

EDITORIALE – 19 APRILE 2017

# Il fondamento costituzionale della concorrenza

di **Beniamino Caravita**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico  
Sapienza – Università di Roma



# Il fondamento costituzionale della concorrenza\*

**di Beniamino Caravita**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico  
Sapienza – Università di Roma

Sin dall'istituzione nel 1990 dell'Autorità per la garanzia della concorrenza e del mercato si è svolto in Italia un serrato dibattito sul fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti in generale e dell'antitrust in particolare. In tale dibattito il fondamento costituzionale dell'Antitrust è stato rintracciato nell'art. 41 Cost., letto in combinato disposto con l'art. 43 Cost., pur se questo ultimo articolo ha dovuto subire un capovolgimento dell'interpretazione tradizionale. Le questioni affrontate nel dibattito italiano negli ultimi 25 anni hanno toccato due principali tematiche: da un lato, il tentativo di individuare un fondamento costituzionale, anche inserendo le autorità amministrative indipendenti nel testo della costituzione (proposta avanzata nelle svariate ipotesi di riforma elaborate), dall'altro l'opportunità di procedere ad un'omogeneizzazione delle autorità indipendenti.

Questa discussione – che ancora, continua ad emergere nel dibattito dei costituzionalisti e dei pubblicisti – è palesemente arretrata e, in qualche modo, stantia. Non solo perché non tiene conto della realtà istituzionale, che ha visto il proliferare e il successo delle autorità amministrative indipendenti, bensì perché non considera che il fondamento costituzionale (delle autorità in genere e) dell'Autorità antitrust non può essere più cercato nell'art. 41 nel principio di buon andamento della costituzione nazionale (o in altri principi costituzionali). Il fondamento delle autorità indipendenti è ormai nei trattati europei. E' in quel testo sostanzialmente costituzionale (anche se non lo vogliamo chiamare costituzione), costituito dai tre blocchi del TUE, TFUE e della Carta europea dei diritti fondamentali, che va rintracciato l'effettivo fondamento dell'Autorità antitrust.

Mi riferisco, in particolare, ad un principio fundamentalissimo contenuto nel TUE, in cui l'art. 3.3 TUE chiaramente recita: *«L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale».*

Non condivido, né da punto di vista teorico, né da un punto di vista istituzionale, quella impostazione per cui le norme di principio delle Costituzioni nazionali possono essere esaltate, secondo un modello *magis ut valeat*, mentre le norme di principio dei Trattati europei non avrebbero la stessa efficacia e la stessa funzione.

---

\* Relazione svolta al VI Convegno Antitrust, tenutosi a Trento il 6-7 aprile 2017.



Le norme di principio hanno invece la stessa struttura tanto nella costituzione nazionale quanto nei Trattati: ambedue assolvono infatti alla tradizionale funzione – di cui già diceva Crisafulli riguardo l'ordinamento costituzionale italiano – di orientare il legislatore, costituiscono strumento di interpretazione della normativa secondaria e possono essere azionate di fronte ai giudici. Ebbene, le norme di principio dell'ordinamento europeo hanno la stessa struttura e la stessa funzione delle norme di principio dell'ordinamento nazionale: dirigono il legislatore europeo nella nuova duplice struttura costituita da Parlamento europeo e dal Consiglio, orientano l'interpretazione da parte dei soggetti dell'ordinamento (tant'è che questi ultimi devono svolgere oggi non solo l'interpretazione conforme a costituzione, ma anche quella conforme al diritto europeo), e possono essere azionate davanti alla Corte di Giustizia. Quindi, l'art. 3.3 TUE ha lo stesso valore e lo stesso significato dell'art. 2 della Costituzione italiana: identico, perché tutte quelle funzioni che può svolgere l'art. 2 Cost. (e le altre disposizioni di principio) possono essere svolte anche dall'art. 3.3. TUE.

Allora, se l'art. 3.3. parla di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, è in tale disposizione che va rintracciato il fondamento costituzionale (in senso sostanziale) della tutela di siffatto mercato competitivo assegnata all'Antitrust nazionale nel suo collegamento con la Commissione quale autorità garante della concorrenza a livello europeo.

Raccordando poi l'art. 3.3. del TUE (norma sostanziale) con l'art. 3 del TFUE, che riporta nella competenza esclusiva dell'Unione la definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno e considerando, nel contempo, anche gli artt. 101 e 102 TFUE, il Regolamento 1/2003 e le direttive di riferimento, è qui che va trovato l'insieme delle disposizioni che costituiscono il fondamento “costituzionale” delle Autorità di concorrenza.

Sotto questo cappello generale c'è un funzionamento peculiare della forma di governo europea, che permette anche di uscire dal dibattito circa la difficile collocazione delle autorità amministrative nel rapporto tra legislatore, amministrazione e giurisdizione.

Tale peculiare funzionamento della forma di governo europea si basa, in maniera ormai netta a seguito del Trattato di Lisbona, sulla presenza di un legislatore bicamerale (Parlamento e Consiglio, che funziona come seconda Camera), su un motore politico, il Consiglio europeo, e un motore esecutivo, la Commissione, che per funzionare si raccorda con la rete delle autorità indipendenti nazionali. Ed infatti gli interlocutori della Commissione sono in parte le amministrazioni statali, ma in larga parte la rete delle autorità amministrative. Quindi, è proprio questo tipo di raccordo tra la Commissione e le autorità amministrative indipendenti a spiegare la peculiare collocazione di queste ultime.

Vorrei in proposito citare le recenti conclusioni rese dall'autorevole Avvocato Generale della Corte di Giustizia Juliane Kokott nella causa C-560/15, afferente la vicenda italiana di qualche anno fa dell'annullamento del *beauty contest* per l'assegnazione delle frequenze televisive, arrivata in Corte solo



recentemente. In tale documento l'Avvocato Generale ha ritenuto che la legge nazionale con la quale, per incrementare le entrate statali, è stata annullata una delibera dell'Autorità (in quel caso dell'AGCOM) - recante appunto l'indizione della procedura gratuita per l'assegnazione delle frequenze televisive - viola il principio di indipendenza della autorità amministrative indipendenti, non avendo in tal caso il legislatore potestà regolamentare.

Quindi, come si vede, alla base del funzionamento del mercato nell'Unione europea vi è il valore dell'indipendenza - che ha trovato riconoscimento nella proposta di Direttiva - e tale centralità si spiega perché le Autorità amministrative costituiscono uno dei principali strumenti nazionali di raccordo della Commissione europea.

Si può anche ricordare l'interessante sentenza della Corte di Giustizia sul *caso Vebic*, del 2010 in cui la Corte, in nome del principio dell'indipendenza e della capacità di *enforcement* delle autorità amministrative, ha dichiarato in contrasto con il diritto europeo, in particolare con il Regolamento, la disciplina belga che non permetteva all'Autorità antitrust nazionale di costituirsi in un giudizio a difesa del proprio provvedimento. Questa sentenza è particolarmente interessante anche perché viene citata nella successiva proposta di Direttiva.

Il tema dell'indipendenza è strettamente connesso a quello dell'omogeneizzazione, rispetto al quale il dibattito italiano ha prospettato la possibilità di uniformazione di tutte le autorità amministrative indipendenti.

Tale impostazione non è immune da critiche perché tutte queste autorità hanno collocazioni, storie, strutture e funzioni differenti, ma soprattutto incidono su interessi eterogenei.

Pensare a una omogeneizzazione indiscriminata è un esercizio teorico, come lo sono le speculazioni teoriche che si fanno nel diritto costituzionale sulla legge elettorale; il problema non risiede in questa o quella formula elettorale, bensì nell'individuazione di un minimo comune denominatore delle proposte che trovi il consenso politico.

Molto più genuina ed aderente al nuovo contesto in cui si muovono le ANC risulta invece essere l'idea, presente nella Comunicazione per il decennale del Regolamento e nella proposta di direttiva, sulla omogeneizzazione delle Autorità antitrust nazionali: proprio se si parte dal presupposto che il fondamento legittimante le Autorità risiede nel diritto europeo e che il diritto della concorrenza è un diritto europeo allora risulta necessario costruire strutture istituzionali e strumenti assimilabili che permettano l'omogeneizzazione delle diverse Autorità nazionali per la concorrenza.

Questo è l'obiettivo avuto di mira, in larga misura, dalla proposta di Direttiva, come si coglie dal collegamento con il punto 26 della Comunicazione del 2014, concernente il tema della fusione con altre *Autorithies*, il quale afferma a chiare lettere che l'accorpamento “*non può mai portare ad un indebolimento dell'applicazione delle norme concorrenziali o ad una riduzione degli strumenti a disposizione delle Autorità antitrust*”.



Questo è un *caveat* importante perché se il problema dell'omogeneizzazione tra le diverse Autorità sussiste in quanto le stesse hanno storie e funzioni diverse, è invece certo e solido il fondamento europeo che legittima le Autorità *antitrust*, le quali applicano una disciplina europea (come ben emerge dalla cooperazione con la Commissione).

Il vero tema da affrontare allora non risiede nell'accorpamento antitrust-altre autorità, bensì nella necessità di omogeneizzazione delle strutture, delle funzioni e delle competenze delle Autorità di concorrenza nazionali. Certamente è in questo senso che va la proposta di Direttiva.

La cogenza del tema è dimostrata dalla crescente preoccupazione del mondo delle imprese derivante dalla duplicazione degli strumenti di *enforcement*, nelle forme pubbliche e private. E' evidente che vi è un *surplus* di regolazione, di organismi, di istituti; senza parlare poi dell'attuale sistema di finanziamento delle *Authorities* che non può dirsi meno invasivo.

E, allora, se certamente il fondamento costituzionale della Autorità antitrust è nell'art. 3.3. TUE, ebbene questo stesso articolo ci parla di un mercato interno, di un'economia sociale di mercato e di una crescita equilibrata. In questo disposto non vi è solo il fondamento legittimante le Autorità di concorrenza, ma anche il principio secondo cui bisogna creare le condizioni affinché il mercato possa effettivamente funzionare, cosicché gli eccessi di pressione, di regolazione e di incidenza risultano essere distorsivi degli obiettivi complessivi fissati nel dettato costituzionale europeo.

Questa è una conclusione che, ogni volta che parliamo di mercato, dovremmo tener ben presente. Controllare il mercato certamente sì ma perché funzioni, non affinché sia represso da un eccesso di controlli e di regolazioni.