da Bayer, "si sono piegati" alle sue esigenze, "aderendo" al divieto di esportazione).

Prima ancora della sua pubblicazione nella *GUCE*, la decisione *Adalat* è stata sospesa in via d'urgenza da Trib. 1° grado CE, ord. 3 giugno 1996, causa T41/96

R, in *Foro it.*, 1996, IV, 411 (la notizia in anteprima di questo intervento, che non esito a definire provvidenziale, mi è stata fornita, nel corso dei nostri lavori, dallo stesso estensore del provvedimento, il presidente Saggio). Ammesso pure che dall'acquiescenza potesse esser desunto un accordo – ecco il primo nucleo di riserve espresse dal giudicante –, deve ragionevolmente escludersi ch'esso riguardasse frontalmente il divieto d'esportazione, tant'è vero che i grossisti hanno continuato a vendere oltre frontiera, sia pure nei limiti imposti dalle riduzioni dei quantitativi forniti dal produttore. A quest'ordine di rilievi si aggiunge la preoccupazione che il rifiuto unilaterale di contrattare (*i.e.*, "la possibilità di definire in maniera autonoma certi elementi della... politica commerciale", in cui non è difficile scorgere il principio fondante della libertà di concorrenza) sia inopinatamente tolto dal giro delle scelte disponibili.

2.4. Concludo sul punto (in attesa di sviluppi che si preannunciano cruciali), con un paio di chiose.

La prima rinvia, sia pure per un attimo, alle radici del caso *Adalat*. Che il profilarsi di differenze dei prezzi per i medicinali nei diversi Stati membri non sia imputabile ai produttori, bensì alle diverse forme di controllo operato dai singoli governi, è cosa risaputa (e ribadita a chiare lettere, per es., nella ricerca a suo tempo predisposta, proprio su mandato della DG IV, da REMIT Consultants di Londra: *v. Impediments to Paralell Trade in Pharmaceuticals Within the European Community*, Brussels, 1991), senza che ciò sia valso a scuotere la fiducia della Commissione nella capacità, propria dell'arbitraggio, di promuovere l'allineamento dei prezzi sui livelli più bassi, ovvero la induca ad affrontare il vero nodo del problema, ossia l'inesistenza di un mercato unitario europeo dei farmaci (con specifico riguardo alla situazione italiana, di recente inasprita dal d.lgs. 323/96, va comunque ricordata la posizione assunta dalla Commissione, con lettera in data 14 febbraio 1996 a firma di Mario Monti, nella quale si contesta l'illegittimità del sistema creato in seguito all'adozione della l. 537/93 e della delibera CIPE del 25 febbraio 1994). In quest'ordine di idee, la Commissione mostra di non voler arretrare neppure di fronte a quelle che appaiano patenti manipolazioni dei dati normativi. Nell'impossibilità di applicare a decisioni d'impresa l'art. 30 del trattato, essa demanda alla disciplina antitrust il compito, improprio, di assicurare la libera circolazione delle merci. Ovvio che, sotto questo rispetto, l'art. 85 perda ogni contatto con l'elaborazione antimonopolistica: l'obiettivo è, infatti, un altro, quello di colpire iniziative e condotte imprenditive che in nessun caso potrebbero essere ricondotte al paradigma della misura di effetto equivalente. Il punto è che, per sortire questo risultato, occorre far leva su un'intesa. Bisogna, cioè, individuare un cartello. Ma la Commissione (in ciò, vivaddio!, contrastata dal Tribunale di 1° grado) ragiona in tutt'altro modo. Pur d'integrare il requisito formale per l'applicazione dell'art. 85, essa s'industria di cercare qualcosa, qualunque cosa che si presti ad esser etichettata come accordo: poco importa se, poi, non si è affatto al cospetto di un coordinamento consapevolmente rivolto a restringere la concorrenza. Si comprende, allora, perché si sia giunti con tanta disinvoltura al plateale paradosso di trovare l'accordo dove non ve n'è traccia (e sia, anzi, in atto un braccio di ferro, a colpi di

rifiuto di vendere, da un lato, e tentativi di aggiramento, dall'altro), di vedere acquiescenza in capo a chi, viceversa, morde il freno riottosamente, di ricostruire *ex post*, dal mero susseguirsi di ordinativi, la trama di rapporti commerciali continuativi, di rinnegare la *Colgate doctrine* e, quindi, la stessa legittimità del rifiuto unilaterale di contrattare. La base giuridica e lo stesso *rationale* di un siffatto modo di procedere (che, a tacer d'altro, trasforma la disciplina antitrust in arma impropria ad altri fini, segnatamente quello di colmare una presunta sfilacciatura nel tessuto dell'art. 30, facendo pagare alle imprese l'incapacità di creare un mercato autenticamente europeo) sono del tutto inconsistenti; ma la minacciosità del suo impatto non può essere trascurata. A tacer d'altro, ove s'imponesse davvero il principio sostenuto dalla Commissione, tanto varrebbe riscrivere il diritto della concorrenza, magari ispirandosi all'art. 2597 c.c. (a condizione di spogliarlo dei limiti che ne circoscrivono l'applicazione al monopolio legale) o prendendo a riferimento l'art. 36 dell'*ordonnance* transalpina 1243/86.

3.1. Veniamo al secondo micromodello, anch'esso emblematico – a mio modo di vedere –, ancorché in negativo. Si tratta, una volta di più, di una disciplina emersa a livello comunitario, che va annoverata, in parte almeno, tra le ricadute della mistica del *parallel trading*, ma che esibisce, altresì, caratteristiche autonome, atte a propiziare la circolazione e, quindi, il recepimento nei singoli sistemi nazionali. Alludo al micromodello elaborato con riguardo alla distribuzione commerciale, nelle cui pieghe si è voluto intravedere il pericolo che le imprese tornassero a compartimentare i mercati nazionali e, molto di più, il rischio tangibile di un attentato fatale all'*economic freedom*, all'autonomia decisionale del distributore, destinato ad integrarsi nell'altrui rete commerciale sino ad assumere i contorni dell'impresa satellite.

Per certi risvolti, il furore esibito dagli organi preposti all'*enforcement* della legislazione antimonopolistica comunitaria riecheggia i toni del *populist shift* che sembrò caratterizzare l'esperienza statunitense negli anni '60, quando non v'era controversia in materia distributiva che non sfociasse in una richiesta di *treble damages* per violazione di un qualche aspetto della normativa antitrust, anche se la reale ragione del contendere era, mettiamo, di indole strettamente contrattuale. Oltre Atlantico, però, il fenomeno è per la più parte rientrato, a far tempo dalla decisione della Corte Suprema in *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), che è stata la prima, concreta testimonianza, a livello giudiziale, dell'affermarsi delle tesi propugnate dalla c.d. scuola di Chicago, ma continua a tener banco anche in epoca meno incline ad accettarne l'impostazione revisionista/minimalista. Da allora, comunque, il solco fra i due approcci è venuto vieppiù approfondendosi. Mentre gli U.S. s'ispirano ad una *rule of reason* intesa a valorizzare, senza preconcetti, gli effetti positivi ascrivibili alle intese verticali, nella UE prevale un rigore temperato, ad intermittenza, da inattesi rigurgiti di lassismo.

3.2. Debbo confessare di non essere in grado di trattare l'argomento col pacato distacco che si converrebbe (e che connota, invece, la diffusa ricognizione di

tura, merita una repressione più risoluta. Analoga la sorte europea, a dispetto della formulazione sinottica delle norme in tema di intese e abuso di posizione dominante: su questa sponda dell'Atlantico hanno giocato un ruolo decisivo sia il rilievo che le intese sono vietate anche se hanno per oggetto, senza produrre l'effetto, di restringere la concorrenza, sia il fatto che il 'ponte' rappresentato dalla dominanza collettiva è rimasto, nella sostanza, sottoutilizzato (per qualche ragguaglio su questo punto, che meriterebbe ben altro approfondimento, v. R. PARDOLESI, *Parallelismo e collusione oligopolistica: il lato oscuro dell'antitrust*, in *Foro it.*, 1994, IV, 65).

- B) un "approccio più inclusivo", tenuto a battesimo da Justice Douglas in *U.S. v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948), alla cui stregua sussiste violazione quando un'impresa ha il potere di escludere la concorrenza e lo esercita, anche se, dal punto di vista tecnico, tale condotta non integra gli estremi del *restraint of trade*.
- C) l'attacco a tutto campo di Learned Hand nel celeberrimo caso *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945), che ravvisa l'illecito di chi abbia conquistato una quota debordante del mercato nel semplice fatto di svolgere la propria attività commerciale, sempre che non gli riesca di provare che la sua posizione egemonica deriva da "superiore abilità, migliori prodotti, vantaggi naturali, efficienza economica o tecnologica" e via dicendo. Il radicalismo di una simile proposta, che arriva a delineare una sorta di "no-fault monopolization", ne ha segnato il destino, confinandola al ruolo di comparsa (da demonizzare in tutta fretta) nei dibattiti accademici.

Persino ovvio che, fra le tre traiettorie testé delineate, sia risultata vincente quella *sub A*). E, sotto questo profilo, si ha ragione di concludere che l'*offence of monopolization* fa il paio col continentale abuso di posizione dominante. Solo che – e qui riermerge la contrapposizione – quest'ultimo è legato ad una soglia decisamente più bassa. Ci si comincia a preoccupare non appena si varca la quota del 25%, anche se corre l'obbligo di sottolineare che, in punto di fatto, non si è mai applicato l'art. 86 (né, per quel che conta, i suoi epigoni nazionali) a quote di mercato sotto il 40%. La giurisprudenza statunitense appare, sul punto, ben altrimenti rigorosa: perché possa parlarsi di *monopolization*, occorre riscontrare situazioni che si avvicinano al monopolio di fatto e, quindi, *shares* assorbenti, sopra il 70% (addirittura il 75% per un periodo non inferiore a cinque anni, sì da escludere picchi transitori, è richiesto da Ph. AREEDA e D. F. TURNER nel loro monumentale trattato *Antitrust Law*, vol. III, Boston/Toronto, 1978, 292). Quando le quote di mercato risultino meno cospicue, all'attore viene imposto il più gravoso onere probatorio proprio dell'*attempt to monopolize*.

4.3. Torniamo, così, alle virtù inattese del micromodello in discussione. Esso consente di recuperare frammenti di *rule of reason* e della stessa *sliding scale* fra ammontare del potere di mercato e "cattiveria" della condotta, caratteristica della violazione maggiore. In pratica, offre il destro per modulare con maggior fi-

nezza la valutazione. Così facendo, però, denuncia il carattere tendenzialmente *overinclusive* della repressione dell'abuso di posizione egemone, secondo la sua applicazione corrente. È questo, infatti, il rischio cui si va incontro allorché si decide di colpire condotte che sfuggirebbero alla connotazione d'illiceità se poste in essere da qualsivoglia impresa, purché non dominante. Occorre, infatti, tener presente che le pratiche concorrenziali di comprovata liceità sono men che tenere e hanno vocazione escludente: tendono, cioè, a tagliar via i rivali, innescando un processo a tutto beneficio dei consumatori. Se tali pratiche vengono represses quando attuate da un'impresa che, pur disponendo di un qualche potere di mercato, è ben lontana dall'identificarsi col Grande Fratello di turno, il pericolo di isterilire una competizione che andrebbe invece incentivata assume contorni minacciosamente reali. L'*overinclusiveness* si traduce in *overdeterrence*, destinata a salvaguardare gli interessi di un concorrente a danno della concorrenza e, in ultima analisi, del benessere dei consumatori (del resto, la tentazione di appiattare la normativa antimonopolistica sui moduli della disciplina riservata alla concorrenza sleale riemerge in ogni dove: basti ricordare che l'esagonale *ordonnance* 1243/86 regola, oltre alle *pratiques anticoncurrentielles*, le *pratiques restrictives*, art. 28 ss., ossia condotte "perniciose e sleali" quali la rivendita in perdita, i prezzi imposti, i ritardi nei pagamenti etc.; e che proprio al rafforzamento di questo versante mira il progetto governativo di riforma, sulla "lealtà e l'equilibrio delle relazioni commerciali", presentato il 26 febbraio scorso, che prevede, tra l'altro, l'introduzione di un art. 32.1 sul prezzo abusivamente basso). Trattare come bieco monopolista chi occupi una fetta importante del mercato, senza tuttavia poterlo piegare alle proprie esigenze, è un modo paradigmatico per prestare consistenza all'incubo di W.J. BAUMOL e J.A. ORDOVER, *Use of Antitrust to Subvert Competition*, 28 J. L. & Econ. 247(1985), circa l'uso perverso dell'antitrust in funzione di arma impropria per sovvertire i valori di mercato.

Alle corte. Il micromodello dell'*attempt to monopolize* continua a reificare la quintessenza dell'irrisolutezza, posto che nessuno dei suoi presupposti riesce, nell'elaborazione delle corti, a raggiungere una sufficiente stabilità. Nondimeno, la sua analisi aiuta a percepire le molte insidie annidate in una prassi applicativa, quella dell'art. 86 e relativa progenie, propensa ad identificare la posizione egemone con il potere di mercato (meglio, una sua qualche misura).

5.1. Quanto all'ulteriore micromodello che mi accingo a segnalare, converrà mutare stile di presentazione. La specificità del problema cui questo micromodello si riferisce (ma vedremo, più in là, che non ci vuole molto per coglierne le implicazioni su scala allargata) è tale da scoraggiare il tentativo di riassumerne preventivamente i tratti salienti, che, in mancanza di riferimenti, resterebbero amorfi. Meglio, dunque, preparare il terreno, esaminando un'interfaccia, quella tra antitrust e sport, fino a poco tempo sconosciuta o quasi in Europa.

5.2. Fino a poco tempo fa, dicevo, perché di recente le acque chete si sono d'improvviso increspate, sino a far presentire l'imminenza di una burrasca. Ha cominciato l'iberico Tribunal de defensa della competencia (sent. 10 giugno 1993,

in *Riv. dir. sport.*, 1995, 665, che nella cessione ad emittenti pubbliche, ad opera della Lega nazionale del calcio professionistico, in esclusiva e per la durata di otto anni, dei diritti di trasmissione televisiva per le partite di prima e seconda divisione ha ravvisato sfruttamento abusivo di posizione egemone, nonché intesa restrittiva, in violazione della legge spagnola sulla difesa della concorrenza (n. 16/1989), oltre che della disciplina antitrust comunitaria (ad evitare sconquassi maggiori ha provveduto una sospensiva dell'Audiencia nacional in data 28 aprile 1994, con la quale si è rinviato ogni intervento alla definizione del merito, con tempi che si preannunciano biblici). È toccato poi alla Commissione CE (dec. 11 giugno 1993, *Sistema Eurovisione*, in *AIDA*, 1993, 278), che, da un lato, ha riconosciuto il carattere restrittivo delle disposizioni statutarie dell'Eurovisione (a tutto danno delle emittenti commerciali, tagliate fuori dal grosso degli avvenimenti sportivi di maggior presa sul pubblico), dall'altro ha individuato importanti qualità redimenti, tali da giustificare un'esenzione a termine: ma questa seconda parte della decisione non è punto piaciuta al Tribunale di 1° grado CE, che ne ha disposto l'annullamento (sent. 11 luglio 1996, *Foro it.*, 1996, IV, 402). È stata poi la volta dei Bundeskartellamt, che ha ritenuto contraria al § 1 GWB la gestione centralizzata, ad opera della Lega calcio nazionale, dei diritti di trasmissione TV relativi agli incontri interni delle squadre tedesche impegnate nei tornei europei di coppa (BKartAmt, VI div., 2 settembre 1994, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 135; la decisione è stata impugnata innanzi al Kammergericht, il cui responso è atteso a breve). E sulla stessa lunghezza d'onda si è posta, a breve distanza di tempo, la Corte di appello del Cantone di Berna, confermando un provvedimento d'urgenza del Tribunale bernese con cui si era sancita l'illiceità, sia dal punto di vista antimonopolistico che in chiave di concorrenza sleale, delle norme UEFA sulla commercializzazione in *pool* dei diritti TV riguardanti gli incontri di Champions League (ord. 14 novembre 1994, *ibid*, 152, con successiva composizione stragiudiziale della lite; per ulteriori ragguagli, nonché per le prime indicazioni su altre vicende giudiziarie in materia, v. R. PARDOLESI e C. OSTI, *Avvisi di burrasca: antitrust e diritti TV su manifestazioni sportive*, *ibid*, 1, da integrare con Autorità garante della concorrenza, parere 8 febbraio 1996, n. 3605, e Garante per la radiodiffusione e l'editoria 26 febbraio 1996, in *Bollettino*, 1996/7, rispettivamente 65 e 107).

I nodi trattati nel contenzioso su cennato sono abbastanza variegati (e, talora, solo tangenziali rispetto alla tematica antimonopolistica: qua e là emerge addirittura lo spettro della scomparsa, dalle trasmissioni in chiaro, degli avvenimenti sportivi, spettro ormai familiare tanto negli U.S. quanto nel Regno Unito: cfr. P.M. COX, *Flag on the Play? The Siphoning Effect on Sports Tele vision*, 47 *Federal Communications L.J.* 3 (1995), e Ph. CULLUM, *Sport, Tele vision and the Consumer*, [1994] 4/4 *Consumer Policy Rev.* 213). Ma non pare dubbio che, alla base di tutti i conflitti, si ponga il problema dei diritti di trasmissione televisiva, controversi sia per quel che attiene alla loro natura (v., per un sintetico aggiornamento, N. MALLET-POUJOL, *La retransmission télévisuelle des événements: entre monopole d'exploitation et pluralisme de l'information*, in *D.*, 1966, Chron. 103), sia per il profilo, anche più delicato e rilevante in questa sede, della loro titolarità. Se, infatti, si accede all'idea che essi spettino, sempre e comunque, alle singole società

renziali (“...the shakiness of treating the clubs, which must cooperate to have any product to sell, as rival ‘producers’ in the first place” è stata vigorosamente denunciata da judge Easterbrook in *Chicago Professional Sports v. NBA*, 961 F. 2d 667, 672-3); *b*) altre abbiano esaminato la possibilità di riguardare la lega come “single economic entity”, riconducendo le deliberazioni collettive all’alveo degli accordi a rilevanza interna, che *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984), ha liberato dalle spire della “intra-enterprise conspiracy”; *c*) qualcuno abbia saggiato, o raccomandato sul versante dottrinario, il ricorso all’idea di “ancillary restraints”. A veder bene, tutte queste tesi vanno a confluire o risolversi nella linea di ultima istanza, quella della *rule of reason*, che le decisioni della Corte Suprema in *National Collegiate Athletic Association [NCAA] v. University of Oklahoma*, 468 U.S. 85,100 (1984), e, prim’ ancora, in *Broadcast Music v. CBS*, 441 U.S. 1 (1979), hanno esteso alle “intese orizzontali restrittive della concorrenza” quando siano “essenziali se si vuole che il prodotto sia disponibile” (per inciso, NCAA è stato citato, con approvazione, tanto da Justice Breyer per la maggioranza, quanto dal dissenso di Stevens nel caso *Brown v. Pro-Football* del 20 giugno 1996). Imponendo di misurare piuttosto che presumere vantaggi e pregiudizi derivanti dall’intesa, la *rule of reason* funge da potente antidoto contro una tradizione di inospitalità/sospetto, contro le esasperazioni di un massimalismo inflessibile, e mette i giudici nord-americani nella condizione di (se si preferisce, li obbliga ad) operare a tutto campo. Proprio questo manca agli *enforcers* europei, soffocati dalla scelta politica di accentrare il controllo delle esenzioni e costretti a cercar spazio negli anfratti della (in)consistenza della restrizione o nelle maglie, ancor più strette, di paradigmi marginali, come la mancanza di giustificazione di cui alla lett. d. art. 2 l. 287/90 (*et similia*).

5.4. L’insegnamento di questa ‘storia americana’ sta, nemmeno a dirlo, nella constatazione di quale prezzo si paghi rinunciando ad uno strumento (fors’ anche pericoloso, ma) straordinariamente sensibile, qual è la *rule of reason*, eternamente alle prese con un difficile *trade-off* tra virtù ed inettitudine (per un lucido esame delle vicende che hanno propiziato il declino della *per se rule* e delle proposte di ricomposizione del quadro complessivo, v. R. SCHMALENSEE, *Agreements Between Competitors*, in *Antitrust, Innovations, and Competitiveness*, a cura di T.H. JORDE e D. J. TEECE, New York/Oxford, 1992, 98). È questo, dunque, il micro-modello di cui volevo parlare? La risposta è: no. Quel micromodello rimane ancora fuori vista; ed è tempo di portarlo alla ribalta, facendo un’ altra, brevissima incursione oltre Atlantico.

Quando, negli anni ’50 la programmazione TV di eventi sportivi cominciava a registrare i primi progressi, i grandi *teams* del football americano provvedevano a vendere in proprio alle poche emittenti interessate i diritti sulle partite e la National Football League (NFL) si limitava a dettare il divieto di cedere tali diritti al di fuori delle aree di pertinenza della singola squadra. Nel 1953 il divieto in parola fu riconosciuto – su istanza del Department of Justice e con decisione del giudice Grim – illecito, in quanto pratica intesa a dividere territorialmente il mercato dei diritti TV (*U.S. v. NFL [I]*, 116 F. Supp. 319 (ED. Pa. 1953)). Sette anni più tardi,

ossia in piena epoca di *enforcement* antimonopolistico pervasivo, la NFL, nello sforzo di arginare la concorrenza di una lega alternativa, vietò alle società affiliate di commercializzare individualmente i diritti TV e cedette in blocco alla CBS un pacchetto di partite, ripartendo gli introiti su base paritaria. Il DOJ tornò alla carica e il giudice Grim concesse il bis (*U.S. v. NFL [II]*), 196 F. Supp. 445 (E.D.Pa. 1961)). Per tutta reazione, la NFL si rivolse al Congresso, che, nel giro di due mesi, emanò lo Sports Broadcasting Act del 1961 e sancì l'inapplicabilità della disciplina antitrust agli accordi di lega dei quattro maggiori sport professionistici relativi ai diritti TV. L'eccezione, per quanto già si è osservato, non era necessaria; e, come spesso accade – specie nella nostra materia –, ha forse creato più inconvenienti di quanti contribuisca a risolverne. Ma il senso ultimo della vicenda resta e pesa: a mali estremi, estremi rimedi...

6. Come ho anticipato in esordio, l'inventario dei micromodelli che non circolano, segnalando sacche d'incomunicabilità fra sistemi antitrust, potrebbe essere pingualmente arricchito, volgendosi, magari, al franco-tedesco abuso di potere contrattuale, al recente *trend* comunitario per le concentrazioni verticali in materia di telecomunicazioni, all'eccezione prevista dal § 16 GWB per l'imposizione del prezzo di rivendita dei libri, alle *guidelines* statunitensi in tema di proprietà industriale (e via dicendo). Ma il mio obiettivo minimo – quello di dimostrare, attraverso la ricognizione comparativa, quanto frammentario risultasse il quadro dell'antitrust, trascorso com'è da sollecitazioni centrifughe di ogni sorta – mi sembra largamente raggiunto: insistere varrebbe quanto maramaldeggiare.

Non si va lontano dal vero col dire che il grosso delle incongruenze cennate deriva dalla mancata emersione, in Europa, di un macromodello antimonopolistico di solida impronta ed impianto economici. Si obietterà che questa non è altro che la proverbiale scoperta dell'acqua calda; più in punto, che, da un lato, i legislatori sono liberi d'imprimere alla normativa antitrust la curvatura ritenuta più conferente, sino a posporre l'obiettivo dell'efficienza allocativa ad altre priorità politiche, dall'altro che il versante economico è a sua volta men che monolitico, sì che basta cercare per trovare una teoria in grado di prestare supporto alle posizioni più stravaganti. Ma questi sono, più ancora che luoghi comuni, artifici retorici, da iscrivere a pieno titolo nei 38 stratagemmi à la Schopenhauer per ottenere ragione. Non si può negare che gli approcci economici mettano capo, spesso, a ricette applicative contrastanti. Ma è altrettanto chiaro che esiste un *humus*, una massa critica, che funge da base installata e ha il valore di un patrimonio sapienziale ricevuto e condiviso, di là dai rigurgiti polemici. Il declino della scuola *chicagoan* non ha spostato all'indietro l'orologio della storia del pensiero scientifico in materia di antitrust, riportandoci al paradigma struttura-condotta-prestazione di bainiana memoria. Il dopo Chicago parte da Chicago, ramifica e rende più complesse le potenti (ma riduttive) sintesi di allora, contribuendo a fecondare un terreno elettivo di confronto fra giuristi ed economisti: con una speciale responsabilità per i secondi, posto che a loro spetta – sempre salva la possibilità di divaricazioni al margine – di verificare la compatibilità di una direttiva con il fine generale dell'efficienza e di fornire preziose valutazioni *ex ante*, a tutto vantaggio della trasparenza e dell'affi-

MARIO EGIDIO SCHINAIA

**NOTE MINIME SULLA GIURISDIZIONE
DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO
CONCERNENTI GLI ATTI DELL'AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**

Non ho preparato precedentemente questo mio intervento, ancorché genericamente programmato, riservandomi di articolarlo in relazione allo svolgimento delle relazioni che coprono una vastissima area.

Inoltre prendo alla lettera le dichiarazioni del presidente di questo convegno, o incontro che dir si voglia, secondo cui trattasi di una riunione informale e non di un convegno istituzionalmente patrocinato dalla Banca d'Italia, e che non vi saranno, necessariamente, atti da pubblicare.

Quest'ultima affermazione, in particolare, mi spinge a superare la naturale retrosia di chi, come giudice, si pronuncia sugli atti dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato solo con sentenze o ordinanze.

Mi limiterò perciò a tracciare sommariamente le linee essenziali della giurisprudenza del giudice amministrativo sugli atti di detta Autorità che, in primo grado, è quella derivante dalle pronunce del T.A.R. del Lazio che ho l'onore di presiedere.

In tema di giurisdizione sugli atti dell'Autorità anzidetta, sotto la rubrica "competenza giurisdizionale", l'art. 33 della legge n. 287 del 1990 nel 1° comma dispone che i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della stessa legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che gli stessi debbano essere proposti davanti al Tribunale regionale amministrativo del Lazio.

Fermiamoci su questo ultimo inciso.

La ratio della concentrazione di ricorsi in primo grado, davanti ad un unico tribunale regionale, è evidente: trattasi di ricorsi la cui soluzione non tollera oscillazioni giurisprudenziali e per i quali la fase cautelare assume un ruolo assolutamente preminente su quella del merito e dei suoi tempi lunghi. Perciò si sono voluti evitare le probabili ed ineliminabili oscillazioni giurisprudenziali derivanti da pronunce di vari TAR d'Italia secondo la regola della loro competenza territoriale. Scopo questo favorito dall'unicità del giudice di appello. Di riflesso quindi si ha che il TAR del Lazio viene ad essere, come unico interlocutore dell'Autorità in primo grado, una sorta di giudice specializzato, che colloquia da solo a solo con l'Autorità. Sembrerebbe, quindi, e lo dico sommessamente, che secondo la "ratio" del legislatore sia stata attribuita a detto Tribunale una competenza funzionale vera e propria, con la conseguenza della rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza da parte di altri TAR eventualmente aditi, piuttosto che una deroga alla ordinaria competenza territoriale, che è rilevabile ad istanza di parte. Va però qui sottolineato che, con riferimento agli atti dell'Autorità non risultato proposti, ricorsi ad altri TAR e quindi, in concreto, è mancata l'occasione, ed è bene che vada così, per un approfondimento giurisprudenziale della questione, a differenza di quanto si è verificato per altre importanti materie, per le quali è stata stabilita la competenza territoriale esclusiva del medesimo tribunale laziale.

Ciò notato marginalmente, va detto che rientrano nella previsione normativa della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutti i provvedimenti emanati dall'Autorità a tutela della concorrenza ai sensi della legge n. 287 del 1990.

direttamente, come si è detto, sulla sfera giuridica dei destinatari dell'atto, stante lo stretto collegamento tra interessi legittimi e posizioni di diritto soggettivo dei soggetti incisi.

Inoltre è del tutto consona alla natura provvedimentale degli atti la loro impugnazione mediante ricorso al giudice, nei consueti termini di decadenza, per l'introduzione di un giudizio di legittimità essendo indubitabile che di fronte ad un potere attribuito all'autorità nell'esercizio delle sue funzioni la posizione del privato si configuri come interesse legittimo. E ciò anche quando il ricorrente agisca, come ha ritenuto il TAR Lazio, contestando i presupposti per l'esercizio dei poteri dell'Autorità nei suoi confronti, allegando, ad esempio, il decorso del termine entro il quale l'Autorità deve provvedere.

D'altronde non sono venuti all'esame del TAR ricorsi che deducevano il caso limite dello straripamento di potere, con conseguente nullità del provvedimento impugnato, essendo invece per lo più i ricorsi proposti diretti a censurare le modalità di esercizio del potere medesimo.

D'altronde, pur di fronte alla novità delle questioni trattate dall'Autorità comportanti delicatissime valutazioni tecniche ed economiche, il giudice amministrativo, che pur ha dovuto approfondire, strada facendo, quelle complesse problematiche, non si è trovato di fronte a giudizi che comportassero tecniche nuove e diverse da quelle largamente sperimentate in altri settori. Naturalmente ha osservato in proposito i limiti del giudizio di legittimità, che però per questo non si risolve in un giudizio meramente formale, dovendo comunque il giudice nel valutare gli atti, controllare anche la corretta assunzione dei fatti posti a base. Né, va detto per inciso, il giudice amministrativo è nuovo nel trattare ricorsi di analogo rilievo coinvolgenti parimenti scelte di carattere ad altissimo tasso tecnico effettuate da "poteri forti" o, se vogliamo, da organizzazioni con fortissima autonomia. E qui mi sia consentito di richiamare proprio gli atti e provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministero del Tesoro.

Se mai si può dire, ed è una constatazione ovvia, che si stabilisce, come si va stabilendo nei confronti dell'Autorità, una sorta di interazione. Voglio dire che quanto più elevato è il grado di approfondimento e di elaborazione dei provvedimenti emanati, tanto più si impone al giudice una considerazione parimenti approfondita.

Nondimeno, è inutile nascondere, da più parti si sostiene che gli atti dell'Autorità garante – ma non solo di questa specifica – proprio per la posizione dell'organo emanante non tollererebbero un controllo giurisdizionale, o quanto meno questo dovrebbe essere di molto attenuato. E si richiamano argomenti di vario segno, talvolta contrastati.

E così, per escludere la necessità dell'intervento del giudice, e quindi, correlativamente, per sostenere la non sindacabilità degli atti dell'Autorità, si è detto – ma questo rilievo se mai sarebbe valido per negare l'intervento del giudice amministrativo, almeno in parte – che non tutti gli atti dell'Autorità sono discrezionali, in quanto la stessa si limiterebbe ad accentrare o sanzionare condotte che sono chiara-

mente individuate nelle norme e si fa il caso all'abuso di posizione dominante e del divieto di pratiche concorrenziali. È indubitabile che l'Autorità nell'adottare tali provvedimenti sicuramente non gode di quella discrezionalità che ha con riferimento alle autorizzazioni in deroga alle concentrazioni.

Però non si può negare che anche nei predetti casi l'Autorità operi scelte tecniche nelle valutazioni che compie, che per altro non hanno il sostegno delle c.d. scienze esatte.

Proprio questa mattina il prof. Musu ci ha chiarito come sia discutibile nel campo degli economisti la configurazione di "prezzi predatori" come pratica per eliminare la concorrenza, cui pure talvolta l'Autorità ha fatto riferimento.

Più incisiva è l'osservazione secondo cui l'Autorità Garante compie le sue valutazioni e adotta i relativi provvedimenti con imparzialità seguendo regole procedurali che garantiscono il contraddittorio etc. Per questo si è parlato in proposito di attività paragiurisdizionale svolta dall'Autorità.

Questo rilievo è esatto però non colpisce nel segno, poiché ciò non toglie che anche tali atti debbano trovare il loro giudice.

Del resto la legge n. 241, che ha dettato regole generali sul procedimento amministrativo, sta avviando sulla strada del rispetto del contraddittorio previo e delle garanzie procedurali tutta l'attività amministrativa, imponendo così un modello generale tendenziale.

Né si può dire, evidentemente, che l'intervento del giudice, amministrativo od ordinario che sia, debba essere attenuato o limitato, sino a renderlo del tutto innocuo o quasi. Non sarebbe serio.

Piuttosto è da dire che se si vuole eliminare il controllo del giudice sugli atti delle Autorità indipendenti bisognerà modificare la Costituzione, non essendo possibile, vigente il suo art. 113, derogare al principio della tutela giurisdizionale con tutto ciò che segue con riferimento agli atti da esse adottati, non potendosi dubitare, allo stato della Costituzione, che anche tali Autorità facciano parte della pubblica Amministrazione.

È stato detto questa mattina che il terreno della concorrenza è pieno anche di morti e feriti. Bene, mi sembra il caso che vi sia un giudice che controlli se quelle vittime potevano quanto meno essere limitate.

Ho ascoltato con tutto l'interesse che merita la relazione del Professor Barile, in particolare sulla rilettura dell'art. 41 della Costituzione alla stregua del principio del rispetto della concorrenza, e sulla conseguente interpretazione delle vigenti norme che regolano l'attività dell'Autorità Garante.

A tal proposito desidererei segnalare che davanti al TAR Lazio una delle questioni più volte proposte è stata quella del rapporto intercorrente tra inizio del procedimento da parte dell'Autorità, volto ad accentrare infrazioni della concorrenza e competenza della Commissione, su cui dispone l'art. 1 della legge n. 287. Ebbene

il TAR ha ritenuto, facendo applicazione implicita del principio di sussidiarietà, che il procedimento davanti all'Autorità Garante è sospeso solo quando in effetti sulla medesima fattispecie sia iniziato il procedimento davanti alla Commissione C.E.E. Ora questo principio giurisprudenziale, adottato con tutte le cautele derivanti da adattamenti della legge allora vigente, è stato fatto proprio dall'art. 54 comma 5 della legge comunitaria del 1994 citata dal prof. Minervini proprio come riferimento al punto della competenza aggiuntiva attribuita dall'Autorità di applicare direttamente gli art. 85 e 86 del trattato C.E.E. alle intese e gli abusi di posizione dominante che sarebbero di competenza istituzionale della Commissione, salva la sospensione del procedimento, quando la commissione dia inizio, riguardo alla medesima fattispecie, a una propria procedura.

A chiusura qualcosa vorrei dire sulla giurisprudenza del TAR in tema di applicazioni di sanzioni pecuniarie, senza per altro addentrarmi nei particolari. In breve il giudice amministrativo, tenendo conto anche della prevalente dottrina, ha superato in tema di sanzioni pecuniarie l'apparente duplicazione di giurisdizione, che sembrava profilarsi sulla base del disposto dell'art. 31 della legge n. 287, ritenendo prevalente il disposto del già citato art. 33, 1° comma, che ha attribuito al TAR, come si è visto, la giurisdizione esclusiva su tutti gli atti dell'Autorità.

In disparte le altre considerazioni si è ritenuto che, trattandosi di diritti soggettivi (tale essendo, secondo la giurisprudenza ordinaria, l'opposizione del cittadino a non essere gravato da un'ingiusta sanzione pecuniaria anche nella misura) la loro tutela in sede di giurisdizione esclusiva non incontrava i limiti del giudizio di legittimità. Ed inoltre che ben poteva il giudice amministrativo, in virtù del disposto coordinato dagli artt. 31 e 15 della legge antitrust con l'art. 11 della legge n. 689 del 1981, valutare l'entità della sanzione inflitta, con riferimento alla gravità nonché alla durata dell'infrazione.

Va sottolineato che in proposito, a seguito di un ricorso proposto al Pretore per contestare l'irrogazione di una sanzione pecuniaria dell'Autorità, si è pronunciata la Corte di Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione, che con sentenza del gennaio 1994 n. 52 e ha riconosciuto la giurisdizione del TAR del Lazio sia sugli atti di accertamento dei comportamenti vietati, sia su "i conseguenziali" provvedimenti sanzionatori.

GUIDO ALPA

CONCORRENZA TRA IMPRESE E TECNICHE NEGOZIALI

SOMMARIO: 1. Tecniche concorrenziali – 2. La fase pregressa. Le tecniche negoziali come fattore non concorrenziale – 3. Il ribaltamento della prospettiva – 4. La tutela del cliente (consumatore, risparmiatore) nella concorrenza negoziale – 5. Il “libro verde” della Commissione CEE sui servizi finanziari – 6. I limiti alla concorrenza.

4. La tutela del cliente (consumatore, risparmiatore) nella concorrenza negoziale

Anche nell'ambito della concorrenza negoziale il cliente deve essere assistito dalle forme di tutela che lo assistono negli altri settori o rispetto ad altre tecniche di concorrenza. Tanto per esemplificare:

- i)* debbono essere corretti i messaggi pubblicitari inerenti i contenuti del contratto, la presenza o l'assenza di singole clausole contrattuali, l'osservanza di nuove discipline, direttive, regole deontologiche; non risponde ovviamente a correttezza il messaggio della banca che annunci sui quotidiani o sulle riviste specializzate di aver già provveduto ad adeguare i propri formulari alla nuova disciplina di recepimento quando il procedimento di revisione non sia stato neppure iniziato (da quella banca o da altre banche); e parimenti per il messaggio della banca che – equivocando, certo non involontariamente – tra discipline antitrust e direttive comunitarie sulle clausole abusive – si rivolga al pubblico, agli esperti, ai funzionari come se si dovesse adeguare solo alla prima e non alle seconde, o come se la prima corrispondesse in toto alle seconde;
- ii)* debbono essere corretti i contatti tra dipendenti, ausiliari, intermediari dell'impresa e i potenziali clienti; le tecniche di avvicinamento (o di aggressione) della clientela mediante posta, telefono, fax, internet, visite a domicilio, non avendo ancora ricevuto adeguata regolamentazione, devono essere informate a prevenire ogni effetto sorpresa, ogni credulità o facile suggestione;
- iii)* debbono essere corretti i metodi con cui si sottopone al cliente il modulo-base, e le informazioni che gli si forniscono in ordine ai suoi contenuti, come corretti i documenti allegati, quali dépliant, note sintetiche, illustrazioni esemplificative et similia;
- iv)* debbono essere corretti i servizi promessi gratuitamente allo scopo di favorire o sollecitare il contatto; come le informazioni offerte su aspetti particolari della vita economica individuale del cliente (ad es. il suo trattamento pensionistico) ovvero della vita biologica (ad es. l'assistenza domiciliare), se tali informazioni sono connesse all'apertura di un conto corrente.

In tutti questi casi, si può dire che la disciplina o le discipline di settore che investono direttamente oppure solo sfiorano queste problematiche non comportano più una tutela indiretta del cliente, emergente dal gioco concorrenziale, ma si pongono direttamente la finalità di tutelare gli interessi dei destinatari di prodotti e servizi, quanto meno nella fase della negoziazione e della conclusione del contratto.

5. Il “libro verde” della Commissione CEE sui servizi finanziari

Nel libro verde della commissione (22.5.1996, COM (96) 209 def) intitolato “Come soddisfare le aspettative dei consumatori” si affrontano, in via puramente propositiva, gran parte delle questioni sopra prospettate.

Innanzitutto, può stupire il giurista italiano l'uso dell'espressione "consumatore", intesa, in questo testo, ma anche in gran parte delle direttive o dei progetti di direttiva inerenti il settore della circolazione dei capitali, come il "cliente", il "risparmiatore", comunque come la "controparte" della banca e dell'esercente servizi finanziari. La variegata terminologia che compare, ed ora comincia a serpeggiare anche nei testi normativi italiani, non deve stupire più di tanto. Per ragioni culturali, terminologiche e strettamente normative, nella maggior parte dei Paesi europei non si fa distinzione tra consumatore (di beni di consumo) utente (di servizi pubblici e privati) e risparmiatore (investitore non istituzionale). Nel t.u. bancario l'espressione consumatore compare a proposito del credito al consumo. Ora, nella terminologia e quindi nella normativa comunitaria, il consumatore è considerato in modo uniforme, univoco e generale come la controparte non professionale della banca. Mentre nella terminologia normativa bancaria si preferisce usare l'espressione "cliente" – che ingloba sia l'investore professionale sia il consumatore – e nella terminologia della disciplina delle sim si usa "cliente" oppure si distinguono categorie di investitori. Occorrerà dunque uniformare il linguaggio normativo, secondo la dicotomia comunitaria in cui la controparte della banca o dell'intermediario finanziario è distinta in consumatore e professionista.

In secondo luogo, il libro verde considera, come controparti del consumatore sia le banche, sia gli intermediari finanziari, sia le società di assicurazione, sia le imprese che praticano il leasing o il credito al consumo. Le regole, i principi, o gli indirizzi che si progettano sono comuni a tutti i settori del mercato finanziario, tenendo conto dei seguenti aspetti: (i) solidità finanziaria (stabilità), (ii) onestà e affidabilità (professionalità e onorabilità), (iii) informazione del consumatore; (iv) protezione giuridica, (v) mezzi di ricorso (rimedi).

In terzo luogo, nell'ambito dell'informazione sono collocati aspetti che riguardano sia le informazioni sulle garanzie, sia i limiti e il costo delle operazioni di credito, sia il tasso e le procedure di "rescissione dei contratti" (espressione con cui, nel linguaggio comunitario, si allude alla risoluzione o al recesso dal rapporto contrattuale). Ed ancora si considerano gli aspetti essenziali del contratto, sia la trasparenza inerente all'operazione economica nel suo complesso e alla documentazione contrattuale.

In quarto luogo, nell'ambito della protezione giuridica, si fa riferimento alla legge applicabile, alla prevalenza di norme imperative, alla garanzia dei depositi, al ripensamento e all'indennizzo degli investitori.

In quinto luogo, si rammentano le "regole comunitarie di concorrenza che hanno importanza cruciale per la tutela degli interessi dei consumatori nel mercato finanziario unico".

Sempre in quest'ottica – e nell'ottica della concorrenza negoziale – il libro verde muove da alcuni assunti di grande rilievo. Sottolinea che uno degli obiettivi principali dell'istituzione di un mercato unico per i servizi finanziari è quello di "ampliare e di diversificare la scelta di prodotti finanziari offerti agli utenti". Si richiamano altresì il principio di libertà negoziale, che include la libera fissazione

dei prezzi, ma include anche la libertà negativa, cioè di non concludere rapporti negoziali con la controparte. Si segnala la difficoltà di comprendere e valutare la crescente varietà e complessità dei servizi finanziari, la scarsità di informativa su prezzi e condizioni praticati, la carenza normativa comunitaria in tema di pagamenti transfrontalieri e di carte di pagamento. Altro punto segnalato riguarda le regole di interpretazione dei contratti, che non sono omologhe nei diversi ordinamenti degli Stati membri. Allo stato, la Comunità ritiene di non avere competenza in materia: di qui i tentativi di uniformazione delle discipline contrattuali consumati dalla commissione di esperti coordinata dal prof. Ole Lando, rivolta alla elaborazione di un codice europeo dei contratti.

6. I limiti alla concorrenza

Fino a che punto si possano spingere le Autorità amministrative nel predisporre norme-quadro, ovvero schemi-tipo, ovvero elenchi di clausole da inserire nel testo contrattuale? E quali effetti questo comporta? Gli schemi riducono la concorrenza negoziale o semplicemente la trasferiscono su altri campi?

Più il contenuto è vincolato; più si tutela l'aderente; ma minor concorrenza si può dare sul piano negoziale, in quanto gli spazi delle "concessioni" al consumatore sono ridotti.

Occorre contemperare le due esigenze. In fin dei conti, se si prescinde dalla considerazione della libertà contrattuale come valore intangibile, essendo ad esso superiori la efficienza e la stabilità del mercato, e la promozione degli interessi economicamente deboli, le limitazioni alla libertà di contenuto negoziale ben sono bilanciate dalla tutela del destinatario di prodotti e servizi.

Mediante queste forme di tutela si rassicura l'investitore-acquirente, si regola il mercato, si introducono forme ulteriori di correttezza nello svolgimento delle attività economiche. Si ottengono, perciò, risultati cospicui che compensano le limitazioni a cui si assoggetta l'operatore economico.

RENATO RORDORF

**IL RUOLO DEL GIUDICE
NELLA NORMATIVA NAZIONALE ANTITRUST**

I – Il diritto antitrust – è stato detto – ha innumerevoli anime, e non tutte candide (1). Quali che siano tali anime, e comunque le si voglia giudicare, pare però indiscutibile che la sua essenziale ragione d'essere presuppone la valutazione della necessità di una certa regolamentazione del mercato; presuppone, cioè, che un mercato privo di quella regolamentazione sarebbe esposto al rischio di distorsioni, insite nel formarsi dei monopoli, e che tale rischio occorra evitare affinché il funzionamento del mercato meglio risponda all'interesse comune della società.

L'interesse che è alla base della normativa in esame appartiene, dunque, a pieno titolo, alla categoria degli interessi a connotazione pubblicistica. Più esattamente, dovrebbe forse parlarsi di un interesse collettivo, o ancor meglio diffuso, perché tutti i cittadini – che abbiano veste di produttori, di consumatori, o che le cumulino entrambe – sono, in qualche misura, operatori del mercato e dunque partecipi dell'interesse a che esso funzioni in modo ottimale.

Le conseguenze che da questa premessa discendono, quanto al modo della tutela del suaccennato interesse, sono però tutt'altro che scontate e presentano un ampio margine di problematicità. Per certi versi resta tuttora vero che il perseguimento di interessi di ordine generale attiene elettivamente al campo dell'agire amministrativo, mentre compito dell'autorità giudiziaria è tradizionalmente quello di assicurare la tutela di posizioni individuali, cui l'ordinamento attribuisca il rango di diritti soggettivi. Non è meno vero, però, che questo tradizionale discrimine è messo sempre più a dura prova dalle complesse esigenze della società contemporanea, e, proprio sul terreno dei cosiddetti interessi diffusi, non sempre trova convalida nell'effettivo assetto della normativa vigente, come molteplici norme varate, tra l'altro, anche in tema di tutela dei consumatori stanno a dimostrare (2).

Limitarsi ad affermare, dunque, che la normativa italiana antitrust – quale disegnata dalla legge n. 237 del 1990 – attribuisce all'Autorità garante (ossia ad un organismo di natura amministrativa) il compito di tutelare gli interessi generali del mercato, e riserva all'autorità giurisdizionale – con le specificazioni e nei termini indicati dall'art. 33 – la tutela delle posizioni individuali, è dire cosa per certi versi indiscutibile, ma per altri versi incompleta e bisognosa di non poche precisazioni. Intanto perché la stessa natura ed il *modus operandi* dell'Autorità garante, da annoverare tra le cosiddette autorità amministrative indipendenti, fanno sì che sia disagevole la sua collocazione nel tradizionale quadro dei poteri dello Stato (3); e poi perché – come tutti indistintamente i commentatori della legge n. 287/90 hanno rilevato – la formulazione del citato art. 33 è a tal segno lacunosa ed infelice da

(1) F. Denozza, *Antitrust*, Bologna, 1988, 9.

(2) Valga, per tutti, l'esempio dell'art. 1469-sexies c.c., recentemente introdotto dalla legge n. 52/96 (in attuazione delle prescrizioni contenute nella direttiva CEE n. 93/13), che legittima le associazioni rappresentative e le Camere di commercio ad agire dinanzi al giudice ordinario per inibire l'uso di clausole vessatorie nelle condizioni generali di contratto adoperate da un imprenditore o da un libero professionista ovvero da un'associazione di imprenditori o professionisti.

(3) Si vedano, in proposito, le lucide osservazioni di S. Cassese, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.* 1996, V, 7 ss.

ipotizzabile solo in relazione a provvedimenti già emessi dalla medesima Autorità garante, contro i quali sia stato proposto ricorso al tribunale regionale, tutta la gamma delle violazioni della normativa antitrust non riconducibili ad ipotesi di nullità negoziale o non idonee a generare un danno risarcibile resterebbe sfornita di tutela d'urgenza (1).

Non credo, però, che una simile conclusione sia accettabile, né dal punto di vista logico né da quello sistematico; ed infatti la pur ancor scarsa giurisprudenza sul punto ha mostrato di rifiutarla (2). Vi si oppone, essenzialmente, il principio della necessaria strumentalità dei provvedimenti cautelari, i quali, quand'anche adottati *ante causam*, pur sempre presuppongono il successivo esercizio di un'azione volta alla tutela definitiva del diritto leso (o di cui si paventa la lesione). Una simile azione potrà magari esulare dalla competenza del giudice della cautela ed essere, ad esempio, rimessa alla cognizione del giudice di pace o del giudice penale o di un giudice straniero (artt. 669-*ter*, secondo e terzo comma, 669-*quater*, terzo, quinto e sesto comma, e 669-*decies*, secondo comma, c.p.c.), oppure di un arbitro (art. 669-*quinquies*, c.p.c.); ma, anche in questi casi, deve pur sempre esservi la possibilità di concepire un'azione di merito, come futuro indispensabile sbocco della tutela cautelare, senza di che anche questa perderebbe efficacia (art. 669-*novies* c.p.c.). E tanto basta a precludere, nella materia ora in esame, la possibilità d'immaginare una tutela d'urgenza che sia non già strumentale all'esercizio ad una successiva azione esperibile dinanzi alla stessa autorità giudiziaria (una competenza arbitrale parrebbe qui difficilmente ipotizzabile), ma che risulti invece preordinata ad assicurare gli effetti di un successivo intervento amministrativo dell'Autorità garante: perché, ovviamente, un siffatto intervento, ove anche fosse sollecitato dalla parte interessata, non sarebbe assimilabile ad una pronuncia giurisdizionale conseguente all'esercizio di un'azione di merito.

La questione non è dunque d'individuare un'ipotetica più ampia sfera di competenza cautelare della corte d'appello, rispetto a quella attribuita alla stessa corte in tema di azioni di nullità e risarcimento del danno, quanto piuttosto di determinare correttamente l'ambito di tale attribuzione, destinato di necessità a riflettersi anche sul versante della giurisdizione cautelare d'urgenza. E – come meglio si avrà modo di precisare in seguito – il collegamento con una futura azione di merito per risarcimento di danni già di per sé consente di assegnare alla tutela d'urgenza un campo d'applicazione che non appare potenzialmente per nulla troppo angusto.

(1) Cfr. in argomento, E. Scoditti, *Ancora su legge antitrust, tutela cautelare e giurisdizione ordinarie* (osservazioni ad App. Roma 21 dicembre 1993, cit.), in *Foro it.* 1994, I, 3520-21

(2) Cfr. App. Milano 15 luglio 1992, *Foro it.* 1992, I, 3393; App. Roma 14 gennaio 1993, *ivi*, 1993, I, 337; ed App. Roma 21 dicembre 1993, *ivi* 1994, I, 3518. Si noti che, mentre la corte milanese ha ritenuto ammissibile (salvo poi rigettarlo nel merito) il ricorso d'urgenza, quella romana (in entrambe le fattispecie esaminate) lo ha rifiutato; ma non per una diversa lettura del citato art. 33, secondo comma, bensì per il fatto che, nel primo caso, si è reputato esistente l'indispensabile nesso di strumentalità tra il provvedimento richiesto in via d'urgenza e la prospettata successiva azione di risarcimento dei danni, ricompresa tra quelle su cui la corte d'appello ha cognizione, mentre negli altri casi questo rapporto di strumentalità non emergeva.

Resta poi, naturalmente, la difficoltà di stabilire in concreto, di volta in volta, se e quale tipo di tutela cautelare d'urgenza sia prospettabile in vista del futuro esercizio di ciascuna azione di nullità e di risarcimento del danno. Ma questo è un problema di ordine generale, da risolvere secondo i principi dell'ordinamento processuale, cui la specifica normativa antitrust non apporta deroghe di sorta.

II.2 – Ora, le nozioni di azione di nullità e di azione di risarcimento del danno derivanti da violazioni della legge nazionale antitrust sono meno ovvie ed evidenti di quanto potrebbe a prima vista apparire. Ed, in ogni caso, l'esatta individuazione dei confini della competenza giurisdizionale della corte d'appello, così determinata, richiede alcune precisazioni.

La citata legge, com'è ben noto, configura tre diverse ipotesi di comportamenti illeciti: le intese restrittive della libertà di concorrenza (art. 2), l'abuso di posizione dominante (art. 3) e le operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza (art. 16).

Solo per la prima di tali ipotesi, tuttavia, è espressamente prevista la sanzione della nullità "ad ogni effetto" (art. 2, ultimo comma), sull'implicito presupposto che un atto negoziale compiuto in violazione di uno dei divieti espressamente dettati dal secondo comma dello stesso art. 2 sia da considerare contrario ad una norma imperativa. Non parrebbero dunque sussistere soverchie difficoltà nel riconoscere che, secondo il principio generale fissato dall'art. 1421 c.c., chiunque dimostri di avervi interesse – e perciò, se del caso, anche il singolo concorrente ed, eventualmente, anche il consumatore – sia legittimato all'esercizio di un'azione siffatta. E, però, non può essere taciuto che (salvo in particolari situazioni, certo possibili, ma probabilmente non molto frequenti) il mero accertamento della nullità di una tale intesa difficilmente basterà a soddisfare in modo effettivo l'interesse dell'attore, in assenza di un qualche ulteriore provvedimento idoneo concretamente a rimuovere le conseguenze che anche un atto nullo quasi sempre provoca, a produrne di alternative o ad impedire altri analoghi comportamenti. Come pure non va trascurato che, comunque, la portata della pronuncia in questione, per i limiti soggettivi del giudicato, è sempre circoscritta soltanto a coloro che hanno partecipato al giudizio, sicché solo indirettamente di essa potrebbero giovare anche altri operatori del mercato, non potendosi neppure escludere che, nei riguardi di costoro, le parti dell'intesa dichiarata nulla insistano tuttavia nel farne valere gli effetti (1).

Ciò già permette d'intravedere come il vero nodo irrisolto della normativa in esame sia costituito – e lo si era già all'inizio accennato – dall'uso di strumenti normativi tradizionali, quali l'azione giudiziaria di nullità dei contratti, concepita dal codice in un'ottica rigorosamente individualistica, in presenza di situazioni nelle quali invece il nesso tra interesse individuale ed interessi collettivi (o diffusi) non è agevole da districare e richiederebbe forse un diverso tipo di intervento. Quanto meno mi sembra che sarebbe auspicabile, in considerazione della natura stessa de-

(1) Cfr., su ciò, i cunctuali rilievi di S. La China, op. cit., ss.

gli interessi in gioco, un sistema di pubblicità idoneo a rendere edotto l'intero mercato dell'intervenuta pronuncia di nullità, e, sulla falsariga di quanto già previsto nella materia brevettuale (riprendendo il suggerimento contenuto nel citato schema di Statuto dell'impresa), l'attribuzione a tale pronuncia di efficacia *erga omnes*.

Il medesimo problema si pone, in termini forse ancor più netti, per i comportamenti abusivi di posizione dominante. Questi, intanto, potrebbero non tradursi in atti negoziali, ed allora un'azione volta a farne dichiarare la nullità non parrebbe neppure immaginabile; ma quando, invece, un comportamento vietato dall'art. 3 della legge n. 287/90 si fosse materializzato nel compimento di un atto negoziale, sulla sua illiceità e sulla conseguente nullità non dovrebbero sussistere dubbi. Restano però i limiti insiti in tal genere di azione, cui sopra s'è fatto cenno.

Per quel che invece riguarda le concentrazioni restrittive della libertà di concorrenza, cui si riferisce l'art. 6 della legge, pare difficile che possa configurarsi una qualche azione mirante a farne dichiarare la nullità. Il legislatore non ha infatti posto, in tal caso, un divieto ancorato a precisi parametri direttamente apprezzabili dagli interessati, ma si è limitato a stabilire un obbligo di preventiva comunicazione all'Autorità garante, alla quale soltanto è rimesso di valutare poi se la concentrazione sia in concreto restrittiva della concorrenza. Sembra quindi da escludere che l'operazione eventualmente già portata a compimento (in difetto di un precedente provvedimento di sospensione, disposto dall'Autorità ai sensi dell'art. 17 primo comma) possa esser definita nulla, restando viceversa in potere della stessa Autorità, a norma dell'art. 18, ultimo comma, il disporre le misure occorrenti per ripristinare le condizioni di concorrenza ed eliminare gli effetti distorsivi eventualmente verificatisi (1). Forse, potrebbe dirsi nulla solo una concentrazione realizzata senza la prescritta preventiva comunicazione all'Autorità garante, o in dispregio di un ordine di sospensione da questa emanato; ma è probabile che anche tali situazioni siano da ricomprendere nella previsione del menzionato ultimo comma dell'art. 18, onde anche per esse è da dubitare che possa davvero farsi luogo ad una declaratoria di nullità ad opera del giudice (2), la quale sarebbe mal conciliabile con l'adozione dei provvedimenti di tipo amministrativo indicati nella disposizione ora citata.

(1) È peraltro doveroso segnalare che la medesima fattispecie, in ambito europeo, è disciplinata dall'art. 7, § 5, del regolamento CEE n. 4064/89, il quale stabilisce che la validità delle concentrazioni eseguite prima della prescritta notifica o in dispregio della sospensione disposta dalla Commissione dipende dalla decisione successivamente presa, ad opera della medesima Commissione, in ordine alla potenzialità anticoncorrenziale dell'operazione. Ma non è affatto pacifico che una simile ipotesi di nullità sopravvenuta sarebbe compatibile con i principi del nostro ordinamento (per riferimenti in argomento, vedi R. Tommasini, voce *Nullità: diritto privato*, in *Enc. del diritto*, Milano 1978, XXVIII, 899 ss.).

(2) Si consideri, oltre tutto, che tra le figure più rilevanti di concentrazione sono da annoverare le fusioni e le scissioni di società, in relazione alle quali gli artt. 2504-*quater* e 2504-*novies*, ultimo comma, c.c., prevedono però ora espressamente l'efficacia sanante dell'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese; ed appare difficile intendere perché le ragioni di tutela dei terzi che ispirano tali disposizioni dovrebbero essere invece trascurate in caso di fusioni e scissioni realizzate in violazione della normativa antitrust.

III.3 – Se, per le ragioni appena esposte, l'azione di nullità prevista dal secondo comma del citato art. 33 – in sè sola considerata – può sembrare uno strumento ben poco incisivo, il discorso è diverso per quel che riguarda l'azione di risarcimento del danno, ed è perciò facile intendere come anche l'azione di nullità sia prevedibilmente destinata ad essere esercitata in relazione ad una connessa pretesa risarcitoria di chi si assuma lesa dall'atto nullo.

Si potrebbe, anzi, a prima vista, persino ipotizzare che le due azioni siano qui considerate in stretto collegamento reciproco, e che, pertanto, i danni del cui risarcimento la norma tratta siano proprio ed unicamente quelli conseguenti alla nullità di un atto compiuto in violazione delle disposizioni della legge antitrust (1). Ma, se così fosse, poiché s'è già rilevato che non possono escludersi comportamenti lesivi della concorrenza non estrinsecantesi in atti negoziali suscettibili di esser dichiarati nulli, e poiché è intuitivo che anche questi comportamenti sono tuttavia suscettibili di recar danno a terzi, si dovrebbe concludere, alternativamente, che il legislatore ha escluso una volta per tutte la risarcibilità di questi ultimi danni o che le relative azioni sono pur sempre esperibili, ma dinanzi al giudice competente secondo le norme codice di procedura e non dinanzi alla corte d'appello. Conclusioni, entrambe, palesemente inaccettabili: la prima perché si risolverebbe in un'inammissibile espropriazione di diritti risarcitori altrimenti incontestabili, e la seconda perché accentuerebbe ogni oltre ragionevolezza le già non del tutto plausibili anomalie di un processo che sarebbe destinato (in alcuni casi ma non in altri, pur derivanti dalla violazione della stessa legge) a restar privo di un grado di giurisdizione. Assai preferibile – e, del resto, più rispettoso del tenore letterale della norma in esame – è perciò il ritenere che questa, allorché menziona le azioni di risarcimento del danno, si riferisca a qualsiasi pretesa risarcitoria derivante da eventuali violazioni di disposizioni dettate dalla legge n° 287/90.

Ne consegue che, attraverso l'esercizio di tale azione, qualsiasi deviazione dalla disciplina antitrust è potenzialmente suscettibile di esser portata all'esame del giudice ordinario (corte d'appello), essendo un certo grado di dannosità naturalmente insito nei comportamenti distorsivi della concorrenza. E ne consegue altresì che, sotto questo profilo, anche la portata della tutela cautelare d'urgenza risulta assai più ampia di quanto a prima vista potrebbe immaginarsi, appunto perché non v'è probabilmente nessuna fattispecie anticoncorrenziale, tra quelle contemplate dalla normativa in discorso, su cui non si possa costruire l'ipotesi di una futura azione di danno (magari poi da esercitarsi con riserva di liquidazione in separata sede) e che perciò non giustifichi, almeno in astratto, un eventuale ricorso d'urgenza ove sussista anche il requisito del *periculum in mora*.

Ma, se l'azione risarcitoria di cui si parla è destinata a collocarsi, il più delle volte, nell'area non tipizzata della responsabilità extracontrattuale, restano ancora

(1) Secondo C. Selvaggi, *Disciplina della concorrenza e del mercato. Problemi di giurisdizione e di competenza*, in *Riv. dir. comm.* 1993, I, 248 Ss., la cognizione della corte d'appello sarebbe circoscritta alle azioni di nullità e risarcimento del danno conseguenziali ai provvedimenti emessi dall'Autorità garante.

perché, se è vero che non è contemplata e non pare quindi esperibile un'azione inibitoria, del genere di quella ipotizzata dall'art. 2599 c.c. in tema di concorrenza sleale, è ugualmente vero che l'inibitoria costituisce piuttosto uno strumento preventivo che non un mezzo per sanzionare violazioni già verificatesi. Ragion per cui, essendosi già sopra notato come l'ambito della tutela cautelare d'urgenza sia in questo campo sufficientemente esteso, non sembra azzardato affermare che anche lo strumento dell'inibitoria – quale mezzo per impedire la determinazione o l'aggravamento di danni potenzialmente o effettivamente derivanti da altrui comportamenti lesivi della disciplina antitrust – possa qui trovare adeguato spazio.

III – È tempo ora di tornare al tema, cui da principio si era accennato, dei rapporti tra la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria e quella dell'Autorità garante.

Dirò subito che a me sembra tali rapporti debbano essere improntati al principio della reciproca non interferenza, corredato però da un concreto e costruttivo spirito di collaborazione.

In dottrina, però, le opinioni sul punto sono assai variegate.

Si è sostenuto, infatti, che l'Autorità garante sarebbe essa stessa legittimata ad esperire dinanzi alla corte d'appello l'azione di nullità prevista dall'art. 33, secondo comma, in quanto tale azione è consentita a chiunque vi abbia interesse e l'Autorità è titolare di un innegabile interesse istituzionale al rispetto della normativa di settore (1). Ma l'interesse ad agire dev'essere concreto, e, per postularlo, occorrerebbe allora ipotizzare che l'Autorità garante, al fine di esercitare le proprie funzioni istituzionali di tutela in rapporto ad intese restrittive della concorrenza e ad altri atti negoziali vietati dalla normativa antitrust, sia tenuta a far preventivamente accertare e dichiarare la nullità di tali atti da parte del giudice. Il che invece non sembra affatto sostenibile, né alla luce di quanto specificamente dispongono gli artt. 12 e segg. della legge, né alla stregua della concezione di fondo che ha ispirato l'istituzione di detta Autorità. E, del resto, non occorre davvero molta immaginazione per intuire che la subordinazione dei poteri d'intervento dell'Autorità garante al preventivo esercizio di un'azione giudiziaria, tenuto conto dei tempi a tale scopo occorrenti (ad onta della riduzione dei gradi di giudizio), significherebbe privare l'intera disciplina antitrust di gran parte della sua concreta efficacia

Se, dunque, è decisamente da escludere che sia ravvisabile una tale subordinazione logica tra l'esercizio delle funzioni attribuite dalla legge all'Autorità e l'accertamento giudiziario della nullità di un atto anticoncorrenziale, pare per ciò stesso doversi anche escludere che vi sia spazio per un'azione giudiziaria di nullità esercitata dinanzi al giudice ad opera della medesima Autorità. Non solo perché questa non avrebbe in effetti alcuna valida ragione per assumere una siffatta iniziativa, ma anche perché, una volta ammessa la proponibilità di una tale azione, sarebbe giocoforza riconoscere che l'eventuale rigetto della domanda da parte del giudi-

(1) La China, *op. cit.*, 657 ss.

ce precluderebbe alla stessa Autorità la possibilità di assolvere, con riguardo ad un atto da essa stimato in contrasto con la regole della concorrenza, le funzioni di tutela generale del mercato cui essa sola invece è preposta.

L'errore di prospettiva che pare imputabile all'opinione qui criticata è, in sostanza, ancora una volta, quello di non tener conto che altro è l'interesse (collettivo o diffuso) alla cui salvaguardia mira l'operato dell'Autorità garante, con una portata destinata naturalmente a coincidere anche con singole posizioni soggettive ma non ad esse specificamente commisurata, altra è invece l'area della tutela (non sempre necessariamente, ma in questo caso essenzialmente, individuale) in cui si colloca l'azione giudiziaria con il limite soggettivo del giudicato che la contraddistingue.

Non è però del tutto persuasiva nemmeno la tesi di chi, collocandosi per certi versi all'estremità opposta, sostiene invece essere l'intervento amministrativo dell'Autorità garante, la quale rilevi l'illiceità di un'intesa o di una concentrazione anticoncorrenziale, un presupposto indispensabile perché tale operazione possa essere definita nulla: onde senza un siffatto preliminare intervento di detta Autorità la corte d'appello non potrebbe accogliere l'eventuale domanda di un privato volta a far dichiarare la nullità di quell'atto ed a conseguire il risarcimento dei danni (1).

A me pare che a tal riguardo non possa anzitutto prescindersi dal distinguere, da un lato, le intese restrittive e gli atti di abuso della posizione dominante, i quali sono vietati direttamente dalla legge, e, d'altro lato, le concentrazioni, le quali invece non sono colpite da alcun divieto legale, ma possono essere in concreto vietate da apposito provvedimento dell'Autorità *ex art. 6*, qualora la medesima Autorità le ritenga restrittive della concorrenza.

Con riguardo alle intese restrittive ed agli atti abusivi, l'assunto secondo cui la valutazione negativa dell'Autorità garante costituirebbe un presupposto legale indispensabile per poterne predicare la nullità non sembra trovare riscontro alcuno nella legge: perché, se è vero che l'Autorità può derogare al divieto di intese restrittive, nei casi e con i limiti previsti dall'art. 4, è parimenti vero che solo il concreto esercizio di tale potere è idoneo a far venir meno il carattere illecito di quegli atti, che sono altrimenti già di per sé nulli ad ogni effetto, come espressamente indica l'art. 2, ult. comma. E non può non esser sottolineato – per un'ovvia esigenza di collegamento sistematico della normativa nazionale con quella europea che ne ha fornito il modello – come l'art. 1 del regolamento CEE n. 17/62, in via di principio ed in termini ancor più espliciti, affermi che gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 85, § 1, del Trattato, nonché lo sfruttamento di posizione dominante di cui al successivo art. 86, sono vietati “senza che occorra una decisione preventiva in tal senso”.

Per quel che riguarda le concentrazioni, invece, è vero – e già s'è avuto modo di ricordarlo – che in tanto le si può considerare restrittive della concorrenza in

(1) Oppo, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.* 1993, II, 546 ss.

VINCENZO SALAFIA

**RAPPORTO FRA LA TITOLARITÀ DI BREVETTO INDUSTRIALE
E L'OBBLIGO DI OSSERVANZA
DELLE NORME SULLA CONCORRENZA**

esclusiva consenta qualsiasi mezzo di sfruttamento, eventualmente in contrasto con le predette norme.

In particolare è interessante chiedersi se l'inventore, titolare di brevetto, possa limitare la produzione, sia nel caso in cui vi provveda direttamente sia in quello in cui abbia concesso licenza di brevetto; se, inoltre, gli sia consentito applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti così da determinare per alcuni ingiustificati svantaggi nella concorrenza; se, infine, gli sia consentito impedire o limitare gli sbocchi o gli accessi al mercato.

A me pare che, ferma rimanendo la facoltà di escludere altri nello sfruttamento dell'invenzione per il tempo indicato dalla legge, per quanto concerne i rapporti con i terzi si può riconoscere all'inventore solo la facoltà di scegliere la persona del licenziatario o, nel caso di realizzazione diretta del prodotto oggetto dell'invenzione, la facoltà di stipulare contratti con clausola di esclusiva con chi assuma la commercializzazione del prodotto. La facoltà di sfruttamento esclusivo non comporta anche quella di discriminare i contraenti che assumano la commercializzazione del prodotto, ove egli rinunci alla stipulazione di contratti con clausola di esclusiva. In altre parole, l'inventore può riprodurre nel contraente commerciante la sua posizione di monopolio di fatto relativamente al prodotto dell'invenzione, ma, se decidesse di non riprodurla, non potrebbe discriminare fra i contraenti prescelti in modo da favorirne alcuni in danno degli altri. Una siffatta scelta inciderebbe sul regime di concorrenza esistente fra i predetti contraenti e sarebbe in contrasto con quanto dispone l'art. 3 della citata legge n. 287 del 1990.

Penso che invece nella suddetta facoltà di esclusivo sfruttamento dell'invenzione rientri anche quella di imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (cfr. art. 3 lett. a) legge citata), dato che nella situazione di monopolio di fatto, in cui si trova ad operare sul mercato, all'inventore non si possono prescrivere limitazioni relativamente alla quantità di profitti ricavabili dallo sfruttamento dell'invenzione. Tuttavia, anche in questa ipotesi la sua libertà trova un limite nell'art. 3 lett. c) già citata, la quale vieta una discriminazione fra i diversi contraenti, nel senso che le condizioni ingiustificatamente gravose potranno reputarsi legittime solo se applicate ugualmente a tutti i contraenti suddetti.

Per quanto concerne la limitazione della produzione, quale strumento per incidere sulla formazione del prezzo, la quale com'è noto è largamente influenzata dal rapporto fra domanda e offerta delle merci, penso che la questione debba risolversi in senso positivo per l'inventore; infatti, riconosciutagli la posizione di monopolista di fatto e quindi la facoltà di determinazione del prezzo, ne consegue che ogni strumento il quale sia idoneo ad influire sulla formazione di esso debba essere riconosciuto come lecito.

3. Alle conclusioni sopra assunte tuttavia deve apportarsi una limitazione con riferimento ai casi in cui il prodotto dell'invenzione sia costituito da un bene che abbia funzione strumentale rispetto ad altri processi produttivi, sia che esso ab-

bia natura di prodotto finito, per esempio una macchina, sia che abbia natura di materia prima, per esempio una sostanza destinata alla trasformazione industriale.

In questi casi, l'inventore non può cedere il prodotto inventato solo ad una o più imprese del settore perché, se così agisse, egli, sfruttando la sua posizione dominante, ne abuserebbe nel senso che inciderebbe negativamente sulla relazione di concorrenza che lega i cessionari prescelti dell'invenzione con gli altri imprenditori. In altri termini, laddove all'inventore deve riconoscersi il potere di mantenere ed eventualmente di riprodurre presso terzi la sua posizione di monopolio di fatto relativamente al prodotto diretto dell'invenzione, non gli si può riconoscere il potere di moltiplicare le posizioni di monopolio di fatto, come avverrebbe se gli si riconoscesse il potere di consentire a uno o a pochi cessionari di impiegare nelle loro aziende il prodotto dell'invenzione in maniera da produrre altri e diversi beni in posizione di esclusività sul mercato. Il monopolio di fatto deve avere per oggetto direttamente il prodotto dell'invenzione, non anche i prodotti che possono derivare dall'applicazione dell'invenzione stessa, salvo che questi siano compresi nel brevetto, come accade nel caso in cui questo abbia per oggetto un metodo o un processo industriale (cfr. art. 2 r.d. n. 1127/1939).

4. Alla corte di appello di Milano si è recentemente rivolta una impresa chiedendo l'adozione di provvedimenti cautelari, a norma dell'art. 33 legge n. 287/1990, contro altra impresa, la quale, essendo titolare di un brevetto industriale avente per oggetto una materia prima, aveva ceduto la suddetta materia prima soltanto ad una sola impresa del settore in cui con altre materie prime, meno adatte e quindi meno idonee alla produzione di beni finiti appetiti sul mercato, si realizzavano prodotti dello stesso genere di quelli alla cui produzione era destinata la materia prima brevettata.

Il procedimento cautelare ha avuto alterna vicenda, perché in un primo tempo la domanda fu accolta da una sezione della corte, mentre in un secondo tempo venne respinta da altra sezione, investita del reclamo contro il primo provvedimento.

La radicale antitesi delle due decisioni cautelari, inidonee come tali a costituire precedenti significativi, si giustifica appunto per la diversa valutazione fatta delle facoltà attribuite dal brevetto al suo titolare. Mentre nel primo provvedimento si poneva in risalto il limite che alla posizione del titolare del brevetto deriva dalle norme contenute nell'art. 3 legge n. 287/1990, nel secondo si è sostenuta praticamente l'irrelevanza di coteste norme in rapporto ai poteri attribuiti dalla legge al titolare del brevetto. In particolare, nel secondo provvedimento si è fatto perno sulla facoltà del titolare del brevetto di scegliere il modo di sfruttamento dell'invenzione e si è fatta rientrare in questa facoltà anche la scelta di somministrare il prodotto inventato ad una sola impresa, senza tener conto del fatto che questa l'avrebbe impiegato per fabbricare prodotti che sarebbero stati immessi sul mercato in situazione di sostanziale monopolio di fatto.

A me pare che la tesi che qui si confuta trovi un elemento di contrasto anche nella norma contenuta nell'art. 2597 c.c., la quale, sebbene dettata nei confronti delle imprese che agiscono in situazione di monopolio legale e sebbene in passato

ANTONIO TIZZANO

L'ESPERIENZA COMUNITARIA

In particolare, non credo sia inutile ricordare, visto che le innovazioni da esso indotte sono talvolta presentate, in base al precedente dell'uovo di Colombo, quasi come naturali e scontate, che in realtà esse non sarebbero arrivate affatto o non sarebbero arrivate in maniera così rapida ed incisiva, se non vi fosse stata la pressione di una normativa comunitaria fortemente liberalizzatrice.

Certo, non si è trattato solo di ideali europeistici. La crescente globalizzazione dell'economia e lo stesso processo d'integrazione hanno indotto processi di ristrutturazione capitalistica che hanno costretto ogni Stato o gruppo di Stati, e le rispettive imprese, ad organizzarsi di conseguenza. La competizione tra sistemi ha prodotto processi di liberalizzazione e viceversa. L'Europa non poteva mancare, né, con essa, l'Italia.

Sta di fatto comunque che la spinta alla liberalizzazione del nostro sistema, per quanto si è realizzata o dovrà inevitabilmente realizzarsi, non è nata da spontanee, improvvise ed altrimenti inspiegabili evoluzioni (specie dopo i decenni di paralisi). In realtà, essa non sarebbe mai arrivata se non ci fosse stata una forte, costante ed incisiva pressione comunitaria.

Vorrei citare ad esempio un settore che interessa proprio i nostri cortesi ospiti, ricordando che se non fosse intervenuto il processo di liberalizzazione dei servizi bancari in sede comunitaria, con tutta probabilità non ci sarebbe stata la riforma del nostro sistema bancario. Del resto, l'ispirazione ed anzi la diretta derivazione comunitaria della recente normativa italiana in materia è espressamente riconosciuta da questa stessa normativa: lo è ovviamente nel Decreto legislativo n. 481 del 14 dicembre 1992, che è stato adottato proprio per dare attuazione della c.d. Seconda direttiva banche; ma lo è anche nella nuova "Legge bancaria" ("Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia", Decreto legislativo 27 agosto 1993, in vigore dal 1° gennaio 1994), il cui articolo 6 enuncia un rigoroso principio di conformità al diritto comunitario, dal momento che impone alle Autorità creditizie nazionali di operare in armonia con quel diritto e di applicare le disposizioni adottate dalle istituzioni comunitarie.

Ho evocato, per ovvie ragioni... di cortesia, un caso particolare. Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi perché quasi nessun settore è sfuggito all'impresa del processo di liberalizzazione. A partire soprattutto dall'Atto Unico Europeo (AUE) del 1986 e dal sottostante disegno di realizzare il grande mercato unico, sono stati realizzati nel giro di pochi anni risultati di straordinario rilievo e in più casi addirittura sorprendenti. Basti pensare, per fare solo qualche riferimento, alla liberalizzazione della circolazione dei capitali, delle professioni, dei servizi non solo bancari, ma anche assicurativi e mobiliari; e poi quella (già realizzata o con scadenziario prefissato) dei trasporti anche marittimi e aerei; l'autentica rivoluzione in corso nel settore delle telecomunicazioni, e quella presumibile nei settori delle poste dell'energia, ecc. E ancora, la regolamentazione degli appalti pubblici in termini di pubblicità e trasparenza delle gare e di non discriminazione tra i concorrenti. Per non parlare delle limitazioni imposte dal divieto degli aiuti di Stato, che ha rivoluzionato, specie nel nostro paese, tutta una filosofia imprenditoriale, pubblica e privata.

Basterebbe ricordare a questo proposito il c.d. accordo Andreatta-Van Miert del 1992, ormai sempre più di attualità dopo i primi anni di "clandestinità". Tale accordo, com'è noto, ha fissato limiti rigorosi all'indebitamento globale delle più grandi aziende pubbliche italiane e ne ha anzi imposto la progressiva riduzione entro limiti fisiologici, per consentire subito dopo una limitazione della partecipazione azionaria pubblica in quelle aziende ed il conseguente venir meno della garanzia statale che tale partecipazione comporta ai sensi dell'art. 2362 c.c. Tutto ciò ha determinato una situazione impensabile prima che la Comunità costringesse il nostro governo ad assumere un così penetrante impegno, perché l'attuazione dell'accordo sta producendo conseguenze non solo nel sistema delle imprese pubbliche, ma per tutta l'economia italiana e imprimendo comunque un'ulteriore spinta ai processi di liberalizzazione.

4. Come ho prima accennato, uno straordinario impulso nel senso che ho indicato è venuto, per tante ragioni che qui non posso esaminare, dall'idea del grande mercato unico e dalla sua formalizzazione nell'Atto Unico Europeo. È da qui che, dopo un lungo periodo di crisi, è partito il rilancio dell'integrazione ed il processo di liberalizzazione di cui ho parlato prima.

Se la si colloca in quel contesto, anche la L. 287/90 appare più comprensibile quanto ai tempi e alle motivazioni della sua approvazione. Essa cioè non nasce a caso in quel periodo, né nasce (o non nasce solo) per lo spirito innovatore, l'audacia o la tenacia di pochi o molti illuminati, ma soprattutto perché il processo di liberalizzazione che ho evocato e la piena e globale apertura delle frontiere ha rafforzato la competizione e messo in concorrenza gli stessi sistemi statali nella loro globalità.

L'Italia non poteva restare all'interno del processo senza dotarsi degli strumenti indispensabili per affrontare la competizione e rispettare, al pari degli altri partners, le regole del gioco. La L. 287/90 è stato uno di questi strumenti; la c.d. legge La Pergola del 1989 un'altra; e così via.

5. Naturalmente, il processo ha avuto ed ancor più avrà ulteriore sviluppo dopo il Trattato di Maastricht, grazie al rilievo che inevitabilmente assume, rispetto alle questioni ora indicate, l'istituzione dell'Unione economica e monetaria (UEM) prevista, com'è noto, per il 1° gennaio 1999.

Non posso in questa sede dilungarmi sul punto; mi limiterò a segnalare taluni aspetti di maggiore interesse ai nostri fini.

Intanto, devo sottolineare come, per molti versi, l'UEM costituisca di gran lunga l'innovazione più importante introdotta dal Trattato di Maastricht, nel senso che, se davvero instaurata nei modi previsti, essa consentirà al processo di integrazione europea di toccare punte autenticamente federali, dal momento che comporterà, nello specifico ma importantissimo settore, un pieno ed irreversibile trasferimento di potere dagli Stati membri alle istanze sopranazionali. In nessun altro campo di competenza dell'Unione Europea, cioè, quelle istanze disporranno di un potere e di una capacità di incidere nella sfera di competenza nazionale in modo così intenso e penetrante come nel settore dell'economia e soprattutto, dopo il passaggio alla terza fase dell'UEM, in quello della politica monetaria.

Nell'ottica di alcuni Stati membri ed anche nell'analisi di una parte della dottrina, ne dovrebbe conseguire che l'UEM sia considerata il vero punto centrale del Trattato, cioè la parte che dovrebbe condizionare tutta la restante architettura europea. Ciò comporterebbe che i principi che ispirano l'UEM dovrebbero essere elevati al rango di principi fondamentali del sistema suscettibile di condizionare tutte le altre politiche dell'Unione Europea e degli Stati membri. Ci si troverebbe cioè in presenza di una sorta di costituzione rovesciata, nella quale i principi che ispirano una parte di essa dovrebbero permeare e condizionare l'intera struttura.

Questo varrebbe in particolare per il notissimo principio, di cui all'art. 3 A del Trattato C.E. introdotto per l'appunto dal Trattato di Maastricht, secondo cui "l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende l'adozione di una politica economica condotta conformemente ai principi di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza". Principio ripreso poi specificamente dall'art. 102 A del Trattato C.E., secondo cui "Gli Stati membri e la Comunità agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza". Secondo le tesi prima evocate, queste enunciazioni dovrebbero dominare tutte le altre parti del Trattato, tra cui la politica sociale, la politica di coesione economica e sociale, etc.

Queste conclusioni mi sembrano francamente eccessive e credo che il loro iniziale seguito via via si sia di molto assottigliato. E tuttavia non si può neppure svalutare l'importanza dei predetti principi riducendo l'art. 3A a mera nunciazione programmatica o peggio ad una mera ripetizione del "vecchio" art. 3. Quest'ultimo descriveva (e tuttora descrive) aree di intervento, obiettivi e, in parte, di competenze. L'altro enuncia un principio chiave, ribadito anche in norme materiali e garantito dal sistema (102 A).

Devo dire che trovo anzi singolare la tendenza a sminuire la portata dell'art. 3 A in misura quasi inversamente proporzionale all'esaltazione, non sempre appropriata e talvolta anche stucchevole, che viene invece fatta di una norma che ha tanti profili comuni con quella in esame: alludo all'art 3 B, che enuncia il notissimo principio di sussidiarietà, e che, come l'art. 3 A, è stato introdotto dal Trattato di Maastricht, si colloca tra le disposizioni generali ed enuncia un principio fondamentale dell'Unione.

Né va dimenticato che l'azione interpretativa della Corte di Giustizia ha saputo valorizzare in misura straordinaria enunciazioni molto meno nette di quella della disposizione in esame.

Deve allora prendersi atto che oggi s'impone non solo nel sistema comunitario, ma anche in quello degli Stati membri, e dunque pure nel nostro, un'enunciazione di chiaro significato e di portata precettiva, che potrà pur essere mediata con altri principi del Trattato, ma che comunque è destinata a condizionare l'orientamento delle normative comunitarie e degli Stati membri.

6. Tutto quanto precede, anche senza indulgere ad un ottimismo di maniera, dà un segno preciso dell'importante svolta che il processo d'integrazione europea ha impresso al nostro sistema.

TERZA SEZIONE
PROSPETTIVE E PROPOSTE

coinvolgimento dei mercati finanziari nella gestione delle imprese, induce una crisi profonda del modello stesso che porta alla imitazione superficiale dei metodi organizzativi giapponesi con la riduzione della rigidità delle linee di produzione, con il sempre maggiore ricorso alle forniture esterne di intere fasi di lavorazione industriale.

Ma la limitazione è solo superficiale perché manca, prima di tutto, l'appello al patriottismo e alla lealtà di impresa. Anzi, si accentua il contrattualismo nei rapporti tra imprese, tra imprese e lavoratori e tra imprese e consumatori e la flessibilità maggiore degli impianti è ricercata specialmente per la impossibilità di dominare la velocità dell'innovazione di prodotto, e di ridurre i costi finanziari derivanti dalla gestione delle scorte, a causa dell'enorme salto in alto compiuto dai tassi di interesse a causa della lunga e severa politica di disinflazione portata avanti dall'autorità monetaria, sul quale il prof. Ciocca e il prof. Nardozi hanno scritto un libro.

Alla fine degli anni '80 si può dire che con lo sviluppo impetuoso che si manifesta in Estremo Oriente, con il crollo dell'Unione Sovietica, con le difficoltà sempre maggiori che la mobilità dei capitali causa alla stabilità del sistema finanziario internazionale, si cerca una soluzione che tenga conto delle difficoltà di integrare ulteriormente l'economia mondiale secondo il modello superficialmente atomistico, ma in realtà centrato sull'egemonia americana, disegnato e messo in funzione negli anni '40 dalla classe dirigente politica del vincitore.

Si ritiene che un nuovo disegno internazionale possa centrarsi su tre blocchi regionali: Europa, inclusa l'ex Unione Sovietica, Estremo Oriente, America intesa come tutto il continente. È, però, un disegno assai nebuloso perché lascia incerti i rapporti all'interno delle macroregioni, tra Germania e Russia, tra Giappone e Cina.

Le grandi imprese mondiali, tuttavia, sembrano prendere la formazione di questi nuovi blocchi come probabile, e si preparano ad affrontare la nuova situazione disponendo le proprie forze sui vari scacchieri.

Quali sono, dunque, le logiche secondo le quali sembra potersi svolgere il nuovo modello di integrazione dell'economia mondiale?

Per quanto riguarda Germania e Giappone non sembra che le grandi imprese di questi due paesi siano disposte a rinunciare ai propri modelli organizzativi, ma solo ad estenderne il raggio di azione per tener conto delle nuove realtà geoeconomiche e politiche.

Si vede così che il sistema produttivo a stella, che caratterizza sia la realtà giapponese che quella tedesca, viene esteso fino a comprendere i paesi limitrofi come la Corea, Taiwan, Singapore, la Cina meridionale, la Thailandia, l'Indonesia, la Malesia e il Vietnam, e per quanto riguarda la Germania i paesi europei del sud e dell'est.

Ma il modo di competere resta lo stesso, impegnando cioè il sistema paese in tutte le mosse e continuamente cercando di ridurre le conseguenze estreme del macrofordismo.

Per quanto riguarda gli Stati Uniti la presa di coscienza del formarsi dell'area europea estesa e di quella asiatica ha portato la dirigenza di quel paese a cercare di integrare maggiormente la propria economia – coi paesi del continente americano – e con la firma del Nafta, ma allo stesso tempo a cercare di perpetuare nel tempo i principi ispiratori del quadro di riferimento messo in opera negli anni '40 con la firma del Trattato istituyente la World Trade Organization.

Le grandi imprese americane, tuttavia, affrontano la realtà della integrazione globale con una nuova ondata di ristrutturazioni che sembrano voler ulteriormente contrattualizzare i residui rapporti interni alle imprese, riducendo ancora la forza lavoro direttamente occupata nella speranza che i rapporti contrattuali diano loro maggior potere negoziale di quel che avevano con il modello microfordista.

Nella espansione globale questo modo di procedere è fedelmente riprodotto.

Le imprese americane, quindi, si espandono all'estero esattamente come si ristrutturano all'interno degli Stati Uniti. Come nei decenni passati cercano di crearsi un contesto comprensibile e non eterogeneo anche nel resto del mondo. Anziché servirsi dell'equilibrio del terrore del periodo del bipolarismo esse si servono della capacità di persuasione delle proprie banche di investimento e predicano all'estero, così come fanno all'interno, il nuovo vangelo della necessità di separare l'una dall'altra le attività che prese singolarmente valgono sul mercato più di quel che valgono insieme rimanendo tra loro attività sinergiche e rimuovendo ostacoli al raggiungimento di economie di scala e di maggior potere di mercato.

Malgrado le molte dichiarazioni volte ad attestare che il patriottismo nazionale delle grandi imprese è stato definitivamente sostituito dall'esclusivo patriottismo di impresa, inteso come concentrazione totale nel perseguimento dell'obiettivo del massimo profitto, non è difficile scorgere tuttavia nelle grandi imprese dei tre paesi-centro una non diminuita fedeltà a comportamenti schiettamente tradizionali.

In nessuno dei tre paesi, infatti, le imprese hanno rinunciato a servirsi dello Stato per raggiungere meglio i propri fini internazionali, e il loro Stato è ancora quello di sempre anche se hanno rapporti con altri Stati. Di mamma, anche per le grandi multinazionali, ce ne è ancora una sola. Né si può dire che le grandi imprese si siano affrancate dai rispettivi sistemi finanziari nazionali.

Questo è chiarissimo per quanto riguarda le grandi imprese con sedi centrali in piccoli paesi, ma è altrettanto vero per le grandi imprese dei maggiori paesi.

Le rispettive grandi banche si sono fortemente espanse all'estero ma hanno mantenuto ben salda la propria base di operazione e di provvista nazionale.

I centri operativi restano dunque schiettamente nazionali, come indica la nazionalità dei componenti dei consigli di amministrazione delle prime 100 imprese mondiali studiate da due studiosi olandesi già citati; ed è anche affascinante vedere come sia restata stabile anche la vocazione merceologica di queste cento grandi imprese per quanto riguarda i settori nei quali concentrano le proprie produzioni. Di nuovo questo è stato studiato dagli stessi Autori.

Nonostante le grandi proteste di globalizzazione, quindi, i cuori dell'economia mondiale battono ancora dove battevano un tempo. Questo malgrado l'assedio costante di parabole e favole che ci vengono proposte sulla grande circolazione di élite imprenditoriali mondiali che si starebbe verificando.

Gli esempi in questa direzione non mancano e sono assai suggestivi, ma non sembrano costituire una tendenza. Restano quello che sono: delle belle storie esemplari di successi individuali.

Le imprese svedesi restano saldamente in mano agli svedesi, quelle olandesi agli olandesi, quelle americane agli americani e così via, e certamente quelle giapponesi ai giapponesi.

Questo non impedisce che nei paesi deboli i principi della globalizzazione si applichino crudamente, e, così la maggior banca della Repubblica Ceca e la maggior società elettrica di quel paese diventano proprietà della General Electric e il maggiore produttore di elettrodomestici bianchi e la maggiore impresa farmaceutica italiana diventano proprietà svedese, e l'intera industria automobilistica inglese è in mano a proprietari giapponesi, tedeschi e americani.

Malgrado l'indubbio aumento della interpenetrazione tra grandi imprese, la gran parte della riunificazione economica della Germania vede come protagoniste le imprese tedesche. Hanno fatto la parte del leone nelle vendite della Treuhandanstalt, stanno fruendo della assoluta maggioranza di sussidi nella installazione di nuove imprese nei länder orientali, il sistema bancario della Germania Est se lo sono diviso Deutsche e Dresdner riaprendo le vecchie filiali del 1945. Sarebbe stato veramente strano se non fosse stato così.

Il rapporto Stato-imprese appare dunque centrale alla economia politica dei paesi sviluppati.

Il modello di relazioni industriali microfordista è andato in pezzi negli Stati Uniti, ma sembra più saldo che mai nei paesi del macrofordismo anche se si contano in essi percentuali di disoccupati a due cifre, e tentativi di disintermediare i Sindacati, che hanno perso molti aderenti.

Alla vigilia del nuovo millennio, non sembra dunque potersi fiduciosamente intravedere l'alba di una definitiva globalizzazione anche se un processo di interpenetrazione profonda è certamente in corso; ma questo sembra svolgersi secondo parametri noti.

Quello che si può già vedere è una caduta delle posizioni deboli con la definitiva marginalizzazione di paesi dove sia lo Stato che le grandi imprese hanno mostrato di non saper resistere all'offensiva del nuovo mercantilismo iniziato con la prima crisi del petrolio e via via intensificatosi con la creazione di un nuovo rapporto Stato-imprese nei paesi di maggior successo e in quelli a più alto livello di coesione sociale.

Nella estensione ai paesi limitrofi del complesso produttivo a stella, basato su un sistema centrale e su una raggiera di fornitori collegati a loro volta con i propri

sub-fornitori paesi come la Francia, la Repubblica Ceca, la Polonia e l'Italia sono destinati ad avere un ruolo di assoluto primo piano nella raggiera dei fornitori di prima scelta delle imprese-centro tedesche. Essi supplementano così i fornitori più tradizionali delle imprese tedesche, localizzati in paesi come l'Olanda, l'Austria e la Svizzera.

Un discorso a parte deve essere riservato alla ristrutturazione delle grandi reti di trasporto, comunicazioni ed energia.

Queste sono, in Europa e in Giappone, ancora saldamente in mano a monopoli nazionali, avendo costituito negli ultimi 50 anni uno degli strumenti più importanti di politica industriale dei complessi Stato-imprese nazionali. La loro privatizzazione e divisione in parti – che si dà per imminente – darà, con la sua realizzazione, la misura precisa della vitalità relativa dei complessi Stato-imprese nei vari paesi.

Ad esempio, non è azzardato considerare l'offensiva della Deutsche Bank sul mercato inglese nel merchant banking, seguita puntualmente dalle sue antagoniste, come un prepararsi accurato e puntuale a gestire la privatizzazione della Telekom, della Lufthansa e forse delle ferrovie tedesche vestendosi da europei.

La crisi che ha colpito le grandi banche francesi ha impedito che lo stesso accadesse in Francia. Sarà dunque interessante vedere di quanto lo Stato francese riuscirà a rimandare le equivalenti privatizzazioni francesi non avendo a disposizione lo strumento che hanno preparato invece i tedeschi.

Sarà anche interessante esaminare gli sviluppi futuri della vicenda dell'Airbus, le modalità e le conseguenze della trasformazione del secondo produttore di aerei civili del mondo in Spa.

La ristrutturazione dei grandi monopoli giapponesi è anch'essa tutta da vedere. Di nuovo essa costituirà un'ottima prova per la pretesa globalizzazione. Vedremo come faranno.

Paradossalmente sembrano potersi intravedere per il nuovo secolo, per l'inizio del nuovo millennio, sviluppi analoghi a quelli che seguirono le grandi scoperte geografiche europee del XV e XVI secolo.

L'allargamento dell'economia mondiale a tutte le aree geografiche porterà giganteschi complessi Stato-imprese a competere tra loro cercando un nuovo assetto per l'economia mondiale. Come in quel periodo, istanze di transnazionalità imprenditoriale, imprese cioè off-shore rispetto a tutte le spiagge nazionali, si accompagneranno ad imprese corsare con patenti statali e a complessi Stato-imprese ufficiali, centrati cioè su un paese-centro e diffusi in molti paesi circosvicini e confinanti.

Se è vero che l'eterogeneità degli attori comporta come soluzione ai problemi delle transazioni tra loro il ricorso al contratto, è anche vero che la contrattualità richiede un quadro di riferimento giuridico accettato e stabile ed una autorità sanzionatoria capace di far rispettare le sue decisioni.

Questi sono i vantaggi e i limiti di una soluzione contrattuale, la soluzione di mercato proposta da americani e inglesi come modello per favorire la integrazione globale.

È chiaro che, all'aumentare del campo di applicazione di tale modello, si pone sempre più grave la difficoltà di trovare un'autorità che abbia un potere sanzionatorio sufficientemente esteso da essere ritenuto credibile dalle parti contraenti.

Sempre da fonte americana, per tale non piccolo problema viene proposta una soluzione che mostra l'ingenuità degli economisti quando si occupano di diritto.

Si afferma, infatti, il possibile prevalere di un modello organizzativo simile a quello che vide il sorgere nel Medioevo della *lex mercatoria* che si reputa come una serie di norme e sanzioni sorte dal basso, liberamente accettate e amministrare dai mercanti sulla base della necessità di trovare regole per un gioco ripetuto quale era il gioco dei grandi mercati internazionali.

Chi ha studiato quella istanza di cosiddetta autopoiesi di un ordinamento giuridico sa bene che la massima sanzione – dettata da un ordinamento spontaneo – che può comminare a un trasgressore è l'esclusione dal gioco.

Ciò, naturalmente, limita la validità a quelli seriamente intenzionati a ripetere il gioco perché a chi vuole adottare una strategia di massimizzazione dei *one-shot* non può essere impedito di farlo. E, quindi, questo tipo di ordinamento nulla può contro i comportamenti estremi, ma anche contro i deficit informativi che presentano possibilità di dilemmi del prigioniero.

Tutte e due queste eventualità sono sufficienti a distruggere il gioco del mercato, ma è probabile che l'interesse personale non sia nemmeno sufficiente a farlo cominciare.

È assai più convalidata storicamente, infatti, la visione di mercati organizzati da autorità pubbliche ai quali partecipano mercanti ordinati rigidamente nei paesi di provenienza in caste chiuse e assimilabili, come comportamento, a funzionari più che ad agenti massimizzanti il proprio tornaconto personale.

Per far partire il gioco del mercato teoricamente e storicamente sembra sia necessaria la preesistenza e la volontà di una autorità collettiva e altrettanto serve a farlo continuare nel tempo e nello stesso luogo.

I mercanti hanno bisogno dello Stato e lo Stato ha bisogno dei mercanti. Questo può voler dire, in condizioni di pluralismo degli ordinamenti, che gli Stati si contendono l'uno all'altro i mercati e i mercanti, organizzando la protezione giuridica necessaria col massimo della libertà compatibile e con la certezza della sanzione.

E di ciò abbiamo prova sia nella storia economica medioevale che in quella attuale.

Atteso che il baricentro delle transazioni tra industriali sia in Europa, Asia e America, e che quindi grandi complessi di imprese massimizzino le loro attività

menti per i centri di produzione localizzati in Europa, ma pessime, vista l'incapacità dello Stato e delle grandi imprese italiane – almeno estrapolando il passato – di adeguarsi alle nuove realtà, per i centri di produzione indipendenti con origine in Italia.

Il cuore, e cioè il rapporto imprese-Stato e imprese-banche, è in cattive condizioni, e così è il cervello, e cioè le capacità mostrate dalla grande industria italiana di sviluppare attività di ricerca e di innovazione indipendenti.

La ricerca industriale delle imprese in Italia sappiamo tutti a che livello è. Il confronto tra ricerca universitaria e fondi di ricerca universitaria dati dallo Stato in Italia e in Giappone è tra 500 miliardi di lire e 50 miliardi di dollari.

SABINO CASSESE

LA DIFFICILE INTRODUZIONE DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: **1.** La nozione di mercato nella cultura giuridica. – **2.** Le resistenze alla concorrenza. – **3.** Il modo ambiguo in cui viene introdotta la concorrenza. – **4.** Le reazioni dei monopolisti.

1. La nozione di mercato nella cultura giuridica

L'Italia, "late comer" della industrializzazione, è "late comer" anche nell'affermazione della concorrenza nella legislazione e nella cultura, sia quella alta, sia quella diffusa.

"Posto il principio generale della libertà di esercizio di una attività economica, si pone necessariamente il problema della concorrenza". È l'"incipit" di un saggio di Tullio Ascarelli del 1952, dove il concetto della concorrenza è un fatto consequenziale alla libertà di impresa. Ma non è tanto la concorrenza ad essere assente dal panorama della cultura del diritto commerciale, quanto ciò che presuppone la concorrenza, e cioè il mercato.

Nella storia del diritto commerciale, Franco Galgano ha notato che il mercato è uno spazio vuoto di diritto, è un concetto pregiuridico.

È interessante notare che sia Ascarelli, sia Galgano non hanno considerato affatto mercati regolati, come, ad esempio, i mercati comunali o le borse valori, sui quali, invece, alcuni dei maggiori cultori di diritto pubblico, negli anni '50/'70, si sono soffermati, chiedendosi se fossero riunioni di commercianti e di acquirenti, luoghi stabilmente attrezzati, ovvero insieme di scambi, ovvero ancora istituzioni.

Il mercato come insieme di processi di decisione, come istituzione nel senso proprio della parola, ma decentrata, fortemente contrattualizzata e fondata sul concetto della volontarietà (e non della imposizione) è stato ignorato dagli studiosi dell'impresa. Dunque, dei due grandi meccanismi di decisione, quello fondato sulla gerarchia, lo Stato, e quello fondato sulla rete, il mercato, si è tenuto presente il primo, misconosciuto il secondo. Sono così venute a mancare le premesse perché si potesse parlare della concorrenza.

Perché questo sia accaduto sarebbe lungo dire. Basti ricordare che, in Italia, si è sviluppato un capitalismo protetto, promosso e gestito dallo Stato, e, quindi, un mercato prodotto dalla politica e che sono stati assenti quelli che Max Weber ha chiamato "l'ascesi laica" e lo "spirito del capitalismo".

Detto della cultura, vediamo come reagisce l'ordinamento giuridico all'introduzione della concorrenza. Svilupperò qualche riflessione intorno a tre punti: le resistenze alla concorrenza; le modalità in cui è stata introdotta la concorrenza; le reazioni dei monopolisti. Mi riferirò, in particolare, a quelle aree grigie che sono i servizi pubblici.

2. Le resistenze alla concorrenza

Si può dire che l'ordinamento italiano è ordinato in modo da offrire il massimo delle resistenze alla concorrenza, perché massimo è l'intervento statale del tipo non conforme al mercato.

La prima resistenza proviene dal mancato ancoraggio del mercato alla Costituzione. La libertà di iniziativa economica privata (art. 41) è stata ordinata come libertà nei confronti dello Stato, non delle altre imprese. I monopoli sono menzionati nella Costituzione solo come premessa dell'assunzione pubblica della loro gestione (quindi, il monopolio privato è un male, quello pubblico va bene). Poi, l'art. 41, comma III, stabilisce il principio del dirigismo pubblico.

La Costituzione italiana, approvata solo un quindicennio dopo la grande crisi mondiale, riflette, quindi, un atteggiamento anticapitalistico e una sfiducia nel mercato propri di un'epoca storica che aveva visto il crollo di Wall Street, con quel che seguì.

Secondo: la legislazione affida al governo il compito di fare una sua politica industriale. Ciò non vuol dire che il governo stabilisce regole e criteri dell'azione di altri, ma che esso indirizza e gestisce in proprio. Questa versione moderna del colbertismo produce un soggetto, quello pubblico, che è in grado di sopraffare qualunque altro operatore economico.

La terza difficoltà proviene dal sistema amministrativo. Vi sono circa trenta diversi regimi concessori, metà dei quali illegittimi perché non preceduti da riserva originaria. Circa cento sono le autorizzazioni, licenze, nullaosta, ecc. tutti altamente discrezionali, nessuno corrispondente al regime prescritto dal diritto comunitario. Circa cinquanta sono gli albi e ordini professionali e quindici le specie di controllo dei prezzi. Infine, vi è un numero altissimo di norme – dai privilegi di categoria a sussidi e finanziamenti pubblici – che creano discriminazioni.

Ogni volta che si muove, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato incontra un ostacolo nello Stato. Questo Stato onnivoro, a sua volta, assume la gestione pubblica di imprese monopolistiche in nome dell'interesse generale, ma non riesce a tutelare l'interesse collettivo: il monopolio legale viene assunto a tutela dei consumatori; questo dovrebbe essere il riflesso immediato dell'assunzione pubblica del servizio; ma, poi, a tutela dei consumatori è stabilito poco più del principio di continuità del servizio.

L'altra resistenza proviene dai giudici, che si comportano secondo il modello weberiano della giustizia di notabili. Ad esempio, la Federazione Italiana dei Pubblici Esercenti, mentre si batteva per eliminare i vincoli statali al commercio, ha impugnato una norma che aveva attenuato una delle più vincolistiche disposizioni in materia di commercio, introducendo il silenzio-assenso in caso di ritardo amministrativo nella concessione di licenze commerciali. Il Tribunale amministrativo del Lazio ha immediatamente dato ragione alla Federazione, proteggendo, così, gli attuali commercianti contro i nuovi entranti, che non si possono valere di tempi più rapidi di rilascio della licenza, ma debbono rassegnarsi all'inerzia e ai tempi lunghi degli uffici comunali.

Da ultimo, vengono le resistenze fatte dagli stessi imprenditori. Questi, ad esempio, hanno utilizzato in maniera abnorme la concessione di pura costruzione, istituto che risale al secolo scorso, con la quale furono costruiti i canali Cavour, per evitare l'appalto preceduto dalla gara e, quindi, la concorrenza.

la concorrenza è uno strumento per la costituzione del mercato unico. Essa sta al mercato unico come le libertà di circolazione stanno al mercato unico. Ma il mercato unico è strumentale all'unificazione degli Stati (secondo l'intuizione di Jean Monnet, si potevano superare i nazionalismi europei e le guerre solo attraverso uno Stato unificato). Ma, per fare questo, si doveva agire in modo sotterraneo ed ambiguo, cominciando dai mercati. Se questo è vero, l'affermazione della concorrenza finisce per essere strumentale al contrario del mercato, a un nuovo potere pubblico.

Secondo paradosso: da un lato, l'art 1 bis della l. 474 del 1994 condiziona la privatizzazione dei servizi pubblici alla loro regolazione; dall'altro, gli stessi servizi pubblici da privatizzare vanno liberalizzati nel senso della concorrenza. Questo è un circolo vizioso che non si romperà, se non si riesce a governare il delicato rapporto tra privatizzazione e liberalizzazione (nel senso di concorrenza).

Peculiare, poi, è la situazione dei servizi pubblici locali; se si dovesse applicare alla lettera la legge, bisognerebbe che ogni comune istituisse una autorità per ogni servizio pubblico che vuole privatizzare.

GIULIANO AMATO

**LE AUTORITÀ ANTITRUST
E L'INTERNAZIONALIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA**

Subentrando a questo punto, toccherò solo alcune delle questioni che ho sentito sollevare.

Partirò dal problema più generale della tutela della concorrenza nel mercato globale, per passare, poi, all'Europa e ai problemi italiani.

La dimensione prevalentemente nazionale, che per lungo tempo ha caratterizzato l'economia, ha confinato entro l'ambito nazionale anche i problemi della concorrenza, che, quindi, sorgevano, venivano regolati e risolti all'interno di ciascuno Stato.

Il successivo processo di internazionalizzazione delle attività di impresa, la progressiva liberalizzazione delle normative in materia di scambi commerciali e, quindi, la costante riduzione delle barriere al commercio internazionale hanno determinato, però, anche l'estensione dei confini delle questioni concorrenziali.

La crescita dei rapporti economici internazionali ha, infatti, moltiplicato il verificarsi di casi di comportamenti anticoncorrenziali delle imprese, che producono effetti, contemporaneamente, su mercati di vari paesi o su mercati di un paese diverso da quello nel quale l'infrazione è stata commessa.

Di qui, la palese asimmetria tra la dimensione, ormai internazionale, dei rapporti di mercato e dei problemi della concorrenza e la dimensione, invece più ristretta, delle giurisdizioni competenti a far valere le regole poste a tutela della concorrenza.

E, quindi, casi in cui più autorità rivendicano tutte la propria giurisdizione sulla stessa violazione o, al contrario, casi in cui nessuna si ritiene competente.

L'esempio tipico ci viene dai rapporti tra imprese americane e imprese giapponesi ed è quello del cartello che si costituisce tra imprese di un paese per escludere dal mercato imprese di un secondo paese.

In questo caso, la giurisdizione del paese cui appartengono le imprese che operano la discriminazione non ha, in fondo, particolare interesse a perseguire il comportamento anticoncorrenziale di queste, mentre la giurisdizione del paese delle imprese discriminate, che invece ha interesse alla repressione del comportamento anticoncorrenziale, non può perseguire le imprese discriminanti che operano in territorio straniero.

Negli Stati Uniti si è cercato di porre rimedio a tale asimmetria, dapprima, ricorrendo all'applicazione unilaterale delle norme di concorrenza nazionali in ambito extra-territoriale. È stata, infatti, adottata una normativa che riconosce la giurisdizione delle autorità americane della concorrenza anche nel caso di comportamenti di imprese straniere, operanti all'estero, quando tali comportamenti determinino "un effetto diretto, sostanziale e ragionevolmente prevedibile sul commercio americano" ("Foreign Trade Antitrust Improvements Act, 1982").

Il limite di questa soluzione sta nel fatto che la giurisdizione nazionale potrà efficacemente operare solo laddove l'impresa straniera che ha posto in essere il

comportamento anticoncorrenziale abbia almeno una filiale o comunque una sede operativa nello Stato che procede, che possa essere colpita con eventuali sanzioni al posto della società madre.

In caso contrario, l'estensione unilaterale della giurisdizione non sortirà effetti.

I limiti manifestati dal meccanismo di applicazione unilaterale delle regole nazionali di concorrenza in ambito extra-territoriale e le tensioni internazionali suscitate dal suo utilizzo hanno indotto il Congresso degli Stati Uniti a promuovere un secondo meccanismo di tutela della concorrenza utilizzabile nelle stesse circostanze del primo, ma sulla base di accordi internazionali bilaterali: il "*positive comity*" ("*International Enforcement Assistance Act*", 1994).

Tale procedura consente ad un paese di chiedere ad un altro paese di intervenire nei confronti di comportamenti anticoncorrenziali tenuti nel territorio di quest'ultimo, ma idonei a pregiudicare gli interessi del primo paese.

Sembra, inoltre, iniziare a concretizzarsi la possibilità di rafforzare il meccanismo di "*positive comity*" già previsto nell'accordo tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti, mediante l'introduzione della clausola chiamata "*Who goes first*", che consente alle parti dell'accordo di astenersi, differire o sospendere l'applicazione delle proprie regole della concorrenza ad un determinato comportamento, quando l'altra parte dell'accordo si dichiara pronta ad agire in base alle proprie regole.

In verità, il meccanismo del "*positive comity*", nonostante i limiti che presenta, sembra, ad oggi, l'unica via perseguibile per far fronte alla crescente estensione dei confini dei problemi concorrenziali.

Meno agevole sembra, invece, almeno per due ragioni, la via della costituzione di un'autorità mondiale della concorrenza, che applichi norme comuni a tutti i paesi.

Per prima cosa, infatti, sembra difficile che una siffatta autorità venga riconosciuta, se non dai 180 paesi dell'ONU, almeno da una parte considerevole di essi. Ed un riconoscimento generalizzato è, naturalmente, condizione imprescindibile perché possa operare efficacemente.

In secondo luogo, le culture nazionali o regionali sulla concorrenza sono ancora troppo distanti perché si possa realisticamente pensare alla formulazione di una normativa comune. Un codice mondiale della concorrenza implica la stesura di una serie di norme di dettaglio su cui difficilmente tutte le nazioni si troverebbero d'accordo, sia per la difficoltà di individuare singole fattispecie da tutti concordemente ritenute lesive della concorrenza, sia per la difficoltà poi di assicurare una uniforme interpretazione della disciplina comune.

Basti pensare a ciò che è accaduto anche nella stessa Comunità Europea, dove l'impossibilità di adottare un unico modello culturale di riferimento ha condotto alla coesistenza di diversi modelli nell'ambito di uno stesso complesso normativo, determinando inevitabili antinomie che si manifestano persino, in alcuni casi, nella differente valutazione di fenomeni simili.

È il caso delle ragioni di efficienza, la cui valutazione muta a seconda che riguardino un'intesa e, di conseguenza, siano valutate a norma dell'art. 85 del Trattato di Roma o che riguardino invece una concentrazione e, quindi, siano giudicate in base alla merger regulation.

La joint venture cooperativa che consente di ridurre i costi, che migliora l'efficienza, che genera un beneficio per il consumatore viene per ciò stesso valutata positivamente. Non è così per la joint venture concentrativa che, nelle stesse circostanze e per il fatto che possa determinare una riduzione di costi ed un aumento di efficienza, rischia di essere ritenuta ancora più pericolosa.

Sono evidenti gli antecedenti culturali delle due posizioni. Meno comprensibile è che, grazie alle piccole differenze lessicali tra la merger regulation ed il Trattato, queste due culture possano entrare, contraddicendosi, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Certo, c'è senza dubbio un avvicinamento tra le culture della concorrenza degli Stati Europei, così come comincia ad esserci maggiore vicinanza tra quelle degli Stati Uniti e dell'Unione Europea, ma non è ancora sufficiente per ipotizzare la realizzabilità di una normativa comune.

Ciò non vale, peraltro, ad inficiare il pregio del tentativo di un graduale avvicinamento nella terminologia e nella cultura in materia di concorrenza, che viene operato soprattutto in sede OCSE.

Quando si riuscirà a maturare una comune coscienza sulle tipologie di violazioni, solo allora, forse, saranno maturi i tempi per un'autorità comune.

Prima che ciò accada, il meccanismo del "*positive comity*" e, quindi, degli accordi bilaterali, è probabilmente da considerare il più idoneo a perseguire efficacemente violazioni della concorrenza del tipo in questione.

A questo punto, sorge però il problema di individuare quali sono gli organi interni competenti per la stipulazione degli accordi.

Il problema, già emerso in sede europea, si ripropone nelle sedi nazionali.

Il Trattato tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti – quello che consente l'applicazione del "*positive comity*" –, come si ricorderà, fu firmato, in prima istanza, dalla Commissione europea. Poi, ritenuta l'incompetenza della stessa alla stipula di siffatti accordi, si riuscì a risolvere il problema sostituendo la firma della Commissione con quella del Consiglio, senza rinegoziare l'accordo.

In Italia, l'Autorità antitrust non è un soggetto giuridico internazionale, mentre, la Consob sembrerebbe, in qualche modo, esserlo e questo suscita perplessità (almeno le mie). La questione andrebbe approfondita.

Per passare all'Europa, è vero, in effetti, che, almeno inizialmente, la concorrenza non è stata intesa come un obiettivo da realizzare "*per se*". Le si attribuiva una funzione meramente strumentale rispetto agli altri obiettivi del Trattato di Roma e per questa ragione, in principio, essa cedeva facilmente il passo alla politica industriale protettiva, ogni qualvolta gli Stati lo ritenessero necessario.

Si pensi alle deroghe alla disciplina della concorrenza operate per la ritenuta prevalenza degli obiettivi di politica industriale degli Stati nei settori della siderurgia, dei tessili o con i piani nazionali di protezione delle imprese in crisi.

Questa concezione della politica industriale, considerata prevalente e, quindi, intrinsecamente dotata di forza derogatoria rispetto alla disciplina della concorrenza, ha prevalso fino a buona parte degli anni ottanta.

Sarebbe, però, ingeneroso non riconoscere alla Comunità il merito di aver contribuito alla progressiva erosione del sistema degli aiuti statali e delle altre leggi nazionali protezionistiche e di ausilio, che hanno rappresentato il fondamento di quella politica industriale. E che la politica industriale di quegli anni si fosse ormai identificata con il sistema degli aiuti statali è dimostrato anche dal fatto che, quando si è limitata la possibilità di erogarli, lo Stato italiano, non diversamente dagli altri Stati europei, si è dimostrato incapace di elaborarne una alternativa.

Ed è sempre da attribuire alla Comunità il merito di avere introdotto, sia pure con qualche contraddizione, nel nuovo Trattato, una nuova concezione della politica industriale intesa, non più come sistema di ausili statali alle imprese e meccanismi protezionistici, ma come creazione di mercati competitivi nei vari settori industriali.

La concezione di politica industriale, quindi, è transitata dagli Stati all'Europa e transitando a livello europeo si è trasformata da politica di protezione dei mercati nazionali a politica di apertura ad una struttura competitiva dei mercati.

Sul piano nazionale, sorprende dover constatare come le resistenze al libero mercato vengano non solo dalle imprese, ma anche dallo Stato.

La resistenza opposta dalle imprese è, in qualche misura, comprensibile. Il mercato è un ordine legale che ha sempre avuto bisogno di essere garantito, perché la propensione delle imprese è di sfuggire alle regole di mercato e le autorità della concorrenza debbono muoversi con attenzione di fronte alla costante ricerca di strade innovative per sfuggire alle regole di tutela della concorrenza.

La resistenza dello Stato è, invece, meno spiegabile. Una legislazione statalistica, concessoria, discrezionale e, a volte, persino intrusiva è più difficile da giustificare.

Lo strumento forse di maggior rilievo di cui l'Autorità antitrust dispone per far valere le ragioni della concorrenza nei confronti dello Stato è attualmente quello delle segnalazioni di normative che producono effetti restrittivi della concorrenza.

Ritengo debba considerarsi soddisfacente il risultato raggiunto finora con le segnalazioni. Il legislatore, nella situazione attuale, ha difficoltà a legiferare anche sulle materie che esso stesso considera di preminente rilevanza, quindi, il fatto che un terzo delle segnalazioni abbia trovato udienza è un buon risultato.

Nonostante ciò, però, a fronte di leggi che violino palesemente gli art. 41 o 43 della Costituzione, sarebbe più efficace, per far valere i principi della concorrenza,

vi. Fenomeno causato da alterazione delle condizioni di concorrenza, cioè, appunto, da concorrenza imperfetta.

Ciò sottolineato resta comunque lecito affermare che, perfetta o imperfetta che sia la concorrenza, lo scambio internazionale arrechi vantaggi ai paesi lo effettuano: per il lapalissiano motivo che se qualche vantaggio non esistesse quegli scambi non verrebbero effettuati. Il che non significa che non si debba cercare di rendere la concorrenza più viva e vitale possibile: perché, come si è visto, è solo allorché essa è perfetta che, almeno teoricamente, si può ottenere il massimo possibile livello di produzione dati che siano i fattori a disposizione, in specie se anche a questi fattori è data la possibilità di trasferirsi da un paese all'altro secondo il criterio della convenienza.

È dunque buona norma di politica economica rendere la concorrenza internazionale (oltretutto, naturalmente, quella interna) il più vicino possibile alla "perfezione": il che in concreto significa agire in modo che essa possa manifestarsi in maniera agguerrita e leale.

GIUSEPPE GUARINO

CONCORRENZA E IMPRESA "SOVRANAZIONALE"

Seminari del tipo di questo al quale partecipiamo sono oltremodo utili se si parte da punti di osservazione diversi. Abbiamo ascoltato interventi di economisti ed interventi di giuristi. I giuristi si sono pronunciati collocandosi nell'ottica del giurista applicativo, e quindi dell'interprete o del giurista propositore di nuove norme. Io partirò invece da un punto di osservazione meno usuale: quello del giurista di sistema. Spiego brevemente di cosa si tratta.

Il diritto non è mai semplice norma, soltanto norma; è insieme sempre e necessariamente sistema. Quando nel sistema si introducono dei mutamenti rilevanti, si creano nuovi dinamismi e questi condizionano e modificano i comportamenti che nel loro insieme formano la vita che nel sistema si svolge. Il mutamento istituzionale genera nuove canalizzazioni nelle quali fluiscono i comportamenti. Individuando tali canalizzazioni si è in grado di fare previsioni per il futuro. Il giurista di sistema si assegna quindi una funzione predittiva. Il che lo espone a maggiori rischi. In materia di interpretazione ad ogni tesi se ne può opporre un'altra: il rischio è minimo. Se si formulano previsioni e la storia non le verifica, l'errore è sotto gli occhi di tutti. Ma la soddisfazione è grande se la previsione trova conferma. Il compito è perciò affascinante.

Nel 1991 tenemmo a Ferrara un convegno di costituzionalisti. Relatori eravamo Giuliano Amato ed io. Non ci eravamo consultati. Giungemmo entrambi ad una medesima conclusione che consisteva in una previsione netta: l'applicazione degli istituti comunitari, ci riferivamo al mercato unico ed all'unione monetaria, avrebbe provocato una fortissima compressione dello stato sociale.

Fu partendo da quella analisi teorica che appena qualche tempo dopo, Amato Presidente del Consiglio ed io stesso Ministro dell'Industria, fummo in grado in un colloquio di non più di cinque minuti di introdurre nel d.l. n. 333/92, su mio suggerimento, la disciplina delle privatizzazioni.

I mutamenti introdotti dal Trattato per l'Unione europea non hanno ancora assunto sotto ogni aspetto una forma esplicita. I loro effetti sono per molti aspetti appena emergenti. Il compito di formulare previsioni permane perciò stimolante.

Per comprendere la portata delle innovazioni introdotte dal Trattato occorre fare un passo indietro. Nell'800 è stata fatta ed applicata una grande invenzione giuridica. Fu l'invenzione dello Stato nazionale. Allo Stato nazionale si sono collegati nel tempo due corollari: l'industria nazionale il primo; l'industria nazionale utilizzata in funzione di particolari interessi pubblici il secondo. L'industria poteva cioè essere governata dal potere politico per una serie di altre funzioni: interventi anticongiunturali, sviluppo delle aree depresse, controllo di settori produttivi ritenuti strategici, e così via. Sono le idee che pacificamente hanno dominato da noi quanto meno negli ultimi quaranta anni. Di questa impostazione mi pare vi fosse tuttora una eco nell'intervento molto interessante di De Cecco, soprattutto nella parte che si riferiva alla Germania ed al Giappone.

Oggi tutto il sistema, originato dalla invenzione dello Stato nazionale, sta crollando. Ma non crolla un poco alla volta. Crolla tutto in una volta. E crolla per effetto

prima del completamento del mercato comune, poi della trasformazione della Comunità in Unione Europea, come unione anche monetaria.

Le prime istituzioni comunitarie (CECA; Euratom) accentuavano l'amministrativizzazione, anziché eliminarla. Anche nella CEE è presente un settore, l'agricoltura, nel quale resta dominante l'organizzazione amministrativa. In tutti gli altri settori la creazione della Comunità ha introdotto il principio del mercato. Di fatto permanevano molte restrizioni. L'accelerazione si è avuta con il Trattato denominato Atto Unico Europeo; la unificazione effettiva del mercato si è compiuta quando ha trovato attuazione in tutti gli Stati membri la liberalizzazione dei capitali a breve.

Si potrebbe discutere se tutto quanto sta oggi accadendo sia frutto dell'Atto Unico o del Trattato per l'Unione Europea. Lasciamo da parte questa discussione; limitiamoci a constatare che ciò che ciascuno Stato membro già avrebbe dovuto essere indotto a fare per effetto dell'Atto Unico Europeo è stato trasformato in norma giuridica dal Trattato per l'Unione Europea. La fase introdotta con l'Atto Unico poneva ogni Stato, come sistema, in concorrenza con gli altri Paesi membri. Lo Stato era costretto ad attuare politiche di convergenza nel proprio interesse per evitare che i fattori produttivi, particolarmente i capitali, si spostassero altrove. Il Trattato UE ha imposto parametri di comportamento, ha fissato scadenze ineludibili ed ha trasformato la convergenza da mero interesse dello Stato, i cui ritmi di conseguimento ogni Stato avrebbe potuto discrezionalmente apprezzare e deliberare, in un obiettivo la cui definizione ed i cui tempi scaturiscono da vincoli giuridici.

I parametri, determinati dal Trattato UE, sono comunque oggi le regole vincolanti che condizionano la condotta degli Stati. Sostanzialmente sono quattro: l'entità del debito, l'entità dell'indebitamento, l'inflazione, i tassi di interesse nel lungo periodo. I tassi di lungo periodo sono determinati dalle attese che si formano circa il rispetto degli altri parametri.

Il Trattato UE fissa una data. In un primo tempo non si era attribuito alla data l'importanza che le spetta, forse perché il 1° gennaio 1999, questa è la data stabilita, sembrava ancora lontana. Ma ora che la sentiamo prossima ne avvertiamo gli effetti stringenti. Entro il 1999 bisogna avere realizzato gli obiettivi di convergenza per conseguire un lasciapassare. In realtà un giudizio preliminare dovrebbe essere superato entro il 31 dicembre di questo anno. Non è un passaggio indifferente, come viceversa mi sembra di avere colto nel pensiero di Del Punta.

Il lasciapassare comporta l'appartenenza ad un sistema nel quale sono unificati i tassi di mercato, effetto, non l'unico, ma di grosso momento ove si pensi alla entità del debito dello Stato italiano.

I quattro parametri sono elementi condizionanti fondamentali. Non tutti se ne sono accorti. Merito di Giuliano Amato è di aver compreso, come Presidente del Consiglio e prima di altri, che ormai si sarebbe dovuto operare solo in coerenza con tali premesse.

Ricorderete la manovra decisa dal Governo Amato. La situazione era precipitata in modo drammatico. Il Governo non esitò a deliberare, con assoluta tempestività, una manovra che, se ben ricordo, ammontò complessivamente a circa 90 mila miliardi, di gran lunga la più ampia rispetto a tutte quelle successive, che si sono aggirate sui 20-30 mila miliardi. Necessaria conseguenza della manovra fu la caduta della domanda ed un forte calo della inflazione che in qualche mese si avvicinò al 3%.

L'inflazione di per sé è un indicatore a doppio senso. Se si abbassa, restando fermo il ritmo di crescita della produzione, è segno molto positivo. Se si accompagna ad una caduta della produzione, è conseguenza di una decelerazione della economia.

Ma torniamo a valutazioni più strettamente giuridiche.

Bisogna riferirsi ai quattro parametri imposti dal Trattato UE perché, a partire dal momento in cui essi hanno acquistato una vigenza positiva, la condotta degli Stati non è stata più libera, ha avuto dei binari obbligati. La conseguenza si è prodotta non solo negli Stati nei quali l'impatto è stato maggiore, ma, come era inevitabile, ha assunto un carattere di generalità.

Quando i parametri sono stati fissati, è probabile che gli Stati più forti e ricchi pensassero di essere esenti da qualsiasi effetto pregiudizievole. I parametri sarebbero dovuti servire soprattutto per mettere ordine nei conti degli Stati la gestione dei cui bilanci veniva giudicata, a dir poco, allegra. Se si guarda alla Germania, alla Francia, all'Inghilterra, ci si accorge che per questi Paesi membri si presenta ora per almeno uno degli aspetti una situazione analoga a quella dell'Italia. Nel 1991 nei tre Paesi il rapporto debito/PIL si aggirava sul 30/35%, era più basso e parecchio lontano dal 60% fissato dai protocolli annessi al Trattato UE. Oggi in ciascuno dei Paesi il rapporto si aggira sul 60% e tende a crescere. Le condizioni invece di migliorare sono peggiorate, così come sono peggiorate da noi, dove nonostante l'effettuazione di manovre annuali per un volume complessivo superiore ai 200 mila miliardi, il rapporto è passato dal 101% al 124.8%.

Che significa tutto ciò, tradotto in termini di principi giuridici?

Significa che vi sono regole di comportamento per gli Stati che sfuggono alla decisione politica.

Gli Stati conservano la libertà del modo con cui pervenire al risultato, non hanno la libertà del fine. Non disponiamo di somme da impiegare in investimenti e per combattere la disoccupazione, perché i mezzi finanziari dello Stato sono assorbiti dall'obiettivo della rispondenza ai parametri, necessaria ai fini della convergenza imposta dal Trattato per una data prestabilita.

Senza denari non si comanda, né si fa politica. Perché oggi si manifestano tante tendenze antistataliste? Lo Stato sino a qualche anno fa godeva dell'ampio consenso della collettività: ma era amato perché dispensava ricchezza. Oggi tutti i suoi

mezzi finanziari sono convogliati verso i grandi obiettivi della convergenza e dell'unione monetaria.

Ma cosa ci sarà dopo il 1999? Saremo liberati allora dall'obbligo della osservanza dei parametri? Tutt'altro. L'osservanza dei parametri diventerà ancora più stringente. Gli Stati membri inosservanti potranno addirittura essere assoggettati a sanzioni. Le scelte politiche collegate alla disponibilità dei mezzi finanziari potranno essere compiute solo nei limiti degli esuberi che risulteranno dopo l'osservanza dei parametri. Questo spazio non potrà essere che infimo, per non dire inesistente, per uno Stato come l'Italia che, anche se ammesso alla terza fase, avrà il problema della gestione di un debito oltremodo elevato.

Ma se è, così disse un giorno l'on.le Bertinotti in un suo intervento televisivo, questa è la fine della politica!

Ed è proprio così. Se ci riferiamo allo Stato possiamo proprio dire che la politica è finita. A scopi che lo Stato poteva darsi liberamente si sostituiscono gli scopi imposti dalla normativa del Trattato. Occorre prenderne atto.

Si potrebbe immaginare che, cessata la politica dello Stato, si inauguri una nuova fase, nella quale la funzione politica venga svolta dalla Unione Europea. Si rinuncia alla politica dello Stato, si perde la sovranità, nell'intendimento che i medesimi poteri siano esercitati in comune nell'ambito dell'Unione, queste erano l'idea e la speranza. L'art. 11 della Costituzione ammette sì la rinuncia alla sovranità, ma nel presupposto che ciò avvenga in condizioni di parità in favore di un qualche altro soggetto.

In fatto ciò non accade, perché l'Unione Europea a sua volta ha rinunciato alla politica nella misura in cui le scelte politiche poggiano sulla disponibilità dei mezzi finanziari. Varrà per l'Unione la stessa osservazione già fatta per lo Stato singolo. Gli Stati membri sono obbligati ad osservare i parametri del Trattato non solo per attuare la convergenza indispensabile per realizzare la moneta unica, ma come regola permanente di condotta. Il vincolo, dirigendosi agli Stati, vige nello stesso tempo e con rigore anche maggiore per l'Unione nel suo insieme. I compiti di benessere e sviluppo, di coesione tra le varie aree e regioni, sono certamente presenti nel Trattato, ma essi potranno essere perseguiti nei soli limiti che risultino compatibili con una politica di stabilità dei prezzi, assicurata dalla permanente osservanza dei parametri. Sino a quando tutti gli Stati non si saranno lasciati alle spalle le difficoltà incontrate nel passare dai regimi anteriori alle condizioni imposte dal Trattato e sino a quando i benefici della unificazione del mercato non avranno raggiunto una tale intensità da consentire agli Stati membri di registrare avanzi nelle gestioni annuali dei bilanci, i margini per la effettuazione di scelte politiche autonome resteranno molto ristretti.

È prevedibile quindi che si determini un vuoto, un vuoto della politica, per lo Stato come per l'Unione. Ma quando si determina un vuoto, v'è sempre qualcuno pronto a colmarlo. Il soggetto che svolgerà questa missione è l'impresa sovranazionale.

stazioni che di tanto in tanto vengono organizzate nelle varie città del mondo, le maratone alle quali tutti sono ammessi a partecipare, i dilettanti ed i campioni, i giovani ed i più anziani.

Aperto il mercato comunitario, le imprese si sono trovate tutte allineate allo stesso nastro di partenza, le grandissime, le grandi, le medie, le piccole, quelle già adeguate al mercato, quelle che provenivano da esperienze chiuse e che affrontavano il mercato per la prima volta, tutte alle stesse condizioni di eguaglianza formale, nonostante la loro diseguaglianza sostanziale. Non divise per classi o per categorie, tutte ammesse a concorrere in un girone unico.

È spiegabile che in tali condizioni si manifestino forme di resistenza. Un sistema statale chiuso rende possibile il ricorso all'istituto delle imprese pubbliche. Nello stesso tempo favorisce, specie in alcuni settori, le imprese private, assicurando loro un mercato protetto. Pur favorendole, condiziona però le imprese private, assuefacendole a determinati comportamenti e disincentivandole da altri. L'impresa privata, che occupa uno spazio definito di mercato in un sistema chiuso e che si è adeguata alle sue dimensioni, va incontro a difficoltà se proiettata d'improvviso in un mercato aperto e messa a concorrere con imprese più potenti.

Proviamo a trarre qualche conclusione da queste rapide riflessioni.

La prima riguarda gli Stati. Quanto sto per dire non esprime un giudizio di valore, vuole essere una semplice constatazione. Usando volutamente tinte forti, ecco quanto il Trattato UE dice agli Stati: tu sei condannato alla fucilazione; ti indico anche la data, il 1° gennaio 1999. Sin da ora ti asterrai dal fare politica; anzi, da solo e con i tuoi soli mezzi, avrai la cortesia di distruggere entro la data che ti ho indicato e nella misura da me fissata i frutti che la politica aveva prodotto negli ultimi quaranta anni.

Cosa avevano realizzato gli Stati membri negli ultimi quaranta anni? Soprattutto la formula dello Stato sociale e in parecchi Paesi una complessa struttura di imprese pubbliche. Ebbene, tu Stato tutto ciò lo eliminerai o lo ridurrai: poi ti presenterai alla fucilazione.

Estremizzo i concetti, fino a renderli paradossali. Ma solo in questo modo acquistano, forse, evidenza. Se lo Stato è posto nella necessità di distruggere una grande parte di quanto in quaranta anni la politica aveva realizzato, diviene impossibile disconoscere che il processo che ora è in corso di maturazione consiste, per lo Stato, nella negazione della politica, quanto meno nel superamento del modo sin qui usato di intendere la politica.

La seconda conseguenza attiene in modo specifico e diretto al nostro tema. Tutti gli istituti di cui si è discusso, le regole statuali sulla concorrenza, le autorità garanti della concorrenza, ben poco saranno in grado di fare nei confronti delle sovranazionali.

Se gli Stati fanno fatica a contrastare le multinazionali, cosa ci si può attendere dalle Autorità garanti? Il ruolo delle Autorità garanti è piuttosto assimilabile a

quello delle polizie locali. Un ruolo indubbiamente utile: tutelano l'ordine pubblico sino ad un certo livello. Oltre, deve intervenire la polizia centrale.

Questo limite, oggettivamente derivante dal diverso peso e dal diverso raggio di azione delle istituzioni che si confrontano – le multinazionali da un lato, le autorità garanti statuali dall'altro – è emerso anche nell'intervento di Amato, che ha lanciato l'idea di una nuova autorità garante operante a livello mondiale.

L'idea è indubbiamente suggestiva, ma non è realizzabile. La irrealizzabilità non dipende solo dalla difficoltà di raccogliere i consensi dei molti Stati interessati, ma si collega ad una ragione più profonda. L'istituzione dominante, qualunque istituzione dominante, non può accettare poliziotti, che abbiano titolo ad esercitare un potere di controllo nei suoi confronti e che facciano capo ad entità esterne. Questo non è accettabile perché costituirebbe la negazione della dominanza.

Le mie conclusioni divergono da quelle di De Cecco. Man mano che maturerà l'evoluzione dal carattere multinazionale a quello sovranazionale, si accentuerà il distacco delle imprese da un singolo Stato. Ciò avverrà inevitabilmente anche per le imprese tedesche e per quelle giapponesi. Si tratta di previsioni che si proiettano in tempi lunghi. Le probabilità di errori sono maggiori, anche per effetto dell'inserimento di fattori nuovi, oggi non conosciuti, né conoscibili.

Escluso che il controllo possa venire dalle Autorità garanti, va chiarito che non vi è nessun potere che possa convenientemente essere esercitato in modo stabile e per tempi lunghi in assenza di qualsiasi controllo.

Il controllo nei confronti del potere esercitato a livello globale dal sistema delle sovranazionali, sarà di vario tipo. La garanzia discenderà da una molteplicità di rapporti. Ogni gruppo dovrà competere con altri gruppi sovranazionali; si instaurerà una dialettica tra le varie componenti di ogni singolo gruppo; ciascun gruppo dovrà ponderare le esigenze delle varie aree nelle quali opererà.

Cominciamo da questo aspetto. Funzione, e nello stesso tempo necessità per le sovranazionali, sarà di mediare tra gli interessi delle varie aree. Difficoltà che sorgessero in qualche area in particolare si tradurrebbero in perdita di clientela. Paradossalmente, la diffusione del medesimo gruppo a livello globale costituisce non solo condizione per lo sviluppo, ma anche elemento di garanzia.

Un secondo controllo si collega al fatto che, maturando l'evoluzione, sempre più si accentuerà il carattere della sovranazionale quale gruppo organizzatore di produzione, sganciato da singoli settori. Il gruppo tenderà ad essere presente nei settori produttivi più vari, che abbiano probabilmente in comune l'unico carattere di poter ciascuno assumere una dimensione mondiale. La tendenza è già in atto e registra una accelerazione negli ultimissimi tempi. I singoli settori non avranno interessi sempre omogenei: ciascuno di essi costituirà un elemento di freno e di controllo nei confronti degli altri. All'interno di ciascun gruppo sovranazionale si formerà un sistema di checks and balances.

Un terzo controllo sarà dato dalla concorrenza esterna, che verrà dagli altri gruppi sovranazionali. La conduzione di tali gruppi non è cosa né semplice, né age-

vole. Nonostante l'enorme potere delle imprese di influire sui mass – media e di indurre mode collettive che favoriscano la diffusione dei loro prodotti, cadute improvvise della domanda possono derivare dalle ragioni più varie, dall'influsso di credi religiosi, dall'esaurimento delle risorse, da una nuova invenzione, da una maggiore sensibilità agli effetti nocivi, e così via. Le sovranazionali, i cui settori di interesse non potranno che incrociarsi e scontrarsi nei più vari modi, saranno pronte a trarre ciascuna profitto dagli errori delle altre.

Infine, vi sarà la forza controbilanciante dei Governi delle grandi aree. Nelle entità politiche si realizza la mediazione di tutti gli interessi, compresa quella tra gli interessi economici e l'insieme di quelli "non" economici.

Si è già detto che il rapporto tra le sovranazionali ed il singolo Stato in cui ciascuna di esse aveva trovato le sue origini tenderà ad allentarsi. Se questo è possibile sotto il profilo istituzionale, resterà pur sempre, in ciascuna delle imprese sovranazionali, l'impronta della cultura del Paese nel quale essa colloca la sua sede principale. Tale diversità di cultura eserciterà un ruolo positivo ai fini del controllo reciproco. È perciò importante che ogni distinta area, che sia significativa per tradizione culturale oltre che per rilievo economico, origini un numero adeguato di imprese sovranazionali che in essa conservino la sede. Ogni possibilità che esista in questa direzione va coltivata.

Se l'evoluzione qui ipotizzata si compirà, dovrebbe seguirne una graduale, ma sempre maggiore omogenizzazione economica tra le varie aree del mondo. Le sovranazionali esporteranno sempre più produzioni e mireranno all'accrescimento dei consumi. I centri di ricerca e gli stabilimenti di produzione saranno sempre meno accentrati in una singola area e tenderanno a distribuirsi equamente e razionalmente in tutte le aree del mondo.

Fino a quando rimarrà prevalente la concezione statocentrica, si continuerà ad importare lavoro e si tenderà a mantenere l'oligopolio delle produzioni. Ne seguono distorsioni gravi, perché si privano le comunità sottosviluppate delle loro energie migliori e si impedisce loro di realizzare persino quelle produzioni, che sarebbero per esse più agevoli o persino congeniali, quali ad esempio quelle agricole. Questi ostacoli cadranno solo con la caduta della ideologia statocentrica. La esportazione delle produzioni, in sostituzione della importazione dei lavoratori e della esportazione dei prodotti, sarà opera non degli Stati, ma delle imprese, in particolare delle sovranazionali.

Non può mancare una riflessione conclusiva. Il Trattato UE crea obiettivamente condizioni favorevoli per lo sviluppo delle multinazionali. Crea una grande area commerciale abbattendo in modo integrale e definitivo le barriere tra un gruppo di Stati, tuttora tra i più significativi del mondo; riduce a spazi minimi l'area delle scelte politiche autonome dei singoli Stati; autolimita l'area delle decisioni politiche anche per l'Unione, entità destinata a sostituirsi agli Stati; elimina d'un colpo l'intero sistema delle imprese pubbliche nazionali e la possibilità di impiego delle imprese in funzione politica; introduce, come principio istituzionale domi-

nante, quello della stabilità dei prezzi e fa derivare l'utilità sociale dal libero esplicarsi della concorrenza nel mercato unificato.

Sarebbe del tutto errato ritenere che la introduzione di queste regole e principi sia avvenuta sotto la pressione delle multinazionali o sotto la loro influenza. Nella storia confluiscono i più vari fattori. L'UE è frutto di idee, di principi, di condizionamenti che partono da lontano, in larga parte reciprocamente autonomi. Ciò non toglie che il risultato complessivo vada nel senso di creare le premesse per una accelerazione dello sviluppo della sovranazionalità delle imprese. Se è così, è possibile affermare che siamo all'inizio di una nuova fase che darà luogo, in modo apparentemente impercettibile ed incruento, a trasformazioni di portata anche maggiore e più durevole di quanto non abbiano fatto la rivoluzione francese o quella russa.

Mi riferisco ad un interrogativo posto sia da Sabino Cassese che da altri: come mai che questi nostri grandi economisti liberisti si sono confrontati con così poca concorrenza?

La spiegazione è: perché erano pochissimi, perché gli economisti italiani, nell'80% dei casi, non erano liberisti; perché gli economisti italiani settentrionali – visto che oggi usa fare di nuovo questa distinzione – erano quasi tutti fortissimamente statalisti e protezionisti e non restava che a pochi meridionali, che di origine erano quasi sempre proprietari terrieri, difendere questi principi così poco praticati in Italia.

Se andate a vedere dove erano nati questi signori vedrete che io ho ragione.

C'era una scuola che si richiamava a Giandomenico Romagnosi nella parte filosofica, e agli economisti tedeschi nella parte prettamente economica, che dominò l'Accademia italiana. E i nomi sono quelli di Luzzatti, del padre della Banca d'Italia Stringher, di Lampertico, di Loria, di Messedaglia, degli industriali Alessandro Rossi e Costanzo Cantoni, fino a Francesco Saverio Nitti.

Questi volevano fortemente che l'Italia diventasse un paese industriale, sfidando la concorrenza dei paesi che erano arrivati prima. Stesse modalità del pensiero tedesco, cioè antinglesi (e lo stesso Cavour, che tutti riteniamo essere un grande amico dell'Inghilterra, ha delle pagine sull'Inghilterra che vale la pena leggere e meditare a proposito degli effetti sociali del capitalismo e dell'abbandono nel quale vivevano le classi povere in Inghilterra). Quindi siamo tra persone che ci vedevano chiaro, gente che ritiene che un livello di produzione di acciaio preunificazione di un centesimo di quello inglese nel Nord dell'Italia, una miseria, non sia accettabile da un paese che vuol crescere e vogliono unirsi al povero Sud perché gli dia un mercato, perché il Nord ha un livello di sviluppo industriale da far ridere. In effetti economisti e industriali settentrionali vogliono la protezione che non dava loro la grande Austria (di cui i loro discendenti tanto rimpiangono oggi di essere stati sudditi) in quanto la grande Austria li metteva contro non solo i soldati boemi e i croati del Giusti ma contro le industrie moravie e boeme. E quindi volevano il protezionismo.

Alessandro Rossi, uomo preciso e sincero, lo dice senza ambagi. Era quello che volevano, e in effetti l'hanno avuto, col risultato che nostri grandi economisti liberisti hanno cercato di difendersi, di ristabilire dei termini di confronto, di vedere che si possa esistere anche in un altro modo e naturalmente hanno avuto un tramite immediato, un rapporto di affetto immediato con coloro che difendevano il paese guida e si sono scontrati, invece, con quelli che ragionavano come i tedeschi.

Quindi dobbiamo riconoscere che esistevano due fonti di dottrina. Ma io ora non vorrei veramente spingermi più in là del richiamo veramente piccolissimo che ho appena fatto. Forse anche le scuole di diritto di quel periodo si possono vedere a questo modo. Forse è possibile considerare anche l'influenza della tradizione giuridica tedesca sui giuristi italiani. Nemmeno loro credo amassero molto la con-

GIORGIO RODANO

**RAGIONI E PROBLEMI
DI UNA POLITICA DELLA CONCORRENZA**

almeno sul piano teorico, semplici da definire e da identificare (il che non impediva, come è evidente, che potesse risultare molto complicato tradurle in pratica). Si pensi, per esempio, alla regola del *marginal cost pricing* nella politica dei prezzi. Se invece l'obiettivo dell'allocazione efficiente nel senso appena definito è impossibile, se insomma ci si muove in una logica e in una prospettiva di ricerca del *second best* allora la definizione di criteri e la costruzione di regole per la politica della concorrenza diventano una faccenda decisamente più complicata.

La difficoltà del compito risulta ancora maggiore se si prende in considerazione un altro elemento, che tra coloro che sono intervenuti è stato sottolineato in particolare da Giorgio Lunghini. Mi riferisco al fatto che il mercato innova continuamente. I soggetti che agiscono nel mercato, le imprese, ma non solo loro, stanno sempre un passo avanti sia agli economisti che cercano di analizzarne il comportamento, sia ai giuristi e ai legislatori che cercano di costruire regole che consentano all'azione di quei soggetti di esercitarsi in modo ordinato e, per quanto è possibile, efficiente. Insomma, rispetto agli studiosi e alle politiche, gli agenti che operano nel mercato sono un po' come i ladri rispetto ai produttori di serrature o di antifurto: sono sempre un poco in anticipo. Il motivo di tale inevitabile anticipo del mercato rispetto agli studiosi e alla politica è ben noto. È iscritto, per così dire, nel codice genetico del comportamento delle imprese e dei soggetti economici in genere. Essi agiscono così perché vogliono costituirsi delle "quasi-rendite", vogliono sfuggire alla concorrenza. Anche di questo si è parlato nella relazione di Musu, per esempio quando si è discusso di brevetti.

La conclusione cui voglio arrivare è che la concorrenza, quella possibile e realizzabile (non la "fata Morgana" della concorrenza perfetta), è comunque una realtà fragile, soggetta a deterioramento, a entropia. È come il fuoco: va continuamente alimentata perché non si esaurisca. Insomma, la concorrenza va protetta da politiche adatte; altrimenti viene meno. Un destino del genere era stato già intuito nel secolo scorso dall'ultimo grande del pensiero economico classico, Karl Marx. C'è sempre da imparare dalla lettura degli economisti classici. A proposito di concorrenza molti hanno citato oggi passi assai significativi di Adam Smith. Ma quel che dice Marx non è meno significativo, sia quando afferma che "la libera concorrenza [...] impone come necessità esterna per il singolo capitale ciò che corrisponde alla natura del capitale" [*Grundrisse*, II, 333], sia quando afferma che il capitale, nella sua fase matura, "cerca scampo verso forme le quali, mentre danno l'illusione di perfezionare il dominio del capitale imbrigliando la libera concorrenza, annunciano nello stesso tempo la dissoluzione sua e del modo di produzione che su di esso si fonda" [*ibidem*, 334].

Con il suo tipico atteggiamento dialettico, Marx vedeva nel venir meno (inevitabile) della concorrenza l'annuncio di un *memento mori* del capitalismo. Ma il suo doppio messaggio resta valido anche se lo leggiamo al di fuori della sua ideologia: le moderne economie di mercato hanno bisogno della concorrenza se non vogliono deperire; ma le forze che operano nelle moderne economie di mercato cercano in tutti i modi di liberarsi della concorrenza. Di qui, appunto, lo spazio e la necessità di una politica della concorrenza.

CARMINE LAMANDA

COMPETITIVITÀ E MERCATO NELLA RIFORMA BANCARIA

Provo a ripercorrere in meno di dieci minuti le principali tappe della riforma bancaria per fare emergere come essa sia stata la storia dell'affermazione del principio di competitività all'interno di un ordinamento, principio, che ora è posto alla pari di altri più tradizionalmente ispiratori della vigilanza bancaria.

Il principio di competitività ha dovuto vincere due grandi battaglie: la prima contro il dirigismo, l'uso del credito come strumento della programmazione economica che aveva ispirato l'azione politica degli anni settanta; la seconda contro una pretesa inconciliabilità con l'obiettivo della stabilità bancaria, che viene tradizionalmente assegnato al controllo bancario.

Nella vicenda istituzionale, il principio di competitività ha tratto, per così dire, debolezza da una larga presenza di operatori pubblici nella forma oltre che nella proprietà, da un contesto normativo non chiaro, ambiguo quale era sul punto il sistema della legge del 36; ha tratto, invece, forza risolutiva, dalla consapevolezza delle autorità di controllo che l'intermediazione creditizia necessita di libere scelte ispirate dalla convenienza di impresa in un contesto di mercato in concorrenza.

Per comodità e rapidità espositiva suddividerò la vicenda in lustri: quello della crisi, originata proprio dalla crisi della competitività nel sistema, degli anni 75/80; quello della difesa della competitività da parte delle autorità di controllo, sulla base dell'ordinamento vigente, degli anni 80/85; quello della preparazione della riforma legislativa, degli anni 85/90; quello della riforma e dalla sua attuazione che finisce con l'anno 95 ma che ci lascia l'eredità dei problemi irrisolti.

1. Gli ultimi anni settanta sono quelli in cui emergono le contraddizioni di un sistema che risulta permeabile agli indirizzi della programmazione economica. Specie il settore del credito speciale di proprietà pubblica accetta di assumere rischi non compatibili con i mezzi patrimoniali a disposizione, con una sana ripartizione del rischio, con i flussi normali di reddito degli affidati per fare affidamento sugli indirizzi programmatori che avrebbero a giudizio di quei banchieri, garantito afflussi di risorse, dimensioni di domanda o di offerta, in grado di garantire il rimborso del credito. Ma fu la crisi petrolifera, causa prima della più grave crisi bancaria del periodo a dimostrare la fallacia di una impostazione che ritiene lo Stato in grado di garantire l'andamento di un settore.

Nei medesimi anni, la Banca d'Italia impone maggiore chiarezza di bilancio (la eliminazione dei conti patrimoniali riservati) che rende chiari i giudizi in ordine alle responsabilità dei dirigenti.

2. I primi anni ottanta sono quelli in cui si opera la correzione agendo su più fronti: quelli del dibattito culturale della modifica della legge che riguarda il credito speciale (la legge 23 del 1981), della modifica della normativa statutaria per consentire la despecializzazione operativa alle banche pubbliche, alle Casse di risparmio alle quali si evita un eccesso di concentrazione del rischio.

Il dibattito culturale è promosso dalla Banca d'Italia con un documento che afferma con decisione l'incompatibilità del buon funzionamento del credito con indirizzi predeterminati che sacrificano le scelte aziendali.

Nel documento si afferma: “L’attività bancaria di un ente pubblico è del tutto identica a quella di una banca privata... la logica dell’azione degli intermediari finanziari pubblici deve essere quella di riferire nell’ambito della specializzazione prescelta, la selezione degli impieghi al principio di redditività”.

Nel 1985 viene recepita la prima direttiva CEE che contiene l’affermazione della natura imprenditoriale dell’attività bancaria. La direttiva è l’occasione per ottenere un successo nell’ambito del dibattito che è stato promosso. Questa tattica di cogliere il recepimento delle direttive come occasione per ampie riforme verrà seguita anche e soprattutto in occasione del recepimento della seconda direttiva.

Il convincimento che ispira la Banca è che la battaglia va condotta con chiarezza e decisione, che l’ambiguità del contesto normativo va risolta con affermazioni esplicite di ordine generale che vincolino non solo gli operatori, ma soprattutto tutti gli attori governativi, giurisdizionali e politici. Il D.P.R. attuativo della direttiva, all’art. 1 recita: “L’attività di raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e di esercizio del credito ha carattere di impresa, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano”.

Sono di quegli anni la procedura per la diffusione al pubblico dell’informazioni contabili delle banche mediante la rivista *Bancaria*, articolate in maniera da tener conto delle caratteristiche dei bilanci bancari; la realizzazione del fondo interbancario di garanzia dei depositi di natura privatistica; la nascita dei fondi comuni di investimento mobiliari aperti. La concorrenza viene incrementata ampliando le competenze territoriali e di investimento delle banche, anche nel settore delle partecipazioni acquisibili.

3. Il quinquennio che va dal 1985 al 1990 è caratterizzato da una duplice linea di azione: si preparano le grandi riforme legislative; nel frattempo, vengono usati tutti i margini consentiti dalla legge del 1936 per inserire competitività nel sistema. Ciò si fa in materia di sportelli, di competenza territoriale, di operatività oltre il breve termine e, soprattutto, rimuovendo la sospensiva alla costituzione di nuove banche.

Sul piano della preparazione della riforma, la riflessione è libera da condizionamenti, essa può muoversi a tutto raggio per rimuovere ogni condizionamento all’affermazione del principio della competitività nel sistema. Il periodo precedente si era chiuso, anche idealmente, con il recepimento della prima direttiva comunitaria. Il mutuo riconoscimento che si profilava in prospettiva avrebbe reso vana ogni forma di protezione ed induceva all’affermazione della concorrenza; era necessario porre il sistema in grado di rispondere adeguatamente alle esigenze del nuovo contesto.

Dopo il 1985 l’indirizzo che negava all’attività bancaria caratteristiche imprenditoriali non era più difendibile. Anche se la giurisprudenza chiude la questione in sede interpretativa solo alla fine degli anni ottanta con una sentenza a Sezioni riunite della Cassazione.

Si conviene che la competitività e la concorrenza si realizzano solo se si trasformano organizzativamente gli intermediari in società per azioni perché questo

ni e verso il mercato internazionale, nel quale sono inibite pratiche elusive o distorsive della concorrenza.

5. Cosa sta accadendo? Se il mio giudizio è che la competitività sta operando nel sistema bancario, relativamente al punto di partenza più che altrove; ma che più che in altri settori nuocciono le rigidità tipiche del nostro sistema generale, le inadeguatezze del sistema ordinamentale sotto i profili della competitività e della efficienza delle istituzioni.

Innanzitutto, come è già stato sottolineato ieri da Ciocca, da Onado e da Cammarano la concorrenza sta operando e massicciamente sui prezzi dei prodotti. Il fenomeno erode, con particolare incidenza, il margine di interesse e il margine di intermediazione.

Ma la concorrenza non sta agendo sui costi operativi che sono rigidi e sulle capacità di offerta di nuovi prodotti, come invece le tendenze internazionali dell'industria bancaria sembrano richiedere.

In definitiva, la concorrenza erode i profitti delle banche poiché sembra difettare la loro capacità di risposta alle forze che agiscono nel nuovo contesto.

Non rientra negli obiettivi di questo intervento aprire su questi punti: posso solo accennare ad aspetti che peraltro mi appaiono evidenti. In primo luogo sui costi, ove risultano incidere negativamente rigidità che sono del sistema italiano.

In secondo luogo i ritardi sul piano della riorganizzazione. Ad esempio occorre segnalare l'inadeguatezza delle regole civilistiche delle fondazioni, azioniste di controllo di molte banche italiane, in punto di efficienza, valorizzazione del patrimonio, trasparenza e responsabilità degli amministratori. Si confermano le antiche critiche che la dottrina civilistica muove all'impianto ordinamentale di queste persone giuridiche, alle quali il settore del credito ha dovuto far ricorso per trasformare la banca pubblica. Manca un impianto che solleciti competitività.

Occorre riflettere sulla urgenza con la quale bisogna rimediare a questi difetti che riducono la capacità di risposta del sistema. Nel contempo due autorità, una particolarmente informata, tra loro in competizione, vigilano e impediscono che pratiche protettive sottraggono le banche all'azione del mercato sui profitti.

Alcune conclusioni:

- 1) il mercato è comunque in grado di fare giustizia di forzature alle regole della competitività, ma non senza costi;
- 2) l'affermazione della concorrenza richiede che leggi chiare, non ambigue, la impongano, a livello di sistema;
- 3) la concorrenza è compatibile con la stabilità complessiva.

GIORGIO LUNGHINI

CONCORRENZA E BENESSERE

Nei tre minuti disponibili cercherò di connettere tra di loro quattro punti che sono stati sollevati oggi.

I quattro punti sono, primo, quello sollevato da Marcello De Cecco: la crisi del fordismo sia nella sua versione americana sia nella sua versione europea. Di questa crisi Marcello De Cecco ha taciuto la conseguenza che per me è centrale: la disoccupazione di massa. La seconda questione è stata sollevata da Giuliano Amato: la asimmetria fra rapporti di mercato e giurisdizioni. La terza è stata sollevata sia da Sabino Cassese che da Giuseppe Guarino e può essere messa, credo, in questi termini: il capitale vuole che siano rimosse soltanto quelle barriere che limitano la sua capacità di accumulazione, non quelle che gli possono giovare. La quarta questione, cruciale, è quella posta da Giuseppe Guarino: la fine degli stati nazionali e il vuoto della politica.

Il luogo in cui le quattro questioni si intersecano è questo: la mobilità del capitale nelle forme attuali non corrisponde affatto a quella implicita nella nozione di concorrenza perfetta come criterio di efficienza allocativa. Un altro modo di dire la stessa cosa è che noi viviamo in un'epoca in cui progressivamente si divaricano gli interessi del capitale da una parte e del lavoro dall'altra, mentre il modello di concorrenza perfetta sembrerebbe prometterne la coincidenza. In breve, non c'è coincidenza tra efficienza nell'economia e benessere nella società.

Ieri Sabino Cassese ricordava che c'è una gerarchia tra il concetto di mercato e il concetto di concorrenza. Ora io credo che il vero, grande fallimento del mercato siano la disoccupazione di massa e la corrispondente massa dei bisogni sociali insoddisfatti. Se è così, è improbabile che una legislazione sulla concorrenza sia condizione sufficiente per costituire il mercato come curatore di quello stesso fallimento di cui è responsabile.

È dunque davvero importante (come Guarino invocava) che gli economisti, e i giuristi con loro, concepiscano la concorrenza come condizione necessaria per l'efficienza nella produzione ma non anche come condizione sufficiente affinché questa assicuri il massimo benessere sociale: un obiettivo difficilmente realizzabile nel vuoto della politica.

ANTONIO PATRONI GRIFFI

LA CONCORRENZA NEL MERCATO DEL CREDITO

cazione delle norme contenute nel Testo Unico del 1993. Con riferimento alle fusioni e alle scissioni di banche (in generale), ad esempio, vengono in rilievo i parametri di valutazione di cui all'art. 57 (che fa riferimento al criterio di una «sana e prudente gestione»); in riferimento alle fusioni cui partecipano banche popolari e da cui risultino società per azioni, fanno premio l'«interesse dei creditori», ovvero esigenze di «rafforzamento patrimoniale», ovvero ancora esigenze di «razionalizzazione del sistema» (art. 31); infine, in riferimento alle fusioni fra banche di credito cooperativo e banche di diversa natura da cui risultino banche popolari o banche società per azioni, da un lato mantiene vigore la tutela dell'«interesse dei creditori», da l'altro trovano ingresso le «ragioni di stabilità» (art. 36).

Com'è agevole notare, vengono proposti parametri di valutazione non coincidenti con quelli che l'art. 6 impone in sede di valutazione delle concentrazioni nella prospettiva *antitrust*. Di qui il sorgere di possibili ipotesi interpretative.

Per alcuni, la Banca d'Italia dovrebbe attenersi, in applicazione della legge *antitrust*, ai soli criteri di cui all'art. 6 (applicazione dell'*antitrust* «*tel quel*»). Per altri la Banca d'Italia dovrebbe emettere un unico provvedimento, frutto della «combinazione» (o «contemperamento») dei criteri concorrenziali con quelli di natura bancaria (ed anzi, proprio la necessità di tale bilanciamento sarebbe alla base della deroga alla competenza istituzionale).

Ad avviso della Banca d'Italia (se non erro) si tratterebbe, invece, di un falso problema, in quanto l'obiettivo finale della concorrenza coinciderebbe senz'altro con l'obiettivo ultimo della stabilità bancaria: entrambi sarebbero rivolti a realizzare condizioni di migliore efficienza allocativa. La storia più recente della normativa di vigilanza – ma la stessa evoluzione dell'ordinamento bancario sotto la spinta comunitaria, si aggiunge – sarebbero nel senso di una definitiva assegnazione alla concorrenza di un ruolo centrale fra i valori ed i principi informativi del sistema.

Il punto è assai delicato. Oltretutto coinvolge l'ulteriore quesito – sul quale si possono soltanto esprimere delle impressioni – se la Banca d'Italia debba aprire due distinti procedimenti amministrativi, in applicazione dei due differenti gruppi di norme; e se – ove così fosse – codesti procedimenti debbano (conseguentemente) concludersi con due provvedimenti distinti (eventualmente anche fra loro divergenti).

Una indicazione non indifferente – ai fini del problema qui trattato – fornisce lo stesso art. 20 e in particolare il comma 5^o, che consente alla Banca d'Italia di «autorizzare, per un tempo limitato, intese in deroga al divieto dell'art. 2 per esigenze di stabilità del sistema monetario, tenendo conto dei criteri di cui all'art. 4, comma 1^o» (autorizzazione da adottare «d'intesa con l'Autorità di cui all'art. 10 che valuta se l'intesa comporti o meno l'eliminazione della concorrenza»). Codesta regola ha un senso soltanto se si dà per scontato, a monte, che la Banca d'Italia deve rispettare, fuor dall'eccezione, i criteri stabiliti dalla legge *antitrust*.

Meno sicuro sarei nell'affermare che i principi della concorrenza e i principi della stabilità siano convergenti.

Nel limite di un intervento non programmato, già intinto di una certa audacia, non è consentito andare oltre. Perciò chiudo, ringraziando per l'ascolto.

GIUSEPPE ZADRA

CONCORRENZA E INDUSTRIA BANCARIA ITALIANA

1. Mi pare che le due domande poste da Ciocca all'inizio dei lavori abbiano avuto risposta. Gli economisti hanno riconfermato il valore positivo della concorrenza (ancor più in un mercato dove si scambia un *input* fondamentale come il capitale), e i giuristi hanno illustrato quanto sia povera nel nostro paese "l'esperienza giuridica" della concorrenza.

Su entrambi i versanti gli stimoli alla riflessione sono stati numerosi e credo di estremo interesse per tutti noi troppo spesso impossibilitati da pressanti impegni quotidiani ad approfondire temi di tale spessore e respiro teorico.

Sul fronte della dottrina economica abbiamo innanzitutto potuto apprezzare quanto obsoleto e inadeguato risulti ormai il modello atomistico di concorrenza perfetta di derivazione neoclassica come rappresentazione dei processi competitivi moderni. Processi competitivi che sono appunto dinamici nella loro essenza e che non possono dunque essere colti da un paradigma per sua natura statico come il modello in questione.

È stato conseguentemente rilevato come la valutazione di tali processi concorrenziali prescinda oggi da semplici parametri di tipo strutturale, quali il numero delle imprese operanti in un determinato settore o la concentrazione che esso esprime, ma debba scaturire dall'esame di un insieme complesso e integrato di informazioni che definiscano l'effettivo grado di contendibilità di un mercato.

Le relazioni economiche hanno altresì sottolineato come dai diversi modelli interpretativi della concorrenza discendano implicazioni assai differenziate in termini di legislazione e di politiche per la concorrenza, che spaziano da visioni fortemente interventiste nelle quali è l'azione dell'autorità pubblica che dovrebbe ricreare "artificialmente" condizioni perfettamente competitive nel mercato, ove esse non sussistano, arrivando al limite a fissare *ex lege* persino il prezzo dei prodotti; a precetti per i quali lo stato dovrebbe invece semplicemente rimuovere gli ostacoli di natura legale che vincolano la libertà di impresa; a posizioni liberiste estreme i cui sostenitori arrivano addirittura a negare ogni utilità ad una legislazione che disciplini la concorrenza.

Sull'altro versante le approfondite analisi giuridiche che abbiamo ascoltato ci hanno invece reso edotti su quanto sia ancora precario il riconoscimento nel nostro ordinamento del principio di libera concorrenza, tutelato costituzionalmente dall'art. 41 della nostra carta, ma solo come valore individuale attinente alla sfera della libertà di iniziativa economica, e non come valore collettivo inerente a tale forma di mercato: e dunque subordinato ad altri valori generali di rango superiore relativi all'utilità sociale, alla sicurezza, e così via.

E mi pare che tutti abbiano sottolineato come in questo contesto di subordinazione, che permea buona parte del nostro ordinamento, rimanga quindi ancora debole la protezione accordata ai valori del mercato concorrenziale, arroccata com'è sui soli contenuti della legge n. 287 del 1990 che ha finalmente definito, dopo oltre trent'anni di dibattiti e di disegni di legge, una disciplina generale della concorrenza incentrata sul divieto a falsare il gioco concorrenziale tramite intese restrittive tra imprese o la costituzione di posizioni dominanti.

Smith, il postulato fondamentale e addirittura la precondizione assoluta della concorrenza;

- c'*) vi è piena libertà di apertura e di localizzazione di nuovi sportelli;
- d'*) è stata abolita ogni forma di competenza territoriale, tranne che per le banche di credito cooperativo per le quali il localismo costituisce un tratto distintivo;
- e'*) è stata sancita una pressochè integrale despecializzazione istituzionale, temporale e operativa tra tutti gli intermediari;
- f'*) gli obblighi di riserva sono stati sensibilmente attenuati;
- g'*) e si è definitivamente accantonato il ricorso ad ogni forma di controllo amministrativo del credito.

Solo con il nuovo ordinamento, che ha trovato definitivo completamento nel 1993 con l'approvazione del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, si è dunque affermata una cornice normativa favorevole allo sviluppo della concorrenza nel mercato finanziario. Obiettivo che viene assunto tra le finalità generali dell'azione di controllo e realizzato abolendo i più evidenti ostacoli legali alla concorrenza e livellando opportunamente il campo della competizione tra intermediari.

E nella stessa direzione di accrescere la concorrenza potenziale hanno sospinto altri cambiamenti di grande portata sperimentati negli anni più recenti, quali in particolare la liberalizzazione dei movimenti di capitale e la realizzazione del mercato unico europeo dei servizi finanziari, che non hanno pure mancato di diffondere i propri effetti sul sistema esponendolo ad una maggiore concorrenza di carattere internazionale.

3. Mi si potrebbe tuttavia obiettare a questo punto del ragionamento che le ben più penetranti "libertà di impresa" garantite alle banche dal nuovo ordinamento, da cui ci si attendeva un inasprimento dei processi competitivi finalizzato ad un recupero di efficienza produttiva, siano state da esse inadeguatamente sfruttate [magari proprio nella consapevolezza individuale e collettiva delle conseguenze che le più intense interazioni competitive avrebbero potuto avere].

Ma a me pare che questa tesi, oltre che basarsi su una assai improbabile capacità di collusione tra imprese in un sistema in cui tuttora operano circa 1.000 banche e che esprime uno dei più bassi livelli assoluti di concentrazione al suo interno tra i paesi industriali di tutto il mondo (tav. 1), sia in netto contrasto con la realtà dei fatti, come è facile dimostrare sulla base di alcune semplici osservazioni.

La prima. A seguito della liberalizzazione degli sportelli il sistema ha aperto tra il 1990 e il 1995 circa 7.700 nuove dipendenze sul territorio nazionale. Sembra piuttosto difficile accostare questo comportamento a pratiche collusive, e non a una sana voglia di concorrenza del sistema per troppo tempo repressa in precedenza da vincoli di natura amministrativa.

In materia di sportelli si potrebbe addirittura sostenere che abbia agito un "eccesso" di concorrenza, che se da un lato ha permesso anche al consumatore italiano

Indice di Herfindhal per provincia e regione: 1990-1994

Provincie Regioni	Herfindhal			Provincie Regioni	Herfindhal		
	1990	1994	94/90%		1990	1994	94/90%
Torino	0,15	0,14	93	Pesaro	0,17	0,15	88
Vercelli	0,16	0,14	88	Ancona	0,11	0,09	82
Novara	0,23	0,17	74	Macerata	0,35	0,25	71
Cuneo	0,12	0,11	92	Ascoli Piceno	0,16	0,12	75
Asti	0,38	0,33	87	Marche	0,20	0,15	75
Alessandria	0,12	0,10	83	Viterbo	0,20	0,18	90
Piemonte	0,19	0,17	89	Rieti	0,25	0,23	92
Aosta	0,26	0,17	65	Roma	0,07	0,13	186
Valle d'Aosta	0,26	0,17	65	Latina	0,13	0,21	162
Imperia	0,15	0,15	100	Frosinone	0,16	0,31	194
Savona	0,19	0,17	89	Lazio	0,16	0,21	131
Genova	0,14	0,13	93	L'Aquila	0,15	0,14	93
La Spezia	0,36	0,25	69	Teramo	0,37	0,28	76
Liguria	0,21	0,18	86	Pescara	0,26	0,19	73
Varese	0,11	0,10	91	Chieti	0,25	0,19	76
Como	0,13	0,10	77	Abruzzi	0,26	0,20	77
Sondrio	0,36	0,28	78	Campobasso	0,16	0,15	94
Milano	0,05	0,05	100	Isernia	0,21	0,27	129
Bergamo	0,15	0,12	80	Molise	0,18	0,21	117
Brescia	0,10	0,08	80	Caserta	0,13	0,22	169
Pavia	0,10	0,09	90	Benevento	0,14	0,15	107
Cremona	0,10	0,08	80	Napoli	0,11	0,15	136
Mantova	0,25	0,17	68	Avellino	0,13	0,16	123
Lombardia	0,15	0,12	80	Salerno	0,07	0,10	143
Bolzano	0,05	0,07	140	Campania	0,12	0,16	133
Trento	0,04	0,04	100	Foggia	0,11	0,09	82
Trentino Alto Adige	0,05	0,05	100	Bari	0,07	0,07	100
Verona	0,19	0,14	74	Taranto	0,10	0,09	90
Vicenza	0,12	0,11	92	Brindisi	0,11	0,10	91
Belluno	0,33	0,20	61	Lecce	0,07	0,09	129
Treviso	0,10	0,08	80	Puglia	0,09	0,09	100
Venezia	0,14	0,09	64	Potenza	0,12	0,16	133
Padova	0,15	0,12	80	Matera	0,14	0,12	86
Rovigo	0,19	0,15	79	Basilicata	0,13	0,14	108
Veneto	0,17	0,13	76	Cosenza	0,25	0,19	76
Udine	0,08	0,07	88	Catanzaro	0,17	0,13	76
Gorizia	0,14	0,11	79	Reggio Calabria	0,18	0,15	83
Trieste	0,12	0,12	100	Calabria	0,20	0,16	80
Pordenone	0,15	0,12	80	Trapani	0,09	0,09	100
Friuli Venezia Giulia	0,12	0,11	92	Palermo	0,15	0,13	87
Piacenza	0,24	0,21	88	Messina	0,10	0,09	90
Parma	0,20	0,21	105	Agrigento	0,11	0,11	100
Reggio Emilia	0,19	0,14	74	Caltanissetta	0,10	0,10	100
Modena	0,12	0,11	92	Enna	0,16	0,15	94
Bologna	0,09	0,08	89	Catania	0,09	0,09	100
Ferrara	0,18	0,15	83	Ragusa	0,18	0,16	89
Ravenna	0,11	0,10	91	Siracusa	0,14	0,12	86
Forlì	0,10	0,08	80	Sicilia	0,12	0,11	92
Emilia Romagna	0,16	0,14	88	Sassari	0,25	0,19	76
Massa Carrara	0,20	0,16	80	Nuoro	0,35	0,33	94
Lucca	0,20	0,15	75	Cagliari	0,18	0,14	78
Pistoia	0,23	0,19	83	Oristano	0,35	0,31	89
Firenze	0,13	0,10	77	Sardegna	0,28	0,24	86
Livorno	0,18	0,14	78				
Pisa	0,14	0,12	86				
Arezzo	0,20	0,18	90				
Siena	0,29	0,23	79				
Grosseto	0,22	0,20	91	Nord-Occidentale ...	0,18	0,15	83
Toscana	0,20	0,16	80	Nord-Orientale	0,15	0,12	80
Perugia	0,11	0,10	91	Centrale	0,18	0,17	94
Terni	0,16	0,15	94	Sud e isole	0,16	0,15	94
Umbria	0,14	0,13	93	Totale Italia	0,17	0,15	88

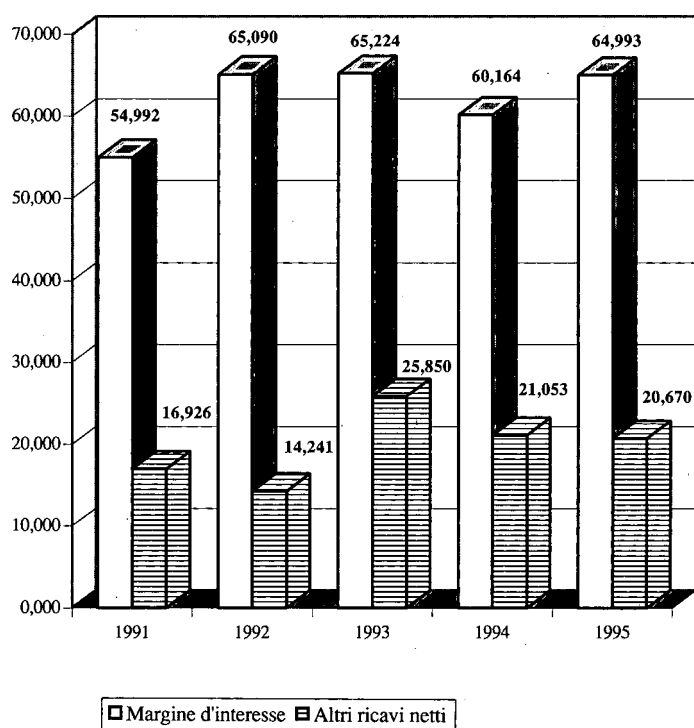
Fonte: ABI - La concorrenza bancaria in Italia, Roma 1995.

no di per sè legati alle sole crescenti pressioni concorrenziali, in quanto è noto come essi trovino in massima parte espressione sotto la linea del risultato di gestione a causa delle ingentissime rettifiche sui crediti. [Ma anche queste non sono da far risalire almeno in qualche misura agli “eccessi” di concorrenza e di offerta che accompagnarono il *boom* degli impieghi a cavallo tra gli anni ‘80 e ‘90 ?]

È peraltro indubbio che la concorrenza abbia influito negativamente sui conti economici bancari comprimendo la formazione dei ricavi lordi: basti pensare che il margine d’intermediazione espresso in lire correnti scontava ancora a fine 1995 un *gap* negativo di circa 6 mila miliardi rispetto a quello conseguito due anni prima dal sistema (fig. 1).

Fig. 1

Evoluzione del margine d’intermediazione: 1991-1995
(valori assoluti in migliaia di mld)



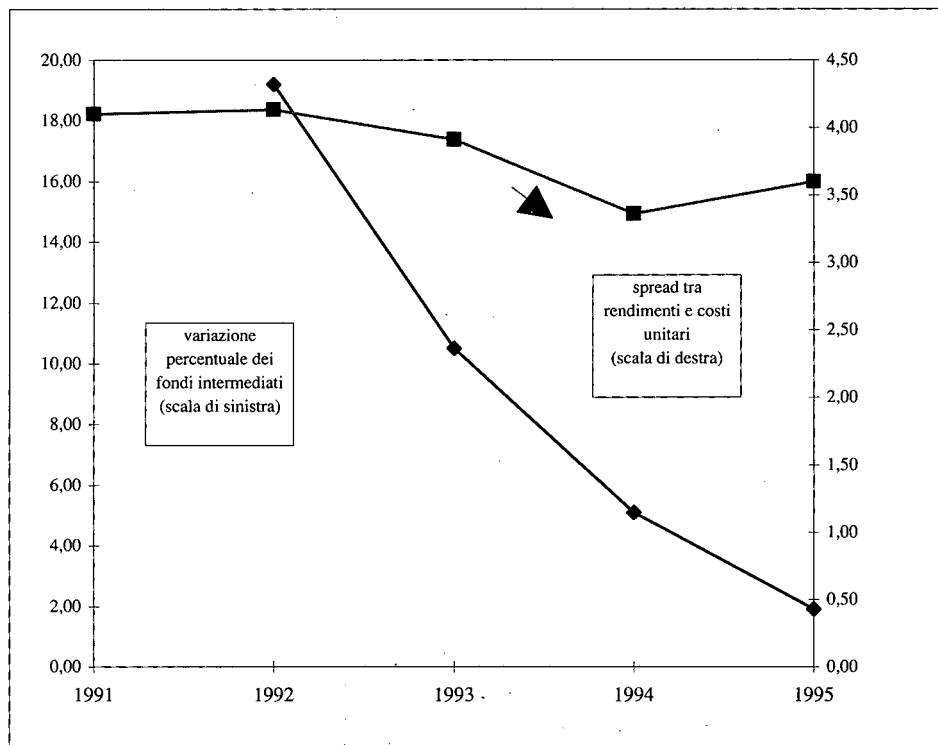
Fonte: Banca d'Italia.

Certo, su questi risultati, e in particolare sulla *performance* del margine d’interesse degli ultimi anni, ha operato anche un pesante effetto “quantità” che ha sostanzialmente azzerato nel corso dell’ultimo esercizio la crescita dei fondi intermediati, che ancora agli inizi del decennio in corso viaggiava invece a ritmi attorno al 20 per cento annuo (fig. 2).

Ma ha agito ancor più pesantemente il restringimento dello *spread* tra rendimenti e costi unitari in lire in quasi monotona contrazione per tutto il corso degli anni ‘90 (fig. 2) a causa, soprattutto, dell’assottigliamento dei margini di contribuzione sugli impieghi e sulla raccolta.

Fig. 2

Stasi delle masse e contrazione dello spread
(variazioni dei fondi intermediati e valore dello spread)



Fonte: Banca d'Italia.

Sui margini di contribuzione degli impieghi, è stato già sottolineato da Onado come l'attuale differenziale tra il tasso medio sui prestiti e il rendimento privo di rischio rappresentato dai titoli pubblici sia oggi assolutamente inadeguato rispetto alle necessità di compensare i costi diretti, i costi di capitale e il rischio di credito. Aggiungerei che un fenomeno simmetrico si è manifestato anche in termini di differenziale tra il rendimento dei titoli e il costo della raccolta, sempre più compresso da scelte di portafoglio della clientela fortemente riorientate verso strumenti ad alto costo d'interesse (CD, operazioni PCT, obbligazioni), che oggi rappresentano il 55 per cento della provvista complessiva delle banche (fig. 3).

La concorrenza ha colpito, d'altra parte, anche in materia di mancato sviluppo dei ricavi da servizi i cui prezzi, come osserva al proposito la stessa Banca d'Italia nella sua ultima Relazione, hanno registrato una significativa erosione determinata dalla traslazione sulla clientela delle economie derivanti dai processi di automazione.

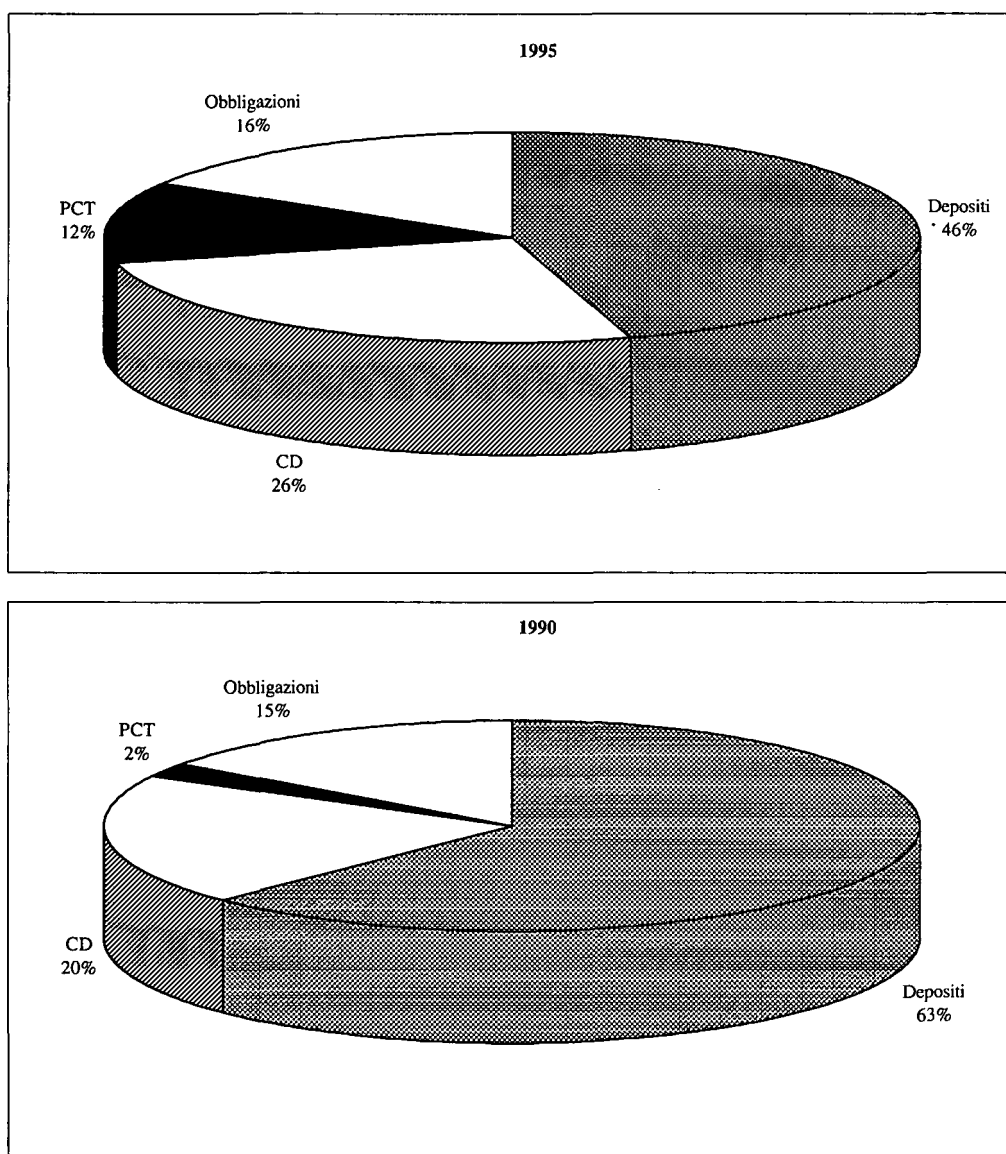
Un impatto analogo è ravvisabile, infine, anche nel caso del vero e proprio crollo del contributo reddituale del *float* alla formazione del margine d'intermedia-

zione, ossia dei ricavi da giorni valuta, che è andato ritengo ben al di là di quanto la normativa sulla trasparenza potesse far supporre inizialmente (fig. 4).

Lamanda osservava in precedenza, a proposito degli effetti della concorrenza sugli equilibri economici bancari, che essi non si stanno però manifestando sui costi operativi che risultano sostanzialmente rigidi. Non posso che condividere la sua osservazione, ma anche la sua diagnosi che tali rigidità di costo attengono al sistema italiano tutto.

Fig. 3

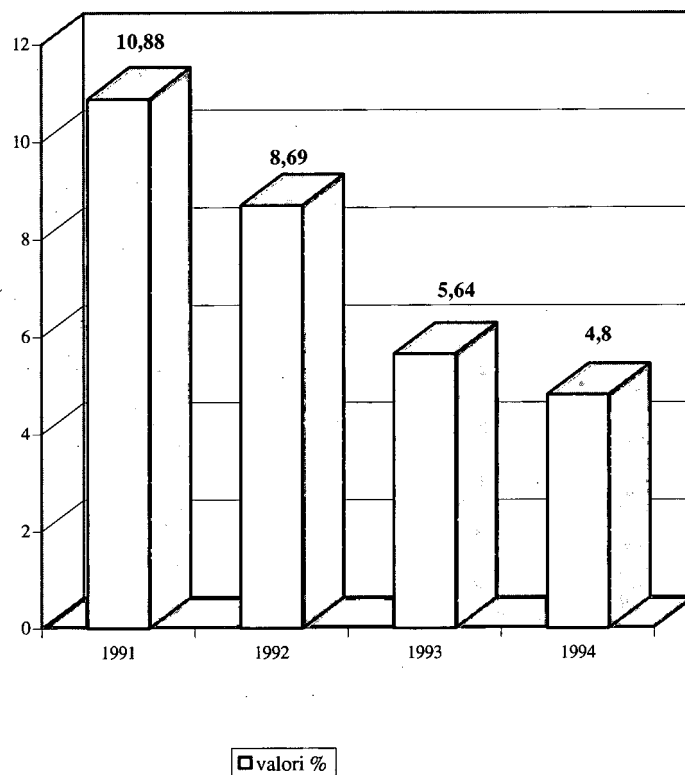
Composizione della provvista bancaria per strumento
(valori percentuali di fine periodo)



Fonte: Elaborazioni ABI su dati Banca d'Italia.

Fig. 4

Il contributo decrescente dei ricavi da effetto valuta al margine d'intermediazione



: Assbank.

Sui livelli dei costi operativi bancari mi sembra inoltre di poter dire che essi risentono assai più degli elevati costi unitari del lavoro che di un'inefficienza complessiva del sistema. Come dimostra infatti un recente confronto internazionale, riportato nell'ultimo rapporto annuale della Banca dei Regolamenti Internazionali, il numero di addetti bancari è in Italia (332 mila) significativamente inferiore a quello del Regno Unito (368 mila), della Francia (382 mila), e della Germania (658 mila), pur essendo il nostro paese quello in cui l'incidenza dei costi del personale sui ricavi lordi è la più alta assieme a quella della Francia (tav. 5).

La terza. Un ultimo punto che vorrei trattare attiene alle variegate modalità di risposta che le banche italiane hanno saputo offrire alla despecializzazione temporale e funzionale sancita dal nuovo ordinamento, dalle quali si può pure riscontrare, a mio parere, una vivacità di comportamenti concorrenziali ed adattivi.

Per quanto concerne la despecializzazione temporale vorrei solo accennare come le banche con raccolta a breve termine abbiano fortemente accresciuto negli

ultimi anni l'incidenza dei loro impieghi a medio e lungo termine, rafforzando notevolmente la propria quota di mercato sul segmento in questione grazie anche all'incorporazione di proprie sezioni speciali e/o di ex istituti speciali. Mentre questi ultimi sembrano invece essersi orientati più su una strategia di "nicchia" tendente a privilegiare il loro segmento operativo tradizionale, pur non riuscendo a preservare le proprie posizioni di mercato (figg. 5 e 6).

Tav. 5

Occupati e costi del personale bancario a confronto

Paesi	Occupati in migliaia		Costi del personale (1)	
	1990	1994	1990	1994
Francia	399	382	44	44
Germania	621	658	44	39
Giappone	597	618	33	39
Italia	324	332	48	44
Regno Unito	425	368	38	36
Spagna	252	245	43	37
Stati Uniti	1.979	1.891	31	27

Fonte: BIS.

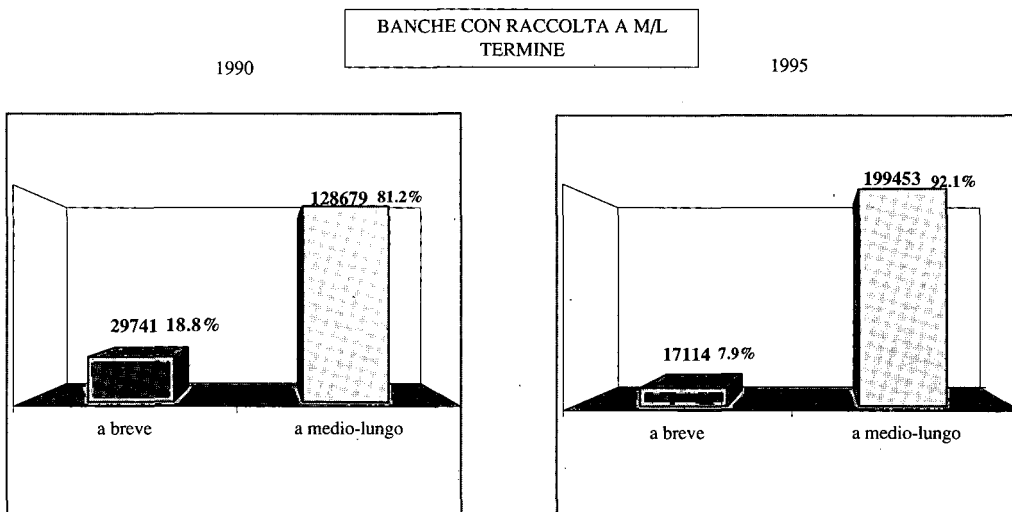
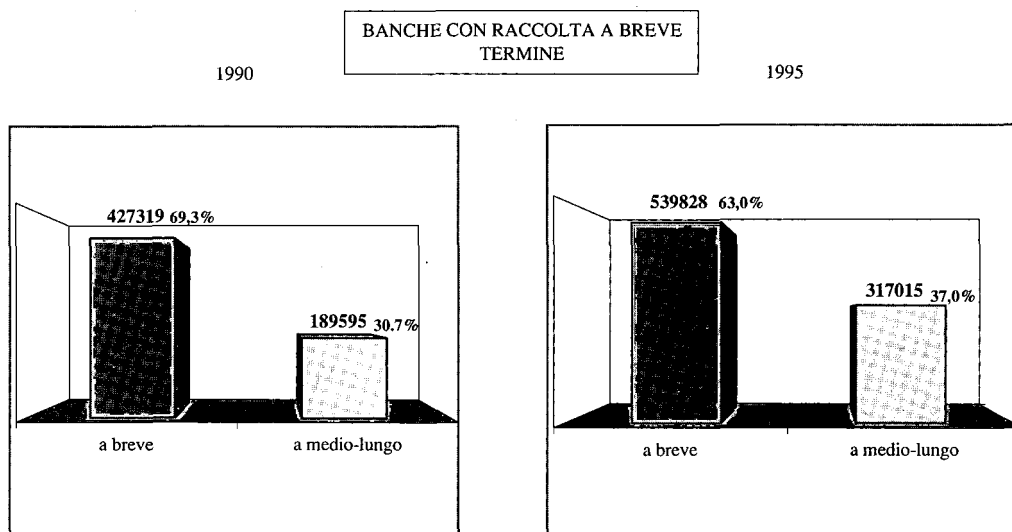
(1) In percentuale del margine d'intermediazione. I dati relativi alla Germania si riferiscono solo alla Germania Ovest (per l'intera Germania il dato degli occupati è pari a 728 migliaia). Per l'Italia e la Spagna i dati si riferiscono al 1995. I dati relativi agli Stati Uniti non comprendono 1.732 migliaia di occupati delle *credit unions*.

Ancor più articolate e complesse sono state le reazioni alla despecializzazione di gamma di attività, che sta imponendo alle singole banche di confrontarsi individualmente con il problema della segmentazione dei mercati e dei prodotti, di operare la scelta strategica di quali di essi presidiare (data la dimostrata velleità della cultura del 'tutto per tutti'), di adottare il modello organizzativo più consono ai propri obiettivi sia in materia di forma giuridica (banca universale, gruppo polifunzionale o, più spesso, soluzioni miste) sia in termini industriali di livello di accentramento/decentramento più opportuno.

Su questo punto, assai difficile da riportare a sintesi data la varietà dei comportamenti seguiti, mi limito a qualche tratto generale su come si è mosso il sistema su tre principali mercati: il mercato del risparmio gestito; il mercato dei valori mobiliari e dei derivati; ed il mercato dei servizi di *corporate finance* ed *investment banking*. Cercando di fare qualche cenno, ove possibile, anche a talune caratteristiche competitive attuali di tali mercati.

Fig. 5

**Specializzazione temporale:
composizione degli impieghi per durata all'origine**



Fonte: *Elaborazioni ABI su dati Banca d'Italia.*
Istogrammi proporzionali alle consistenze.

Nel comparto dei prodotti assicurativi sono stati, infine, stipulati negli ultimi anni numerosi accordi tra banche e compagnie assicurative operanti soprattutto nel ramo vita, con il risultato che oggi circa la metà delle polizze vita di nuova sottoscrizione passa ormai per lo sportello bancario. E il contributo crescente delle banche allo sviluppo del mercato assicurativo potrebbe aprirsi addirittura, in prospettiva non remota, al ricco bacino rappresentato dalla polizza obbligatoria RC auto.

La concorrenza del mercato del risparmio gestito appare nel complesso accesa, soprattutto nel comparto dei fondi comuni, che non a caso è stato il primo a essere liberalizzato. Lo testimonia, in particolare, la caduta della concentrazione relativa alla "testa" del settore: con la quota di mercato delle prime sei aziende calcolata sul patrimonio netto che cade tra il 1990 e il 1995 dal 51 al 44 per cento.

Nel segmento dei fondi comuni rilevanti sono anche le spinte competitive che rivengono dagli intermediari di matrice estera.

È infatti in costante sviluppo il numero delle società estere che dopo il 1992 distribuiscono quote di OICVM armonizzati in Italia: a fine 1995 erano 64 le società di diritto estero che commercializzavano i loro prodotti ai sensi dell'art. 10 della legge 83/77, contro i 14 abilitati ad operare nel 1992.

Inoltre, sebbene sia ancora contenuto a una decina di casi il numero di intermediari esteri che hanno acquisito, ovvero hanno istituito, società di gestione di diritto italiano, nondimeno essi detengono una quota di mercato pari al 20 per cento in rapida ascesa negli ultimi anni. Senza contare l'altra modalità di penetrazione dall'estero del mercato italiano relativa agli accordi commerciali di distribuzione di prodotti di diritto estero stipulati con banche e SIM italiane.

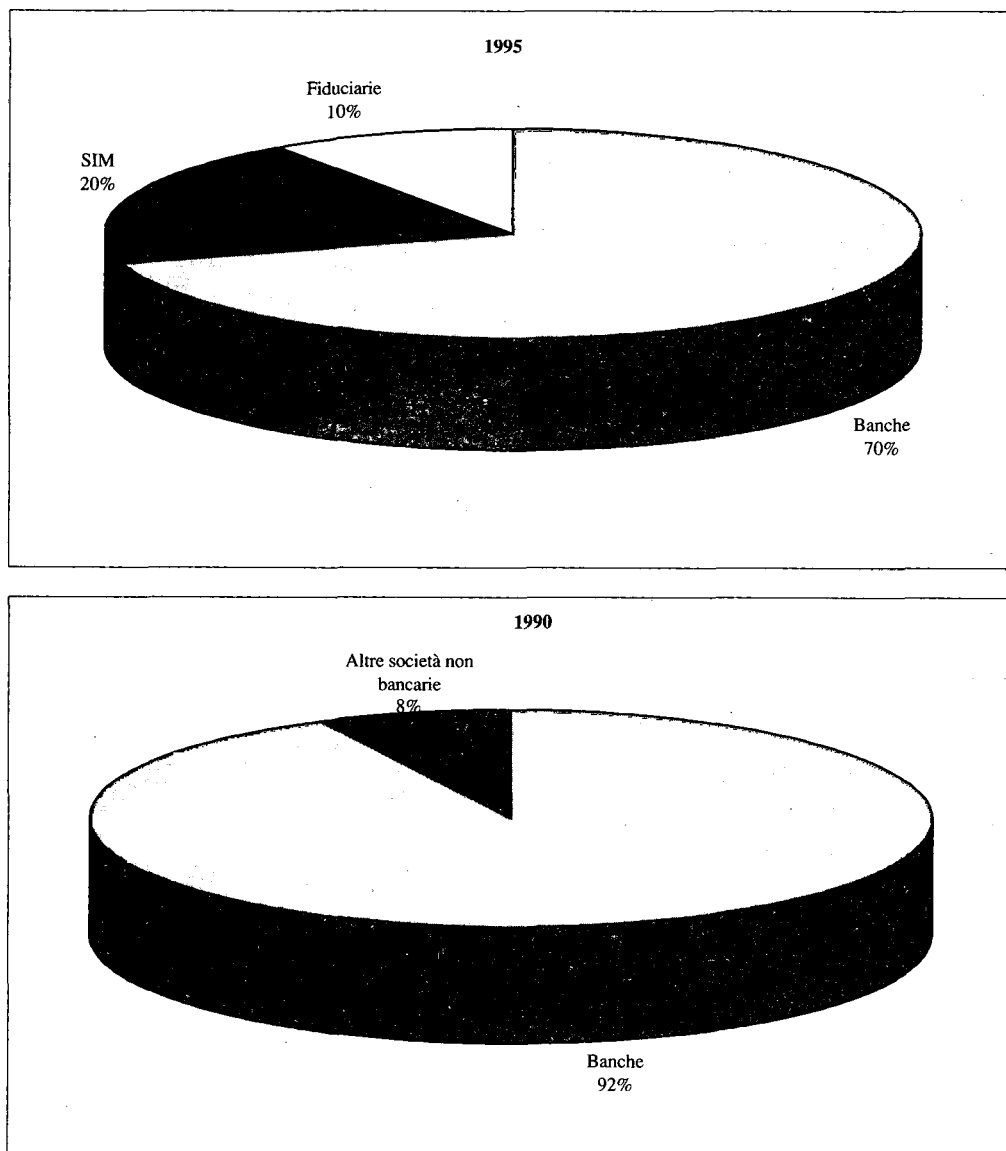
Più concentrato, in paragone, si presenta invece a tutt'oggi il comparto delle gestioni mobiliari, nel quale le prime 10 banche del sistema coprono circa il 50 per cento della porzione di mercato presidiata dalle banche (che a sua volta rappresenta il 70 per cento del mercato, contro il 20 per cento delle SIM e il 10 per cento scarso delle fiduciarie) (fig.8), e le prime 3 SIM detengono circa il 36 per cento del totale dei patrimoni della clientela gestiti dalle suddette società.

Il mercato dei valori mobiliari e dei prodotti derivati

Nel comparto dei valori mobiliari, il rilevante contributo dato dagli intermediari, e in particolare dalle banche, alla creazione e al consolidamento di strutture di mercato si è concentrato, in principio, sul segmento dei titoli di Stato che, per l'ampiezza del debito pubblico, i progressi compiuti dalle tecniche di collocamento e l'obiettivo dell'allungamento delle scadenze, era maturo per dotarsi di un mercato secondario standardizzato. La creazione del MTS nel 1988, poi l'apertura – l'11 settembre 1992 – del MIF e infine la riforma del corpus normativo, riguardante l'organizzazione di entrambi i mercati, del febbraio 1994, rappresentano tre tappe fondamentali di questo disegno.

Fig. 8

**Attività di gestione patrimoniale.
Ripartizione del patrimonio gestito per tipologia d'intermediario**



Fonte: Banca d'Italia.

Anche la Borsa Valori, rispondendo alle pressioni competitive provenienti da altri mercati organizzati, ha intensificato la riorganizzazione delle infrastrutture e ha sviluppato nuovi servizi. Per citare solo i momenti salienti ricordiamo il passaggio alla contrattazione continua, prima del comparto azionario, poi di quello obbligazionario (MOT) e l'istituzione dell'IDEM con l'introduzione di tre contratti: il Fib30 (contratto *future* sull'indice di Borsa); il Mibo30 (opzione sull'indice Mib30); l'Isoa (opzione su singoli titoli).

Mediamente gli *spread* nel segmento a medio lungo termine si sono contratti – anche grazie alle operazioni di arbitraggio sul MIF – dagli oltre 10 punti base del 1990, a 3,6 centesimi; il numero di operatori è passato dai 239, sempre del 1990, ai 270, un lustro dopo. La liquidità e lo spessore sono aumentati sia a seguito dell'introduzione delle figure operative degli *specialist* – che da soli coprono il 56 per cento delle contrattazioni – sia della partecipazione al mercato dei grandi intermediari internazionali, che svolgono oltre il 20 per cento dell'attività dei *primary dealer*.

La concorrenza del circuito telefonico bilaterale (OTC) per le transazioni di importo elevato (normalmente superiori ai 20 miliardi), ha suggerito di passare all'anonimato nelle contrattazioni sul MTS, ciò che ne dovrebbe garantire un ri-flusso degli scambi a suo favore.

Il MIF, dopo un inizio promettente, ha visto il progressivo esaurirsi del *future* a cinque anni e l'erosione concorrenziale del contratto sul BTP a 10 anni, dovuto alle negoziazioni di uno strumento analogo a Londra. Il volume delle contrattazioni sul MIF (700.000 miliardi nel 1995) rappresenta circa un quarto del controvalore registrato dagli omologhi contratti del LIFFE. In termini di *turnover*, quella italiana si colloca al sesto posto tra le Borse a termine europee, in una classifica che vede al primo posto proprio il LIFFE, seguito nell'ordine dal mercato francese, tedesco, spagnolo e svedese.

Tuttavia, in considerazione delle dimensioni del mercato sottostante (tav. 6) e della volatilità dei tassi d'interesse interni, si può prevedere che l'attività in Italia si sviluppi ulteriormente. Il controvalore dei contratti conclusi sul MIF dalle banche nel 1995 copriva il 59,6 per cento del totale (fig. 9), con un incremento di circa 5 punti percentuali rispetto al dato del 1993.

Tav. 6

Mercato obbligazionario domestico
(ammontare in circolazione in miliardi di \$ al dicembre 1995)

Paese dell'emittente	Emittenti privati	Quota % sul totale	Emittenti pubblici	Quota % sul totale	Totale	Quota % sul totale
Francia	601,4	6,85	674,3	4,40	1.275,7	5,29
Germania	1.023,3	11,66	883,1	5,76	1.906,4	7,91
Giappone	1.530,2	17,43	3.428,4	22,36	4.958,6	20,57
Italia	362,8	4,13	1.169,5	7,63	1.532,3	6,36
Regno Unito	186,5	2,12	412,8	2,69	599,3	2,49
Spagna	45,2	0,51	281,8	1,84	327,0	1,36
Stati Uniti	4.028,2	45,90	6.697,8	43,68	10.726,0	44,49
Altri paesi	999,1	11,38	1.785,7	11,65	2.784,8	11,55
Totale	8.776,7	100,00	15.333,4	100,00	24.110,1	100,00

Fonte: B/S.

Il concreto apporto delle banche all'efficienza dei mercati non si può valutare solo in base all'incidenza sul volume degli scambi, ma va giudicato anche in termi-

Il mercato dei servizi di corporate finance e di investment banking

L'ultimo mercato che vorrei toccare è quello dei servizi di *corporate finance* e di *investment banking* sul quale è più difficile, credo, esprimere un giudizio corroborato da numeri data la scarsa disponibilità di statistiche interne dedicate al segmento in questione.

Come conferma una recente analisi dell'IRS emerge tuttavia anche in questi comparti, ed in particolare nell'*investment banking*, una maggiore effervescenza di comportamenti concorrenziali rispetto al passato, testimoniata dalla diffusa presenza di operatori esteri, bancari e non bancari, che in determinati segmenti – come quello dei collocamenti internazionali e delle fusioni e acquisizioni (comprese le privatizzazioni) – hanno saputo catturare oltre la metà del mercato nazionale.

Altri segmenti, quali in particolare i collocamenti nazionali varati da società già quotate – dove nel 1995 cinque gruppi bancari hanno guidato l'82 per cento della raccolta dei consorzi di collocamento – e le ristrutturazioni finanziarie di imprese in crisi, sono dominati invece da un numero ristretto di intermediari bancari italiani. [Non è un segreto, del resto, che proprio sui servizi di finanza aziendale in questione la Banca d'Italia abbia deciso di avviare, con l'Autorità garante, un'indagine conoscitiva di carattere generale volta a individuare eventuali elementi di distorsione della concorrenza]

Anche l'offerta di servizi volti al collocamento delle società di nuova quotazione (fig. 10) è concentrata tuttora solo presso pochi gruppi bancari e quindi, per sua natura, ancora poco accessibile alle imprese di piccole e medie dimensioni. Proprio nell'intento di accrescere le possibilità di accesso al mercato dei capitali da parte delle piccole e medie imprese e di costituire per i valori da esse emessi un efficiente mercato secondario è stata messa a punto, verso la fine del 1995, la bozza del regolamento speciale del METIM, elaborato congiuntamente dal comitato promotore costituito da ABI, Assosim e Confindustria e dal comitato costituito da Unioncamere

4. Concludo. Credo di aver rappresentato a sufficienza come l'evoluzione del quadro normativo abbia definito nell'ultimo lustro una cornice di riferimento favorevole al libero esplicarsi dei comportamenti concorrenziali degli intermediari, e quali siano stati gli effetti di tale evoluzione sull'operatività delle banche e sul benessere dei consumatori dei servizi finanziari.

Non ritengo naturalmente che si sia già oggi raggiunto un punto di "ottimo" sociale, se non altro per gli inevitabili tempi di adattamento e di metabolizzazione delle nuove regole da parte degli intermediari, e per i fisiologici ritardi con i quali la più intensa concorrenza tende a trasmettere i propri frutti a vantaggio del mercato.

I problemi che mi sembra rimangano ancora aperti sono sostanzialmente due:

- a) Il nuovo sistema di regolamentazione ha effettivamente abolito tutte le barriere legali o nasconde ancora fra le sue pieghe ostacoli al dispiegarsi della concorrenza?

ma non solo l'esperienza effettiva dei comportamenti che gli intermediari finanziari adotteranno a seguito delle nuove regole ci permetterà di scoprire barriere legali che forse oggi non vediamo.

b) Il nuovo contesto concorrenziale tutela sufficientemente anche il contraente debole, ossia il piccolo risparmiatore e il piccolo prenditore, realizzando anche a suo favore i vantaggi della concorrenza?

A me pare sufficientemente di sì. Dal lato dei rapporti passivi la crescente standardizzazione degli strumenti di raccolta ha offerto infatti anche al cliente dotato di bassa capacità negoziale la possibilità di investire i propri fondi in attività bancarie ad elevato e pubblicizzato tasso di rendimento, in diretta concorrenza con gli strumenti fiscalmente favoriti offerti dal settore pubblico (depositi e buoni fruttiferi postali, Bot, Cct ecc.), essi pure ampiamente accessibili dati anche i bassi costi di transazione spesso imposti dalla legge. E, d'altra parte, il piccolo risparmiatore è anche il soggetto centrale della tutela offerta dalla normativa sulla trasparenza.

Nè mi pare, sul versante dei rapporti attivi, che l'area di potenziale penalizzazione dei piccoli prenditori possa essere oggi molto estesa tenuto conto:

- 1) dell'ancor diffuso fenomeno del pluri-affidamento frequente anche presso le piccole e piccolissime aziende;
- 2) di un divario di tassi attivi tra grandi e piccole imprese che si è fissato l'anno passato attorno a soli 1,5 punti percentuali;
- 3) della stessa impossibilità "tecnica" delle banche di colludere in un mercato, quale quello degli impieghi, dove il prodotto scambiato è, per definizione, non omogeneo, e dove anzi la principale variabile di segmentazione (il rischio assunto) dipende da condizioni di domanda e non di offerta.

In tutti i casi, una più piena accessibilità al credito bancario da parte della fascia marginale e inframarginale della clientela prenditrice potrà essere garantita in futuro solo dall'operare di meccanismi concorrenziali che spingano verso una sempre maggiore trasparenza delle condizioni d'offerta, e non certo da imposizioni di prezzo ex-lege che, come nel caso dell'usura, rischiano di ottenere effetti opposti a quelli desiderati.

LUIGI CARLO UBERTAZZI

LA CULTURA DELLA CONCORRENZA IN ITALIA

Durante questi due giorni piacevoli di lavoro ho avuto talvolta la sensazione che secondo alcuni la cultura della concorrenza sarebbe (ri)nata in Italia con la legge nazionale antitrust del 1990. E mi pare che il prof Cassese abbia persino suggerito l'ipotesi che prima di allora mancasse ai commercialisti una cultura della concorrenza. Per parte mia credo di dover compiere un'orgogliosa rivendicazione di identità culturale, e di doverla fare per (quasi) tutta la corporazione dei commercialisti o quantomeno per i suoi membri che si sono via via dedicati al diritto industriale dalla rivoluzione francese ad oggi.

Ebbene, noi abbiamo sempre studiato il diritto ed i problemi della concorrenza. Li abbiamo prevalentemente osservati con animo liberista, con simpatia ed adesione ai valori della concorrenza e del mercato. Ad essi abbiamo dedicato generazioni ed un numero imponenti di studi. E per averne una percezione anche solo grafica basterà guardare ad esempio il commentario breve al diritto della concorrenza che Marchetti ed io stiamo pubblicando per i tipi della Cedam.

La cultura della concorrenza, in realtà, era insufficiente altrove. Mancava se ben vedo nel campo del diritto pubblico e dei suoi operatori speculativi e pratici. Qui, per fortuna, le cose stanno forse cambiando. E qui debbono forse cambiare ancora di più.

- MONNET J.: p. 325
- MONTESQUIEU: p. 7
- MONTI M.: p. 237
- MORBIDELLI G.: p. 162 n. 2
- MORI P. A.: pp. 85 n. 3, 94, 382
- MORTARA L.: p. 68
- MORTATI C.: p. 165 n. 4
- MUSU I.: pp. 114, 153, 256, 361, 362, 363
- NARDOZZI G.: p. 312
- NEWTON I.: p. 84 n. 1
- NIRO R.: p. 164 n. 2
- NITTI F. S.: pp. 28, 357
- NIVARRA L.: p. 271 n. 2
- NORDHAUS W.: p. 55
- OHLIN B.: p. 339
- OLIVIERI G. (e ALESSI R.): p. 270 n. 2
- ONADO M.: pp. 108, 125, 370, 386
- OPPO G.: pp. 162 n. 4, 173, 278 n. 1
- ORDOVER J.A. (e BAUMOL W. J.): p. 243
- ORESTANO R.: p. 7
- ORLANDO V. E.: p. 75
- OSTI C. (e PARDOLESI R.): p. 244
- PACE A.: p. 162 n. 5
- PALADIN L.: p. 175 n. 4
- PANTALEONI M.: pp. 8, 17, 25, 119
- PANZAR J.C. (e BAUMOL W. J. - WILLIG R. D.): p. 50
- PAOLO: p. 130
- PARDOLESI R. p. 242
- PARDOLESI R. (e FRIGNANI A. - PATRONI GRIFFI A. - UBERTAZZI L.C.) (a cura di): p. 239
- PARDOLESI R. (e OSTI C.) (a cura di): p. 244
- PARETO W.: pp. 25, 28
- PATRONI-GRIFFI A. (e FRIGNANI A. - PARDOLESI R. - UBERTAZZI L.C.) (a cura di): p. 239
- PORRO E.A.: p. 75
- POSNER R.: p. 241
- REDENTI E.: p. 69
- REY G.: p. 123
- RICHARDSON G.: p. 25 n. 1
- RICARDO D.: pp. 339, 358
- RICCI U.: p. 25
- RIZZO I.: p. 91 n. 1
- ROBERTS G.R.: p. 245
- ROBERTS J. (e MILGROM P.): p. 51
- ROMAGNOSI G.D.: pp. 129, 357
- ROMANI F.: p. 119
- RORDORF R.: p. 289
- ROSSETTI L. (e BELLINI O.): p. 129 n. 1
- ROSSI A.: p. 357
- ROSSI P.: p. 358
- ROSSI-BATTAGLIA (Legge): p. 270 n. 2
- RUIGROK W. (e R. VAN TULDER): p. 308 n. 1
- RUINI M.: p. 17
- SANTORO-PASSARELLI F. (e GROSSO G.) (a cura di): p. 162 n. 3
- SCARPELLI U.: p. 69
- SCHMALENSSEE R.: p. 246
- SCHUMPETER J.: pp. 7, 53, 145
- SCODITTI E.: p. 272 n. 1
- SEDEMUND J.: p. 234
- SELVAGGI C.: p. 275 n. 1
- SHERMAN (ACT): pp. 38, 241, 364
- SHUGHART W.F. (e Mc CHESNEY F.S.): p. 57
- SMITH A.: pp. 26, 45, 83, 84, 85 n. 3, 88, 129 n. 1, 136, 362, 383
- SOMBART W.: p. 130
- SPAGNUOLO VIGORITA V.: p. 160 n. 2
- STIGLER G.J.: pp. 8, 24, 52
- STRINGHER B.: p. 357
- SUZUMURA K.: p. 7
- SYLOS-LABINI P.: p. 50
- TEECE D.J. (e JORDE T. M.): pp. 54, 246
- THIRY B. (e VANDAMME F.) (a cura di): p. 218 n. 2
- TIROLE J.: p. 54
- TOGLIATTI P.: p. 160

TOMMASINI R.: p. 274 n. 1
 TOMMASO (SAN): p. 131
 TRAPEZUNZIO G.: p. 135
 TULLOCK G. (e BUCHANAN J.): p. 89 n. 1
 TURNER D.H. (e AREEDA Ph.): p. 242

 UBERSTINE G.A. (a cura di): p. 245
 UBERTAZZI L. C. (e FRIGNANI A. -
 PARDOLESI R. - PATRONI GRIFFI A. (a cura
 di): p. 239

 VALLETTI T.: p. 239
 VAN BAEL I. (e BELLIS J.F.): p. 235
 VANDAMME F. (e THIRY B.) (a cura di): p. 218
 n. 2
 VAN MIERT-ANDREATTA (Accordo): p. 296

 VAN TULDER W. (e RUIGROK W.): p. 308
 n. 1
 VASSALLI F.: p. 68
 VEZZOSO S.: p. 271 n. 1
 VIVARELLI R.: p. 27

 WACHSMANN A. (e BERROD F.): p. 227 n. 2
 WAELBROECK M. (e FRIGNANI A.): p. 234
 WATSON A.: p. 233
 WEBER M.: pp. 130, 321
 WILLIAMSON O.: pp. 24, 48, 52
 WILLIG R.D. (e BAUMOL W. J. - PANZAR J.
 C.): p. 50
 WYZANSKY: p. 241

 ZENONE: p. 130

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 — FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 — PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 — GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 — GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 — LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 — GIORGIO SANGIORGIO - FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 — VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 — FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 — *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 — CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 — GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 — GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 — CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 — PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 — VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 — FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).
- n. 22 — MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 — MARCO MANCINI - MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.
- n. 24 — ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.
- n. 25 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.
- n. 26 — AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.

- n. 27 — GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 — *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia - S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 — OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 — P. FERRO-LUZZI - P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993.
- n. 32 — *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 — *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 — GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 — LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 — GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 — VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 — O. CAPOLINO - G. CARRIERO - P. DE VECCHIS - M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995.
- n. 40 — MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 — ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 — M. PERASSI - R. D'AMBROSIO - G. CARRIERO - O. CAPOLINO - M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 — *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.

*Finito di stampare
nel mese di dicembre 1996
presso il Centro Stampa
della Banca d'Italia in Roma.*