

# QUALCHE SPUNTO SULL'EVOLUZIONE DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA DELL'UNIONE EUROPEA

FAUSTO CARONNA

## INTRODUZIONE

La costituzione economica dell'Unione Europea è oggetto di un ampio, controverso e risalente dibattito. Tale dibattito si è sviluppato negli anni su diversi livelli, da quello filosofico-politico, a quello economico o ancora a quello più strettamente giuridico-positivo. Questa molteplicità di livelli ha causato spesso incomprensioni tra i protagonisti del dibattito che in certi casi, pur «rispondendo» alle critiche rivoltegli da esponenti di scuole di pensiero diverse, usavano in realtà il concetto di costituzione economica in accezioni diverse.

Questo articolo si propone, quindi, in primo luogo di presentare i diversi «significati» in cui il concetto di costituzione economica è stato usato nella letteratura.

Il punto di partenza è costituito dal concetto di costituzione economica così come elaborato dalla scuola ordoliberal<sup>1</sup>. Qui il concetto

---

<sup>1</sup> La scuola di pensiero ordoliberale, attiva a Friburgo in Germania durante gli anni trenta e quaranta dello scorso secolo, è stata la prima ad elaborare ed usare in modo coerente e sistematico il concetto di costituzione economica. I suoi fondatori sono stati il giurista Franz Böhm e l'economista Walter Eucken. Queste due figure di alto prestigio raccolsero intorno a se un numero di personalità di spicco e diedero inizio ad una tradizione di pensiero che costituisce tutt'ora in Germania l'indirizzo prevalente nel diritto della concorrenza. La produzione degli ordoliberali è vastissima e, per la gran parte, in lingua tedesca. Per un'accurata ricostruzione storico-giuridica della scuola ordoliberale vedi il volume pubblicato di recente in inglese da David J. Gerber. Cfr.

verrà inteso in senso funzionale, cioè come sistema di norme giuridiche idealmente atte a garantire il buon funzionamento di un'economia di mercato.

Si mostrerà di seguito come gli ordoliberali abbiano interpretato il Trattato di Roma, e più in generale la costituzione materiale della Comunità Europea<sup>2</sup>, come la concretizzazione del loro modello ideale. In questo contesto, il concetto di costituzione economica sarà usato in senso descrittivo, si riferirà cioè al complesso di norme giuridiche positive che regola la condotta degli agenti economici.

L'articolo prosegue, poi, confrontando la lettura ordoliberale con una diversa interpretazione della costituzione economica dell'Unione Europea. Secondo questa opposta ricostruzione, tratto caratteristico della costituzione economica europea sarebbe la sua *neutralità* tra diverse politiche economiche. L'insieme di norme giuridiche ispirate a principi coerenti con un sistema di mercato costituirebbe, pertanto, solo un sottosistema del più ampio sistema di norme giuridiche dell'Unione Europea. Ciò implica che sia gli organi comunitari sia gli Stati membri siano legittimati dal punto di vista giuridico ad attuare politiche di intervento sull'economia in modo ben più sostanziale di quanto non sarebbe possibile in base alle tesi ordoliberali<sup>3</sup>.

Si cercherà di mostrare che questa seconda ricostruzione della costituzione economica dell'Unione Europea, per quanto più fedele al dettato giuridico-positivo, avrebbe però bisogno di ben più solide basi al livello del concetto funzionale di costituzione economica.

---

David J. Gerber, *Law and Competition in the 20th Century Europe. Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford 1998.

<sup>2</sup> Con il termine «costituzione materiale» ci si riferisce qui alla costituzione formale (il Trattato di Roma) così come interpretato dalla Corte Europea di Giustizia. Il concetto di costituzione materiale, utilizzato dalla maggioranza degli studiosi, è particolarmente utile nel caso dell'Unione Europea; infatti, il Trattato di Roma, originariamente un trattato internazionale, è stato poi «costituzionalizzato» attraverso una serie di coraggiose sentenze della Corte Europea di Giustizia.

<sup>3</sup> La dicotomia tra politiche interventiste e politiche non-interventiste dello Stato solleva nel caso dell'Unione Europea l'ulteriore e complesso problema di come distribuire l'esercizio di quelle funzioni tra la sede centrale della Comunità e quelle degli Stati membri. Per una critica della dicotomia stessa e la proposta di un diverso approccio a tale problema, cfr. C. Joerges, *The Market without the State? The Economic Constitution of the European Community and the Rebirth of the Regulatory Politics*, in «European Integration Online Papers», 1 (1997), n. 19.

In ultimo, i risultati dell'analisi condotta verranno utilizzati per una valutazione del processo di riforma in atto nel diritto comunitario della concorrenza. In effetti, si assiste lì ad una radicale svolta nella politica comunitaria e sembra che inquadrare questo processo all'interno della più ampia evoluzione della costituzione economica europea possa aiutare a comprenderne meglio il significato e le implicazioni.

#### 1. IL CONCETTO FUNZIONALE DI COSTITUZIONE ECONOMICA

Gli ordoliberali ritenevano che l'economia di mercato costituisse condizione indispensabile per l'esistenza di una società aperta di individui liberi ed eguali<sup>4</sup>.

Essi si concentrarono, pertanto, sulle caratteristiche di un sistema sociale basato sull'economia di mercato e cercarono di capire quali fossero i meccanismi che ne potessero spiegare il funzionamento. Più in particolare, gli ordoliberali cercarono di rispondere alla seguente domanda: in che modo un sistema di mercato riesce ad organizzare e coordinare le azioni di un numero non definibile di individui ciascuno dei quali, pur agendo in base a programmi scelti in modo autonomo ed indipendente, è immerso in una fitta rete di scambi con gli altri individui e, pertanto, dipende dalle scelte che costoro compiono in modo altrettanto autonomo ed indipendente? La risposta che in ultimo diedero a tale quesito fondamentale fu la descrizione dell'ordine di mercato come ordine «spontaneo» prodotto da un sistema «auto-organizzato»<sup>5</sup>:

---

<sup>4</sup> In questa sede non sarà possibile analizzare in dettaglio ed in modo analitico la complessa teoria ordolibérale di cui saranno, quindi, esposte soltanto le linee essenziali. Una delle ragioni del profondo impatto della scuola ordolibérale sulla scena politica europea negli anni immediatamente successivi alla seconda guerra mondiale è stata proprio l'ampiezza, sistematicità ed organicità della loro teoria, che essi elaborarono su solide basi filosofiche. In particolare, una delle ragioni di quell'impatto fu costituita dalla loro capacità di combinare le diverse prospettive delle teoria economica e della teoria giuridica sul problema di come organizzare una società ordinata di individui liberi ed eguali in un unico ed organico approccio. Sulla scuola ordolibérale vedi David J. Gerber, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the «New Europe»*, in «The American Journal of Comparative Law», 42 (1994), n. 1, pp. 25-84 e Gerber, *Law and Competition in the 20th Century Europe. Protecting Prometheus*, cit.

<sup>5</sup> Il più profondo e solido difensore di questa visione dell'ordine del mercato è senza dubbio F. A. von Hayek. Sebbene questi non abbia mai fatto parte della scuole

l'interazione di e fra individui autonomi ed indipendenti si sviluppa in, e produce delle, regolarità nelle attività economiche che costituiscono il risultato evolutivo di un processo «auto-organizzantesi» grazie ad aggiustamenti reciproci fra le scelte indipendenti degli individui autonomi medesimi. *La capacità di «auto-organizzarsi» del sistema* si svolge all'interno di una complessa rete di transazioni tra i diversi attori economici (persone fisiche e giuridiche). Questo processo è estremamente importante perché la conclusione di ogni singola transazione contribuisce non solo alla diffusione di informazioni rilevanti sui possibili usi cui i vari beni possono essere adibiti e sul loro relativo valore, ma anche alla creazione di nuove conoscenze su quegli usi e valori<sup>6</sup>. *La capacità di fare scelte indipendenti* è assicurata non appena ognuno dei partecipanti ad una transazione è in condizione di valutarne la convenienza in relazione alla possibilità di concludere la transazione con altri potenziali attori economici (o di sostituire l'oggetto della transazione con altri potenziali oggetti); in altre parole, essa è assicurata non appena una concorrenza effettiva è introdotta e garantita<sup>7</sup>. Ad ogni singolo stadio di questo processo continuo gli equilibri transitori raggiunti rappresentano e costituiscono l'ordine non voluto e spontaneo prodotto dal coordinarsi contemporaneo delle azioni di tutti gli attori economici. Questo «ordine», che è il prodotto delle azioni

---

ordoliberal, ha mantenuto con questa, ed in particolare con W. Eucken, stretti legami. La differenza principale tra la posizione di Hayek e quella degli ordoliberali consiste nel fatto che questi ultimi ritengono che allo Stato vada necessariamente attribuito un ruolo «costitutivo» dell'economia di mercato, laddove Hayek ritiene che l'ordine di mercato non abbia bisogno di sostegni «esterni». Sul rapporto tra Stato e mercato nella teoria ordoliberal vedi più avanti nel testo. Per una lettura critica della concezione hayekiana del mercato vedi anche N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari 1998.

<sup>6</sup> Una delle ragioni della superiorità dell'ordine di mercato sull'economia pianificata è costituita dalla capacità che ha il primo ordine, ma non il secondo, di risolvere il problema della «conoscenza». Il mercato, infatti, non solo è in grado di sfruttare la conoscenza parziale posseduta da ognuno dei suoi singoli partecipanti, ma anche fa sì che si instauri un processo che produce nuova conoscenza. «Which goods are scarce goods, or which things are goods, and how scarce they are — these are precisely the things which competition has to discover». Cfr. F.A. von Hayek, *Competition as a Discovery Procedure*, in «New Studies in Philosophy, Economics and the History of Ideas», 1968/1978.

<sup>7</sup> Se guardata dal punto di vista filosofico-giuridico, la capacità che un individuo ha di compiere scelte indipendenti è condizione di garanzia della sua autonomia.

umane ma non della volontà umana, è stato definito da Hayek *catalaxis*.

Una volta definito il sistema di mercato come ordine spontaneo, non prodotto da una «decisione» dell'uomo e pertanto senza fini, gli ordoliberali si interrogarono sul tipo di norme che potessero garantire il corretto funzionamento di tale ordine. La risposta a questo interrogativo era già stata data da David Hume nel suo *Treatise of Human Nature*<sup>8</sup>; il filosofo scozzese aveva lì sostenuto che fossero necessarie delle norme in grado di garantire «*the stability of possession, of its transference by consent and of the performance of promises*». Si tratta, cioè, delle norme che istituiscono e proteggono la proprietà privata, la libertà contrattuale e la responsabilità personale. Visto che queste norme appartengono tutte al diritto privato, F. Böhm introdusse l'espressione *private law society* per descrivere una società fondata su questi principi e norme<sup>9</sup>.

Gli ordoliberali erano, però, convinti che le summenzionate norme non fossero da sole sufficienti a preservare l'esistenza di una società composta da individui ugualmente liberi. Infatti, se quel tipo di norme vale ad attribuire e riconoscere l'autonomia individuale, non protegge però contro il rischio che quella stessa autonomia, che si traduce in un corrispettivo potere, possa essere esercitata in modo abusivo e possa, in tal modo, finire per tradursi in indebite interferenze da parte di uno o più privati nei confronti di altri privati.

Nel cercare di risolvere questo difficile problema, gli ordoliberali proposero di applicare alla sfera privata lo stesso sistema di pesi e contrappesi che era stato con tanto successo ideato per risolvere il problema dell'abuso di potere nella sfera pubblica. In altre parole, così come nella sfera pubblica si era arrivati a riconoscere i principi della divisione dei poteri, del suffraggio universale e dello Stato di diritto come garanzie indispensabili contro l'eccessivo concentrarsi del potere (con l'inevitabile rischio di un suo abuso), un meccanismo simile andava applicato alla sfera privata onde evitare che la eguale libertà dei cittadini, protetta nei confronti del momento pubblico, potesse essere

---

<sup>8</sup> Cfr. D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, Oxford 1888/1978.

<sup>9</sup> Cfr. F. Böhm, *Rule of Law in a Market Economy*, in A. Peacock-H. Willgerodt (eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Macmillan, London 1989.

messa in pericolo dall'esistenza e dall'esercizio del potere privato<sup>10</sup>. Come si è già detto sopra, gli ordoliberali ritenevano che un regime di libera concorrenza fosse condizione necessaria per il mantenimento di una società di liberi ed eguali. L'instaurazione di un sistema inteso a garantire che il processo di concorrenza fosse libero e non falsato deve, pertanto, costituire secondo il pensiero ordoliberales una scelta costituzionale fondamentale che vincola lo Stato.

È qui che si trova probabilmente il contributo più originale dato da questi studiosi allo sviluppo del pensiero liberale. In effetti, assistiamo qui ad un totale ribaltarsi della tesi centrale al pensiero liberale, quella in base alla quale l'esistenza di un'economia libera (condizione indispensabile per la libertà individuale) viene garantita attraverso una chiara e netta separazione della sfera politica da quella economica. Nel sistema ordoliberales, infatti, l'esistenza di una società composta da individui liberi ed eguali dipende in modo *fondamentale* dal rapporto che l'economia ha con la politica. È proprio la scelta costitutiva compiuta al livello costituzionale che agisce come garanzia contro il rischio di interferenze sulla libertà degli individui sia da parte dello Stato che da parte dei privati. Se da un lato, infatti, un sistema di libera concorrenza è il prodotto di una scelta costituzionale fondamentale, dall'altra parte, però, questa scelta pone stringenti limiti alle possibilità di azione degli organi statuali, e quindi è anche garanzia contro possibili indebite interferenze della politica nella sfera economica. Il sistema di mercato, come si è visto, è un sistema «auto-organizzantesi» e senza fini, che può funzionare soltanto se e finché non si pretenda di definire dall'esterno (ossia in sede politica) obiettivi concreti da perseguire, traducendoli poi in effettive politiche di intervento sull'economia<sup>11</sup>. Insomma, la scelta costituzionale fondamentale chiama lo Stato a svolgere un ruolo allo stesso tempo costitutivo e sussidiario nei confronti della libertà economica: costitutivo in quanto l'esistenza di

---

<sup>10</sup> Secondo Böhm, «the issue on which we focused together was [...] the issue of private power in a free society». Cfr. Gerber, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the «New Europe»*, cit.

<sup>11</sup> Una delle tesi più importanti della *Ordnungspolitik* è quella secondo cui v'è una assoluta incompatibilità tra una *transaction economy* ed una *centrally administred economy*; ciò implica che ogni tentativo di utilizzare strumenti adatti al secondo tipo di economia finirebbe necessariamente per ostacolare il corretto funzionamento di un'economia di mercato. Cfr. Gerber, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the «New Europe»*, cit.

una economia libera dipende da quella scelta, sussidiario perché un sistema di mercato implica per definizione che lo Stato si limiti a garantire le condizioni necessarie affinché il processo concorrenziale non sia distorto.

È importante, però, sottolineare ancora una volta che nella prospettiva ordoliberalista il mantenimento di condizioni di effettiva concorrenza è fondamentale in quanto e fintanto che sia funzionale al garantire l'esistenza di condizioni di uguale libertà per tutti i cittadini; in altre parole, la concorrenza è protetta perché ciò è ritenuto essenziale ai fini dell'esistenza di condizioni che garantiscano un'effettiva autonomia individuale<sup>12</sup>.

Una politica statale che prevenga il formarsi di posizioni di potere di mercato<sup>13</sup>, in quest'ottica, lungi dall'interferire con l'esercizio della libertà contrattuale è al contrario costitutiva di quella libertà. L'autonomia contrattuale, infatti, è possibile proprio grazie alle norme del diritto della concorrenza che a tal fine attribuiscono allo Stato il potere/responsabilità di evitare che quell'autonomia possa essere abusata.

Il modello ordoliberalista, come si vede, è organizzato in modo coerente per garantire l'esistenza di una società in cui i diritti fondamentali dei cittadini siano protetti<sup>14</sup>. Da una parte, la struttura democratica

---

<sup>12</sup> È altresì chiara la differenza tra questa posizione e quella della scuola di Chicago secondo la quale obiettivo ultimo della protezione della concorrenza sarebbe la massimizzazione dell'efficienza economica. Secondo gli ordoliberalisti, invece, il fatto che un sistema di mercato concorrenziale sia in grado di massimizzare il benessere economico, pur fornendo un'ulteriore ragione a sostegno della politica della concorrenza, non ne costituisce mai lo scopo ultimo. Al riguardo, per un confronto della posizione ordoliberalista con posizioni alternative vedi W. Moschel, *Competition Policy From an Ordo Point of View*, in A. Peacock-H. Willgerodt (eds.), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, Macmillan, London 1989.

<sup>13</sup> Vi sono dei casi in cui, per ragioni economiche, non è possibile prevenire il formarsi di posizioni di potere di mercato. In tali ipotesi, secondo gli ordoliberalisti, le imprese con potere di mercato vanno sottoposte ad uno stringente controllo da parte dell'autorità garante della concorrenza, controllo che deve in ultimo mirare a far sì che quelle imprese agiscano *come se* non abbiano potere di mercato. Questo criterio è estremamente problematico perché attribuisce all'autorità garante una discrezione difficilmente controllabile. Sulla questione vedi in modo più esteso Gerber, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the «New Europe»*, cit.

<sup>14</sup> Questo modello è, come si è già avvertito più su nel testo, ben più complesso. In esso vi è, ad esempio, spazio per una distinzione tra *principi costitutivi* e *principi regolativi*. I primi comprendono, oltre ai citati principi della proprietà privata, libertà

della comunità politica serve a garantire una massima partecipazione dei cittadini al processo politico, dall'altra, la netta separazione funzionale tra lo Stato e l'economia protegge la loro autonomia privata. L'uno e l'altro aspetto sono visti come parti di un tutto coerente ed armonico<sup>15</sup>. Purché non ecceda i limiti che definiscono le libertà individuali, una comunità politica democratica è legittimata a perseguire obiettivi di interesse pubblico. Come si vedrà più avanti, gli ordoliberali sostengono che l'Unione Europea trova proprio nel ben noto problema del *deficit* democratico da cui è affetta un'ulteriore limite al tipo di politiche che può legittimamente elaborare ed attuare.

## 2. LA COSTITUZIONE ECONOMICA DELL'UNIONE EUROPEA

Il discorso fin qui svolto ha riguardato il cosiddetto concetto funzionale di costituzione economica. È tempo adesso di scendere di un livello nell'analisi e verificare di quale tipo di costituzione economica l'Unione Europea sia dotata. È chiaro che il termine costituzione economica è qui usato in senso descrittivo.

Prima di affrontare questo problema è, però, necessaria una precisazione ulteriore relativa al Trattato di Roma del 25 Marzo 1957 ed alle sue successive modifiche. Il Trattato originario, infatti, non avrebbe dovuto costituire nelle intenzioni delle parti contraenti una costituzione in senso formale; stesso dicasi con riguardo alle modifiche a quello apportate successivamente. Come già detto, la costituzionalizzazione del Trattato istitutivo della Comunità Europea è stata realizzata attraverso una serie di importanti sentenze della Corte di Giustizia Europea<sup>16</sup>. Ciò che, invece, non era ancora stato evidenziato, ma che

---

contrattuale e responsabilità personale, anche quelli della stabilità della moneta, dei mercati aperti e di una politica economica stabilmente conforme a principi fissi. I secondi derivano direttamente dai principi costitutivi e fra di essi si trovano, per esempio, i fondamentali principi del diritto della concorrenza. Cfr. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the «New Europe»*, cit.

<sup>15</sup> Cfr. anche E-U Petersmann, *Constitutionalism, Constitutional Law and European Integration*, in «Aussenwirtschaft», 46 (1991), pp. 15-48.

<sup>16</sup> Si tratta di quella giurisprudenza in cui la Corte ha sancito i principi di efficacia diretta, supremazia, poteri impliciti etc. La Corte Europea di Giustizia ha enunciato nel modo più esplicito la tesi secondo cui il Trattato CEE è una carta costituzionale nella

non dovrebbe sorprendere, è che a causa della natura giurisprudenziale di quel processo di costituzionalizzazione, il suo esito finale non è stato soddisfacente in termini di chiarezza e coerenza tra le varie parti del *corpus* normativo della Comunità Europea. Tale mancanza di chiarezza e coerenza nel tessuto normativo comunitario ha chiamato in causa gli studiosi del diritto che hanno cercato attraverso letture sistematiche dell'intero impianto normativo comunitario, e basandosi sui principi enunciati dalla Corte, di razionalizzare l'insieme complesso di norme e principi riconosciuti in sede comunitaria. Ancora una volta, non sorprenderà constatare che siano state proposte e difese interpretazioni diverse, e talvolta contrastanti, della costituzione economica dell'Unione Europea.

In questa seconda parte dell'articolo, mi propongo, pertanto, di analizzare l'interpretazione proposta dalla scuola ordoliberal e di confrontarla con una opposta tesi sulla costituzione economica europea. Più in particolare, l'analisi sarà riferita, in primo luogo, al Trattato di Roma così come approvato nel 1957; in seguito, si terrà conto delle modifiche a quello apportate dall'Atto Unico Europeo, dal Trattato sull'Unione Europea e dal Trattato di Amsterdam.

Il programma di istituire una Comunità basata su un mercato comune si presentava come del tutto congeniale al modello elaborato dai teorici ordoliberali. Secondo questi, infatti, l'instaurazione di un mercato comune caratterizzato da un'economia organizzata secondo corretti principi avrebbe inevitabilmente portato alla creazione di una nuova comunità politica: i membri di questa comunità, infatti, le avrebbero dato la loro spontanea adesione e il loro leale sostegno perché la avrebbero vista come direttamente funzionale alla protezione dei loro diritti fondamentali.

Gli ordoliberali hanno plaudito, quindi, con entusiasmo alla conclusione del Trattato di Roma, che consideravano come una quasi perfetta attuazione del loro modello. Il Trattato istituisce, infatti, un libero mercato trans-nazionale basato sul coordinamento spontaneo degli agenti economici attraverso «il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita delle merci come pure di tutte le altre misure di effetto equivalente» ed attraverso «l'eliminazione...degli ostacoli alla libera circolazione delle

---

opinione 1/91 sul progetto del trattato istitutivo dell'Area Economica Europea. Cfr. Opinion 1/91, 1991, E.C.R. I-6002 par. 21.

merci, delle persone, dei servizi e dei capitali». Inoltre, tra le attività della Comunità espressamente previste, v'è il mantenimento di «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno» (art. 3.1 (a) e (c))<sup>17</sup>. Quest'ultima disposizione prevede, in altre parole e secondo le tesi ordoliberali, che l'autonomia degli agenti economici debba essere riconosciuta e protetta nella Comunità.

Queste disposizioni sono state, ben presto, affiancate dai principi della efficacia diretta e della supremazia del diritto comunitario, principi questi che riconoscono ai privati il diritto di far dichiarare nulle (o perlomeno inefficaci)<sup>18</sup> persino disposizioni legislative dei singoli Stati membri qualora queste interferiscano indebitamente con le libertà riconosciute nel Trattato. Di altrettanta fondamentale importanza è l'istituzione della Corte di Giustizia Europea che deve assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente trattato» (articolo 164, adesso articolo 220). In tal modo, la Comunità Europea si è dotata di un organo giurisdizionale al quale è affidato il compito di garantire il rispetto dei principi dello Stato di diritto. Infine, ad ulteriore protezione della libertà di iniziativa economica gli articoli 92-94 (adesso articoli. 87-89) prevedono che il regime degli aiuti di Stato alle imprese sia sottoposto ad un rigoroso controllo finalizzato ad evitare che quegli aiuti possano falsare la concorrenza, mentre l'articolo 90 (adesso articolo 86) sottopone «le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale [...] in particolare alle regole di concorrenza».

Secondo gli ordoliberali, questo insieme di disposizioni normative chiaramente poneva il mercato, ed i relativi principi che ne governano il funzionamento, in posizione di assoluta centralità nel sistema giuridico comunitario. Inoltre, gli ordoliberali, fiduciosi nella capacità di miglioramento spontaneo di un sistema di mercato, ritenevano che il riconoscimento e la garanzia delle quattro libertà (di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali) avrebbe gradualmente

---

<sup>17</sup> Nonostante queste due disposizioni siano state formalmente introdotte soltanto con il Trattato di Maastricht, esse rientravano sin dall'inizio nella definizione di «mercato interno».

<sup>18</sup> Non si entrerà qui in un'analisi dei complessi problemi giuridici sollevati da questi principi di diritto comunitario nei diversi ordinamenti costituzionali degli Stati membri. Per uno studio abbastanza approfondito ed ulteriori indicazioni bibliografiche sul tema cfr. P. Craig e G. de Búrca, *EU LAW, Texts, Cases and Materials*, chs. 4-6, Oxford University Press, Oxford 1998.

portato ad un miglioramento dell'assetto istituzionale della Comunità e ad una sempre più stretta integrazione tra gli Stati membri della Comunità. Ciò che è significativo è che questo miglioramento e progressiva integrazione sarebbero stati, a loro parere, non l'esito finale di un'attività intenzionalmente mirata al loro raggiungimento, ma un risultato non-voluto del coordinamento spontaneo delle azioni e dei piani di azioni della molteplicità dei privati, ciascuno dei quali avrebbe agito spinto dal proprio interesse individuale. Compito della Comunità, in questa prospettiva, sarebbe stato soltanto quello di garantire un corretto funzionamento del sistema di mercato (condizione necessaria e sufficiente perché gli effetti benefici dell'esercizio di quelle libertà si producessero) attraverso l'adozione di norme astratte e generali ed attraverso la protezione di assetti concorrenziali dell'economia. Questo metodo di integrazione è stato definito come «integrazione dal basso» attraverso *framework activities*<sup>19</sup>.

In base a questa lettura del sistema giuridico comunitario, le disposizioni relative alle politiche settoriali, come ad esempio quelle relative alla politica agricola comune, erano considerate ingiustificate deviazioni dai corretti principi di mercato e, pertanto, come difetti che avrebbero dovuto essere eliminati attraverso adeguate riforme dell'assetto normativo.

L'insieme delle norme cui si è fin qui fatto riferimento sono espressamente rivolte ai privati ed agli Stati membri e, pertanto, non vincolano gli organi della Comunità Europea. Se questo fosse stato accettato, le libertà economiche individuali, protette nei confronti di indebite interferenze da parte di altri privati e degli Stati membri, sarebbero rimaste esposte al rischio di interferenze esercitate al livello comunitario<sup>20</sup>. Per risolvere questo problema, gli ordoliberali hanno individuato

<sup>19</sup> Cfr. M.E. Streit-W. Mussler, *The Economic Constitution of the European Community: from Rome to Maastricht*, in «European Law Journal», 1 (1995), n. 1, pp. 5-30.

<sup>20</sup> La versione consolidata del Trattato sembrerebbe aver risolto questo problema. Infatti, l'articolo 4 prevede adesso che non solo gli Stati membri, ma anche la Comunità sia vincolata a «l'adozione di una politica economica... condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza». Ciononostante, più avanti nell'articolo si cercherà di mostrare che, se si tiene conto dell'insieme di disposizioni contenute nella versione consolidata del Trattato, l'orientamento economico delle politiche comunitarie che ne emerge va ben al di là di quelle «framework activities» che, secondo i pensatori ordoliberali, avrebbero dovuto rappresentare le uniche legittime e corrette attività della Comunità Europea.

i necessari vincoli all'azione della Comunità Europea attraverso una ricostruzione sistematica delle norme del Trattato basata sull'insieme dei principi fondamentali del diritto comunitario generalmente riconosciuti. Tra questi è noto che v'è il principio in base al quale la Comunità Europea può esercitare solo i poteri che le sono espressamente attribuiti e solo ai fini del raggiungimento degli *obiettivi* che le sono assegnati (principio degli *enumerated powers*)<sup>21</sup>. Costatando che l'instaurazione di un mercato interno in cui la concorrenza non sia falsata è l'unico strumento attraverso il quale gli organi comunitari sono autorizzati a perseguire gli obiettivi della Comunità, gli ordoliberali hanno sostenuto che questa è legittimata ad esercitare i poteri che le sono conferiti soltanto nella misura in cui ciò sia necessario all'instaurazione del mercato interno. In base a questa lettura, pertanto, le quattro menzionate libertà ed il principio di un'economia aperta ed in libera concorrenza avrebbero la duplice funzione di conferire poteri alla Comunità ed al contempo di limitare quei poteri stessi<sup>22</sup>.

Gli ordoliberali, infine, hanno sempre ritenuto che, nel caso della Comunità Europea, vi sia un ulteriore stringente vincolo alla possibilità di elaborare ed attuare politiche di intervento nell'economia motivate da ragioni di pubblico interesse<sup>23</sup> (ad esempio, politiche redistributive). Come si è visto prima, infatti, l'unica fonte di legittimazione di quel tipo di politiche è data dalla struttura democratica e dalla sovranità popolare di una comunità politica. Considerato il noto problema del *deficit* democratico da cui la Comunità è affetta e tenuto conto che essa non ha la natura di una vera e propria comunità politica, gli ordoliberali hanno sostenuto che politiche motivate da ragioni di inte-

---

<sup>21</sup> Altri vincoli all'azione comunitaria sono costituiti dai principi di proporzionalità e non-discriminazione. Per quanto riguarda il principio degli *enumerated powers* è da notare che è adesso espressamente sancito all'articolo 5 in base al quale «la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli *obiettivi* che le sono assegnati dal presente trattato» (corsivo aggiunto).

<sup>22</sup> Cfr. E-J. Mestmäcker, *On the Legitimacy of European Law*, in «Rabel Zeitschrift», 58 (1994), pp. 615-635.

<sup>23</sup> È chiaro che in questo caso il concetto di *interesse pubblico* va ben al di là del garantire l'esistenza di un assetto socio-economico in cui gli individui possano liberamente perseguire i propri scopi egoistici.

resse pubblico sarebbero del tutto prive di legittimazione nel contesto comunitario<sup>24</sup>.

Un'altra scuola di pensiero ha sin dall'inizio contestato la lettura del Trattato di Roma come costituzione economica liberale ed ha invece proposto una diversa tesi in base alla quale la corretta interpretazione di quel Trattato, alla luce delle pronunce della Corte Europea di Giustizia, sarebbe quella della sua «neutralità» sia in relazione alle politiche economiche degli Stati membri sia in relazione alle politiche della Comunità stessa<sup>25</sup>.

Per quanto riguarda gli Stati membri ed i limiti che il Trattato di Roma imporrebbe sulle politiche economiche nazionali, questa opposta tesi fa innanzi tutto riferimento all'articolo 222 (adesso art. 295) del Trattato in base al quale «Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Da tale disposizione si evincerebbe che il Trattato di Roma non esclude nemmeno la possibilità di un intervento pubblico diretto sull'economia<sup>26</sup>.

Inoltre, una esatta ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio dell'*effet utile* del combinato disposto delle norme contenute negli articoli 30 (adesso articolo 28) e 59 (adesso articolo 49) da un lato, e di quella contenuta nell'articolo 5.2 (adesso articolo 10.2) secondo cui gli Stati membri «si astengono da qualsiasi misura che rischia di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato» dimostrerebbe che la Corte sarebbe ben poco incline

---

<sup>24</sup> Cfr. Mestmäcker, *On the Legitimacy of European Law*, cit. I margini per l'attuazione di politiche ispirate da un concetto ampio di pubblico interesse sarebbero, pertanto, nel caso della Comunità Europea ben più stretti che nel caso degli Stati nazionali. Questi ultimi, infatti, possono perseguire l'*interesse pubblico* attraverso politiche democraticamente legittimate e fintantoché quelle politiche non interferiscano indebitamente con le libertà individuali.

<sup>25</sup> Cfr. W. Sauter, *The Economic Constitution of the European Union*, in «The Columbia Journal of European Law», 4 (1998), pp. 27-68.

<sup>26</sup> In realtà va sottolineato che ciò non sarebbe di per sé sufficiente a confutare la tesi ordoliberal. Infatti, se è vero che gli ordoliberali sono tendenzialmente sfavorevoli alle imprese pubbliche o a partecipazione pubblica in quanto si presterebbero facilmente a possibili abusi, è da dire che la natura pubblica di un'impresa non è di per sé incompatibile con un sistema di mercato. In altre parole, purché rispetti i principi fondamentali che governano un sistema di mercato, ivi compreso quello della libera concorrenza, un'impresa pubblica è perfettamente compatibile con quel sistema medesimo.

ad interferire sulle politiche nazionali<sup>27</sup>. Come si evince infatti dall'orientamento giurisprudenziale iniziato con il famoso caso *Keck*<sup>28</sup>, la Corte Europea di Giustizia tende a non interferire con politiche nazionali mirate al perseguimento di obiettivi di pubblico interesse, a meno che le disposizioni normative nazionali portate al suo esame chiaramente violino il principio di non-discriminazione (e/o pregiudichino in modo significativo il commercio nel mercato comune)<sup>29</sup>.

Secondo questa diversa lettura della costituzione materiale della Comunità Europea, anche in relazione a quest'ultima ed alle politiche che questa può adottare il Trattato di Roma non imporrebbe gli stringenti limiti che invece sono individuati dai seguaci della scuola ordoliberal. In particolare, la tesi secondo cui i diritti di proprietà e di iniziativa economica costituirebbero al contempo fonte di legittimazione e limite alle competenze degli organi comunitari è sottoposta a severa critica; in altre parole, quella tesi non sembra esser suffragata dalle sentenze in cui la Corte di Giustizia ha affrontato il problema. Infatti, in *Nold v. Commission*<sup>30</sup> la Corte ha ritenuto che se è vero che il diritto di proprietà e quello di iniziativa economica sono riconosciuti e protetti dal diritto comunitario, è anche vero che lo sono in vista della loro funzione sociale e, pertanto, «*whithin the Community legal order, it seems legitimate that these rights should, if necessary, be subject to*

---

<sup>27</sup> Secondo la tesi in questione la stesso può essere sostenuto in relazione al principio dell'*effet utile* del combinato disposto delle norme a tutela della concorrenza (articoli 85-90, adesso 81-86 ) da un lato, e di quella contenuta nell'articolo 5.2 (adesso 10.2) dall'altro.

<sup>28</sup> Cfr. *Keck*, joined cases C-267 e 268/91, 1993 E.C.R. I-6097. Vedi, nello stesso senso, i casi sull'imposizione di prezzi minimi nel mercato librario *VBVB and VBBB v. Commission*, joined cases 43 and 63 /82, 1985, E.C.R. 19; *Leclerc v. Au Blé Vert*, case 229/83, 1985, E.C.R. 1.

<sup>29</sup> Va detto, peraltro, che prima di *Keck* la Corte aveva adottato dei criteri diversi e più restrittivi in base ai quali valutare se disposizioni normative nazionali potessero essere considerate illegittime in quanto pregiudizievoli al commercio nel mercato interno. In particolare, secondo la dottrina enunciata nella sentenza *Cassis de Dijon* (1979, E.C.R. 649) gli Stati membri erano tenuti a «riconoscere» la normativa vigente nello Stato dal quale i beni erano importati e avrebbero potuto imporre l'applicazione di proprie e più restrittive disposizioni normative (giustificate dall'esigenza di proteggere interessi pubblici) soltanto in casi del tutto eccezionali.

<sup>30</sup> Cfr. *J. Nold v. Commission*, Case 4/73, 1974 E.C.R. 491. Questa decisione è stata confermata e meglio delineata nel successivo caso *Hauer v Rheinland Pfalz*, case 44/79, 1979 E.C.R. 3727.

*certain limits justified by the overall objectives pursued by the Community, on condition that the substance of these rights is left untouched*». È qui evidente che il diritto di proprietà e di iniziativa economica non costituiscono il parametro di riferimento ultimo ed assoluto per valutare la legittimità delle politiche comunitarie che, invece, andrebbero scrutinate in relazione al rispetto dei principi di proporzionalità e di non-discriminazione.

Secondo i sostenitori di questa lettura della costituzione economica europea, lo stesso può essere sostenuto in relazione al principio di una concorrenza libera e non distorta<sup>31</sup>.

La divergenza di vedute sulla costituzione economica europea sopra esaminata è stata, per lo meno al livello di diritto positivo, risolta dai successivi emendamenti apportati all'originario testo del Trattato di Roma. Ed infatti, anche i seguaci della scuola ordoliberalista riconoscono ormai che, dopo il Trattato di Amsterdam del 2 Ottobre 1997, il modello di costituzione economica che emerge dal Trattato della Comunità Europea non corrisponde più al concetto di costituzione economica da loro elaborato e difeso.

La versione consolidata di quel Trattato, infatti, contiene una serie di nuove disposizioni normative che sono chiaramente incompatibili con le caratteristiche di una costituzione economica liberale<sup>32</sup>.

Innanzitutto, l'articolo 2 individua come obiettivi generali della Comunità, tra gli altri, anche quello di promuovere un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati Membri. L'articolo 3.2, poi, aggiunge che «l'azione della Comunità [...] mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne». È evidente che il raggiungimento di questi obiettivi richiede necessariamente l'attuazione di politiche redistributive, ben al di là di quel minimo ammesso come legittimo secondo la teoria ordoliberalista.

---

<sup>31</sup> Cfr. Sauter, *The Economic Constitution of the European Union*, cit.

<sup>32</sup> In questa sede non verranno analizzati i problemi sollevati dalla disposizione contenuta nell'articolo 100A (adesso articolo 95). Tuttavia, si può qui rilevare che le preoccupazioni espresse dagli ordoliberali sul fatto che la norma di cui all'articolo 100A potesse nella pratica dimostrarsi incompatibile con il principio degli *enumerated powers* si sono dimostrate del tutto fondate, come è emerso chiaramente in occasione del recente famoso caso sulla pubblicità del tabacco.

In secondo luogo, la Comunità ha acquisito competenza ad agire in settori quali cultura ed istruzione, protezione dei consumatori e sanità pubblica, settori questi che gli ordoliberali avrebbero voluto rimossi dall'ambito delle competenze delle autorità pubbliche.

Infine, che l'attuale assetto normativo della Comunità Europea sia ormai lontano dal modello ordoliberales è dimostrato dal fatto che un altro obiettivo generale della Comunità è il raggiungimento di un elevato livello di competitività e di un elevato livello di convergenza dei risultati economici. Questa disposizione va letta congiuntamente a quella contenuta nell'articolo 3.1 (m) secondo cui la Comunità deve sviluppare azioni mirate al «rafforzamento della competitività dell'industria comunitaria». L'enunciazione di questo obiettivo generale, contenuta nella parte prima del Trattato dedicata ai «Principi», è di seguito concretizzata nella disposizione di cui al Titolo XVI, articolo 157, che stabilisce che «La Comunità e gli Stati membri provvedono affinché siano assicurate le condizioni necessarie alla competitività dell'industria della Comunità». Questo insieme di disposizioni normative prevede, quindi, che la Comunità Europea sviluppi ed attui una propria politica industriale, in netto contrasto con quanto previsto dalla teoria ordoliberales. Si potrebbe ritenere che quel contrasto è, almeno in parte, attenuato dall'ultimo comma dell'articolo 157 che stabilisce che «il presente Titolo non costituisce una base per l'introduzione da parte della Comunità di qualsivoglia misura che possa comportare distorsioni di concorrenza». Tuttavia, come è stato correttamente rilevato<sup>33</sup>, è di fatto impossibile rispettare quest'ultima disposizione perché le azioni previste dall'articolo 157 porteranno necessariamente a discriminare tra settori dell'economia, tra diversi tipi di attività economica etc. Per rendersene conto è sufficiente pensare all'espresso collegamento che è istituito tra le disposizioni relative alla politica industriale e quelle relative alla ricerca e sviluppo tecnologico. In base a quanto previsto dall'articolo 157.3 la Comunità contribuisce al rafforzamento della competitività dell'industria comunitaria *attraverso politiche ed azioni da essa attuate ai sensi di altre disposizioni del presente trattato*. Tra queste ultime, si trova quella contenuta all'articolo 163 in base alla quale «la Comunità si propone l'obiettivo di rafforzare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria della

---

<sup>33</sup> Cfr. Streit-Mussler, *The Economic Constitution of the European Community: from Rome to Maastricht*, cit.

Comunità [...]» (articolo 163.1). Il comma secondo dello stesso articolo prevede che «a tal fine essa incoraggia [...] le imprese, comprese le piccole e medie imprese, i centri di ricerca e le università nei loro sforzi di ricerca e di sviluppo tecnologico di alta qualità». La Comunità può anche «creare imprese comuni o qualsiasi altra struttura necessaria alla migliore esecuzione dei programmi di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione comunitari». Questo insieme di attività, infine, deve essere attuato sulla base di ed in conformità a un programma quadro pluriennale adottato dal Consiglio secondo la procedura prevista all'articolo 166.

Alla luce dell'assetto normativo appena descritto, è chiaro che siamo qui di fronte alla previsione di un insieme di politiche ed attività pubbliche aventi uno scopo che va ben al di là del garantire l'esistenza di un quadro normativo-istituzionale in grado di assicurare il corretto funzionamento di un sistema di mercato. Ci si trova qui di fronte a politiche comunitarie che traducono l'obiettivo di rafforzare la competitività dell'industria della Comunità in obiettivi concreti da raggiungere in base a programmi adottati dalle autorità pubbliche. La distanza dal modello secondo il quale unico compito del momento pubblico sarebbe quello di assicurare l'esistenza di un libero mercato in cui il gioco della concorrenza non sia falsato non potrebbe esser più evidente<sup>34</sup>.

A prescindere, quindi, dalla questione di quale fosse «l'interpretazione» più corretta dell'originaria costituzione economica della Comunità Europea, è ormai incontestabile che la versione consolidata del Trattato preveda un insieme di politiche comunitarie in materia economica che va ben al di là di quanto ritenuto ammissibile dai teorici ordoliberali. D'altra parte, va però ricordato che il Trattato di Maastricht ha formalmente introdotto tra i principi direttivi dell'azione della Comunità quello di libera concorrenza in un mercato aperto e questa scelta è stata poi confermata nel successivo Trattato di Amsterdam<sup>35</sup>. Pertanto, la Comunità Europea ha adesso il duplice compito di tutelare un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno e quello di elaborare ed attuare politiche sociali,

---

<sup>34</sup> Lo stesso è stato in modo persuasivo dimostrato per quanto riguarda le politiche ispirate alla tutela dell'occupazione e le politiche di protezione sociale. Cfr. Streit-Mussler, *The Economic Constitution of the European Community: from Rome to Maastricht*, cit.

<sup>35</sup> Cfr. articolo 4 (Trattato C.E.). Lo stesso principio è anche enunciato agli articoli 154 e 157 del Trattato.

occupazionali ed industriali. Questo sembra sollevare uno scottante problema teorico (con importanti risvolti pratici): quelle diverse politiche ed attività che la Comunità Europea è tenuta ad attuare sono tra di loro compatibili? Il Trattato non dice nulla al riguardo, non stabilisce una chiara relazione gerarchica tra di esse e ciò rende ancor più rilevante la questione appena sollevata.

Un altro problema più specifico, ma non meno rilevante, è il seguente: se, come si è sin qui rilevato, abbiamo assistito ad un'evoluzione negli equilibri della costituzione economica europea, d'altra parte abbiamo assistito ad una parallela evoluzione della politica comunitaria in materia di concorrenza. Ci si può, pertanto, chiedere, se vi sia un legame tra i due fenomeni.

Nella restante parte di questo articolo si cercherà di fornire qualche risposta alle due questioni sopra individuate.

### 3. IL PROCESSO DI RIFORMA NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA GUARDATO ATTRAVERSO LE LENTI DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA: SIAMO REALMENTE DI FRONTE AD UNA SVOLTA NEO-LIBERISTA?

I sostenitori dei due diversi modelli di costituzione economica sopra descritti hanno, come era prevedibile, valutato in modo opposto l'evoluzione della costituzione economica della Comunità<sup>36</sup>.

Gli ordoliberali ritengono e temono che l'inclusione di politiche non conformi ad un sistema di mercato possa portare al passaggio da una Comunità basata sul principio della *rule of law* ad una Comunità *rent-seeking*. In altre parole, essi ritengono che le «nuove» politiche della Comunità Europea finiranno per impedire il corretto funzionamento del mercato comune ed innescheranno inevitabilmente conflitti redistributivi a livello comunitario a spese dei cittadini europei. Ad aggravare ulteriormente questo scenario concorrerebbe, secondo gli ordoliberali, il già notato *deficit* democratico della Comunità Europea e più in generale il fatto che questa non costituisce una vera «comunità politica». Quest'ultima caratteristica si tradurrebbe in una minore «lealtà» dei cittadini europei nei confronti delle autorità comunitarie e di conseguenza in una loro ridotta propensione nell'accettare eventuali

---

<sup>36</sup> È chiaro che in quest'ultimo caso il concetto di costituzione economica è usato in senso descrittivo.

sacrifici. Ciò significa che il rischio di conflitti redistributivi a spese dei cittadini potrebbe fomentare spinte disgreganti e nel lungo periodo potrebbe mettere in pericolo la stessa sopravvivenza della Comunità Europea<sup>37</sup>.

I sostenitori della tesi della *neutralità* come caratteristica fondamentale della costituzione economica europea hanno proposto una valutazione del tutto diversa. Ai loro occhi, l'introduzione delle nuove competenze e di nuove politiche rappresenterebbe un ulteriore progresso nel processo di integrazione. In particolare, testimonierebbe il passaggio da una strategia in cui l'integrazione viene ottenuta dal basso (cosiddetta *negative integration*) ad una strategia in cui si cerca di raggiungere quel medesimo obiettivo attraverso l'esercizio di poteri normativi da parte degli organi comunitari e attraverso il coordinamento delle politiche nazionali (cosiddette *positive integration* e *policy coordination*). La legittimità di queste politiche verrebbe, poi, garantita in vario modo e sicuramente l'accresciuto ruolo del Parlamento Europeo risponde a tale esigenza.

In questa prospettiva, l'istituzione della Comunità Europea non rappresenterebbe un ulteriore segnale della crisi dello Stato, ma al contrario costituirebbe il tentativo di controllare il mercato in modo più efficace. In effetti, a causa del noto fenomeno di globalizzazione dei mercati, gli Stati nazionali non riescono più ad esercitare un effettivo controllo sulle forze economiche le cui dimensioni ed il cui raggio d'azione va ben al di là dei confini territoriali tradizionali<sup>38</sup>. Di conseguenza, quel controllo, per essere effettivo, deve adesso esser esercitato ad un livello più alto e la Comunità Europea sarebbe appunto un caso in cui si sta tentando di spostare in alto la sede del controllo e delle decisioni politiche<sup>39</sup>. Tuttavia, dal momento che la Comunità Europea, a differenza degli Stati nazionali, non è una «comunità politica» nel senso pieno della parola, non sembra possibile attribuirle le stesse competenze e poteri fin qui esercitati dagli Stati nazionali. Da qui l'esigenza di spostare al livello comunitario soltanto alcune funzioni e

---

<sup>37</sup> Cfr. Streit-Mussler, *The Economic Constitution of the European Community: from Rome to Maastricht*, cit.

<sup>38</sup> Cfr. F. W. Scharpf, *Balancing Positive and Negative Integration: The Regulatory Options for Europe*, in «Policy Papers», Robert Schuman Centre, No. 97/4.

<sup>39</sup> Lo stesso livello comunitario si rivela spesso troppo «ridotto» e si manifesta la necessità di travalicarne i confini. Istituzioni come la *World Trade Organization* ne sono una prova evidente.

poteri decisionali, di preservare alcune attribuzioni degli Stati nazionali e di coordinare, poi, le attività regolative ed i poteri normativi dei vari livelli, comunitario e nazionale.

A tal fine, sono state proposte diverse strategie che si sono dimostrate in vario modo e in diversa misura vincenti<sup>40</sup>. Se questo tipo di approccio teorico è lodabile e cerca di risolvere dei reali problemi, sembra però che sia mancata un'approfondita riflessione al livello del concetto *funzionale* di costituzione economica. Gli ordoliberali hanno proposto un programma completo e coerente in base al quale una società basata su un'economia di mercato può reggersi solo se allo Stato è attribuito *esclusivamente* il compito di elaborare ed attuare «attività quadro» (*framework activities*) che proteggono il mercato contro il rischio dell'anarchia. Soprattutto, essi hanno dimostrato che non sarebbe possibile affiancare a questo tipo di attività altre attività di stampo interventista, perché queste ultime sarebbero in profondo conflitto con i principi fondamentali che governano un'economia di mercato. Se non si crede che il programma ordoliberale sia in grado di assicurare l'esistenza di una società di liberi ed eguali, allora sarebbe necessario elaborare un modello di costituzione economica in senso funzionale che riesca a dimostrare come azioni mirate al raggiungimento di obiettivi *politici* siano compatibili con il buon funzionamento di un'economia di mercato in libera concorrenza.

Di fatto, comunque, in base all'attuale costituzione economica materiale la Comunità Europea è tenuta ad elaborare ed attuare politiche di entrambi i tipi e, pertanto, l'analisi deve essere svolta anche a questo livello.

È indubbio che si è assistito in sede comunitaria ad un progressivo spostamento da politiche di stampo chiaramente liberale verso politiche sempre più spiccatamente interventiste. Ci si può, allora, chiedere quali conseguenze abbia avuto o possa avere questa evoluzione sulla politica comunitaria della concorrenza. L'esigenza di una risposta a tale quesito sembra ancor più pressante se si tiene conto del fatto che il dibattito sulla politica della concorrenza è stato caratterizzato da un eccessivo legalismo e si è concentrato tutto su questioni «interne» allo stesso settore, in tal modo perdendo di vista quali conseguenze il gene-

---

<sup>40</sup> In tal senso vedi, per esempio, l'approccio proposto da Joerges. Cfr. Joerges, *The Market without the State? The Economic Constitution of the European Community and the Rebirth of the Regulatory Politics*, cit.

rale sviluppo della costituzione economica europea avesse su quello specifico settore<sup>41</sup>.

Nello svolgere questo tipo di analisi, mi concentrerò qui su due importanti riforme nel diritto della concorrenza: la prima è già stata attuata con l'approvazione di un nuovo Regolamento sulle restrizioni verticali<sup>42</sup>, la seconda, ancora in discussione, è contenuta nel Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione dell'articolo 81<sup>43</sup>.

Il Regolamento 2790/99 costituisce una delle più importanti riforme fino ad ora realizzate nel diritto della concorrenza. Senza voler entrare nella complessa analisi di tutte le difficili questioni sollevate dal nuovo Regolamento<sup>44</sup>, sarà qui sufficiente sottolineare che in base a quanto in esso previsto lo scrutinio degli accordi verticali viene adesso effettuato sulla base di criteri sostanzialmente economici. Ed infatti, il Regolamento esenta tutti gli accordi verticali (con poche eccezioni espressamente indicate) a condizione che la quota di mercato del fornitore non ecceda un limite massimo stabilito nel Regolamento medesimo. Se confrontato con i criteri ai quali era prima subordinata la concessione dell'esenzione *en bloc*, il nuovo approccio è chiaramente molto più permissivo; con il nuovo Regolamento, infatti, l'esenzione degli accordi verticali conclusi tra parti al di sotto di una certa quota di mercato è divenuta la regola. È chiaro che per quanto riguarda questo tipo di accordi il diritto della concorrenza «interferisce» adesso molto meno sull'esercizio della libertà contrattuale e che pertanto la riforma, se valutata a sé, potrebbe essere considerata come espressione di una svolta in senso «liberale».

Alla stessa conclusione sembrerebbe si possa arrivare in relazione alla proposta di riforma avanzata dalla Commissione nel Libro Bianco sopra menzionato. A tal proposito, va subito precisato che questa riforma *prima facie* ha natura puramente procedurale dal momento che

---

<sup>41</sup> Come è stato correttamente notato da Wesseling. Cfr. R. Wesseling, *Constitutional Developments in E.C. Antitrust Law. The Transformation of Community Antitrust law and its Implications*, PhD Thesis, 1999 EUI.

<sup>42</sup> Cfr. Regolamento della Commissione (EC), No 2790/99, 22 Dicembre 1999.

<sup>43</sup> Cfr. Libro Bianco sulla Modernizzazione delle Norme per l'applicazione degli Articoli 85 e 86 del Trattato CE, Programma della Commissione N. 99/027.

<sup>44</sup> Un analitico esame di tali questioni è effettuato da R. Whish. Cfr. R. Whish, *Regulation 2790/99: The Commission's «New Style» Block Exemption for Vertical Agreements*, in «Common Market Law Review», 37 (2000), n. 4, pp. 887-924.

consiste sostanzialmente nella proposta di rendere anche il terzo paragrafo dell'articolo 81 direttamente applicabile. In altre parole, una pratica restrittiva che soddisfi tutti i requisiti di cui all'articolo 81.3 sarebbe automaticamente valida senza aver più bisogno di una precedente autorizzazione formale. Non ci sarebbe «alcuna presunzione di nullità delle intese in virtù dell'articolo 85 (adesso 81): la proibizione [...] trova applicazione solo quando le condizioni di tale proibizione sono soddisfatte»<sup>45</sup>. Di conseguenza, la Commissione non avrebbe più il potere esclusivo di applicare il terzo paragrafo dell'articolo 81 ed anche le Autorità ed i giudici nazionali sarebbero competenti ad effettuare uno scrutinio completo delle pratiche anticoncorrenziali valutandole sia ai fini dell'articolo 81.1 sia ai fini dell'articolo 81.3.

Pertanto, se questa proposta verrà approvata, le imprese dovranno necessariamente effettuare una loro autonoma valutazione sulla natura restrittiva degli accordi tra loro raggiunti (ai sensi dell'articolo 81.1) e, in caso positivo della loro eventuale esentabilità (ai sensi dell'articolo 81.3). Questo ovviamente le esporrà al rischio che successivamente, sulla base di un'inchiesta lanciata da un'Autorità preposta alla tutela della concorrenza<sup>46</sup> ovvero a seguito di un'azione da parte di privati danneggiati, il loro accordo sia giudicato restrittivo e pertanto dichiarato nullo.

In conclusione, le due conseguenze più importanti di questa riforma sarebbero, da un lato, quella di rendere le parti private *più responsabili* delle proprie scelte, dall'altro, quella di porre fine al potere esclusivo di esenzione della Commissione. Ancora una volta sembrerebbe, quindi, che il diritto della concorrenza stia attraversando una fase di sviluppo in senso «liberale».

Analizzando, però, queste riforme alla luce dell'evoluzione della costituzione economica dell'Unione Europea sembra che si possa giungere ad una conclusione opposta. In estrema sintesi, si potrebbe sin da ora dire che una riduzione dell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza accompagnata da un aumento dell'importanza e del numero delle politiche interventiste può essere funzionale proprio ad una strategia di maggior intervento pubblico sull'economia; in questo

---

<sup>45</sup> Cfr. Libro Bianco sulla Modernizzazione delle Norme per l'applicazione degli Articoli 85 e 86 del Trattato CE, cit., p. 31.

<sup>46</sup> Ivi compresa la Commissione.

caso «liberalizzare» il diritto della concorrenza equivarrebbe ad una maggiore interferenza sul mercato. Il valore ultimo protetto non sarebbe di certo quello della libertà contrattuale.

Potrebbe, ad esempio, succedere che nel perseguire «l'obiettivo di rafforzare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria della Comunità» (articolo 163) la Commissione attui un programma di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione che promuove la cooperazione tra le imprese (articolo 164).

In base all'attuale sistema di applicazione dell'articolo 81, «un accordo orizzontale di cooperazione» tra imprese può essere validamente concluso solo a condizione di essere precedentemente notificato alla Commissione<sup>47</sup> ed è esentato soltanto se rispetta tutte le condizioni di cui all'articolo 81.3.

Se la proposta contenuta nel Libro Bianco viene approvata l'accordo non avrà più bisogno di una precedente autorizzazione e potrà essere proibito soltanto *ex-post* al termine di un procedimento avviato autonomamente dalla Commissione ovvero da questa avviato su domanda di una parte privata. È chiaro però che, dal momento che «l'accordo orizzontale di cooperazione» è un accordo per così dire *sponsorizzato* dalla Comunità, la Commissione non avvierà alcun procedimento contro di esso<sup>48</sup>. In queste condizioni sembra, d'altra parte, difficile che una parte privata possa aver successo contro l'accordo in questione ed, anzi, sembrerebbe ragionevole prevedere che neanche si muoverà per contestarne la validità.

Sembra, quindi, di poter concludere che il *nuovo assetto* del diritto della concorrenza si presterebbe meglio dell'attuale alla realizzazione di politiche interventiste.

---

<sup>47</sup> A meno che non rispetti le disposizioni di uno degli esistenti Regolamenti di esenzione *en bloc* (ad esempio, Regolamento 418/85 relativo agli accordi di ricerca e sviluppo).

<sup>48</sup> Se poi dovesse essere un'Autorità Nazionale della Concorrenza ad avviare un procedimento, la Commissione avrebbe comunque il potere di avocare a sé il caso ed in seguito di archiviare. Cfr. Libro Bianco sulla Modernizzazione delle Norme per l'applicazione degli Articoli 85 e 86 del Trattato CE, cit.

## CONCLUSIONE

La costituzione economica dell'Unione Europea, che in origine prevedeva un insieme di politiche tendenzialmente conformi ad un'economia di mercato pura, si è indubbiamente spostata verso un nuovo equilibrio in cui vi è un ben più ampio spazio per politiche di intervento sul mercato, sia al livello comunitario sia al livello nazionale. Nello stesso tempo, si è qui sostenuto che le riforme attualmente in discussione nel diritto della concorrenza, sebbene sembrano controbilanciare quella tendenza, sono in realtà con essa perfettamente coerenti.

Sembra, allora, davvero urgente fondare *in senso funzionale* la costituzione economica materiale dell'Unione Europea.