

# CONCORRENZA ED INTERESSI PUBBLICI

**Spartaco FURNERI**  
*Studente di Giurisprudenza*  
*Università di Roma Tre*

## INTERVENTO BREVE

L'esigenza di comprendere il motivo per cui nel nostro sistema istituzionale si siano andati diffondendo modelli di organizzazione pubblica diversi da quelli tradizionali induce ad analizzare con maggiore attenzione un settore nel quale lo Stato vede rapidamente trasformarsi il suo ruolo.

Con l'apertura dei mercati nazionali e la formazione di un "mercato unico" sovranazionale, mutano infatti ambedue i termini del tradizionale rapporto Stato-mercato. Da un lato, i mercati perdono la loro identità nazionale; dall'altro, lo Stato viene progressivamente sostituito da un organismo sovranazionale. Alla formazione di un mercato unico europeo si è pervenuti utilizzando tre strumenti: la libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali; la disciplina della concorrenza; la limitazione degli aiuti statali alle imprese (oltre che con l'eliminazione delle frontiere delle frontiere fiscali e con l'armonizzazione della disciplina di materie interferenti, come la proprietà intellettuale).

La disciplina uniforme del mercato unico viene realizzata, dunque, con tre strumenti, che hanno caratteristiche diverse. Il primo consiste in una disciplina comunitaria che dispone limiti agli interventi statali. Il secondo in una disciplina comunitaria contenente limiti all'attività di privati. Il terzo in una struttura più complessa, composta da una disciplina comunitaria di limite dell'azione dei poteri pubblici nazionali, interagente con limiti gravanti sui privati.

Nel primo caso (quello delle quattro libertà di circolazione), il limite ha per risultato quello di ampliare l'autonomia dei privati. Nel secondo caso (quello della disciplina della concorrenza), la disciplina si riferisce direttamente ai privati. Nel terzo caso (quello della limitazione degli aiuti di Stato alle imprese), il limite è diretto agli Stati, ma non alla loro attività negativa, bensì ad un'attività positiva, consistente in una erogazione di denaro.

La norma comunitaria, ponendo un limite all'attività statale di erogazione di fondi a privati, sortisce l'effetto di limitare l'area di autonomia dei privati (che fruivano degli aiuti), a favore di imprese di altri paesi (che non ne fruivano). Parlando di mercato europeo si deve necessariamente affrontare il delicato problema della "concorrenza".

Questa ha assunto, dagli anni Ottanta in poi, un'importanza sempre maggiore, grazie alla crescita, ristrutturazione e riorganizzazione interna del sistema industriale italiano, in un momento nel quale era particolarmente forte la spinta del processo d'integrazione europeo. L'evolversi del sistema produttivo ed il ridimensionamento dell'intervento statale nell'economia hanno reso necessaria l'individuazione di nuovi ed efficaci strumenti di tutela del mercato. Si sa, infatti, che il mercato stesso necessita di determinate regole che garantiscano la libertà d'iniziativa economica per i singoli individui e una reale ed effettiva competitività tra questi.

Questo obiettivo è raggiunto nel momento in cui si realizza una effettiva concorrenza, in un mercato dove agiscono un elevato numero di imprese tale da impedire il formarsi di monopoli o comunque di strutture fortemente concentrate che impedirebbero o la permanenza dei rivali.

La disciplina generale della concorrenza è contenuta nella legge 10-10-1990, n. 287. Oggetto di questa normativa sono le intense restrittive della libertà di concorrenza, l'abuso di posizione dominante e le operazioni di concentrazione.

Tralasciando l'analisi specifica della legge, è opportuno ricordare alcuni aspetti fondamentali ed innovativi della stessa. L'art. 1, in particolare che stabilisce il principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno ed introduce due doppi raccordi, i primi relativi al rapporto tra le norme comunitarie e quelle dell'ordinamento nazionale e i secondi relativi ai rapporti tra procedimenti comunitari e procedimenti nazionali.

Per quanto riguarda i rapporti tra le norme, abbiamo due nuovi principi: quello di completamento dell'ordinamento nazionale in base ai principi dell'ordinamento comunitario e quello della residualità della disciplina nazionale, rispetto a quella comunitaria (l'ambito di applicazione della legge nazionale è residuale, perché deriva dai casi che sono esclusi dall'ambito di applicazione delle norme comunitarie). In corrispondenza del principio di "preferenza" delle norme comunitarie, il comma 2° e il 3° dell'art.1 della legge n.287 del 1990 stabiliscono che l'amministrazione nazionale debba deferire alla Commissione della Comunità le questioni che non ricentrino nell'ambito dei suoi poteri, oppure sospendere l'istruttoria, quando il procedimento risulti iniziato presso la Commissione.

Viene, così, stabilito il principio della prevalenza del procedimento comunitario rispetto al procedimento nazionale, il quale diventa recessivo nei confronti di quello comunitario.

Un ulteriore accenno va fatto alle imprese di servizio pubblico o di pubblico o di pubblica utilità (di cui all'art.43 della Costituzione) che sono sottoposte alle regole della concorrenza, salvo la "specifica missione loro affidata" (secondo quanto dice l'art. 90 del Trattato istitutivo della Comunità europea), cioè salvo il perseguimento di un obiettivo o compito loro specificamente assegnato.

In particolare l'art. 8 della medesima legge stabilisce che la normativa Antitrust non si applica a quelle attività del settore pubblico che esercitano la gestione di ser-

vizi di interesse generale, ovvero operano in regime di monopolio legale. Con gli strumenti ora indicati, vengono protetti interessi che hanno natura collettiva. La Comunità europea assume come interessi pubblici interessi collettivi, differenziandosi così dagli ordinamenti statali, dove gli Stati tutelano sia interessi collettivi, sia interessi propri (della persona giuridica dello Stato). Le situazioni soggettive prodotte dall'instaurarsi del mercato comune sono, dunque, molto più complesse di quelle che si presentano nel diritto interno, dove domina il rapporto tra il cittadino e lo Stato. Nell'ordinamento comunitario complessivo, situazioni giuridiche soggettive del cittadino nei confronti dello Stato si intrecciano con situazioni del cittadino nei confronti della Comunità e con situazioni attive o passive degli Stati rispetto ai cittadini ed alla Comunità.

Una riflessione merita, infine, l'interpretazione dell'art.41 della Costituzione in relazione ai mutamenti in atto. Negli anni '40 si parlò di "funzionalizzazione" della proprietà e dell'impresa cioè si pensò che le facoltà che compongono le situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite non potessero essere lasciate alla autonomia dei privati, se non a prezzo di gravi costi per la società. Da qui la predisposizione di limiti non di carattere esterno o negativo, ma di carattere interno o positivo, con i quali l'autorità pubblica stabilisse finalità e modi di uso di un bene o di un'impresa, modificando la struttura del diritto soggettivo. Oggi la "rivolta" del mercato contro l'indirizzo governativo e la direzione amministrativa dell'economia ha portato alla creazione di un'entità indipendente dalle decisioni politiche, dotata di funzioni amministrative autonome e svincolate, in alcuni casi, dallo stesso principio di legalità: L'autorità Garante della Concorrenza e del mercato.

Tutto ciò, insieme all'introduzione della normativa comunitaria, ha messo in crisi quella interpretazione, sopra menzionata, della norma costituzionale e ha posto il problema di "convivenza" della stessa con il principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno dei singoli Stati.

Significativa importanza è stata attribuita al disposto dell'art.1, comma primo, della legge n. 287 del 1990, secondo il quale le disposizioni previste dalla suddetta legge sono poste in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e a garanzia del diritto d'iniziativa economica anche se non può ammettersi che il richiamo sia riferito soltanto al generico principio di libertà di iniziativa dal momento che certamente comprende anche il precetto contenuto nel secondo comma dell'art. 41 della Costituzione, in forza del quale questa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale.

L'autorità garante della concorrenza e del mercato, alla quale è riconosciuto il compito di assicurare l'attuazione del dettato normativo, di cui alla citata legge n.287, diventa quindi l'ago della bilancia di tale situazione ed è particolarmente rilevante il fatto che l'ordinamento l'abbia configurata come autorità amministrativa. Anche nel settore dei servizi di pubblica utilità, l'esigenza di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza, unita a quella di assicurare eleva-

ti livelli qualitativi in condizione di economicità e di redditività, ha portato all'istituzione di soggetti indipendenti, le Autorità per i servizi di pubblica utilità.

Queste autorità sono preposte alla regolazione e al controllo dei servizi di pubblica utilità per garantire la disponibilità e la diffusione in modo uniforme, su tutto il territorio e per tutti i cittadini dei servizi stessi. La normativa si preoccupa di fissare tra i suoi obiettivi quello di garantire agli utenti finali, oltre che un sistema tariffario tendenzialmente unico, trasparente e basato su criteri predefiniti, che si deve armonizzare con gli obiettivi economici del governo, con la normativa comunitaria e dunque con l'interesse dei consumatori. L'aggiornamento delle tariffe viene effettuato a cura dei soggetti esercenti il servizio ed è sottoposto a verifica successiva da parte dell'Autorità.

La creazione della concorrenza in settori storicamente di monopolio pubblico, come quelli dei servizi di pubblica utilità è il frutto di un generale ripensamento sul ruolo dello Stato all'interno dell'attuale economia. Emblema di questo ripensamento è il fenomeno delle privatizzazioni che coinvolge diversi servizi che erano stati ritenuti storicamente essenziali per lo Stato, quali innanzi tutto l'energia elettrica e le telecomunicazioni.

Le pubbliche utilità o servizi, da sempre sono il baluardo del protezionismo statale in quanto oggetto di monopoli i cui poteri speciali si estendono dalla gestione delle infrastrutture alla erogazione dei servizi. Vi sono poi monopoli "naturali" o meglio necessari di pubblica utilità dovuti alla presenza di forti economie di scala e grandi blocchi di investimento dove non appare opportuna la presenza di più operatori in regime di concorrenza. I vantaggi riconducibili a tali situazioni di concentrazione come i monopoli, da cui potrebbero derivare abusi, sono tutelati attraverso l'istituzione delle Autorità sui servizi, organi neutrali e indipendenti. Resta il fatto che queste Autorità hanno un campo di azione limitato dagli obiettivi generali prefissati dal legislatore e dal rispetto delle competenze conferite alle altre autorità di regolazione e di controllo. Per giungere, quindi, anche in questi settori ad una effettiva garanzia della concorrenza sarebbe necessario il compimento, da parte del legislatore, di un intero piano di riordino e strutturazione dei settori stessi.

Tanto le caratteristiche regolamentari che quelle per il funzionamento portano, inevitabilmente, l'Antitrust ad inviare le sfere di competenza sia delle autorità il cui operato non può prescindere dal mercato, sia di quelle che non hanno come fine la tutela del mercato stesso.

Esemplificativo in tal senso il rapporto con l'Autorità di regolazione dei servizi pubblici che in materia di tutela della concorrenza non è chiamata a svolgere alcun ruolo specifico: non ha poteri provvedimenti e tanto meno sanzionatori; invece, ha, nel campo della concorrenza, significativi poteri propositivi, consultivi e di controllo, nonché poteri di direttiva.

Per quanto attiene le imprese esercenti i servizi di pubblica utilità, le ragioni della concorrenza e del mercato sono sostanzialmente promosse dall'Autorità di rego-

lazione, ma continuano ad essere tutelate e salvaguardate dall'autorità antitrust. Anche dal punto di vista temporale queste due competenze, l'una di promuovere, l'altra di tutelare, non sono sovrapponibili. La prima, spettante all'Autorità di regolazione si esplica nella fase procedimentale che precede l'inizio dell'attività dell'impresa esercente il servizio.

La seconda, mantenuta in capo all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, trova il proprio terreno di incidenza durante il corso delle attività delle singole imprese.

Importante la scelta legislativa in base alla quale ogni competenza in ordine alla tutela in senso stretto della concorrenza e del mercato è stata mantenuta in capo all'autorità, diversamente da quanto non sia avvenuto, per esempio, nell'ambito delle imprese bancarie.

Questo si spiega in via generale, perché tutte le autorità di settore pur avendo la funzione di partecipare e di assicurare la massima concorrenzialità dei mercati regolamentati, sono titolari di altre funzioni la cui realizzazione può determinare una politica regolativa che privilegi l'impresa controllata dalla singola autorità.

L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato invece ha una visione globale della struttura dei mercati e dei rapporti tra essi e non può essere legata ad alcun rapporto privilegiato con determinate imprese.