

Introduzione

Lo studio della funzione amministrativa che la legge pone a tutela della concorrenza e del mercato, non può prescindere dalle ragioni documentate e dalle influenze culturali che hanno condotto il legislatore italiano alla codificazione di un diritto *antitrust* e pertanto dei pubblici poteri.

Abbiamo visto all'interno dell'elaborato che, storicamente, la realtà italiana è stata caratterizzata dalla carenza di una vera e propria disciplina *antitrust* fino alla emanazione della l. 10 ottobre 1990, n. 287, pur non mancando nel nostro ordinamento una legislazione che ha comunque influenzato (non sempre positivamente peraltro) la struttura concorrenziale del mercato.

Fase di avvio di questo percorso è stata l'affermazione del liberismo economico e politico, nell'epoca della prima rivoluzione industriale, periodo storico che è sfociato come ben noto nell'esaltazione di alcuni principi fondamentali quali quelli della libertà di iniziativa economica privata e della libertà degli scambi e della concorrenza.

Questo orizzonte culturale e politico che connotò, pur con molte e significative compromissioni, l'ordinamento italiano dall'unificazione del Regno fino ai primi del Ventesimo secolo venne però risolutivamente a tramontare con l'avvio del regime corporativo, ispirato da una ideologia sociale che si collocava agli antipodi dei principi propri del liberismo italiano che la destra storica aveva seminato sin dall'epoca dello Statuto (Albertino). Conseguenza fondamentale di questo mutamento politico e culturale fu la riconduzione dell'economia privata nelle mani del potere statale, che esercitava su di essa un costante e pressante controllo.

Ad essere limitata non fu solo la libertà di accesso al mercato, attraverso l'apposizione di veri e propri ostacoli, ossia barriere amministrative, ma anche lo stesso esercizio dell'attività di impresa. Alle dinamiche concorrenziali fu sottratta anche la funzione principe in quanto, con l'introduzione dei prezzi c.d. "amministrati", veniva sottratta al mercato la libera determinazione del prezzo dei prodotti sulla base dell'incontro tra domanda ed offerta.

Di contro, il ruolo attivo dello Stato nell'economia durante il ventennio fascista crebbe in misura esponenziale, determinando una vera e propria esplosione dell'imprenditorialità pubblica, talvolta necessitata dai catastrofici fallimenti di mercato occorsi sul finire degli anni Venti dello scorso secolo in tutto il mondo occidentale. Le occasioni di intervento diretto nei vari settori economici si moltiplicarono anche in ragione della crisi che aveva colpito gran parte degli Istituti creditizi italiani.

La mano pubblica, nell'operare il salvataggio degli Istituti di credito in difficoltà (che possedevano rilevanti partecipazioni azionarie nelle imprese nazionali), subentrava anche nella titolarità di tali partecipazioni azionarie. Tale pratica non si concluse, secondo i piani originari, con la vendita di queste imprese ad operatori economici privati, piuttosto, essa diede vita ad un sistema di imprese a partecipazione statale, destinato a perpetuarsi e a crescere nei successivi decenni.

Vennero inoltre ad essere istituiti, in tale periodo, numerosi consorzi obbligatori per la gestione della produzione mentre la Carta del Lavoro del 1927 assegnava alle Corporazioni un ruolo di grande rilievo, quello di coordinare la produzione.

Con tali interventi, nonché attraverso l'istituzione di numerosi monopoli a seguito di vaste nazionalizzazioni, il regime corporativo imprimeva la sua impronta vigorosamente dirigista anche e soprattutto nei confronti

dell'economia privata. È possibile in ultimo dichiarare che, grazie al diritto comunitario e al bisogno di unità della disciplina nel contesto del mercato comune, il principio della concorrenza si è rinsaldato nell'ambito dei singoli ordinamenti giuridici europei.

Capitolo I

Genesi e sviluppo dell'istituto giuridico dell'*antitrust*

1.1 Dall'ordinamento dello Stato liberale all'ordinamento corporativo

Lo *studium* della funzione amministrativa che la legge pone a tutela della concorrenza e del mercato, non può prescindere dalle ragioni storiche e dalle influenze culturali che hanno condotto il legislatore nostrano alla codificazione di un diritto *antitrust*¹.

La realtà italiana è stata contraddistinta dalla mancanza di una vera e propria disciplina *antitrust* sino alla promulgazione della celebre Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, pur non mancando in ogni caso nel nostro ordinamento una legislazione che ha comunque influenzato (non sempre positivamente tra l'altro) la struttura concorrenziale del mercato².

¹ I riferimenti della letteratura sul tema *antitrust* sono parecchio ampi. Effettuando una cernita sul tema si rinvia a: GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino 2013, BASTIANON S., *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2011, *passim*.

² Si ricorda in tal senso l'articolo n. 2: **Art. 2. Intese restrittive della libertà di concorrenza** 1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. 2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato

Storicamente quindi, tappa di avvio di questo *iter* è stata l'affermazione del liberismo economico e politico³, nell'epoca della prima rivoluzione industriale, periodo storico che è sfociato come ben risaputo nell'elogio di alcuni principi importantissimi quali quelli della libertà di iniziativa economica privata e della libertà degli scambi e della concorrenza⁴.

Siffatto orizzonte culturale e politico che connotò, pur con molte e significative compromissioni, l'ordinamento italiano dall'unificazione del Regno fino ai primi anni secolo scorso venne però risolutivamente a tramontare con l'avviamento del regime corporativo, ispirato da una ideologia sociale che si collocava agli antipodi dei principi propri del liberismo italico che la destra storica aveva seminato sin dall'epoca dello Statuto del Regno o Statuto Fondamentale della Monarchia di Savoia del 4 marzo 1848 (noto come Statuto Albertino). Effetto fondamentale di tale radicale cambiamento politico e culturale fu la riconduzione

nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi. 3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto. <http://www.agcm.it/normativa/concorrenza/4531-legge-10-ottobre-1990-n-287-norme-per-la-tutela-della-concorrenza-e-del-mercato.html>.

³ Ricordiamo ai lettori che: *per liberismo si intende, essenzialmente, la libertà economica, ossia la libertà del mercato, della concorrenza fra industrie, aziende, semplici lavoratori, in qualsiasi condizione storica, geografica, sociale. Padri nobili del liberismo sono i liberali alla Adam Smith, tutti coloro che fra Settecento e Ottocento, propugnarono, contro i privilegi della nobiltà, dell'alto clero, dell'antico regime, la libera iniziativa economica. Nel nostro secolo, soprattutto, il liberismo lotta contro l'invasione dell'iniziativa statale nel libero mercato e può essere ricondotta al nome del grande economista e grande studioso Hayek.* <http://www.ernestopaolozzi.it/764/Liberismo-e-liberalismo>.

⁴ Testimonianze significative sul tema sono offerte da: CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari 2004, pp. 1 e ss.

dell'economia privata nelle mani del potere statale, che esercitava su di essa un costante e pressante controllo⁵.

Ad essere delimitata *in nuce* non fu solo la libertà di accesso al mercato, attraverso l'apposizione di veri e propri ostacoli, ovverosia barriere amministrative, ma anche lo stesso esercizio dell'attività di impresa. Alle dinamiche concorrenziali fu sottratta anche la funzione principe in quanto, con l'introduzione dei prezzi c.d. "amministrati", veniva sottratta al mercato la libera determinazione del prezzo dei prodotti sulla base dell'incontro tra domanda ed offerta.

Di contro, il ruolo attivo dello Stato nell'economia durante il ventennio mussoliniano maturò in misura esponenziale, determinando una vera e propria "deflagrazione" dell'imprenditorialità statale, talvolta necessitata dai catastrofici fallimenti di mercato occorsi sul finire degli anni Venti dello scorso secolo in tutto il mondo dell'occidente. Le occasioni di intervento diretto nei vari settori economici si moltiplicarono anche in

⁵ *La carta costituzionale concessa da Carlo Alberto dev'essere inquadrata nella stagione nota come "Primavera dei popoli", la serie di eventi che ha caratterizzato il 1848. In Italia, come del resto in molti Paesi d'Europa, vi era un gran fermento rivoluzionario e quando a Torino si venne a sapere che il re Ferdinando II di Borbone, sotto la pressione popolare, aveva concesso una Costituzione, la medesima richiesta venne avanzata al re Carlo Alberto. Nel volgere di un mese anche il granduca di Toscana, Leopoldo II, e lo stesso papa Pio IX avrebbero a loro volta elargito concessioni analoghe. Concessioni, appunto. Lo Statuto albertino si presenta come una costituzione "octroyée", ossia concessa per volontà del sovrano. Il re emana il provvedimento «con lealtà di Re e con affetto di padre», come si può leggere nel preambolo. Lo Statuto si presenta come una "costituzione flessibile", ossia una disposizione che può modificata con le medesime procedure di una qualsiasi legge dello Stato. Ed infatti rimarrà in vigore pur nelle mutate condizioni dello Stato liberale, prima, e della dittatura fascista, poi. I principi a cui il sovrano sardo si ispirò erano quelli che avevano animato l'ascesa di Luigi Filippo d'Orleans in Francia, anche se, quando lo Statuto venne concesso, la rivoluzione parigina aveva già spazzato via la monarchia di luglio. Lo Statuto riconosce ancora la religione «Cattolica, Apostolica e Romana» come religione di Stato. Ma proprio nel 1848 due importanti minoranze piemontesi, come i valdesi e gli ebrei, ottennero il riconoscimento dei propri diritti. <http://www.150anni-lanostrastoria.it/index.php/1848/lo-statuto-albertino>.*

ragione della crisi che aveva colpito gran parte degli Istituti creditizi italiani.

La mano pubblica, nell'operare il salvataggio degli Istituti di credito in difficoltà (che avevano importanti partecipazioni azionarie nelle aziende nazionali), subentrava anche nella titolarità di tali partecipazioni azionarie. Tale pratica non si concluse, secondo i piani originari, con la vendita di queste imprese ad operatori economici privati, piuttosto, essa diede vita ad un sistema di imprese a partecipazione statale, destinato a perpetuarsi e a crescere nei successivi decenni.

Vennero oltre a ciò ad essere istituiti, in tale periodo, numerosi consorzi obbligatori per la gestione della produzione mentre la Carta del Lavoro del 1927 assegnava alle Corporazioni un ruolo di grande rilievo, quello di coordinare la produzione⁶.

Mediante tali interventi, come pure attraverso l'istituzione di numerosi monopoli a seguito di vaste nazionalizzazioni, il regime corporativo imprimeva la sua impronta vigorosamente dirigista anche e specialmente nei confronti dell'economia privata⁷.

⁶ I. *La Nazione italiana è un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori per potenza e durata a quelli degli individui divisi o raggruppati che la compongono. È una unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato fascista. II. Il lavoro, sotto tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche, manuali è un dovere sociale. A questo titolo, e solo a questo titolo, è tutelato dallo Stato. Il complesso della produzione è unitario dal punto di vista nazionale; i suoi obiettivi sono unitari e si riassumono nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale. Ecco pienamente dispiegata la "filosofia" del corporativismo, in termini attuali quella "concertazione" profusa a piene mani negli accordi e nei protocolli recenti: "Il governo e le parti sociali firmatarie del presente accordo, con l'obiettivo dello sviluppo economico e della crescita occupazionale fondata sull'aumento della produttività, l'efficiente dinamica retributiva e il miglioramento di prodotti e servizi resi dalle pubbliche amministrazioni, convengono di realizzare.* http://www.usi-ait.org/index.php?option=com_content&view=article&id=324:urlo-di-rabbia-da-una-pecarria&catid=25:la-storia&Itemid=37.

⁷ Per un'ampia ricostruzione sul tema si rinvia a: CASTRONOVO S., *Storia economica d'Italia*, Einaudi, Torino 1995, pp. 4 e ss.

1.2 Il Codice civile fascista del 1942

Il nuovo *Codice civile italiano* fu emanato durante il ventennio fascista e precisamente nel 1942⁸. Proposto dal conte Dino Antonio Giuseppe Grandi, esso infatti non poteva non risentire della temperie dell'ordinamento corporativo che era, in quegli anni, al suo culmine. Largo spazio fu elargito proprio alla disciplina economica ed in particolar modo per ciò che rimirava la normativa sulla concorrenza. A tali materie com'è risaputo è dedicato il Titolo X del Libro V, intitolato “*Della disciplina della concorrenza e dei consorzi*”.

Tale *corpus* organico di disposizioni di diritto civile e di norme di diritto processuale civile di rilievo generale, al II Capo I, Sezione I, si apre con l'art. 2595, oggi ridimensionato nella sua portata percettiva, sia dal disfacimento del regime fascista che dall'avvento dell'ordinamento repubblicano. Tale norma, che ha ormai solo una valenza storica, individua i limiti legali della concorrenza, stabilendo che essa “*deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge e dalle norme corporative*”⁹.

Innanzitutto, con la caduta della dittatura fascista veniva a perdere di significato qualsiasi riferimento alle norme corporative, mentre l'emanazione della Costituzione del 1948, ed in particolare l'art.41, comma 2, (*Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*), introduceva delle significative innovazioni¹⁰. Quest'ultimo,

⁸ R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942). http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm.

⁹ http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=229774.

¹⁰ Cfr. AA.VV., *Lavoro*, Volume 1, Utet Giuridica, Torino 2009, pp. 20-21.

predisponendo un nuovo e diverso limite, quello attinente all'utilità sociale, abrogava in modo implicito la previsione del codice e sostituiva al divieto di lesione degli interessi dell'economia nazionale, il solo limite dell'utilità sociale.

La direttiva del Codice, nella sua formulazione primitiva, manifestava la propulsione dirigistica di uno Stato che grazie ad una clausola così elastica (il riferimento ad un imprecisato interesse economico statale) aveva nelle sue mani un mezzo in grado di assumere i più disparati contenuti e di dare soddisfazione a tutti gli interessi corporativi dello Stato. Tale concetto era perciò sottoposto ad una continua interpretazione per opera di quegli organi che erano predisposti alla guida dell'economia dell'Italia, dato che il controllo e la gestione della produzione e degli scambi era totalmente assegnato allo Stato dall'art. 2085 c.c.¹¹ La previsione presumeva e legittimava, inoltre, l'esercizio da parte dello Stato, della vigilanza sulla gestione delle imprese private.

Più che dal dirigismo dell'ordinamento corporativo, le ulteriori disposizioni dettate dal Codice civile fascista del 1942 in materia di concorrenza erano profondamente condizionate dalla persistente vitalità culturale del pensiero liberale che, del resto, aveva informato di sé la precedente codificazione del 1865.

Di grande rilievo, le previsioni di cui l'art. 2596 c.c. che disciplinava (e tutt'ora regola), in amalgamato disposto con le nuove norme del 1990) i limiti contrattuali della concorrenza. Si prevedeva appunto, la possibilità di limitare e circoscrivere la concorrenza tramite la stipulazione di *pacta* scritti. I cosiddetti *limina* che venivano previsti dal legislatore del

¹¹ *L'articolo 2085 così come l'art. 2084 rappresentano una deroga al principio della libertà di iniziativa economica privata riconosciuto a livello costituzionale dall'art. 41. Tale deroga è ammessa ove sussistano superiori esigenze della comunità.*
<http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-ii/capo-i/sezione-i/art2085.html>.

1942, erano solo di carattere territoriale e temporale, in nessun modo contenutistico. Per la disciplina codicistica i patti limitativi della concorrenza sono validi solo se circoscritti ad una zona ben delimitata o ad una specifica attività; devono essere previsti per un tempo che non superi i cinque anni, e in caso contrario la durata è ricondotta automaticamente entro tali limiti¹².

Il legislatore del Codice, *in nuce*, non si preoccupava dei contenuti che i vari patti potessero assumere; essi avrebbero potuto spingersi fino ad una vera e propria ripartizione dei mercati o addirittura fino ad una fissazione diretta dei prezzi. In questo modo, il legislatore tralasciava la stessa tutela della libertà della concorrenza, perseguendo la salvaguardia dell'autonomia del soggetto interessato, a scapito del mantenimento di una struttura concorrenziale del mercato.

L'art. 2597 c.c. si occupava poi della materia della fase distributiva, in relazione alle imprese contrassegnate da un regime in monopolio legale. Tale dottrina prevedeva (e presume tutt'ora) l'obbligo, in capo all'impresario monopolista, di patteggiare con chiunque ne faccia esplicita richiesta. È presunto anche un aggiuntivo onere, ossia quello di garantire la parità di trattamento a favore di tutti i contraenti. La disposizione si riferisce alla sola categoria del monopolio legale, escludendo chi gode di un monopolio di fatto o si trova in una posizione di oligopolio e quindi dominante su un determinato mercato. Occorre tener bene a mente, comunque, che la direttiva non si occupa dei profili della produzione o dei prezzi, ma si limita alla sola fase distributiva e quindi commerciale¹³.

¹² Cfr. CIPOLLA C. M., *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Il Mulino, Bologna, 2009.

¹³ Cfr. AA.VV., *Codice civile e leggi complementari. Giurisprudenza, schemi e tabelle*, Gruppo 24 Ore, Milano 2012, pp. 840-844.

In questo caso, simmetricamente a ciò che avviene nel precedente articolo, ad essere salvaguardata non è tanto la preservazione di una struttura concorrenziale del mercato, quanto piuttosto l'interesse individuale del caso di specie. In tal modo peraltro l'ordinamento approntava una disciplina concernente gli abusi di posizione dominante.

La seconda *sectio* del Titolo X è poi dedicata alla concorrenza sleale. In linea con l'esperienza di altri Paesi europei, anche in Italia la disciplina della concorrenza sleale nasce, sin dalla seconda metà dell'ottocento, dalla elaborazione della scienza del diritto chiamata a colmare un vuoto normativo particolarmente avvertito. Dopo una prima fase caratterizzata infatti dalla emersione dell'esigenza di una disciplina statale della materia a tutela di posizioni imprenditoriali già acquisite ed a garanzia del leale svolgimento della competizione fra imprese.

L'art. 2598 c.c. contiene un elenco delle fattispecie che integrano la concorrenza sleale¹⁴.

¹⁴ Secondo la Dottoressa A. Corubolo: *tramite questo articolo il legislatore ha inteso dare una definizione degli atti di concorrenza sleale [...]. Di particolare rilievo è anche l'art. 10 bis n. 2 della Convenzione d'Unione di Parigi, per la protezione della proprietà industriale (testo di Stoccolma), secondo il quale costituisce un atto di concorrenza sleale ogni atto contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale". Terminologia, quella di usi onesti, che è richiamata anche nell'art. 101 della Legge sul diritto d'autore.*

In queste norme non vi è alcuna menzione alla correttezza professionale che nel nostro ordinamento è parametro fondamentale, insieme alla idoneità del comportamento a danneggiare l'altrui azienda, per stabilire se si sia o meno in presenza di un atto di concorrenza sleale. Ma il richiamo al concetto di usi onesti fa, in ogni modo, pensare ai principi fondanti della stessa correttezza professionale. Il discorso si focalizza allora proprio sulla ricerca di elementi certi che possano dare sostanza e limite al concetto di correttezza professionale. Bisogna stabilire quale comportamento sia professionalmente corretto e perché. Problematica, quest'ultima, cui dottrina e giurisprudenza hanno dedicato particolare attenzione proprio a causa dell'importanza indiscussa di una esatta soluzione. In tema la giurisprudenza, non sempre concorde, ha parlato di contrasto con i principi della lealtà e della correttezza commerciale (Cass. Civ. Sez. I Sent. n. 1413 del 24.2.1983), ha affermato che il concetto di correttezza professionale non va inteso in senso restrittivo, cioè come applicabile soltanto in caso di inosservanza di una norma giuridica, ma in senso ampio seguendo un criterio teleologico funzionale (Cass. Civ. Sez. I Sent. n. 6316 del 26.10.1983), ha ancora fatto riferimento a consuetudini generalmente affermate e storicamente variabili, quali quelle del buon costume commerciale, costituente ad un tempo il parametro più valido ai fini della differenziazione degli atti

Al n. 1 si considera il divieto di imitazione servile, e si prevede che compie atti di concorrenza sleale chi tende ad ingenerare mediante l'utilizzo di nomi, simboli, segni distintivi, dubbio o confusione sull'attività di altre imprese che utilizzano legittimamente gli stessi idiomi. Questa circostanza si concretizza anche nel caso in cui vi sia il compimento di atti in grado di creare confusione con le prestazioni e le attività di altre imprese. In tale *modus*, la norma intende tutelare le posizioni acquisite ben al di là della disciplina sui brevetti; ad essere protetti sono, infatti, degli elementi puramente estetici.

Al n. 2, la norma impedisce di dar luogo ad ogni forma di pubblicità comparativa, senza attribuire peso alla pur rilevante circostanza per cui le affermazioni fatte rispecchino il vero, o siano invece il frutto di intenti solo ed esclusivamente denigratori, contenendo argomentazioni fallaci e non corrispondenti alla realtà. Ciò significa che, per far sì che la diffusione di notizie relative ai prodotti o all'attività di un'impresa costituisca un atto di concorrenza sleale, è sufficiente che essa le arrechi un nocumento sotto forma di discredito. Da tali riflessioni traspare che il legislatore "ha creato attorno a ciascuna impresa, una salda ed invalicabile barriera giuridica che la protegga da qualsiasi indebita invasione avversaria e da ogni forma di attacco che provenga dalle manifestazioni pubblicitarie di concorrenti".

concorrenziali leciti da quelli illeciti e lo strumento più appropriato per il necessario adeguamento della disciplina della concorrenza alla evoluzione della vita economica (Cass. Civ. Sez. I Sent. n. 7399 del 15.12.1983). Anche più di recente la Corte ha individuato un metro di valutazione, della presenza di comportamenti non corretti dal punto di vista professionale, nella "violazione della regola della correttezza commerciale (Cass. Civ. Sez. I Sent. n. 3787 del 20.4.1996). <http://www.diritto.it/articoli/commerciale/corubolo1.html>.

Nondimeno la fattispecie di cui al n.2 dell'art. 2598 c.c. è stata fatta oggetto di una esegesi estensiva, a proposito della norma secondo cui ci si trova di fronte ad un caso di concorrenza sleale nella circostanza in cui un operatore economico si appropri dei pregi tipici dei prodotti del rivale. Mediante tale interpretazione estensiva, rientrano in questa categoria di atti anche l'appropriazione di pregi non posseduti da altri soggetti.

Infine, per quanto riguarda il n. 3, esso prevede che si rientra nell'ambito di applicazione della norma, in tutte le circostanze in cui un'impresa si avvale di strumenti che contrastano con i principi della correttezza professionale, idonei a generare un danno nei confronti di un'azienda. Indicativa al riguardo, è l'esplicazione dei principi suddetti, dato che essi possono riferirsi sia all'etica professionale, così come alla semplice prassi imprenditoriale. In base a tali riflessioni si giunge alla conclusione secondo la quale l'interesse del consumatore è tutelato solo in via mediata, in quanto a rilevare direttamente nell'ambito di tale disposizione sono i contrapposti interessi imprenditoriali.

Come si arguisce, le disposizioni del Codice, complessivamente considerate, non erano state immaginate a tutela di tutti gli attori del mercato, ma in massimo grado, per regolare i rapporti fra gli imprenditori già presenti sul mercato. Non si ipotizzava nemmeno che ci potesse essere un interesse della collettività a preservare le dinamiche concorrenziali del mercato. La concorrenza nel mercato, *in nuce*, non rappresentava un valore giuridicamente rilevante per l'ordinamento corporativo e le norme del Codice si limitavano a tutelare la correttezza e lealtà delle relazioni commerciali fra impresari.

Il legislatore del Codice, *in nuce*, perpetuava lo sbaglio in cui era già incorsa la *traditio* liberale, quella di ritenere che il valore da tutelare nel mercato fosse la sola libertà degli imprenditori che vi operano. Si

dimenticava cioè che il modo in cui il mercato si organizza al suo interno non è affatto indifferente rispetto alla sfera di libertà di tutti gli attori che vi operano ed a quella della società nel suo complesso.

1.3 L'avvento della Costituzione della Repubblica Italiana 1° gennaio 1948.

Secondo Aristide Police, la Costituzione repubblicana simboleggia senza ombra di dubbio, una svolta di grandissima importanza per quanto concerne l'individuazione degli elementi chiave che guideranno la successiva produzione precettistica, anche per quanto attiene alla disciplina della concorrenza, incidendo peraltro su quelle previsioni del Codice civile che risultavano in contrasto con essa¹⁵.

La collettiva preoccupazione del Costituente era quella di realizzare un sistema economico che fosse capace di garantire elevati livelli di benessere sociale. Nondimeno, i percorsi suggeriti dalle diverse famiglie politiche rappresentate dall'Assemblea Costituente per raggiungere questi comuni obiettivi erano assai diversi e, talvolta, inconciliabili.

Fra le varie proposte avanzate a riguardo, merita una particolare menzione l'emendamento proposto dal secondo Presidente della Repubblica Italiana

¹⁵ Cfr. POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino 2007, p. 20.

Luigi Einaudi secondo cui “*la legge non è strumento di formazioni dei monopoli economici ed ove questi esistano li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta*”¹⁶. Si trattava di una previsione volta a combattere “*il male più profondo della società presente*” che si doveva rinvenire proprio nell’esistenza di monopoli “*vera fonte di disuguaglianza, vera fonte della diminuzione dei beni prodotti, vera fonte della disoccupazione delle masse operaie*”.

Peraltro è d’uopo rammentare che l’emendamento non fu poi acconsentito. Il Presidente Ruini, interpretando gran parte dell’Assemblea, evidenziò come la concorrenza non fosse un sistema spontaneo e naturale ma “*artificiale*” poiché richiedeva continui interventi di Istituzioni pubbliche per garantirne il mantenimento e che la previsione di strutture burocratiche incaricate di tale compito potesse risultare macchinosa¹⁷.

Tuttavia, sia nell’intervento di Meuccio Ruini, sia in parecchi altri, si manifestava l’idea per cui il progetto di Costituzione contenesse già sufficienti garanzie contro i monopoli. Come è stato sottolineato, infatti, era diffuso il convincimento che il principio antimonopolistico, secondo cui le pubbliche Amministrazioni avrebbero dovuto combattere le concentrazioni economiche esistenti ed astenersi dal crearne di nuove, potesse ricavarsi comunque dal combinato disposto dagli artt. 41 e 43 Cost., norme che assieme all’art. 41 Cost., “*caratterizzano l’intero sistema economico*”¹⁸.

Quanto all’articolo 41 Cost., il comma n. 1 riconoscendo maestosamente tra le fondamentali libertà economiche la libertà di iniziativa economica, ha portato con sé l’affermazione nel nostro ordinamento di una struttura di

¹⁶ <http://www.nascitacostituzione.it/02p1/03t3/043/index.htm?art043-023.htm&2>.

¹⁷ Cfr. <http://www.studiolegalemarcomori.it/la-relazione-al-progetto-della-costituzione-dj-meuccio-ruini/>.

¹⁸ Cfr. http://public.it/federalismo/ricerche/einaudi_1947.html.

mercato basata sull'iniziativa individuale e la conseguente e correlata affermazione di due ulteriori principi: quello della libertà di concorrenza e quello della libertà di accessi al mercato¹⁹. Secondo una convinzione divulgata tra gli studiosi dello *ius privatum* e del diritto commerciale, questi postulati hanno disegnato *stricto sensu* una fondamentale garanzia di conservazione delle dinamiche concorrenziali nel mercato, ovvero hanno almeno reso fertile l'*humus* di valori su cui il legislatore ordinario ha potuto negli anni successivi edificare l'articolato sistema di precetti (a garanzia dei *trend* concorrenziali del mercato) e di Istituzione preposte alla loro osservanza.

La libertà di iniziativa, com'è risaputo, è stata istantaneamente sottoposta ad un doppio ordine di limitazioni. Il primo, con riferimento alle modalità del suo esercizio e il secondo relativo alle sue finalità.

Il primo ordine di limitazioni previsto dal comma 2 dell'art. 41 Cost., allude alla concreta possibilità che a tale diritto vengano posti dei limiti negativi. In tal senso operano i provvedimenti ablatori che hanno come conseguenza, quella di sottrarre alla libera azione del mercato la fissazione dei prezzi, funzione che all'opposto dovrebbe essere tutelata proprio dalla disciplina *antitrust*. Il secondo ordine, contrariamente, prevede la possibilità di imporre dei limiti di carattere positivo, volti alla realizzazione di determinate finalità. Pure il comma 3 dell'art. 41 Cost. caratterizza dei limiti che vanno a trasporre, in concreto, l'*exemplum* di mercato che il legislatore costituzionale intendeva raffigurare.

¹⁹ Secondo Scaglione: *la libertà di impresa è garantita dall'articolo 41 Cost. solo in quanto situazione socialmente utile. Il limite dell'utilità sociale, in particolare, fa subito affiorare il delicato tema della sua concreta specificazione (9), la quale è de-mandata non soltanto, come si vedrà, all'applicazione della normativa anti-monopolistica (18), ma anche e soprattutto alle disposizioni legislative a tutela del consumatore o utente, che rappresenta la parte « debole » dei rapporti contrattuali intercorrenti con un imprenditore (cfr., ad esempio, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, codice del consumo, art. 21, d.lgs. n. 58/1998, artt. 115-128, d.lgs. n. 385/1993, d.lgs. n. 70/2003)*. SCAGLIONE F., *Il mercato e le regole della correttezza*, Cedam, Padova 2010, p. 8.

Del resto, il riferimento alla *utilitas* sociale e ai fini sociali” fa asse su concetti tanto estesi ed indefiniti da garantire la piena legittimità dei più differenti interventi legislativi, sia relativi all’operato della singola impresa che all’attività economica privata nel suo complesso.

È così che la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall’art. 41 Cost. è stata chiarita nella dottrina civilistica non solo per circoscrivere il potere dello Stato nei confronti dei privati, ma anche per costruire una inedita disciplina dei rapporti fra privati. È proprio su questo fondamento costituzionale che il grande giurista romano Tullio Ascarelli erigeva la sua *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*.

Si è ritenuto, infatti, che la garanzia costituzionale, muovendo da una prospettiva individualistica conducesse, nella sua proiezione pluralistica, ad una affermazione di principio a favore della struttura concorrenziale del mercato. L’art. 41 Cost. è stato perciò interpretato come direttiva di garanzia per una “funzionalità di tipo concorrenziale della iniziativa economica” e, grazie anche al criterio della utilità sociale, come fonte di legittimazione per l’intervento del legislatore ordinario in favore del pieno esercizio della libera concorrenza nei mercati. La piattaforma legale della libera concorrenza è stata interpretata così nello stesso riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza.

Non meno importanti, per la scienza commercialistica, le previsioni insite *ex-art.* 43 Cost. che, disciplinando l’intervento statale nell’economia e incastrando ulteriori limitazioni all’esercizio della libertà di iniziativa economica, sono state commentate come concorrenti alla delimitazione della garanzia costituzionale delle dinamiche di mercato²⁰.

²⁰ **Articolo 43** *A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a*

Come è risaputo, l'art. 43 presume che, l'iniziativa economica dei privati (anche quella monopolistica) possa essere preclusa sin dall'origine o possa venire meno in seguito ad un provvedimento ablatorio qualora ricorrano situazioni di monopolio di fatto. Possono cioè essere trasferite o riservate sin dall'origine dello Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti, determinate imprese o intere categorie di queste.

Pertanto, l'art. 43 Cost., pur non rendendo necessitata la riserva giuridica o l'espropriazione per pubblica *utilitas* nelle ipotesi del monopolio di fatto, è stato interpretato come conferma della consapevolezza del Costituente rispetto ai potenziali rischi derivanti agli interessi della collettività dalle situazioni di monopolio e, proprio in nome dell'utilità sociale, esso ha legittimato l'eventuale esclusione (o compressione) della iniziativa economica privata in favore dell'intervento statale.

Non così concordi, nel rinvenire un principio costituzionale di libera concorrenza o un caposaldo costituzionale a garanzia delle dinamiche del mercato, sono stati gli eruditi di diritto pubblico. Soprattutto in un primo tempo, si è accreditata la tesi che l'art. 41 Cost. non ponesse in realtà alcuna aprioristica e inflessibile equazione tra grande impresa e svantaggio collettivo, così come non pone neppure la diversa equazione tra vantaggio e ripristino della libera concorrenza, altrettanto aprioristica e meccanica che quella poco sopra elaborata. Fondamentalmente analoga è la posizione di chi ha negato la stessa possibilità di concepire un principio di tutela della libertà nei confronti dei privati come garanzia di valori inerenti un rapporto puramente orizzontale, che sarebbe da ritenere logicamente ridondante in quanto espressivo della mera coesistenza fra le singole libertà. Poco

comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale. Un commento molto valido sull'articolo in orbita è insito in: AA.VV., *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di Guido Corso, Vincenzo Lopilato, Giuffrè, Milano 2014, p. 84.