



IAIC



DGBIC



CREDA

# DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,  
Giorgio Resta, Salvatore Sica

15 dicembre 2021

---

Il mercato fra Costituzione e Unione Europea

Lorenzo Delli Priscoli

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,  
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,  
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,  
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,  
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,  
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,  
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,  
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue

 Nuova  
Editrice  
Universitaria

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

### **Comitato dei Valutazione Scientifica**

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), GILBERTO NAVA (Un. Europea di Roma), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

### **Norme di autodisciplina**

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
  2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
  3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
  4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.
- La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

### **Comitato di Redazione – [www.dimt.it](http://www.dimt.it) – [dimt@unier.it](mailto:dimt@unier.it)**

ALESSANDRO ALBANESE GINAMMI, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPREZZI, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MONICA LA PIETRA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, CECILIA SERTOLI, SILVIA SCALZINI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

### **Sede della Redazione**

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.3083855, fax 06.3070483, [www.iaic.it](http://www.iaic.it), [info@iaic.it](mailto:info@iaic.it)

# IL MERCATO FRA COSTITUZIONE E UNIONE EUROPEA

**Lorenzo Delli Priscoli**

*Corte di Cassazione*

**SOMMARIO:** 1. L'imprenditore da figura centrale del mercato a coprotagonista e il mercato quale formazione sociale. – 2. Norme imperative e limiti alla libertà di iniziativa economica nella Costituzione: l'utilità sociale. – 3. Valori del mercato e diritti fondamentali. – 4. Libertà di iniziativa economica e Corte di Giustizia. – 5. Libertà di iniziativa economica e liberalizzazioni.

**ABSTRACT:** *Questo articolo esamina i problemi relativi ad un buon funzionamento del mercato, che sia privo di condotte abusive e sia contraddistinto da una concorrenza corretta. L'articolo evidenzia altresì come la protezione dei diritti fondamentali si relazioni con il mercato, nonché il ruolo e i limiti del controllo pubblico sullo stesso. Inoltre, due problemi principali possono essere individuati con riferimento al processo di liberalizzazione dei mercati, che non è una semplice delegificazione ma mira a porre una disciplina giuridica migliore. Il primo è comprendere il reale significato dell'espressione "utilità sociale" contenuta nell'art 41 della Costituzione, secondo cui l'iniziativa economica privata è aperta a tutti ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. Il secondo problema è capire come conciliare i valori del mercato e la protezione dei diritti fondamentali. La soluzione proposta è individuare un ragionevole bilanciamento tra i valori coinvolti, apparentemente inconciliabili.*

**ABSTRACT:** *This article examines the general legal issues in order to create a well-functioning market, with no abuses and a fair competition. The article also outlines how the protection of fundamental rights impacts on the market and the role and the limits of public control on it. Furthermore, two major issues can be identified regarding to the liberalization process, that is not a simple deregulation but a better regulation. The first is understanding the real meaning of the expression "social utility" contained in article 41 of Italian Constitution (Private economic enterprise is open to all; it cannot, however, be applied in such a manner as to be in conflict with social*

utility...). The second is comprehending how to reconcile market values and protection of fundamental rights. The proposed solution is searching for a reasonable balance between all the apparently irreconcilable values involved in this process.

## **1. L'imprenditore da figura centrale del mercato a coprotagonista e il mercato quale formazione sociale**

Nel ventunesimo secolo è considerato mercato il luogo, reale o virtuale, in cui si realizzano gli scambi di beni e servizi e che vede quali protagonisti non solo gli imprenditori e i professionisti in genere secondo la nozione allargata di impresa comunitaria (così come concepita dall'Unione europea e riconosciuta dalle nostre leggi e dalla giurisprudenza di legittimità<sup>1</sup>) ma anche i consumatori, non più solo soggetti passivi ma ormai attori di primo piano sul mercato<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> In effetti, la nozione euro-unitaria di impresa include qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, laddove costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato" (Corte di giustizia 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner & Elser; Corte di giustizia 16 novembre 1995, causa C-244/94, Federation Française des sociétés d'assurances; Corte di giustizia 1° luglio 2008, causa C-49/07, Motoe; Corte di giustizia 26 marzo 2009, causa C-113/07, Selex Sistemi Integrati; Cass. 31 gennaio 2022 n. 2839; Cass. 10 giugno 2021, n. 16481, sentenza quest'ultima che evidenzia che anche un lavoratore autonomo va considerato come impresa da un punto di vista euro-unitario).

<sup>2</sup> A.M. GAMBINO, *Vizi e virtù del diritto computazionale*, *Dir. inform. inf.* 2019, 1169, secondo cui il consumatore, in uno scenario tecnologicamente avanzato e attrezzato, non è più un soggetto "passivo", che ascolta, guarda l'offerta, cerca, decide ma è un soggetto che direttamente e indirettamente contribuisce ai processi che consentono alle imprese di attestarsi in una posizione di supremazia sul mercato, e quindi il consumatore non è più solo destinatario dell'offerta ma fattore del successo delle imprese sul mercato di riferimento. Cfr. anche M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, *Riv. dir. ind.* 2019, 171, secondo cui l'espansione della grande impresa ed il fenomeno della stipulazione dei contratti di massa comportano, specialmente a partire dalla metà del secolo ventesimo, lo spostamento del centro gravitazionale del sistema economico dalla *produzione* al *consumo*: se, infatti, nel periodo che segue la seconda rivoluzione industriale, identificato nel terzo periodo del diritto commerciale, economisti e giuristi si concentrano sulla figura dell'*impresa*, alcuni decenni più tardi il fenomeno dell'*incessan-*

Rispetto al ventesimo secolo dunque è oggi definitivamente maturata la consapevolezza che l'imprenditore non è il protagonista assoluto del mercato: da un lato infatti al concetto di imprenditore si è affiancato quello di professionista, che contiene al suo interno non solo l'imprenditore ma anche il professionista intellettuale e il lavoratore autonomo e dall'altro si è compreso che necessitando lo scambio di beni o servizi di almeno due parti, guardare a tale scambio nell'esclusiva ottica del venditore rischia inevitabilmente di offrire una prospettiva falsata delle dinamiche del mercato, e ciò anche per uno studioso del diritto commerciale e quindi anche quando si sia interessati solo alle vicissitudini dell'imprenditore<sup>3</sup>. Peraltro, "il compratore" non è necessariamente il soggetto "debole" della contrattazione (si pensi soltanto al contratto di subfornitura e all'art. 9 della legge n. 192 del 1998, che vieta l'abuso della dipendenza economica e tecnologica in cui versa il fornitore/produttore nei confronti del committente/compratore<sup>4</sup>), anche se il più delle volte lo è: ed assume una molteplicità di denominazioni, la più comune e

---

te moltiplicarsi e diversificarsi dei prodotti e dei relativi mercati impone all'attenzione degli studiosi la figura del *consumatore*, quale controparte, non solo economica, dell'impresa.

<sup>3</sup> S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa Dir. Priv.*, 2011, 383, per il quale la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza servono a scongiurare il fallimento del mercato. Nello stesso senso P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti e la costruzione delle categorie civilistiche*, in *Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova, 2008, 253; di obiettivi di riaggiustamento delle regole del mercato si parla in M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa Dir. Priv.*, 2011, 338; M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 171.

<sup>4</sup> V. BACHELET, *La decodificazione giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, *Europa dir. priv.* 2021, 553, secondo cui, a proposito della dipendenza economica nel contratto di subfornitura, oltre che da nutrita dottrina, l'argomento della riduzione teleologica è stato opportunamente accolto, sia pure in maniera implicita, dalle decisioni che, nell'applicare il divieto di abuso di dipendenza economica per sancire l'invalidità di clausole ingiustificatamente gravose, hanno ritenuto di non doversi nemmeno confrontare con il giudizio controfattuale di nullità parziale di cui all'art. 1419, co. 1, c.c., benché il patto disapprovato fosse *ictu oculi* essenziale nell'ambito del contratto in questione, a riprova che l'idea, sottesa alla *teleologische Reduktion*, di una disciplina della nullità necessariamente coerente con la *ratio* della singola comminatoria sta penetrando nel tessuto giurisprudenziale. Tale tendenza — occorre ribadirlo — va vista con favore, a patto che essa riguardi fattispecie di nullità ispirate a fini di protezione in grado di "improntare di sé" il regime dell'invalidità.

frequente delle quali è però quella di consumatore<sup>5</sup>. La tutela del consumatore è allo stesso tempo anche la tutela degli imprenditori corretti perché permette a questi, che verrebbero svantaggiati dalle condotte anticoncorrenziali e dalle pratiche commerciali scorrette, di agire ad armi pari con gli altri concorrenti, mentre le inibitorie e le sanzioni amministrative dell’Autorità *anti-trust* e il riconoscimento al consumatore del risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale svolgono la funzione di scoraggiare comportamenti simili in futuro e di riequilibrare le situazioni patrimoniali degli imprenditori che si contendono quote di mercato.

Questa impostazione, che tende a ridimensionare il ruolo dell’imprenditore nel mercato (il ruolo dell’imprenditore infatti rimane fondamentale ma egli non ne è più il protagonista assoluto) sembra del resto es-

---

<sup>5</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Una pièce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente, il professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore, ed il sovraindebitato/esdebitato*, *Europa dir. priv.* 2020, 617, secondo cui il consumatore viene individuato in negativo e su di una negazione non si costruisce uno *status* né si delinea una classe sociale, sicché è sconsigliabile immaginare i consumatori come un gruppo sostanzialmente omogeneo e definito dal punto di vista sociologico al pari del lavoratore subordinato del settore metalmeccanico o del colono. Nessuno dubita, infatti, che l'imprenditore edile che acquisti in un grande magazzino un elettrodomestico per la propria abitazione agisca in qualità di consumatore. Il ripudio della concezione del consumatore come appartenente ad una specifica classe sociale ha suggerito l'abbandono delle letture più spiccatamente soggettivistiche per approdare invece ad una concezione oggettivistica orientata al sindacato in concreto dello scopo finale perseguito dalla controparte del professionista: ne è venuta una rivisitazione della normativa sul contratto del consumatore come disciplina dell'atto di consumo a prescindere dalla formale qualificazione soggettiva dei contraenti. Cfr. anche A. ZURLO, *Il definitivo superamento del professionismo di rimbalzo*, *Resp. civ. prev.*, 2021, 506, secondo cui il fideiussore del professionista può anche essere un consumatore: nelle complesse dinamiche inferenziali, tra consumerismo unionale e garanzie codicistiche nazionali, deve essere inserita e inquadrata la figura del c.d. professionista «di riflesso» (o «di rimbalzo»), quale creazione dottrinale che è stata originata da quell'orientamento secondo cui, in ossequio a una sorta di flessibilizzazione del fenomeno fideiussorio, ai fini della qualificazione soggettiva del garante e, quindi, di una sua eventuale sussunzione nelle categorie tipizzate dalla normativa consumeristica, occorre avere riguardo alla posizione del debitore principale; di tal guisa, ne derivava che se l'obbligazione garantita fosse stata posta in essere da un soggetto professionista, anche il fideiussore, di conseguenza, sarebbe stato ritenuto tale, pur se autonomamente qualificabile come consumatore; analogamente M. SIMEON, *Il fideiussore del professionista può essere consumatore: tramonto della teoria del professionista di "riflesso"*, *Giur. comm.*, 2020, II, 1243; U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 688.

sere la più rispondente al dettato costituzionale, dal momento che l'art. 41 Cost. non menziona espressamente l'imprenditore ma afferma, più genericamente, che l'iniziativa economica privata (di tutti quindi, non solo dell'imprenditore) è libera<sup>6</sup>.

Anche la parola "mercato" non trova spazio nella nostra Costituzione; eppure la nascita del mercato viene tradizionalmente indicata come un passaggio fondamentale della storia dell'uomo, il punto di passaggio dal medio evo all'età moderna e la nascita della borghesia; è il momento in cui gli abitanti del feudo lasciano i propri feudatari per incontrarsi e scambiare i propri beni prodotti in eccedenza: vengono fondate nuove città ed inizia a circolare

---

<sup>6</sup> L'art. 41 della Costituzione, formato da tre commi, è il frutto dell'accordo tra le tre anime presenti in sede di Assemblea Costituente, quella liberale (si pensi a Luigi Einaudi), di cui è espressione il co. 1 (libertà d'iniziativa economica), quella cattolica (si pensi a Alcide De Gasperi), di cui è espressione il co. 2 (l'utilità sociale e i c.d. limiti "negativi" alla libertà d'iniziativa economica), quella comunista/socialista (si pensi a Palmiro Togliatti) di cui è espressione il co. 3 (c.d. limiti "positivi" alla libertà d'iniziativa economica): ogni anima dell'Assemblea Costituente ispira dunque in particolare un comma dell'art. 41, ma l'articolo va letto unitariamente e proprio da questa lettura complessiva emerge il tentativo, se non di una fusione armoniosa tra queste tre anime, di un "compromesso" (per citare la parola che usa Togliatti), in altre parole di un tentativo di instaurare una pacifica convivenza tra ideologie e principi apparentemente difficilmente conciliabili: cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 532; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, *Giur. cost.*, 2005, 84, il quale distingue tra libertà di concorrenza dell'individuo, situazione giuridica soggettiva attribuita a persone e imprese (avendo come punto di riferimento, deve ritenersi, l'art. 41, co. 1, Cost.), e la concorrenza effettiva (o concorrenza in senso oggettivo), come modo di funzionamento reale di un mercato, ritenendo che riceva una tutela costituzionale anche quest'ultima (attraverso – si ritiene – i commi 1 e 2 dell'art. 41 Cost.). Sulla riconducibilità della concorrenza all'art. 41 Cost. cfr. Corte cost. n. 56 del 2020; nn. 137 e 83 del 2018, sentenze secondo le quali la nozione di "concorrenza" comprende sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici. Ch-e la tutela della concorrenza trovasse e trovi tuttora il suo punto di riferimento, la sua "copertura" costituzionale, nell'art. 41 Cost. lo si deduce anche da un preciso dato legislativo costituito dall'art. 1 della legge *antitrust*, il quale afferma esplicitamente che le disposizioni della presente legge costituiscono "attuazione dell'art. 41 Cost., a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica".

il denaro<sup>7</sup>. Per comprendere tale omissione deve farsi riferimento al quadro storico in cui è nata la Costituzione. L'Italia era appena uscita dagli orrori della seconda guerra mondiale durante la quale erano stati sistematicamente ignorati e calpestati i più elementari diritti fondamentali dell'individuo: è logico dunque che gli sforzi dei Costituenti si siano concentrati nel riaffermare tali diritti inalienabili del singolo, "trascurando", per così dire, tematiche pur relevantissime quali il mercato e la concorrenza, che sono diventate invece centrali neppure una decina di anni dopo, con la nascita della Comunità economica europea e che tuttora, pur con l'approdo all'Unione europea che ha allargato alla tutela dei diritti fondamentali la sua sfera di competenze, mantengono una posizione di assoluta rilevanza.

Non può poi non evidenziarsi una storica distanza culturale, che solo recentemente stiamo cercando di colmare, dei nostri studi giuridici rispetto alle tematiche economiche, ossia a quella che potremmo definire – in contrapposizione alla forse abusata e sopravvalutata analisi economica del diritto - una "analisi giuridica dell'economia", tematiche "snobbate" e per certi versi considerate, fino a non molto tempo addietro, di "serie B" rispetto ai problemi classici del diritto civile i cui studi possono vantare una tradizione millenaria. È invece proprio dagli studi economici che occorre partire per affrontare i problemi giuridici che il mercato propone. In economia si intende per mercato il luogo<sup>8</sup> deputato allo svolgimento degli scambi; secondo un'altra definizione il mercato è il punto di incontro della domanda e dell'offerta<sup>9</sup>, cioè

---

<sup>7</sup> M. BLOCK, *La società feudale*, Einaudi, Milano, 1984, 471.

<sup>8</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, 67, secondo cui il mercato è un luogo, anche solo figurativamente inteso, in cui si realizzano scambi organizzati: è dunque un *locus artificialis* che non potrebbe esistere senza un nucleo di regole che in qualche modo lo conformino. Il mercato sarebbe *locus artificialis* e non *naturalis* perché "fatto con l'arte del legiferare". Prevarrebbe dunque l'aspetto giuridico della regolamentazione su quello socio-economico dell'aggregazione spontanea e della necessità di commerciare. Sembra tuttavia che sia più rispondente alla realtà ritenere che entrambi gli aspetti possano e debbano convivere; N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 185, secondo cui il mercato è il luogo degli scambi in cui ogni parte dà in quanto e perché riceve.

<sup>9</sup> Scrive G. Oppo che "è il contratto che deve comporre domanda e offerta moralizzando il mercato", ma ben si potrebbe parafrasare questa affermazione sostenendo che è il mercato che deve comporre domanda e offerta moralizzando il contratto (G. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Cedam, Padova, 2005, 193).

degli acquirenti e dei venditori<sup>10</sup>. Forte è altresì il collegamento tra mercato e impresa secondo Libertini<sup>11</sup>. Si è infatti imprenditori se la propria attività è destinata allo scambio e quindi al mercato (cfr. art. 2082 c.c.)<sup>12</sup>: sottolinea Agostino Gambino che l'intero sistema del diritto commerciale è oggi centrato su due pilastri, quelli dell'impresa e del mercato<sup>13</sup>.

È inoltre oggi evidente – sottolinea Buonocore – lo stretto collegamento tra contratto e mercato, tale da determinare un condizionamento reciproco<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979, 23, giurista il quale introduce la problematica economica come momento fondamentale del procedimento interpretativo del mercato. Secondo tale Autore inoltre l'esaltazione del mercato è rappresentata dal commercio, che costituisce il momento del contatto dell'impresa con la clientela. Cfr. anche gli economisti L. CAMPIGLIO, *Mercato, prezzi e politica economica*, Bologna, Il Mulino, 1999, 19, il quale scrive che il mercato è un meccanismo di coordinamento delle decisioni economiche e costituisce il meccanismo per realizzare la migliore allocazione delle risorse; analogamente, R. H. COASE, *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 2006, 42, secondo cui le decisioni dei produttori e dei consumatori sono armonizzate dalla teoria dello scambio. M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali, Europa dir. priv.* 2011, 329, secondo cui la sovranità del mercato, prima ancora che nel diritto europeo, ha il suo cominciamento nel diritto moderno in generale, e fin dalla sua istituzione (che - stipulativamente - si può far risalire, almeno per l'Europa continentale, alla Rivoluzione francese, alla Dichiarazione dei diritti e al *Code Napoléon*). Sono i principi di eguaglianza e libertà del diritto moderno che hanno elevato il consenso, e dunque il contratto, a forma universale di ogni mediazione sociale e che, perciò, abrogando le relazioni personali di dipendenza dell'Antico Regime, hanno istituito - o meglio universalizzato - il libero scambio e la moderna economia di mercato. Il diritto moderno ed il suo formalismo, differenziando il sistema giuridico dalla politica e dall'etica («dal trono e dall'altare»), hanno istituito e garantito l'autonomia dell'economico, l'indifferenza del contratto, e dunque dello scambio, da ogni determinazione materiale e spirituale dei suoi protagonisti. È dunque il diritto moderno, secondo Barcellona, che ha insediato il mercato come nuovo sovrano in luogo delle autorità delle epoche precedenti.

<sup>11</sup> G. LIBERTINI, *Il mercato. I modelli di organizzazione*, in *Trattato Galgano*, III, *L'azienda e il mercato*, Padova, Cedam, 1979, 337.

<sup>12</sup> Si rammenti l'acceso dibattito sull'imprenditore agricolo e circa la configurabilità dell'impresa per conto proprio. Cfr. W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1949, 123.

<sup>13</sup> A. GAMBINO, *Impresa e società di persone*, Giappichelli Torino, 2019, 2.

<sup>14</sup> V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 384, secondo cui funzione del mercato è quella di favorire l'incontro degli operatori e quindi la conclusione dei contratti, dunque il mercato è il luogo delle contrattazioni nel quale si intrecciano vari interessi che vanno adeguatamente tutelati; lo stesso Autore in un'altra sua opera (*Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 174) descrive il

In passato invece, come evidenziato da D'Amico, nel modello presupposto dalla disciplina (e dalla dottrina) tradizionale del contratto — un modello basato sullo schema di una “contrattazione individuale” — il contratto non ha idoneità ad incidere sulla strutturazione del mercato, ed era semmai la conformazione del mercato a condizionare lo svolgimento delle singole contrattazioni<sup>15</sup>. Questa situazione muta con l'apparizione sulla scena del “contratto di massa” (o seriale), basato sulla predisposizione (unilaterale) di condizioni generali di contratto destinate ad applicarsi ad una pluralità indeterminata di rapporti contrattuali. Se, infatti, un imprenditore inserisce nei regolamenti contrattuali, che egli predispone ed utilizza per instaurare rapporti con i propri clienti, clausole idonee a procurargli significativi “vantaggi” nei confronti delle controparti contrattuali, egli non soltanto “abusa” della propria libertà “contrattuale” nel rapporto individuale con l'altra parte, ma col suo comportamento incide anche sul funzionamento del mercato, perché — sopportando minori “costi” (e potendo, di conseguenza, praticare prezzi più bassi) — acquisisce un “vantaggio competitivo” (rispetto ai concorrenti) che non dipende dalla maggiore efficienza e “produttività” della sua organizzazione produttiva e/o commerciale. All'aspetto microeconomico/privatistico del contratto si affianca dunque oggi quello macroeconomico/pubblicistico del mercato e della concorrenza.

Ma anche sotto un'altra prospettiva non vi è coincidenza tra il contratto di scambio e il mercato, in quanto il mercato racchiude senz'altro lo scambio ma ha in sé anche qualcosa di più<sup>16</sup>.

---

mercato come luogo d'incontro e di composizione di interessi di operatori e di utenti dei beni e dei servizi.

<sup>15</sup> G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, *Europa dir. priv.* 2019, 1.

<sup>16</sup> G. AULETTA, *Contratto e mercato: a proposito del III volume de “Il diritto civile” di C.M. Bianca (Milano, 1984), Quadrimestre*, 1985, 289 e ora in *Scritti giuridici*, VIII, Milano, 2001, 227 ss.; G. AULETTA, *Un saggio di economia del diritto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 1080, ora in *Scritti giuridici*, VIII, Milano, 2001, 81. Secondo M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, *Europa dir. priv.* 2020, 757, l'idea neoliberale è che i fallimenti del mercato non dipenderebbero dai suoi limiti e dalle sue incapacità ma, tutt'al contrario, dal suo insufficiente dispiegamento, dagli ostacoli che si frappongono alla integrale efficacia della sua logica e che investono il suo dispositivo basilare, la transazione, la cellula elementare del suo funzionamento, e cioè il contratto. Compito di un diritto che voglia cooperare al conseguimento del “bene pubblico” sarebbe, perciò, quello — come altrove si è già scritto —

Ha di più innanzitutto perché il mercato non è destinato all'incontro di domanda e offerta per i soli contratti di scambio ma anche per quelli che comportano un fare: si pensi ad una gara di appalto, che determina la creazione di un mercato dei potenziali appaltatori tutti desiderosi di accaparrarsi il soggetto appaltante.

Tuttavia il mercato è più della mera somma algebrica di una serie di scambi anche e soprattutto perché vi sono delle persone umane che possono recarsi al mercato stesso, scambiarsi delle idee, informarsi, più o meno bene, e non comprare o vendere nulla<sup>17</sup>. In effetti, secondo il giurista inglese Goode, se è vero che nel diritto commerciale è centrale il ruolo del contratto<sup>18</sup>, se tale diritto si basasse solo su una serie di contratti bilaterali non col-

---

di superare questo *gap* tra modello mercantile e mercato reale e, perciò, di intervenire massicciamente per rimuovere gli ostacoli che impediscono che la logica del modello si impadronisca della, e governi fino in fondo la, realtà. E poiché la logica del modello è centrata sullo scambio, l'oggetto di questo intervento deve concentrarsi sulla transazione che lo attua. Questo spiega l'alluvione regolamentare che investe il diritto, il quale, a differenza di prima, si mostra ora rivolto non più a correggere lo scambio, bensì ad integrare le condizioni della sua stipula, mettendo i suoi protagonisti in condizione di "scegliere" il meglio per loro. Figlia di questa "filosofia", della centralità della transazione e della logica che la anima, è la trasformazione della concorrenza in competizione. La concorrenza sarebbe legata al paradigma neoclassico dell'equilibrio del sistema economico. La nuova centralità dello scambio e la sua innata propensione alla massimizzazione illimitata dei vantaggi liberano, invece, il mercato da questo scopo, alla fine estrinseco, e lo lanciano verso l'incessante perseguimento di un obiettivo che continuamente si sposta in avanti, verso la competizione illimitata appunto.

<sup>17</sup> Peraltro non tutti gli scambi avvengono tramite un mercato, quand'anche si tratti di bene economicamente rilevanti e quand'anche il prezzo oggetto della compravendita corrisponda a quello di "mercato". Si pensi alla vendita al proprio vicino di casa del proprio appartamento senza che esso sia mai offerto in vendita al pubblico tramite un cartello o un annuncio sul giornale.

<sup>18</sup> Rileva Galgano, nel sottolineare la centralità del contratto e dell'autonomia contrattuale nel codice civile (F. GALGANO, *Il contratto nell'economia globale*, *Contr. impr.*, 2007, 732), che sia nella nostra dottrina che nella nostra giurisprudenza quando si parla di negozio giuridico si pensa fondamentalmente al contratto. Esso è in effetti uno strumento indispensabile per l'esercizio dell'attività di impresa (sia essa esercitata da un singolo imprenditore o organizzata in forma societaria) ed è dunque, da sempre, tradizionalmente materia di interesse del diritto commerciale. Mediante la conclusione di contratti infatti l'impresa non solo realizza profitti (si pensi al contratto di vendita avente ad oggetto il bene prodotto dall'impresa), ma anche si procura i c.d. fattori della produzione, ovvero sia capitale e lavoro (mediante contratti di mutuo e di lavoro) e organizza la propria attività di produzione o scambio (si pensi ai contratti con i quali costruisce la rete di distri-

legati tra loro rimarrebbe un bambino gracile. Ciò che ha dato forza al mercato è stata l'organizzazione<sup>19</sup>, il luogo fisico o virtuale di incontro – si pensi al mondo di internet – con le sue regole associative, le sue occasioni per far conoscere i venditori agli acquirenti ed i finanziatori a chi prende a prestito il denaro, il clima di fiducia o meno che vi si respira al suo interno<sup>20</sup>. Scrive poi Guido Rossi che il mercato è sede naturale di un vastissimo *bargaining*, cioè di una contrattazione continua, che va oltre la contrattazione giuridica e le sue regole e che è fra l'altro costituita da una serie di pratiche informali, dove c'è molto disordine e i contratti e la loro vincolatività costituiscono solo l'ultima e meramente eventuale fase di questa continua contrattazione<sup>21</sup>. Aggiunge Oppo che è il mercato che in qualche modo deve comporre domanda e offerta, e mercato vuol dire gli uomini, nei loro bisogni, debolezze e sentimenti<sup>22</sup>, anche se sicuramente il mercato è soprattutto,

---

buzione dei propri prodotti - ad esempio alla concessione di vendita). I contratti oggetto di studio da parte del diritto commerciale possono dare vita - e cui normalmente danno vita - non solo gli imprenditori, ma anche altri soggetti giuridici (ad esempio professionisti intellettuali, consumatori, associazioni). In diritto commerciale i contratti vengono però esaminati nella particolare ottica dell'impresa. Si studiano pertanto i contratti generalmente stipulati da quest'ultima (con la sola eccezione dei contratti di lavoro nell'ambito dell'impresa, che sono oggetto di studio da parte del diritto del lavoro), sia quelli che per essere conclusi hanno bisogno necessariamente di un'organizzazione d'impresa (come i contratti bancari e assicurativi, ove una parte è appunto sempre un'impresa bancaria o assicurativa) sia quelli che possono essere conclusi anche da un non imprenditore. Ma ci si soffermerà altresì e dapprima sull'incidenza, per l'atteggiarsi del contratto, dello *status* di imprenditore nel caso in cui questi, proprio in virtù della sua qualifica soggettiva, disponga nei confronti dell'altro contraente di un maggior potere contrattuale. In tali casi infatti la legge predispone una serie di misure a tutela della parte debole.

<sup>19</sup> M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, *Europa dir. priv.*, 2014, 1, Autrice secondo cui Il mercato, inteso come sistema di relazioni economiche-organizzate, è il luogo di scambio e di soddisfacimento dei bisogni, ma come tale reclama regole per impedire forme di distorsione o di deviazione che possano pregiudicare il suo corretto svolgimento.

<sup>20</sup> R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, trad. it. di J. D'Almeida, Milano, Giuffrè, 2003, 72.

<sup>21</sup> G. ROSSI, *Diritto e mercato*, *Riv. soc.*, 1998, 14, analogamente anche G. ROSSI, *Anti-trust e teoria della giustizia*, *Riv. soc.*, 1995, 10.

<sup>22</sup> G. OPPO, *Contratto e mercato*, *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Padova, Cedam, 2005, 193; G. OPPO, *Codice civile e mercato*, *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, VIII, Milano, Giuffrè, 2001, 227.

se visto non attraverso la lente dei singoli personaggi che lo popolano ma nella prospettiva di tutti gli attori che lo animano, un luogo di fredda razionalità, ove l'incoerenza e l'irragionevolezza di un singola proposta contrattuale è destinata tendenzialmente a naufragare nelle rigidi e crudeli regole della concorrenza, in ragione delle quali una proposta non conveniente (potremmo dire "fuori mercato") è destinata in linea di massima a rimanere inaccettata. E tale tendenziale razionalità del mercato viene anche presa in considerazione dalla Cassazione quale parametro attraverso il quale valutare la credibilità di una scelta economica al fine di un giudizio della stessa in termini di abuso del diritto o meno<sup>23</sup>.

In ogni caso il mercato appare oggi sempre più come un luogo vivo – anche quando sia semplicemente virtuale - dove non solo avvengono le contrattazioni ma in cui delle persone fisiche si incontrano o comunque si vedono, si parlano, si scrivono attraverso internet, dove quindi non ci scambia solo beni o servizi ma anche idee e opinioni e che ben può dunque legittimamente considerarsi una delle formazioni sociali ove si svolge e si sviluppa la personalità dell'uomo riconosciuta e tutelata dall'art. 2 Cost.<sup>24</sup> e dove dunque

---

<sup>23</sup> Cfr. Cass. 6 ottobre 2021, n. 21758, secondo cui, in materia tributaria ricorre l'abuso del diritto enucleabile in base ai principi di capacità contributiva e di progressività ex art. 53 Cost, ogni qual volta si sia in presenza di una o più costruzioni di puro artificio che, pur se non contrastanti con alcuna specifica disposizione, sono realizzate al fine di eludere l'imposizione e siano prive di sostanza commerciale ed economica; di talchè, per configurare la condotta abusiva è necessaria un'attenta valutazione delle "ragioni economiche" delle operazioni negoziali che sono poste in essere, in quanto, se le stesse sono giustificabili in termini oggettivi, in base alla pratica comune degli affari, minore o del tutto assente è il rischio della pratica abusiva; se, invece, tali operazioni, pur se effettivamente realizzate, riflettono, attraverso artifici negoziali, assetti di "anormalità" economica, può verificarsi una ripresa fiscale là dove è possibile individuare una strada fiscale più onerosa. In tal senso, la prova dell'elusione deve incentrarsi sulle modalità di manipolazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati, nonchè sulla loro mancata conformità ad una normale logica di mercato.

<sup>24</sup> Cfr. in questo senso F. PIZZOLATO, *Mercato e istituzioni logiche a confronto*, *Impresa & Stato*, 2001, n. 55, 78, secondo cui il principio personalistico, accolto nella Costituzione, soprattutto negli artt. 2 e 3 co. 2, muove dall'idea di uomo *situato*, che sviluppa cioè la sua personalità aderendo ad una serie progressiva di formazioni sociali, culminanti nella società politica (storicamente incarnata dallo Stato), avente per fine, diretto o sussidiario, la generalità dei bisogni umani (il bene comune). Tradizionalmente, anche i giuristi maggiormente legati a tale impostazione non inseriscono il mercato tra le formazioni sociali, in cui tutt'al più rientra l'impresa, in quanto si vede nel mercato non un luogo di

vengono in considerazione ed entrano potenzialmente in conflitto i diritti individuali dei singoli (si pensi solamente al diritto alla salute per quanto riguarda l'acquisto dei generi alimentari, al diritto ad una corretta informazione per quanto riguarda l'acquisto di beni durevoli e di rilevante valore economico come ad esempio l'automobile e al diritto alla riservatezza per quanto riguarda il trattamento dei dati personali necessari per completare l'acquisto).

## **2. Norme imperative e limiti alla libertà di iniziativa economica nella Costituzione: l'utilità sociale**

Osserva Agostino Gambino che quando l'esercizio dell'iniziativa economica è assistito dalla limitazione di responsabilità ai capitali investiti, quale naturale contrappeso alla minore garanzia offerta ai terzi la libertà di iniziativa economica ha trovato storicamente la sua concreta e profonda limitazione nel dovere di osservare regole giuridiche inderogabili<sup>25</sup>; in effetti tale iniziativa economica è in grado di dare i suoi frutti solo grazie agli innumerevoli rapporti che l'imprenditore intreccia con i terzi nel contesto del mercato: il mercato del lavoro, che dà all'imprenditore lo strumento primario della produzione e il mercato dei beni e servizi nella duplice espressione dei fornitori dei capitali e degli strumenti produttivi e, al termine del ciclo, degli acquirenti e fruitori dei prodotti.

---

socialità nel senso comunitario del termine, bensì un luogo di conflittualità, di concorrenza mossa da finalità di tipo individualistico. Il mercato era pertanto ridotto, in tali teorie, ad arena degli imprenditori. Fatti recenti dimostrano però come il funzionamento del mercato dipenda non dai soli meccanismi di produzione e di profitto, bensì da un clima relazionale di fiducia, che rivela la pluralità dei soggetti presenti nel mercato e la loro ineludibile interdipendenza.

<sup>25</sup> A. GAMBINO, *Imprenditore e mercato: iniziativa economica e regole giuridiche*, in AA.VV., *Il diritto della transizione*, Kluwer Ipsoa, Milano, 1998, 25. Sia nel caso dei contratti atipici sia in quelli tipici, è possibile individuare la stessa gerarchia delle fonti che disciplinano il contratto: al primo posto vengono le leggi ordinarie che hanno carattere imperativo, poi le clausole stabilite dalle parti, poi ancora le leggi ordinarie che hanno carattere dispositivo e infine gli usi e l'equità (art. 1374 c.c.): in ogni caso l'autonomia delle parti incontra dunque un limite nelle norme imperative o inderogabili che dir si voglia.

Il ventesimo secolo si contrappone al diciannovesimo – quest’ultimo fortemente caratterizzato dal liberismo – proprio per la consistente introduzione di queste regole inderogabili, che attenevano, nel campo del diritto delle procedure fallimentari alla tutela paritaria o differenziata dei terzi nei confronti dell’imprenditore in dissesto<sup>26</sup>, nel campo del diritto del lavoro alla tutela dei lavoratori (con una massiccia legislazione speciale, all’interno della quale spiccavano la Carta del lavoro del 1927 e lo Statuto dei lavoratori del 1970)<sup>27</sup>; nel campo del diritto societario dapprima alla tutela delle minoranze dei soci mediante l’inderogabilità legislativa dell’articolazione di competenze nell’organizzazione delle società di capitali e successivamente alla tutela di quegli stessi soci di minoranza ma anche dei potenziali investitori (non solo in azioni ma anche in obbligazioni societarie: e questa distinzione si sta progressivamente assottigliando, tanto che l’autonomia negoziale può dar luogo a forme ibride di titoli partecipativi) mediante una rigida disciplina informativa riguardante correttezza, verità e intelligibilità dei bilanci e in genere delle rappresentazioni contabili che orientano gli eventuali acquisti.

Conseguentemente, la giurisprudenza del secolo scorso, sulla base di questo assetto giuridico dei rapporti dell’imprenditore con i terzi, ha elaborato principi di ordine pubblico economico, che rappresentavano il nucleo essenziale delle norme inderogabili; nel ventunesimo secolo invece i principi di ordine pubblico economico relativi alla tutela dei soci di minoranza nel diritto societario e dei creditori nel diritto delle procedure concorsuali si sono attenuati (non necessariamente però a scapito degli interessi dei suddetti soci e creditori) per far posto all’autonomia privata e norme derogabili, mentre si sono invece sviluppati lungo la direttrice già tracciata degli obblighi informativi quanto ai soci di minoranza, agli investitori ai contraenti “deboli” e lungo invece le direttrici inedite rappresentate da un lato dalla tutela della concorrenza e dall’altro dalla legislazione antimafia<sup>28</sup>.

Nel ventesimo secolo viene data una lettura riduttiva e comunque non immediatamente precettiva ma meramente programmatica di molte norme

---

<sup>26</sup> R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Giuffrè, Milano, 1974, 26.

<sup>27</sup> M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, *Europa dir. priv.*, 2020, 939.

<sup>28</sup> L. DELLI PRISCOLI, *Diritto di iniziativa economica dell’impresa sospettata di essere collusa con la mafia e diritto della collettività ad un mercato concorrenziale*, in *Giur. comm.*, 2021, II, 41.

della Costituzione: sostanzialmente ignorato è l'art. 47 Cost. (a mente del quale «*la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito*») mentre anche l'art. 41 Cost. trova scarsa applicazione sia nelle sentenze della Consulta che in quelle della Cassazione e scrive coerentemente Irti che in tale norma «*manca la prospettiva orizzontale, dello svolgersi dell'iniziativa nei confronti di altri soggetti privati ... concorrenza e mercato, cioè i rapporti vicendevoli tra imprenditori ed i rapporti tra imprenditori e consumatori, rimangono estranei alla Carta repubblicana, che conosce soltanto il profilo protettivo della libertà*»<sup>29</sup>.

In effetti, la scelta dei Costituenti è stata nel senso di considerare l'iniziativa economica come libera<sup>30</sup>, ma al contrario di molte libertà civili essa non è qualificata come inviolabile<sup>31</sup> (si vedano invece gli artt. 13, 14, 15

---

<sup>29</sup> N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 11.

<sup>30</sup> Sono rare le Costituzioni ottocentesche che contengono un'espressa tutela dell'iniziativa economica privata distinta e autonoma rispetto a quella prevista per la proprietà, prevalendo il modello tradizionale dell'indistinzione o del riconoscimento implicito della libertà economica nella proclamazione del diritto di proprietà (cfr. R. NIRO, *Commento all'art. 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, 847).

<sup>31</sup> Non può poi non citarsi la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU che, pur essendo subordinata alla Costituzione, ha comunque un valore superiore rispetto agli atti avente forza di legge: cfr. Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007), il cui art. 16 stabilisce che «è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali»: nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo quest'ultimo inciso determina la possibilità di una severa e significativa limitazione della libertà d'impresa in nome di una migliore protezione dei diritti fondamentali dell'uomo. Così, ad esempio, riguardo alle incapacità personali connesse allo stato di fallito, con specifico riferimento agli artt. 50 e 143 della legge fallimentare all'epoca vigente, la Corte di Strasburgo (sentenza 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia, ric. n. 77962/01), ha ritenuto le disposizioni della legge fallimentare lesive dei diritti della persona, perché incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza «non necessaria in una società democratica». La Corte di Strasburgo ha affermato, in particolare, che «a causa della natura automatica dell'iscrizione del nome del fallito nel registro e dell'assenza di una valutazione e di un controllo giurisdizionali sull'applicazione delle incapacità discendenti dalla suddetta iscrizione e del lasso di tempo previsto per ottenere la riabilitazione, l'ingerenza prevista dall'art. 50 L.F. nel diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti non è necessaria in una società democratica, ai sensi dell'art. 8, § 2, della Convenzione». Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *La rilevanza dello status nella protezione dei soggetti deboli nel qua-*

Cost., in tema rispettivamente di libertà personale, domicilio, corrispondenza); sono inoltre apprestati vincoli assai più rigidi e penetranti (cfr. commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost.) di quelli previsti per le libertà civili; infine la Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica come diritto fondamentale. Questi dati hanno fornito il fondamento giustificativo di quelle ricostruzioni che hanno assegnato alla predetta libertà uno status di libertà "dimidiata", di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà civili, non configurabile come diritto fondamentale<sup>32</sup>.

Pertanto, fin dall'inizio l'art. 41 Cost., soprattutto per quanto riguarda il limite dell'"utilità sociale" ha avuto numerose critiche<sup>33</sup>, per la sua formulazione "pericolosamente generica, troppo ampia, inconoscibile, indeterminata e indeterminabile: una norma che non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale e arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi saranno conformi a ciò"<sup>34</sup>.

Proprio sull'onda di queste critiche, mai sopite, cominciate già durante i lavori della Costituente e arrivate ai giorni nostri mediante una serie di decreti legge, poi convertiti in legge, che hanno affermato, quanto ai limiti alla libertà di iniziativa economica privata, il principio della riserva di legge (è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge). In effetti, già dal 1964 (sentenza n. 40) la Corte costituzionale si era espressa nel senso che la riserva di legge nell'art. 41 Cost., pur senza che si possa negare una sua certa modulazione, rappresenta una costante, se non altro per l'espressione utilità sociale, la cui indubitabile indeterminatezza ne rende quanto meno complessa l'immediata operatività, implicando l'opportunità,

---

*dro dei principi europei di rango costituzionale*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 322; H. BONURA, G. FONDERICO, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà d'iniziativa economica*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 985.

<sup>32</sup> Cfr. in questo senso M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582.

<sup>33</sup> Cfr. E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 300, che definisce la norma "indeterminata nel suo nucleo politico centrale" e "anfibiologica", suscettibile cioè di essere sviluppata in opposte direzioni.

<sup>34</sup> Cfr. Einaudi e il suo intervento nella seduta del 13 maggio 1947, in *A.C.*, II, 39337-38. Egli affermava che le libertà civili e le libertà economiche sono reciprocamente dipendenti: ciascuna forma di libertà emerge solo in presenza delle altre e che una eccessiva compressione delle libertà economiche avrebbe inevitabilmente compromesso le altre.

se non la necessità, dell'intermediazione del legislatore. La novità di questa disciplina sta dunque nell'ancorare i limiti imponibili all'iniziativa economica alla protezione di ben definiti valori costituzionali, quali il lavoro, l'ambiente e la salute: non è sufficiente una qualsiasi legge dunque per porre un freno all'attività economica, occorre anche che quella legge abbia il chiaro obiettivo di tutelare i predetti valori.

L'esame della giurisprudenza costituzionale evidenzia innanzitutto un dato statistico incontrovertibile, ossia la circostanza che nel ventunesimo secolo sono notevolmente incrementate le questioni poste alla Corte costituzionale nelle quali viene indicato l'art. 41 Cost. (e in particolare il limite all'iniziativa economica rappresentato dall'utilità sociale) quale parametro alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale di una norma. Più limitato invece è l'uso che Di tale norma fa la Cassazione, per lo più proprio solo nel richiamare il contenuto di sentenze della Corte costituzionale<sup>35</sup>.

D'altro canto non va sottovalutato il fatto che anche la libertà di iniziativa economica ha avuto un notevole aumento di citazioni, sia nella legislazione che nelle sentenze della Consulta che in quelle della Cassazione<sup>36</sup>, pur confermandosi della stessa sempre la stessa definizione: «il legislatore costituzionale ha opportunamente costruito tale libertà non come assoluta (ma a guardar bene in realtà non esistono libertà assolute - ossia senza limiti - nel nostro ordinamento), ma l'ha subordinata, fra l'altro, al vincolo costituito dal mancato contrasto con l'utilità sociale»<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. ad es. Cass. S.U. 20 giugno 2012 n. 10130, che a proposito dell'indennità di espropriazione richiama la sentenza n. 348 del 2007 e conseguentemente il «ragionevole legame» con il valore di mercato; Cass. 5 maggio 2020 n. 8473, che a proposito del contratto di autotrasporto di cose e del relativo sistema di tabelle tariffarie (c.d. "a forcella", ossia con limiti massimi e minimi), richiama la sentenza n. 386 del 1996), affermando che il divieto di stipulazione di contratti che comportino prezzi di trasporto determinati fuori dei limiti massimi e minimi previsti dalle tabelle, il quale non è in contrasto con la libertà di iniziativa economica, garantendo alle imprese un certo margine di utile e la facoltà di muoversi liberamente tra i minimi e massimi tariffari, assicura il bilanciamento della libertà di impresa con l'utilità sociale, evitando situazioni di concorrenza sleale realizzata mediante il contenimento dei corrispettivi in pregiudizio potenziale della qualità e sicurezza del trasporto.

<sup>36</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. nn. 287, 143, 141 del 2019; Cass. 27 aprile 2020, n. 8197; Cass. 7 febbraio 2020, n. 2980.

<sup>37</sup> Cfr., *ex plurimis*, sentenza n. 289 del 2010.

In effetti, la giurisprudenza costituzionale in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata ne ha individuato il limite insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale. La Corte costituzionale ha, infatti, «costantemente negato che sia “configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale”, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale “non appaia arbitraria” e, “per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue”<sup>38</sup>.

Fatto sta che nel ventunesimo secolo la Corte costituzionale parla di iniziativa economica e utilità sociale a proposito di salute, ambiente, lavoro, autonomia contrattuale, proprietà. In ogni caso, la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che ha ben poco senso - o forse non ne ha per nulla - considerare isolatamente le singole disposizioni dell'art. 41 Cost. Esse invece acquistano un significato tutto nuovo e per nulla contraddittorio e se lette unitariamente: esprimono una esigenza di bilanciamento tra i diversi valori in gioco, e in particolare tra quello dell'imprenditore e del professionista in genere a dar libero sfogo alla propria iniziativa economica e quella della collettività al rispetto di alcuni valori fondamentali, quali la salute e l'ambiente<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Corte cost. n. 217 del 2021.

<sup>39</sup> Cfr. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.* 1992, 17, il quale non negava certo che i costituenti, in assenza di una «cultura del mercato», avessero consapevolmente voluto lasciare al solo codice civile la tutela della concorrenza, «nella ovvia presunzione che essa corrisponda ad interessi privati, non pubblici»: l'intento era quello di difendere l'iniziativa economica privata dell'imprenditore assoggettandolo non alla concorrenza ma a controlli e indirizzi pubblici. Amato metteva anche in evidenza come, allo stato, nella produzione giuridica legata al diritto pubblico dell'economia, fosse regolarmente assente la tutela della concorrenza. Tuttavia Amato dimostrava di cogliere lo spirito dei tempi, segnalando che, per il tramite dell'allora Comunità europea, era ormai entrata in Italia la cultura del mercato e, con essa, «le regole per salvaguardarne la concorrenzialità e per ottenere, per questa strada, efficienza economica». Cfr. anche A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La tutela della concorrenza ai tempi di google android tra fondamenti costituzionale e analisi tecnologica*, *Dir. inform. inf.*, 2021, 283, Autore il quale evidenzia che nel testo originario della Costituzione repubblicana del 1948 non vi era alcun riferimento esplicito alla tutela della concorrenza e, nonostante la stessa potesse

### 3. Valori del mercato e diritti fondamentali

Appare dunque un vuoto esercizio di retorica sostenere che – in virtù della teoria dei contro limiti (secondo cui i diritti fondamentali prevalgono su tutti i diritti, anche quelli di cui è portatrice l'Unione europea, fra i quali, *in primis*, vi sono quelli del mercato, e quindi la concorrenza e il principio di libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone) affermata dalla Consulta sin dalla sentenza n. 170 del 1984 e sempre confermata - i diritti fondamentali si pongano su un piano superiore e non comunicante rispetto ai diritti del mercato e che non possano mai essere sacrificati a favore di altri valori; tale atteggiamento potrebbe anzi essere non solo infruttuoso ma anche rischioso, qualora, facendosi forza di questa affermazione, si comprima lo spazio dei diritti dell'uomo a favore del mercato con il pretesto che tanto si tratta di mondi che non possono interferire tra di loro<sup>40</sup>. Sembra invece assai più realistico prendere atto della reciproca interferenza fra gli stessi e concentrarsi sul procedimento più appropriato per realizzare un bilanciamento tra valori che tenga in dovuto conto la sussistenza dei diritti fondamentali senza al contempo comprimere e frustrare eccessivamente i va-

---

essere dedotta da alcune disposizioni, per lungo tempo il dibattito non è parso destare l'interesse della dottrina costituzionalistica. Un punto di svolta si è avuto certamente con l'entrata in vigore della legge n. 287 del 1990, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato, il cui art. 1 citava quale suo fondamento proprio l'art. 41 della Costituzione. Oggi un riferimento esplicito alla tutela della concorrenza in Costituzione è presente all'interno del nuovo art. 117 della Carta, in seguito alla legge cost. n. 3/2001. Tuttavia, si tratta di un richiamo effettuato solo nell'ambito della distribuzione di competenze tra Stato e Regioni, dunque almeno in apparenza non particolarmente significativo. Più precisamente, il richiamo è effettuato al comma 2, lett. e), che inserisce la tutela della concorrenza tra le materie a competenza esclusiva dello Stato. In realtà, il riferimento non alla concorrenza in sé, ma alla «tutela» della concorrenza, rende il richiamo più significativo di quanto possa sembrare a una prima lettura: la concorrenza, resa oggetto di tutela, diverrebbe così un bene costituzionalmente rilevante. A ben vedere, però, il fondamento costituzionale della concorrenza è da ricercarsi anche nel comma 1 di tale art. 117, che assoggetta formalmente l'Italia ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, e quindi, in ultima istanza, tale fondamento deve essere rinvenuto anche nel diritto dell'Unione europea.

<sup>40</sup> Cfr. in questo senso N. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 766, secondo cui la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli.

lori del mercato<sup>41</sup>. In questa direzione è fondamentale un uso sapiente delle clausole generali, e in particolare della ragionevolezza<sup>42</sup> e della solidarietà sociale<sup>43</sup>, pur nella consapevolezza degli inevitabili pericoli di genericità e arbitrarietà che esse comportano<sup>44</sup>. Per ridurre tali rischi risulterebbe fondamentale innanzitutto poter fare affidamento su giudici altamente specializzati in materie economiche<sup>45</sup> e procedere al bilanciamento dei diritti fondamentali tenendo conto, a livello macroeconomico, della dimensione collettiva degli interessi coinvolti: quanto più alto sarà il numero delle persone coinvolte dai sacrifici richiesti dalle esigenze del mercato (ad es. l'inquinamento prodotto

---

<sup>41</sup> Sull'irragionevolezza delle norme che impongono gerarchie interpretative cfr. R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, 16.

<sup>42</sup> Così E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 29. Occorre ancora una volta ricordare che la libertà d'iniziativa economica privata, riconosciuta dal co. 1 dell'art. 41 Cost., è da una parte bilanciata dal limite dell'utilità sociale e dal rispetto della sicurezza, libertà, dignità umana (art. 41, co. 2, Cost.), d'altra parte è indirizzata e coordinata a fini sociali che legittimano la previsione ad opera del legislatore ordinario di programmi e controlli (art. 41, co. 3, Cost.). Essa poi può talora essere del tutto compressa nel caso in cui – avendo ad oggetto servizi pubblici essenziali o fonti di energia o situazioni di monopolio e rivestendo preminente interesse nazionale – il legislatore ordinario ne riservi originariamente a sé ne trasferisca l'esercizio. Pertanto, i due estremi costituiti dal pieno ed assoluto riconoscimento della libertà d'iniziativa economica privata e, all'opposto, dalla riserva di esercitare determinate imprese, si collocano vari possibili modelli connotati da un più o meno intenso intervento pubblico nell'economia. La concreta misura di tale intervento, che va a comprimere l'iniziativa economica privata, è demandata al legislatore ordinario, spettando alla Corte costituzionale solo l'identificazione del fine sociale e della riferibilità ad esso di limitazioni, programmi e controlli. Tale valutazione di riferibilità dà luogo ad un giudizio di ragionevolezza della limitazione della libertà d'iniziativa economica privata per il raggiungimento del fine medesimo, anche se non può esorbitare nel merito del provvedimento legislativo (sentenza n. 446 del 1988).

<sup>43</sup> H. KRUNKE, H. PETERSEN I. MANNERS, *Transnational Solidarity, Concept, Challenges and Opportunities*, Cambridge University Press, 2020.

<sup>44</sup> S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 718, secondo cui la presenza di clausole generali è tanto più necessaria quanto più appare evidente la complessità delle nostre società, le fratture che le attraversano. In una società articolata, "di minoranze", è necessario creare spazi di convivenza, legittimare valori diversi attraverso la creazione di strumenti che ne rendano possibile l'autonomia e la compatibilità. Non è forse questo il modo di operare della clausola di buona fede quando determina il concreto regolamento contrattuale in base alla specifica collocazione sociale dei contraenti?

<sup>45</sup> Cfr. in questo senso R. RORDORF, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Società*, 2000, 154.

da una nuova industria, l'aumento dei prezzi determinato da un'intesa anti-concorrenziale) tanto più energica dovrà essere la reazione dell'ordinamento nel riaffermare le esigenze della collettività valorizzando al massimo l'utilità sociale, che può essere considerata l'anello di collegamento tra diritti fondamentali e mercato.

Rispetto al ventesimo secolo quello attuale è poi caratterizzato dalla prepotente emersione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., che ormai è pacificamente riconosciuto quale il sicuro riferimento costituzionale dei principi di correttezza e buona fede<sup>46</sup>: pertanto, mentre l'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. funge da limite all'iniziativa economica nel suo aspetto pubblicistico, in una prospettiva macroeconomica e ove siano messi a rischio gli interessi diffusi di una collettività, l'art. 2 Cost. si pone quale il baluardo privatistico agli abusi dell'attività economica, dunque in un'ottica microeconomica e avuto riguardo ai diritti di singoli determinati soggetti che siano posti in pericolo, principalmente attraverso la conclusione eccessivamente squilibrati. Nell'applicazione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. dovrà inoltre tenersi presente quello che è uno dei corollari del principio di uguaglianza, ossia il principio secondo cui devono essere trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali. Pertanto, da una parte il giudice dovrà procedere alla correzione del contratto eccessivamente squilibrato non mediante sue personali e incontrollabili concezioni dell'equità bensì prendendo come solido punto di riferimento i valori oggettivamente espressi dal mercato (così ad esempio potrà ridurre secondo equità una clausola penale perché eccessivamente gravosa solo se tale onerosità viene uniformemente riconosciuta nell'ambito del mercato in cui è stata stipulata) e dall'altro dovrà ritenere di intervenire non in tutte le ipotesi di contratto squilibrato (pena altrimenti la mortificazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui va rivendicata la persistente attualità<sup>47</sup>) ma solo quando esigenze di inesperienza e carenza di informazioni del consumatore o di assenza di alternative dell'imprenditore debole lo esigano.

---

<sup>46</sup> Cfr. A. ALBANESE, *Buona fede, contratto, legge*, *Europa Dir. Priv.*, 2021, 31.

<sup>47</sup> E. GABRIELLI, *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, *Giust. civ.* 2020, 445.

E soprattutto occorre sottolineare che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza della Consulta n. 119 del 2012<sup>48</sup>, secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all’art. 38, il diritto alla salute di cui all’art. 32, ma non il loro nucleo essenziale), lo “zoccolo duro” dei diritti fondamentali<sup>49</sup>. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all’erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), “non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone”, per altro verso però “le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana” (interesse oppositivo)<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> La giurisprudenza costituzionale costante è nel senso che l’art. 38 Cost. non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca un trattamento previdenziale prima spettante in base alla legge (sentenze n. 316 del 2010 e n. 361 del 1996), fermo il controllo di ragionevolezza sulle singole norme riduttive. Si deve escludere, viceversa, che possa essere la stessa Corte costituzionale a statuire siffatte riduzioni di spesa per l’attuazione di diritti ex art. 38 Cost., in nome di un generico principio di solidarietà sociale, superando e addirittura ponendosi in contrasto con le determinazioni del legislatore. Solo a quest’ultimo spettano le valutazioni di politica economica attinenti alle risorse disponibili nei diversi momenti storici, mentre è compito di questa Corte vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incisi da interventi riduttivi dello stesso legislatore.

<sup>49</sup> La stessa Carta di Nizza all’art. 52 stabilisce che eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali possono giustificarsi solo se rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà e solo se necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

<sup>50</sup> Corte cost., sentenze nn. 432 del 2005 e 252 del 2001. Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (S.U. 1° agosto 2006 n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza

Come già rilevato dunque la prepotente affermazione della teoria del bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e della conservazione del nucleo indissolubile dei diritti induce dunque a riflettere sul se abbia un senso distinguere, nell'ambito dei diritti costituzionalmente protetti, tra diritti fondamentali – che nella gerarchia delle fonti andrebbero collocati per la teoria dei contro limiti al di sopra delle norme dell'Unione europea – e diritti che fondamentali non sono (secondo quanto detto probabilmente il diritto di iniziativa economica)<sup>51</sup>. Infatti tutti i diritti costituzionalmente rilevanti sono in grado di farsi sentire, di entrare in bilanciamento con diritti di sicura qualificabilità come diritti fondamentali, in un contesto di reciproca interferenza tra le fonti e fra i vari interessi che delle stesse sono espressione.

#### 4. Libertà di iniziativa economica e Corte di Giustizia

Deve inoltre considerarsi che non considerare la libertà di iniziativa economica come un diritto fondamentale ha poco senso, e forse è addirittura erroneo. Occorre infatti ricordare che con la piena integrazione dell'Italia nell'ordinamento giuridico europeo, che trova un sicuro fondamento costituzionale negli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. - la Corte costituzionale ha inevitabilmente perso la sua centralità e la sua egemonia nel sistema della costruzione della gerarchia delle fonti e soprattutto nel decidere circa l'*an* e il *quantum* della comprimibilità dei diritti. La Corte di Giustizia ha infatti affermato, con il comunicato stampa dell'8 maggio 2020 – a proposito della sentenza emessa dalla Corte costitu-

---

non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

<sup>51</sup> Cfr. ad esempio la sentenza n. 50 del 1957, secondo cui «l'art. 41 contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale».

zionale tedesca il 5 maggio 2020<sup>52</sup> vertente sul programma di acquisti di titoli pubblici della Banca centrale europea – che, in base a una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, una sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte di Lussemburgo vincola il giudice nazionale per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente. Per garantire un’applicazione uniforme del diritto dell’Unione, solo la Corte di giustizia, istituita a tal fine dagli Stati membri, è competente a constatare che un atto di un’istituzione dell’Unione è contrario al diritto dell’Unione. Eventuali divergenze tra i giudici degli Stati membri in merito alla validità di atti del genere potrebbero compromettere infatti l’unità dell’ordinamento giuridico dell’Unione e pregiudicare la certezza del diritto. Al pari di altre autorità degli Stati membri, i giudici nazionali sono obbligati a garantire la piena efficacia del diritto dell’Unione. Solo in questo modo può essere garantita l’uguaglianza degli Stati membri nell’Unione da essi creata. Anche nei confronti dell’Italia – nella famosa vicenda Taricco – la Corte di Lussemburgo ha affermato la supremazia del diritto dell’Unione europea su quello dei singoli Stati nazionali. Infatti, con sentenza della Corte costituzionale n. 24 nel 2017 si era investita la Corte di Giustizia della questione relativa alla compatibilità del contenuto della sentenza Taricco del 2015 della Corte di Giustizia<sup>53</sup>, ispirata dal fine di dare prevalenza agli interessi economici dell’Unione europea sui principi fondamentali della nostra Costituzione in tema di principio di legalità nel diritto penale. Tale sentenza della Corte di Lussemburgo infatti ha “allungato” i termini di prescrizione dei reati di frode fiscale - commessi in Italia ma di rilevanza comunitaria perché riguardanti l’IVA, che contribuisce a finanziare l’Unione europea - così dettando – mediante una sentenza della Corte di Giustizia oltretutto caratterizzata da una certa indeterminatezza delle situazioni cui si riferisce - una disciplina penali-

---

<sup>52</sup> Bundesverfassungsgericht, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15.

<sup>53</sup> Corte Giust. UE, Grande sezione, 8 settembre 2015, in causa C-105/14, Taricco.

stica più sfavorevole al reo, nonostante in Italia la prescrizione sia un istituto avente carattere di diritto sostanziale, come tale riservato alla competenza del legislatore statale e soggetto al principio – di diretta derivazione costituzionale (art. 25 Cost.) di legalità nelle sue esplicazioni della sufficiente determinatezza della norma e dell'irretroattività della legge penale più sfavorevole<sup>54</sup>. La Corte costituzionale, con la poc' anzi citata sentenza del 2017, afferma dunque con forza l'importanza dei diritti fondamentali dell'uomo, che possono essere compressi ma non esclusi quando entrano in bilanciamento con altri valori, quali quelli economici dell'Unione.

La nostra Corte costituzionale è dunque molto attenta ad affermare la supremazia dei diritti fondamentali, anche se, per ragioni di galateo istituzionale, talvolta tale supremazia<sup>55</sup> non viene completamente esplicitata nelle motivazioni, come nel caso della c.d. sentenza Alitalia n. 270 del 2010<sup>56</sup>, che, senza una affermazione esplicita in tal senso, nel ritene-

---

<sup>54</sup> La Corte di giustizia ha affermato che l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, comma 2, c.p. in tema di prescrizione dei reati quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frodi fiscali gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

<sup>55</sup> Normalmente per ragioni di "galateo internazionale": cfr. Corte cost. n. 238 del 2014, secondo cui occorre tenere conto della prospettiva di realizzazione dell'obiettivo del mantenimento di buoni rapporti internazionali, ispirati ai principi di pace e giustizia, in vista dei quali l'Italia consente a limitazioni di sovranità in ragione dell'art. 11 Cost.

<sup>56</sup> La (possibile) prevalenza (o perlomeno il necessario bilanciamento) dei diritti fondamentali sulla disciplina dell'Unione europea è così affermata in tale sentenza con la quale la Corte costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità della norma che, consentendo la fusione tra Alitalia e Air One, deroga alla disciplina antitrust delle concentrazioni tra imprese): la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario, in particolare con il principio che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lett. g, del Trattato sull'Unione europea), comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire la tutela di quegli interessi.

re legittima la fusione tra Alitalia e Air One che impedì la messa in liquidazione della prima, ha però in concreto sancito la prevalenza del diritto fondamentale al lavoro sulle rigide norme in tema di concorrenza non solo nazionali ma anche dell'Unione europea, che avrebbero impedito - con conseguente perdita di posti di lavoro - la fusione tra le due maggiori compagnie aeree italiane, in quanto tale fusione integrava a tutti gli effetti una concentrazione anticoncorrenziale.

Tornando alla vicenda Taricco, in risposta alla citata sentenza della Consulta n. 24 del 2017, la Corte di Giustizia, con sentenza della grande sezione del 5 dicembre 2017, C-42/17, ha riconosciuto nel caso specifico le ragioni della Corte costituzionale, affermando che l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

Deve tuttavia rilevarsi che la Corte di Giustizia è giunta a queste conclusioni non sulla base di una ammissione della validità delle teoria dei contro limiti, ma ritenendo che i diritti fondamentali invocati dall'Italia fossero in realtà patrimonio comune anche dell'Unione Europea, sottolineando anzi il primato del diritto dell'Unione: infatti la sentenza della Corte di Giustizia conclude affermando che resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto

dell'Unione<sup>57</sup>. La Corte di Lussemburgo dunque non riconosce la teoria dei contro limiti, ossia l'affermazione che possa esistere, nella gerarchia delle fonti, un qualcosa (i diritti fondamentali, perlomeno nel loro nucleo essenziale) che possa “stare sopra”, essere sovraordinato rispetto al diritto dell'Unione europea.

Il diritto dell'Unione europea ha dunque, nell'ultimo ventennio, indubbiamente condizionato l'interprete nella lettura dell'art. 41 Cost.<sup>58</sup>, dapprima ritenendosi che la centralità del mercato e della concorrenza nel diritto europeo dovessero far pendere la bilancia a favore del co. 1 dell'art. 41 Cost.<sup>59</sup>, per poi “riscoprire” l'utilità sociale alla luce del

---

<sup>57</sup> Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åkerberg Fransson.

<sup>58</sup> È frequente invece l'affermazione (cfr. da ultimo R. CIFARELLI, *Il servizio farmaceutico italiano di nuovo al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. merito*, 2012, 1694) che solo secondo una erronea vulgata, il carattere compromissorio della nostra Carta avrebbe reso le norme costituzionali in materia di economia superate, oppure rese inapplicabili e sostituite dalle nuove regole economiche derivanti dall'ordinamento comunitario. Tale tesi interpretativa si baserebbe su un errore di fondo, poiché non terrebbe conto dei diversi piani su cui agiscono i trattati comunitari e la nostra Costituzione. L'art. 41, infatti, pur non essendo tra «i più perspicui» (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1992, 175) della nostra Carta, «fonda una situazione soggettiva di libertà individuale. Il diritto comunitario esprime invece prevalentemente un modello di relazioni economiche e giuridiche. La prima garantisce tutela al diritto di impresa, ma non si impegna nella scelta del sistema che sarebbe stata necessario per porre liberalizzazione e mercato alla base delle relazioni di tipo economico. La seconda pone invece l'apertura del mercato e la libera competizione come premessa per il loro svolgimento» (F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, 10). Non sembra potersi condividere la tesi della non interferenza tra il diritto dell'Unione europea e l'art. 41 Cost.: lo dimostra ad es. la sentenza n. 270 del 2010 che ha ammesso di aver sacrificato un valore dell'Unione europea, quello della concorrenza, in nome dell'utilità sociale del diritto al lavoro. Cfr. anche Corte di Giustizia 20 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics*, sentenza la quale sottolinea che un rapporto di concorrenza, sia pur potenziale, presuppone la dimostrazione dell'esistenza di probabilità reali e concrete di accesso al mercato.

<sup>59</sup> La distonia tra l'art. 41 Cost. e i principi di libero mercato fondanti l'UE è apparentemente evidente: pensiamo alle quattro libertà fondamentali espresse nel Trattato e pensiamo all'innumerabile giurisprudenza comunitaria che ha applicato ed interpretato questi principi secondo una visione liberale dell'economia di mercato. E tuttavia in nome dell'art. 41 sono state attuate leggi profondamente diverse tra di loro: così come è stata approvata una legge di “programmazione economica” negli anni '60. Si tratta della legge n. 685 del 1967, contenente il piano economico quinquennale 1966-1970 con cui si intendeva determinare il quadro della politica economica, finanziaria e sociale del Governo

maggior risalto attribuito di recente ai diritti fondamentali (si pensi solo al recepimento della Carta di Nizza ad opera dell'art. 6 TUE). Tutto ciò ha in realtà esaltato la valenza di clausola generale che riveste oggi l'art. 41 Cost., e che aveva e continua tuttora ad avere attualità e rilievo in quanto prima di tutto esprime l'esigenza che si proceda ad un bilanciamento tra i valori in esso espressi. Quello che l'art. 41 Cost. non dice sono le misure, i rapporti di forza tra questi valori, ma questa è una caratteristica tipica delle clausole generali ed in questo non può negarsi l'influenza del diritto dell'Unione europea che, con la "scoperta" dei diritti fondamentali, ha contribuito non poco ad attribuire oggi un peso maggiore all'utilità sociale, e dunque ad una sua "riscoperta"<sup>60</sup>.

Con l'approvazione del Trattato di Lisbona infatti, avvenuta il 1° dicembre 2009, il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea afferma che "*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [c.d. Carta di Nizza] ... che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati*", e quindi i diritti fondamentali entrano a pieno titolo a far parte dei valori che la Corte di Giustizia dell'Unione europea è tenuta a far rispettare. La Carta di Nizza contempla valori tipici del mercato (si pensi al riconoscimento della libertà d'impresa all'art. 16 e alla tutela dei

---

e di tutti gli investimenti pubblici, unanimemente qualificata, in assenza in essa di qualunque contenuto precettivo, "libro dei sogni": così R. NIRO, *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, *Commento all'art. 41 Cost.*, 850), notiamo che 30 anni dopo è stata emanata una legge antitrust (legge n. 287 del 1990, la cui l'art. 1 afferma esplicitamente di costituire attuazione dell'art. 41 Cost.).

<sup>60</sup> La non definizione da parte dei padri costituenti di un programma definito di politica economica è testimoniata dal fatto che l'art. 41, nel quale si viene definendo un equilibrio tra logiche di mercato, intervento pubblico e Stato sociale (C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in C. PINELLI, T. TREU, (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, Bologna, 2010, 245) non ha ostacolato «scelte innovative nel campo dell'economia, né nel senso di un maggior interventismo pubblico, né nel senso opposto di una sua riduzione, quando e nei settori in cui è stata o è ritenuta necessaria, della presenza dei poteri pubblici» (V. ONIDA, *La Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 84). In sostanza, la nostra Costituzione, anche grazie alle spinte derivanti dall'ordinamento comunitario, si è dimostrata negli anni un «contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori» (G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 17).

consumatori all'art. 38)<sup>61</sup>, e ammette esplicitamente, all'art. 52, eventuali limitazioni all'esercizio delle libertà e dei diritti dell'uomo riconosciuti dalla Carta.

## 5. Libertà di iniziativa economica e liberalizzazioni

Agostino Gambino aveva intuito che le liberalizzazioni non possono consistere in una semplice e brutale abolizione di regole che nelle concezioni più radicali presenti negli Stati Uniti si è manifestata come ideologia della libertà di mercato, intesa come *deregulation* (ossia semplice abrogazione) da norme imperative che limitavano l'iniziativa economica privata<sup>62</sup>.

Questa esigenza è fatta propria nel ventunesimo secolo dalla Consulta, che con la sentenza n. 200 del 2012 (confermata dalla sentenza n. 178 del 2014 e da numerose successive pronunce<sup>63</sup>), ha affermato che «la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di “ri-regolazione” tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – genera inutili ostacoli alle dina-

---

<sup>61</sup> Cfr. l'art. 16 (*Libertà d'impresa*): È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali; art. 38 (*Protezione dei consumatori*): nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in (a cura di) A.M. GAMBINO, *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2011, 166, secondo cui i citati artt. 16 e 38 impongono di rimeditare l'impostazione secondo cui la Carta di Nizza attribuirebbe rilevanza e tutela soltanto alle manifestazioni dell'autonomia privata che più immediatamente si collegano allo sviluppo della persona umana.

<sup>62</sup> A. GAMBINO, *Imprenditore e mercato: iniziativa economica e regole giuridiche*, in AA.VV., *Il diritto della transizione*, Kluwer Ipsoa, Milano, 1998, 25.

<sup>63</sup> Cfr., ex plurimis, Corte cost. nn. 134 e 223 del 2021.

miche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale».

Non semplice abrogazione di norme quindi ma una regolazione più razionale e ragionevole, il che può richiedere dunque anche l'introduzione di nuove norme e quindi una "ri-regolazione".

Da un punto di vista economico invece, il termine "liberalizzazione" ha un significato che si concentra sulla possibilità di svolgere attività economiche prima non accessibili a causa dell'esistenza di "barriere all'entrata" sul corrispondente mercato. Per barriera all'entrata su di un determinato mercato - cercando di offrirne una definizione, cosa tutt'altro che semplice - può intendersi infatti qualsiasi ostacolo, non solo di carattere amministrativo (ad esempio la necessità di chiedere una autorizzazione per il cui rilascio è necessario un lungo arco di tempo: ed è questo soltanto il campo di intervento in senso proprio delle liberalizzazioni), ma anche di carattere economico (ad esempio gli alti costi per acquistare i macchinari necessari per iniziare la nuova attività) o tecnico (in quanto ad esempio la produzione di quel bene richiede dei tecnici estremamente specializzati in un determinato settore e quindi non facilmente reperibili), che impedisca o renda significativamente più difficoltoso alle altre imprese l'ingresso sul mercato su cui agisce l'impresa che della barriera stessa usufruisce, oppure qualsiasi fattore (la qualità del prodotto, un marchio celebre, un brevetto, il *know-how*) che, pur non ostacolando l'ingresso di altre imprese sul mercato, sia in grado di differenziare in maniera rilevante il prodotto dell'impresa che disponga della barriera (tanto da attribuire all'impresa una posizione che si avvicina al monopolio). In altre parole, per barriera può intendersi qualsiasi ostacolo che impedisca o renda significativamente più difficoltosa la produzione o la vendita di beni merceologicamente simili a quelli dell'impresa protetta dalla barriera o la vendita di beni negli stessi luoghi nei quali agisce l'impresa che gode della barriera, la quale dunque ha la possibilità di usufruire di una determinata zona, geograficamente e/o merceologicamente delimitata in maniera più o meno netta dalla barriera, entro cui il gioco della concorrenza non esiste op-

pure è fortemente limitato. In questa zona l'impresa che goda di una barriera all'entrata potrà svolgere efficacemente un'azione restrittiva della concorrenza, riuscendo a conseguire sovrapprofitti di carattere monopolistico; fuori di questa zona si ristabiliscono invece le condizioni di concorrenza e ogni comportamento, pure astrattamente anticoncorrenziale risulterà essere del tutto improduttivo. La barriera all'entrata trova semmai una corrispondenza in campo giuridico nella posizione dominante di cui all'art. 3 della legge n. 287 del 1990, che vieta l'abuso della posizione dominante detenuta da una o più imprese sul mercato, mediante ad esempio l'imposizione di prezzi irragionevolmente alti. La posizione dominante può essere definita come una situazione che, pur non coincidendo necessariamente con il monopolio, ad esso si avvicina, in modo da consentire a chi la detiene di tenere un comportamento significativamente indipendente nei confronti delle imprese concorrenti e dei consumatori: non è dunque necessario che un'impresa abbia eliminato ogni possibilità di concorrenza. In altre parole la posizione dominante è quella situazione che permette all'impresa o alle imprese che la detengano di abusarne, provocando così una limitazione della concorrenza all'interno del mercato in cui operino.

Liberalizzare significa dunque abbattere le barriere amministrative che impediscono alle imprese di entrare sul mercato sul quale agiscono una o più imprese che della "non liberalizzazione" approfittano: esse infatti godono di una posizione dominante, che perderanno con l'avvenuta liberalizzazione. Il concetto di posizione dominante è a sua volta decisivo nelle leggi poste a tutela della concorrenza: per stabilire se un qualunque comportamento posto in essere da una o più imprese possa definirsi abusivo e assumere così giuridica rilevanza ai sensi della legge n. 287 del 1990 (c.d. legge *antitrust*) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, è sempre condizione necessaria la verifica dell'esistenza di una posizione dominante, la quale, come detto, dipende dal possesso, in capo all'impresa o alle imprese, di una barriera - posta a protezione del mercato in cui esse agiscono - che le difenda dagli "attacchi" delle imprese potenzialmente concorrenti. Si tratta di un procedimento complesso perché vi è innanzitutto un provvedimento legislativo che elimina la barriera o le barriere; il più delle volte inoltre trasforma il vecchio monopolista (o, ma più raramente, i vecchi oligopolisti) da ente pubblico o da azienda pubblica in società per azioni: da qui la possibilità per le imprese

private di entrare nel relativo mercato e la possibilità per i privati di acquistare le azioni della novella società. È per questo che il processo di liberalizzazione è strettamente legato al processo di privatizzazione; con il termine «regolazione» si intende invece ogni specie di ingerenza pubblica nell'economia.

Quelli che la Corte costituzionale chiama “inutili oneri regolamentari” (definiti nel linguaggio comune con la parola “burocrazia”) consistono dunque nella necessità di autorizzazioni e licenze preventive rispetto all’inizio dell’attività e coincidono con quelle a che, dal punto di vista degli economisti, abbiamo definito “barriere amministrative all’entrata sul mercato” (peraltro oramai questa espressione è da tempo utilizzata anche nel linguaggio giuridico: cfr. ad esempio Corte cost. n. 274 del 2012) e che invece, da un punto di vista della legge *antitrust*, possono tradursi – qualora la loro presenza impedisca il regolare dispiegarsi della concorrenza sull’intero territorio nazionale o in una sua parte significativa - in una posizione dominante. Spesso tali autorizzazioni o licenze, anziché essere abrogate *tout court*, possono essere sostituite da controlli successivi o da autocertificazioni, in modo comunque da permettere subito al privato l’inizio dell’attività.

Sempre nella sentenza n. 200 del 2012, afferma ancora la Corte costituzionale che con la normativa censurata e giudicata conforme a Costituzione il legislatore ha inteso stabilire alcuni principi in materia economica orientati allo sviluppo della concorrenza, mantenendosi all’interno della cornice delineata dai principi costituzionali. Così, dopo l’affermazione di principio secondo cui in ambito economico «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», segue l’indicazione che il legislatore statale o regionale può e deve mantenere forme di regolazione dell’attività economica volte a garantire, tra l’altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell’ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – in particolare la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana, a presidio dell’utilità sociale di ogni attività economica, come l’art. 41 Cost. richiede. La disposizione impugnata afferma il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale. Complessivamente conside-

rata, essa non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale.

La sentenza si inserisce dunque in maniera perfettamente coerente nella lettura data dalla Corte costituzionale all'art. 41 Cost.: il bilanciamento di valori tra utilità sociale e iniziativa economica privata va effettuato solo nel caso in cui esistano effettivamente delle ragioni di utilità sociale (ossia come detto valori del rango di lavoro, salute, ambiente: cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 56 del 2015, secondo cui «non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue») che si contrappongono al diritto di iniziativa economica, perché altrimenti vale il principio secondo il quale quest'ultimo diritto non incontra limitazioni di sorta. Le liberalizzazioni pertanto, costituendo a pieno titolo uno strumento fondamentale per garantire l'effettivo svolgimento di questo diritto, non possono incontrare limiti diversi da quelli costituiti dall'utilità sociale, ossia limiti rappresentati da diritti fondamentali della collettività<sup>64</sup>.

La Corte costituzionale, con la già citata sentenza n. 200 del 2012 ha dichiarato legittimo il co. 1 dell'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011 – che sancisce il principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge – perché tale principio è perfettamente coerente con l'art. 41 Cost. unitariamente considerato. La strada da percorrere verso un effettivo abbattimento di tutte le barriere all'accesso al mercato è però ancora lunga; non può però negarsi che

---

<sup>64</sup> Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali della collettività, tra tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 180.

si assiste oggi da un lato ad una valorizzazione del co. 1 dell'art. 41 Cost. per quanto riguarda la necessità di effettuare le liberalizzazioni e di sciogliere le imprese dai lacci burocratici e amministrativi, lacci che il più delle volte nulla hanno a che fare con i valori tutelati dal co. 2 dell'art. 41, e dall'altro, e non contraddittoriamente, ad una esaltazione anche del co. 2 dell'art. 41 Cost., in qualità di concetto valvola in grado di dare voce ai diritti fondamentali che si contrappongono all'iniziativa economica privata.

La vera novità del ventunesimo secolo dal punto di vista della regolazione del mercato è costituita dall'effettiva operatività della disciplina della concorrenza: difatti, anche se la legge *antitrust* è del 1990, la presa di coscienza che tale disciplina è posta a tutela del mercato in genere e quindi non solo degli imprenditori ma anche dei consumatori si è avuta solo con Cass., SU, 4 febbraio 2005, n. 2207, sentenza che, in tema di risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale, ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto di chiedere il risarcimento del danno affermando che ad essere leso è l'interesse di tutti i soggetti economici (imprenditori o consumatori) al mantenimento di una condizione di concorrenza sul mercato. Del resto, si pensi che poco prima dell'entrata in vigore della legge *antitrust* (legge n. 287 del 1990) la Corte costituzionale aveva affermato, con l'ordinanza 21 gennaio 1988, n. 59, che le associazioni dei consumatori “*fanno valere interessi del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato*”.

È vero poi che già nel codice civile del 1942 era presente la disciplina della concorrenza sleale, ma tale disciplina non è posta, come quella *antitrust*, a tutela del mercato in generale e quindi a protezione dei consumatori in genere e di tutti i concorrenti, attuali o potenziali. L'art. 2598 c.c. ha infatti un raggio d'azione e una prospettiva estremamente più circoscritta, in quanto si applica esclusivamente agli imprenditori che siano in rapporto di concorrenza tra loro<sup>65</sup> e riguarda solo vicende tra singoli imprenditori, quello sleale e quello che subisce le conseguenze di tale slealtà<sup>66</sup>. In altre parole una cosa è guardare alla concorrenza in ambito microeconomico, ove ad essere danneggiato può essere il singolo concorrente e dove a venire in considera-

---

<sup>65</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass. 12 dicembre 2019, n. 18772.

<sup>66</sup> Cfr. Cass. 13 ottobre 2017, n. 24071.

zione è il rispetto delle regole della lealtà e della correttezza professionale; altra e ben differente cosa è invece guardare alla concorrenza in una prospettiva macroeconomica, ove l'eventuale danno è arrecato al mercato in genere e le regole che vengono in considerazione sono quelle che vietano l'abusivo approfittamento di una posizione dominante (nel caso di abuso di posizione dominante e intese) o la formazione di una posizione dominante particolarmente insidiosa (nel caso delle concentrazioni): si ruota quindi sempre intorno al concetto di posizione dominante (concetto che da un punto di vista economico si avvicina al monopolio), dalla quale invece l'art. 2598 c.c. prescinde completamente.

Tuttavia, quello che oggi soprattutto debba essere valorizzato è l'esigenza che queste diverse istanze trovino una loro composizione equilibrata, un armonico contemperamento, allo scopo di conseguire un bilanciamento ragionevole e solidale fra i vari interessi in gioco, in coerenza con quell'economia sociale di mercato individuata dall'art. 3, co. 3, del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 (secondo cui l'Unione europea si basa «*su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*»), con il vincolo dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, sempre più minacciati dalla ormai endemica carenza di risorse che possono essere destinate alla tutela di valori quali il lavoro, l'ambiente, la salute, sintetizzati nella formula «utilità sociale».

Appare dunque che le specificità del modello costituzionale italiano nella sua concreta attuazione ad opera della Consulta, lungi dal creare ostacoli alla realizzazione di una piena ed effettiva convergenza tra le giurisprudenze nazionali ed europee nell'attuazione della disciplina *antitrust*, contribuisce e non poco a creare un terreno culturale comune e un insieme di valori condivisi idonei a favorire la suddetta convergenza<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, *Riv. regolazione mercati*, 2020, 13.

# DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

## Numeri Speciali

- 2016      **LO STATUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**  
a cura di Dario Farace
- 2017      **IL MERCATO UNICO DIGITALE**  
a cura di Gianluca Contaldi
- 2018      **LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:  
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO**  
a cura di Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta
- 2019      **LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI  
E PROSPETTIVE FUTURE.**  
a cura di Alessio Persiani

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

