

ENRICO BONELLI(\*)

## **LIBERA CONCORRENZA E TUTELA DEL CONSUMATORE: UN BILANCIAMENTO PROBLEMATICO NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO E NEL DIRITTO INTERNO**

SOMMARIO: 1. Comunità economica europea, liberismo e globalizzazione economica. — 2. La libera concorrenza: un mito comunitario al tramonto? — 3. Il problematico bilanciamento del principio della concorrenza con quello della protezione del consumatore nell'ordinamento dell'U.E. — 4. (*Segue*): Le evoluzioni più recenti del *law-making process* comunitario: verso la «*armonizzazione completa*» delle legislazioni degli Stati membri. — 5. Il valore della protezione del consumatore nell'ordinamento costituzionale italiano. — 6. La «*funzione*» di regolazione pubblica e la risoluzione del conflitto tra interessi contrapposti. — 7. (*Segue*): Cenni sugli strumenti di regolazione pubblica del mercato. — 8. I nuovi mezzi di tutela del consumatore e il ruolo delle Autorità *antitrust* nella prospettiva di un sistema di regolazione «*a rete*».

### 1. *Comunità economica europea, liberismo e globalizzazione economica.*

L'attuazione di processi di *policy-making* aventi natura transnazionale ha inciso profondamente sull'organizzazione dello Stato sociale contemporaneo, in un contesto nel quale è divenuto pregnante il ruolo giocato dalle istituzioni sovranazionali e dalle trasformazioni proprie delle democrazie rappresentative, influenzate dai nuovi modelli della *governance*. Coerentemente, la migrazione del potere statale verso centri sovranazionali propone rapporti politici ed economici non organizzati in base ai più consoli-

---

(\*) Prof. associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Federico II di Napoli.

dati modelli delle relazioni istituzionali. È insomma la stessa natura dei rapporti fra Stato ed economia, fra Stato e mercato, ad attraversare una profonda e non interamente decifrabile trasformazione. Si tratta di un processo che, nel nostro continente, si è messo in moto già da molti anni e che, secondo un'opinione largamente condivisa, affonda le proprie radici nel medesimo contesto storico-politico in cui è nata la Comunità economica europea (1).

Non occorre qui rammentare le motivazioni che, nel periodo post-bellico, indussero gli Stati fondatori a dar vita a tale Comunità; esse hanno indubbiamente contribuito a definire l'ambito e la natura degli scopi primari che i paesi membri vollero e poterono imprimere all'istituzione sovranazionale. La stessa natura di organizzazione volta alla creazione di un mercato comune rende evidente che i principi fondamentali del Trattato istitutivo non potevano che riferirsi all'ambito economico-mercantile, per così dire. Ma è altrettanto indubitabile che il contenuto di quei principi configurò un sistema di mercato informato alle regole tipiche del liberalismo (o liberismo) economico (2), strutturando per l'ap-

---

(1) Si possono utilmente leggere, sul tema, M. DELL'OMODARME, *L'Europa e i problemi della sua integrazione*, in AA.VV., *Nuove questioni di storia contemporanea*, Milano, 1988, 647 ss.; B. OLIVI, *L'Europa difficile. Storia politica della Comunità europea*, Bologna, 2001; M. BURGESS, *Federalism and european Union: the building of Europe, 1950-2000*, Londra, 2000; A. ALBONETTI, *Preistoria degli Stati Uniti d'Europa*, Milano, 1964; F. TORTORA, *Origine ed evoluzione dei trattati comunitari*, Milano, 1968; F. POCAR, *Diritto dell'unione e delle comunità europee*, Milano, 2000, 7-24, mette efficacemente in relazione la nascita delle Comunità europee con la strategia politico-economica che gli Stati Uniti d'America perseguirono negli anni successivi alla conclusione del secondo conflitto mondiale. È un dato di fatto che la gestione degli aiuti provenienti dal cd. Piano Marshall non potesse che essere esercitata congiuntamente dagli Stati europei che intendevano fruire degli aiuti medesimi; ciò rende piuttosto evidente l'intento degli U.S.A. di stimolare la creazione di un ampio mercato europeo che fosse improntato a principi economici funzionali, ad un più agevole sviluppo e ad una maggiore espansione delle imprese capitalistiche statunitensi.

(2) *Liberalismo e liberismo* sono termini dal significato controverso, il che rende problematico darne qui una definizione che sia sufficientemente condivisa. In prima approssimazione si può dire che il *liberalismo* è una dottrina del pensiero politico, che non è possibile definire se non come fenomeno storico, cioè con contenuti diversi da epoca ad epoca. Ad esempio, come efficacemente ritiene N. MATTEUCCI, voce *Liberalismo*, in AA.VV., *Dizionario di politica*, Torino, 1992, 566, «il liberalismo si presenta nei vari paesi in tempi storici assai diversi, a seconda del loro stadio di sviluppo, per cui è difficile individuare sul piano sincronico il momento liberale che unifichi storie diverse (...). A ciò si aggiunga una certa indeterminatezza sul referente storico del termine liberalismo: esso può, di volta in volta, indicare un partito o un movimento politico, una ideologia politica o una meta-politica (o un'etica), una particolare struttura istituzionale o la riflessione politica che essa ha stimolato, al fine di promuovere un miglior ordine politico, quello, appunto, liberale». Quanto al *liberismo*, invece, con il termine ci si intende generalmente riferire, sul piano economico, come affermato da S. RICOSSA, voce *Liberismo*, in AA.VV., *Dizionario*

punto una «*economia di mercato*» fondata sulla regola della libera concorrenza.

Le linee evolutive di questo processo (poi confermate dai successivi Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza e consolidate dal Trattato istitutivo della costituzione europea) si caratterizzarono subito per la loro divergenza rispetto all'impianto economico-sociale prefigurato dalla maggior parte degli ordinamenti costituzionali continentali.

La frizione tra i sistemi economico-istituzionali disegnati nelle Costituzioni di molti Stati membri e l'ideologia liberista ispiratrice del Trattato UE è stata sottolineata in dottrina già da molti anni, tanto che qualche Autore è addirittura giunto a dubitare della costituzionalità dei Trattati europei alla luce delle disposizioni della Carta fondamentale italiana (3).

---

di politica, Torino, 1992, 586, ad «una dottrina favorevole alla libertà economica, per le ragioni filosofiche che Adam Smith, in polemica contro il mercantilismo, fu tra i primi ad esporre in modo sistematico». Si tratta, naturalmente e come già accennato, di definizioni che descrivono fenomeni storicamente determinati, che pertanto vanno prese «con le molle»; oggi sembra, invero, più appropriato descrivere il sistema economico disegnato dalle disposizioni del Trattato dell'Unione europea in termini di «*economia di mercato*», secondo quanto scritto, ad esempio da F. CAFFÈ, *Lezioni di politica economica*, Torino, 1990, 40, che così descrive un sistema di questo tipo: «nel sistema economico concorrenziale la funzione attribuita al "mercato", come centro coordinatore delle molteplici iniziative individuali e luogo di incontro tra l'offerta di chi produce e la domanda di chi consuma, assume un tale rilievo da costituire una connotazione essenziale del sistema stesso, designato anche come "economia di mercato"». Federico Caffè, com'è noto, è stato uno dei maggiori economisti italiani del dopoguerra ed è scomparso in circostanze misteriose dalla propria casa di Roma il 15 aprile 1987, senza che se ne sia avuta più alcuna notizia. Sulla vicenda umana di Federico Caffè si può leggere E. REA, *L'ultima lezione*, Torino, 1992.

(3) Sul punto cfr. G. FERRARA, *Lo «Stato pluriclasse»: un protagonista del «secolo breve»*, in AA.VV., *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, a cura di S. Cassese — G. Guarino, Milano, 2000, 95, secondo cui «La furia dell'ondata liberista non si arresta di fronte a nessuna delle innovazioni pur imponenti che esso (lo Stato pluriclasse, N.d.R.) aveva prodotto nella stessa configurazione della forma-Stato. Si pensi solo alle ... innovazioni delle innovazioni che si sono determinate addirittura sul piano costituzionale con il Trattato UE e delle quali innovazioni si parla ed anche molto ma per esaltarle e senza far cenno veruno alle conseguenze che ne sono derivate e ne derivano ma che, rompendo la reticenza dei più, sono state puntualmente e rigorosamente individuate da Guarino. Queste innovazioni investono gli obiettivi primari dello Stato italiano, la forma di Stato, cioè gli obblighi di risultato che furono imposti al legislatore dalla Costituzione repubblicana con i seguenti articoli: 3, comma 2, (eguaglianza sostanziale), 4 (effettività del diritto al lavoro), 9 (sviluppo della cultura e della ricerca scientifica), 32 (tutela della salute e cure gratuite agli indigenti), 34 (assicurare l'istruzione gratuita e per almeno otto anni e ai capaci e meritevoli per l'intero corso di studi), 36 (assicurare al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa), 38 (garantire il mantenimento e l'assistenza sociale agli inabili al lavoro sprovvisti di mezzi e assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio sul lavoro, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria). Ora, nessuno di questi obblighi di risultato appare dal Trattato CE che invece, all'art. 4, n. 2 (ex 3°), impone agli Stati membri come "obiettivo principale" il mantenimento della stabilità dei prezzi (art. 4,

Nel contesto economico-istituzionale creato dai Trattati comunitari, poi, si è venuto progressivamente inserendo, negli ultimi anni, quale elemento di non minore rilevanza e pregnanza, l'insieme dei fenomeni che comunemente si cerca di racchiudere nel termine «*globalizzazione*». Invero, è quasi impossibile oggi offrire una soddisfacente definizione di che cosa si debba intendere col detto termine, quali fenomeni esso designi, quali siano esclusi dal suo campo concettuale, se si tratti di una nozione storicamente contingente, se essa agisca su di un piano eminentemente economico, ovvero al livello politico-istituzionale, ovvero ancora se si tratti di una nozione polidimensionale (4).

---

n. 3), obiettivo da raggiungere mediante azioni che implicano "il rispetto dei seguenti principi direttivi, prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane, nonché bilancia dei pagamenti sostenibile". Lo stesso Trattato, allo stesso articolo, e per due volte consecutive, sancisce che fondamento della Comunità è "il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza": con buona pace delle costituzioni degli Stati membri che prescrivevano (ma chi sa se prescrivono ancora!) come fini di questi Stati l'eguaglianza sostanziale, il libero sviluppo di ciascuno e di tutti i cittadini, la tutela e la promozione dei diritti inviolabili, inclusi quelli "sociali"; costituzioni che prevedevano (e prevederebbero ancora) limiti all'iniziativa economica privata in ragione dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana e che miravano (e mirerebbero) anche a conformare la proprietà privata in modo da assicurarne la funzione sociale». È noto, invece, che la Corte costituzionale ha risolto in modo diverso la questione dei potenziali conflitti fra norme della Costituzione Italiana e norme del Trattato Europeo, costruendo la ben conosciuta *teoria dei controlimiti*, secondo cui la *primauté* del diritto comunitario si deve arrestare dinanzi al confine costituito dal rispetto del nucleo fondamentale di diritti e principi costituzionali interni. La ben nota sentenza capostipite del giudice delle leggi è la n. 183 del 1973; v. anche, successivamente, sent. 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, 1001 ss.; ord. n. 132/1990; sent. n. 168/1991; sent. 31 marzo 1994, n. 117, in *Giur. cost.*, 1994, 994 ss.; sent. 18 dicembre 1995, n. 509, in *Foro it.*, 1996, I, 784 ss.; ord. n. 536/1995; sent. 22 marzo 2001, n. 73, in *Giur. cost.*, 2001, 428, ss.. Sulla questione della *primauté* del diritto comunitario in generale, v. T. GROPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *Astrid*, n. 13 del 2005.

(4) È ovviamente un'impresa molto ardua, se non impossibile e destinata a sicuro fallimento, quella di dare una soddisfacente definizione della «*globalizzazione*». In prima e necessariamente carente approssimazione, si può partire dall'analisi di J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002, se non altro perché essa proviene da un soggetto che è stato, fino al 2000, al vertice della Banca mondiale, cioè dell'istituzione che più d'ogni altra simboleggia e personifica il fenomeno in questione. Stiglitz si è poi dimesso dalle sue cariche nel 2000, per protesta contro i sistemi di gestione della crisi asiatica del 1997. Più in generale, tuttavia, l'intero suo saggio si traduce in una complessiva e serrata critica alle logiche con le quali il processo di globalizzazione è stato portato avanti da istituzioni quali la Banca mondiale, il Fondo Monetario Internazionale (FMI) e l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO). Secondo Stiglitz, dunque, il fenomeno definito come globalizzazione consiste in «una maggiore integrazione tra i paesi e i popoli del mondo, determinata dall'enorme riduzione dei costi dei trasporti e delle comunicazioni e dall'abbattimento delle barriere artificiali alla circolazione internazionale di beni, servizi, capitali, conoscenza e (in minore misura) delle persone». Naturalmente, questa è una definizione per così dire *neutrale* del fenomeno e, poche righe più in là, l'A. si affretta a precisare il proprio punto di vista, affermando che «gli aspetti della globalizzazione oggetto di controversia sono quelli più strettamente economici, insieme alle istituzioni

Certo è che l'erosione dei poteri statuali da parte (non solo delle istituzioni sopranazionali, ma anche) dei poteri cd. ultrastatali, cioè svincolati dalle regole interne che i singoli Stati si danno e, allo stesso tempo, sciolti anche dalle regole stabilite nell'ambito dei vari ordinamenti sovranazionali, ha sottratto alla sovranità nazionale la possibilità di disciplinare in maniera davvero autonoma (cioè, non solo formalmente) materie fondamentali dell'economia e della finanza. Si è così finito per strutturare un modello di *global governance*, che oggi imbriglia la sovranità statale (ed anche l'autonomia politica degli enti territoriali minori) nella rete di regolamentazioni di natura diversa, provenienti da soggetti altrettanto eterogenei (organizzazioni intergovernative, corti internazionali, organizzazioni internazionali, imprese multinazionali, autorità monetarie e bancarie, autorità di controllo dei mercati, e via elencando), determinando da un lato la difficoltà di comprendere dove sia situato il centro decisionale influente rispetto ad ogni scelta di politica economica da compiere, dall'altro la rot-

---

*internazionali che hanno scritto le regole e che impongono o spingono provvedimenti come la liberalizzazione dei mercati finanziari».* La critica prosegue con l'analisi della *governance* delle istituzioni internazionali sopra menzionate (ed in particolare del FMI), per giungere poi alla preoccupante conclusione secondo cui «abbiamo invece un sistema che potrebbe definirsi di *governance globale senza governo globale*, in cui poche istituzioni — la Banca Mondiale, l'FMI e il WTO — e pochi protagonisti — la finanza, il commercio e i ministri del Commercio, strettamente legati a interessi finanziari e commerciali ben precisi — dominano la scena, mentre molti di coloro che ne subiscono le decisioni non hanno praticamente voce in capitolo». Secondo J.L. NANCY, *Globalizzazione, libertà, rischio*, in *Micromega*, 5/2001, 101, «la globalizzazione di per sé non è nient'altro che la realizzazione del mercato mondiale di cui parlava Marx, riconoscendo in esso la possibilità stessa della rivoluzione, vale a dire la possibilità dell'umanità di creare se stessa attraverso la tecnica e un sistema di scambio che raggiunge i confini del mondo. Tale scambio è però quello delle opere umane, degli uomini stessi e delle loro creazioni, e non il risultato dell'equivalenza generale data dalla moneta e dalla sua circolazione». E. SEVERINO, *Globalizzazione e tradizione*, in *Micromega*, 5/2001, 108, ritiene che «il termine *globalizzazione* indica oggi, per lo più, l'estensione all'intero pianeta dell'economia capitalistica nel suo strutturarsi secondo le potenzialità della rete telematico-informatica». T. NEGRI, in *Dialogo su impero e democrazia*, in *Micromega*, 5/2001, 115 ss., si dice convinto dell'irreversibilità del processo di globalizzazione e segnala, tra l'altro, che «si è affermata una nuova *lex mercatoria* che ha sottratto agli Stati la capacità di validare i contratti: pare che circa l'80 per cento dei contratti oltre una certa quantità di denaro sia validata direttamente da accordi stipulati in studi di avvocati». Peraltro, il ruolo dei grandi studi legali nel processo di globalizzazione e di riconfigurazione dell'economia in termini liberisti era stato già segnalato quasi cinquant'anni fa da V.A. MUND, *Government and business*, New York, 1965, 15, dove si afferma che «the judicial acceptance of a doctrine of *laissez faire* had its origin largely in the organized efforts of the American Bar Association, which was founded in 1878. The spokesmen and leaders of this organizations were, and continue to be, lawyers for large business corporations and the idea that government should pursue a "hands off" policy toward business reflected the desires of their clients». Fondamentale, infine, per l'analisi delle ricadute che il processo di globalizzazione produce sulle posizioni soggettive individuali, è Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000.

tura della continuità e della completezza dei singoli ordinamenti giuridici nazionali (5).

Ciò che qui preme sottolineare è che la detta migrazione di potere o, se si preferisce, la riconfigurazione dei rapporti tra Stato e mercato, sembra aver lasciato sul terreno un vuoto che forze di natura diversa si stanno contendendo, ognuna cercando di riempirlo secondo i propri interessi. Il terreno cui si accenna è soprattutto quello costituito dal mercato o dai mercati dai quali lo Stato si è ritirato, cioè da tutti quegli ambiti economici nei quali in passato l'intervento pubblico la faceva da padrone: ci si riferisce, quindi, al mercato dei servizi di interesse generale, al mercato del lavoro, al mercato dell'assistenza sociale, della previdenza e, in parte, perfino al mercato dell'assistenza sanitaria.

Ebbene, ora che le spinte liberalizzatrici hanno effettivamente portato alla ritirata della pubblica amministrazione da questi ambiti, è lecito ed opportuno chiedersi da chi e da cosa quegli stessi spazi siano stati occupati. Il che è lo stesso che domandarsi quali siano oggi i soggetti protagonisti su tali mercati e, soprattutto, secondo quali regole essi agiscano.

Indubbiamente, quella che è stata definita «*l'autopoiesi dei mercati*» sembra aver ormai raggiunto il suo punto critico, tenuto conto che «*sul contratto si accanisce, grazie al contributo di soggetti a dir poco eterogenei, un'ingegneria giuridica talmente complessa da produrre ordinamenti sempre più virtuali cui persino Santi Romano avrebbe oggi difficoltà a riconoscere natura di istituzione*» (6). Tale fenomenologia, grazie soprattutto alle ricadute prodotte dall'impatto del diritto interno con l'*acquis communautaire* (7), è emersa

---

(5) Su tali fenomeni può essere utile la lettura di S. BATTINI, *L'impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo: quattro percorsi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 339. L'A. sostiene, ad esempio ed a conforto di quanto si va dicendo in ordine all'erosione della sovranità statale, che «*Il diritto globale non sempre si accontenta di limitare, attraverso le tecniche e gli istituti del diritto amministrativo, il potere delle autorità domestiche di regolare e amministrare entro il proprio territorio. Spesso gli accordi internazionali, multilaterali o bilaterali, impongono agli Stati di recepire e di applicare, entro il proprio ordinamento, regole e decisioni prodotte all'esterno di esso. Talvolta, si tratta di regole approvate da autorità straniere, che penetrano nell'ordinamento statale in base ad accordi ispirati ai principi di equivalenza e di mutuo riconoscimento. In altri casi, si tratta invece di regole o standards approvati da autorità globali, impegnate nell'opera di armonizzazione dei sistemi normativi e amministrativi degli Stati*».

(6) Così si esprime, con felice intuizione, G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, 89.

(7) In tema si vedano le lucide considerazioni di M. BIANCA in *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2000, in specie 273 ss., ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

prepotentemente anche nel nostro sistema, favorita dall'ideologia «liberale» sottesa al codice civile e dal principio dell'intangibilità dell'autonomia privata. Si è così cercato, in un quadro ordinamentale di armonizzazione «spontanea» del nostro diritto interno con regole provenienti dall'esterno, quasi sempre frutto della *soft law* e della *lex mercatoria*, di comporre il conflitto tra «*soggetti forti*» (produttori — distributori professionali di beni e di servizi) e «*soggetti deboli*» (acquirenti-consumatori), senza affrontare efficacemente *in radice* le conseguenze prodotte dalla mancanza di un'adeguata regolamentazione del mercato globale.

Sta di fatto che i c.d. «*soggetti forti*» (in ispecie le multinazionali) hanno finito per dimostrare tutta la loro fragilità, essendo esposti sempre più a rischi di «*failures*» e non essendo in grado di gestire, con la *corporate governance*, simili, delicati passaggi (dis)economici. La «*grande crisi*» economica globale che oggi è in atto conferma questa fragilità(8), al punto che anche nel contesto economico più liberistico del mondo, ossia quello statunitense, lo Stato sembra abbandonare precipitosamente il mito del «*libero mercato*», essendo costretto ad intervenire per «*socializzare*» le perdite subite da banche, istituti finanziari, compagnie di assicurazione, case automobilistiche, ecc. Quanto più grande si dimostra il debito privato, tanto più si rende necessario il salvataggio da parte dello Stato, soprattutto in un'economia come quella statunitense, in cui il debito privato è pari al 126% del P.I.L. e quest'ultimo è pari ad un quarto di quello mondiale, mentre i consumi degli americani valgono i due terzi del P.I.L.

L'Italia e gli altri paesi europei, hanno finito per scontare, per un prevedibile effetto «*domino*», una crisi «*di importazione*», innescata dall'enorme massa di prodotti finanziari «*tossici*» messi in circolo dal sistema bancario americano per alimentare profitti completamente svincolati dall'economia reale, in carenza di adeguati controlli degli organi istituzionali. Ed allora, si ritorna ad

---

(8) Il dibattito sulla fase ciclica economica in corso è ovviamente quanto mai ampio, specie tra i politologi e gli economisti, impegnati ad analizzarne le cause vicine e remote ed a segnalare possibili vie d'uscita. Senza alcuna pretesa di esaustività, tra i lavori più recenti, v. R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio. Ieri e oggi*, con commenti di L. Carracciolo, I. Cipolletta, C. Passera, S. Romano, M. Salvati e a., Bari, 2009; T. PADOA SCHIOPPA, *La veduta corta*, Bologna, 2009; G. ROSSI, Commento al saggio di JOHN M. KEYNES, *Possibilità economiche per i nostri nipoti*, Milano, 2009; HYMAN P. MINSKY, *Keynes e l'instabilità del capitalismo*, Torino, 2009; P. SAVONA, *Il governo dell'economia globale*, Venezia, 2009; M. FORTIS, *La crisi mondiale e l'Italia*, Bologna, 2009.

invocare, anche da parte dei sostenitori più accesi del liberismo, certezza delle regole ed effettività dei controlli sui mercati (finanziari e non). Ma rivendicare la forza del diritto e delle regole può divenire un'esercitazione inutile, se si omette di precisare che non di un «*diritto*» qualsiasi si parla: in un quadro globale, ci si trova sempre più spesso di fronte a presenze giuridiche irrituali, di carattere e provenienza «*fattuale*», che producono «*ordinamenti*» o «*regimi*» giuridici contigui alla *lex mercatoria* (9). Ed è a questi ordinamenti che deve contrapporsi la *decision making* dei poteri pubblici (nello spazio nazionale ed europeo) per affermare *principi* fondamentali (come la trasparenza dei mercati, il controllo sulla provenienza e la qualità dei prodotti, finanziari e non, la garanzia di adeguata informazione dell'utenza), attraverso i quali possono essere difesi efficacemente «*a monte*» (ossia prima ancora della conclusione del contratto) *stakeholders* e consumatori, evitando che, quali soggetti *deboli*, siano sempre essi soltanto a pagare. Ma per far sì che tali principi assumano effettività vi è un modo soltanto: quello della sussunzione in norme di legge, che danno vita ad apparati coercitivi in grado di dare forza alle regole e alle decisioni.

Il recupero delle regole, volte all'affermazione di valori forti e fondanti diviene, indubbiamente, tanto più «*effettivo*», quanto maggiore è il grado di resistenza, non solo gerarchico, ma anche *politico* delle norme in cui esse si materializzano: ed è di tutta evidenza che le norme di rango costituzionale offrono, per la loro natura, la maggiore garanzia possibile in tal senso.

## 2. *La libera concorrenza: un mito comunitario al tramonto?*

Ad un primo sommario sguardo d'insieme, puntando il fuoco in particolare verso l'Unione europea, la regola che finora è prevalsa (come *leit-motiv* politico-giuridico regolatore del complesso sistema dei rapporti economici) è quella della libera concorrenza, che ha assunto valenza di vero e proprio principio costituzionale nel quadro di un'economia di mercato tendenzialmente aperta, come si è anticipato sopra (10).

---

(9) Cfr., in tal senso, M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma, 2006, 100 ss. Le virgolette sono dell'Autrice.

(10) V. *supra*, in ispecie, la nota 2 del precedente paragrafo.

La regola della libera concorrenza, quale principio ordinatore del mercato, con pesanti vincoli all'intervento pubblico nell'economia, risale naturalmente a concezioni macroeconomiche piuttosto datate, seppure mantenute sempre vive ed intramontabili da numerosi sostenitori, sparsi un po' dovunque nel mondo e specialmente presenti in quei paesi in cui simili modelli hanno tradizionalmente costituito il punto di riferimento per le politiche economiche pubbliche (11).

Senza voler qui entrare nel merito della discussione — peraltro di natura squisitamente economica — fra sostenitori del liberalismo (e/o del liberismo e, più in genere, di modelli macroeconomici che a tali scuole di pensiero si ispirano) e sostenitori dell'economia «*dirigista*», non si può fare a meno di osservare che l'Europa, nell'era di una crisi economica superiore ad ogni più pessimistica previsione, si trova all'incrocio «*pericoloso*» di dover sciogliere il nodo relativo alla posizione ed al ruolo della regola della libera concorrenza nel mercato comune.

In quest'ottica, l'esperienza del travagliato processo di scrittura ed approvazione del Trattato costituzionale dell'Unione europea, poi sostituito dal Trattato di Lisbona, è emblematica.

Ed infatti, proprio col Trattato istitutivo della Costituzione europea (12), che poteva e doveva essere l'occasione per formalizzare garanzie, diritti (sociali e politici) e procedure di tutela, si è

---

(11) Si fa riferimento qui anzitutto al sistema economico statunitense, nel quale il principio della «*competition*» gioca un ruolo fondamentale. La regola in questione viene definita da V.A. MUND, *Government and business*, cit., 26, come «*the right of producers to follow an occupation of their own choice without interference or dictation by other producers or by government*», per cui «*in the production of goods, competition means that enterprisers freely enter a trade or calling of their own choice when profit prospects are tempting*».

(12) Per l'inquadramento della tematica del processo di costituzionalizzazione, sia in ambito nazionale che sovranazionale, alla luce degli effetti «*profondamente destabilizzanti*» prodotti dalla globalizzazione, può consultarsi l'interessante saggio di P.P. PORTINARO, *Inflazione del diritto e crisi di effettività*, in AA.VV., *Dimensioni dell'effettività (Tra teoria generale e politica del diritto)*, a cura di A. Catania, Milano, 2005, in ispecie, 341 ss., ed ivi ampi riferimenti alla dottrina tedesca. V. anche A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in AA.VV., *Una Costituzione per l'Europa* (a cura dello stesso A.), Milano, 2004, 11 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, a cura dello stesso A., Roma-Bari, 2003; S. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, 2002, 49 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a E. BONELLI, *La gestione finanziaria comunitaria tra crisi e rilancio del processo di integrazione europea*, in questa *Rivista*, 2006, 301 ss.

Per un approccio di più vasta portata teorica, cfr., in tema, A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione Europea*, Bari, 2005, *passim*, nonché, A. DE BENOIST, *Identità e comunità*, Napoli, 2005, *passim*.

rischiato di accelerare una tendenza pericolosa, figlia di quella esasperata tendenza al neo-liberismo, fondata proprio sulla ricordata globalizzazione dei sistemi finanziari e imprenditoriali — per la quale addirittura le basi del *Welfare state* (il sistema fiscale e il salario) sembrano essere divenute due variabili dipendenti del e dal mercato —, sicché l'intero sistema del *democratic Welfare state*, già in crisi, rischia, a sua volta, di essere *sovertito* nei suoi elementi costitutivi (il popolo, il territorio e la sovranità popolare) (13).

Si è giustamente messo in discussione che la crisi del governo pubblico dell'economia possa dipendere da un fenomeno culturale di conversione di massa al liberalismo. La causa vera di apertura (*recte*: di soggezione) al mercato delle politiche pubbliche va piuttosto ricercata in un più generale mutamento delle condizioni e degli spazi entro i quali viene esercitata la competizione economica, che non può non avere oggi carattere transnazionale, o globale, che dir si voglia, sfuggendo così ad ogni correttivo politico vero e proprio. In questo scenario, il rapporto tra Stato e mercato risulta invertito e risente dell'iniziativa di attori privati, che influenzano direttamente la decisione politica e la gestione della pubblica amministrazione, al punto che, ad esempio, sono le agenzie di *rating* (sempre più a competenza globale) che valutano l'affidabilità degli Stati in base ai titoli del debito pubblico da essi emessi, finendo per condizionarne oggettivamente le politiche finanziarie (14).

In tale ottica, tornando al punto che qui interessa, non deve sorprendere che uno dei risultati pregnanti dell'Accordo dei capi di Stato e di Governo del 22 aprile 2007 (voluto per superare l'*impasse* derivante dalla bocciatura del Trattato costituzionale e sfociato poi nel Trattato di Lisbona), sia stato quello di eliminare il riferimento alla «*concorrenza libera e non distorta*». Tale regola era stata già oggetto di perplessità in sede di Convenzione, poi accantonate, in virtù della spinta decisiva del Presidente Giscard d'Estaing e del Vice-Presidente Amato, in base al convincimento

---

(13) In tema, v. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione al tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 166.

(14) In tal senso, cfr. F. GALGANO, Relazione tenuta a Roma in data 6 maggio 2006, al Convegno organizzato dal C.S.M. su *Il diritto della globalizzazione e il ruolo delle Corti*, consultata nel dattiloscritto. Per considerazioni più ampie al riguardo, dello stesso A., si veda *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

che per l'Unione europea assicurare un mercato unico in condizioni di concorrenza, dovesse essere uno degli obiettivi fondamentali, costituendo esso il fulcro dell'integrazione economica. La successiva bocciatura popolare del Trattato costituzionale ha sortito un primo positivo effetto: quello di invertire una tendenza che vedeva nella libera concorrenza (e quindi nel mercato e nella *lex mercatoria*) una sorta di feticcio condizionante tutte le politiche dell'Unione, anche a scapito di altri principi non meno fondanti, come ad esempio la tutela dei consumatori, e dei soggetti e degli attori sociali più deboli, per i quali la «*marketizzazione*» selvaggia dei servizi e delle prestazioni concernenti i diritti sociali ha comportato l'esclusione di ogni protezione e aiuto statale.

Non stupisce, perciò, che quando è stato poi stipulato a Lisbona (il 23 giugno 2007) il Trattato di riforma delle istituzioni comunitarie, il principio della concorrenza sia stato espunto dal testo, per essere invece inserito, secondo la c.d. «*opzione Sarkozy*» (15), in un breve e meno significativo protocollo aggiuntivo (16).

La vicenda, che si è appena ricordata e che solo recentemente è giunta ad una soddisfacente conclusione (con la ratifica del Trattato di Lisbona), dimostra che, almeno in ambito europeo, quel vuoto di cui si è detto non può essere riempito soltanto dalla competizione «*selvaggia*» delle imprese private, in tutti i mercati a cui si faceva riferimento poco sopra. Occorre piuttosto trovare un punto di equilibrio che riporti al centro di quel terreno (anche) le istanze sociali, che per lunghi decenni avevano costituito le ragioni sulle quali il *Welfare state* si fondava (17).

---

(15) Com'è stato ampiamente messo in evidenza dai *mass-media*, al vertice di Bruxelles, tenutosi nella seconda metà di giugno 2007, vi è stata la presa di posizione del presidente francese Sarkozy riguardo alla formulazione del Trattato semplificato, teso a codificare (almeno in parte) la Costituzione europea; secondo Sarkozy, come riportato dal sito internet dell'agenzia Reuters, «*Semplicemente, per noi, la concorrenza non è un obiettivo in sé. L'obiettivo è il benessere, la crescita, la stabilità ma non la concorrenza*».

(16) Il protocollo è appunto denominato *Protocollo sul mercato interno e sulla concorrenza*, ed è particolarmente succinto prevedendo unicamente che l'Unione, se necessario, adotta misure al fine di evitare che il sistema concorrenziale del mercato interno non sia falsato.

(17) Non a caso, questa posizione viene autorevolmente condivisa da Jacques Attali, presidente della Commissione consultiva, insediata in data 30 agosto 2007 dal presidente francese Sarkozy, della quale fa parte anche l'italiano Franco Bassanini. Le opinioni dell'economista francese, Consigliere di Stato onorario ed ex presidente della BERS (Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo) sono ottimamente espresse proprio in J. ATTALI, *La crisi, e poi?*, Roma, 2009, passim. L'A., criticando «*una globalizzazione anarchica e sprecona*», cerca di suggerire il modo per trasformare la crisi attuale in op-

3. *Il problematico bilanciamento del principio della concorrenza con quello della protezione del consumatore nell'ordinamento dell'U.E..*

Nella prospettiva che stiamo seguendo, una volta evidenziato che la libera concorrenza costituisce un *leit motiv* comunitario sottoposto oramai a revisione, cerchiamo di verificare se ed in qual misura vada progressivamente emergendo, a livello costituzionale, sia nell'ordinamento dell'U.E. che nel nostro, l'esigenza di garantire la tutela del consumatore, controbilanciando in tal modo la «regola» della libera concorrenza.

Partendo dal diritto comunitario, appare evidente che, proprio perché la libera concorrenza veniva vista dal Trattato CE come un fattore indispensabile per l'armonico ed equilibrato sviluppo delle economie degli Stati membri, la relativa disciplina è contenuta in previsioni normative puntuali ed articolate (cfr. ora artt. 81-89 TCE), volte ad evitare che sorga ogni tipo di barriera protezionistica derivante sia da pratiche restrittive attuate dalle imprese, sia da misure assunte dagli Stati a favore di imprese nazionali (18).

---

portunità « Riequilibrare su scala mondiale il potere di mercati attraverso quello della democrazia e quello dei mercati finanziari tramite quello dello stato di diritto ». Resta il mercato, ma in un sistema di regole, in grado di reggere le nuove dimensioni dell'integrazione tra finanza globale e tecnologie di comunicazione attraverso internet. E agli Stati e alla politica tocca anche il compito di « garantire la concorrenza, creare domanda aggregata attraverso salari accettabili e commesse pubbliche, assicurare una più equa ripartizione dei redditi e dei patrimoni ». Secondo l'A., si profila all'orizzonte una nuova cultura economica, ma anche una diversa dimensione etica: « il lavoro, di ogni tipo, soprattutto con finalità altruistiche, è la sola giustificazione dell'appropriazione di ricchezze »; al punto che, ottimisticamente, « diventerà possibile sperare in un mondo dell'abbondanza, dove i mercati non saranno che una delle componenti efficaci e non più, come oggi, i padroni del mondo ». La crisi attuale, pur tra costi sociali enormi (e non pagati, se non marginalmente, da chi l'ha provocata), sembra dunque avere anche un lato positivo: stimolare cioè progetti di cambiamenti strutturali.

(18) In tema, cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house* (Relazione svolta all'incontro tenutosi a Roma in data 24 novembre 2005 per la presentazione dell'opera *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, Milano, 2005); E. PIGA, *Privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e liberalizzazione; antichi e nuovi schemi organizzativi nella evoluzione della normativa, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, afferente i servizi pubblici locali a rilevanza economica (art. 113, comma 5 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267)*, in *Rass. giur. dell'energia elettrica*, n. 3, 2005; G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario - Il commento alla sentenza CGCE del 13 ottobre 2005 in causa C-458/03 Parking Brixen*, in *Giorn. dir. amm.*, 133 ss.; L. AMMANNATI, *Sulla inattuabilità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, *ibidem*, 2004, 906 ss.; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi*

Per converso, nell'*acquis communautaire*, il principio della tutela del consumatore è stato a lungo configurato come *strumentale ed accessorio* rispetto a quello della concorrenza e del libero mercato e non è riuscito ad assurgere a criterio-guida inderogabile di regolazione dell'attività economica. Non a caso il TCE, all'art. 153, da un lato dichiara che l'Unione «*contribuisce al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori*», dall'altro riconosce la continuità con l'azione precedente, ossia con le «*misure adottate in applicazione dell'art. 95 nel quadro del mercato interno*». Il fine precipuo di questa politica comunitaria resta quello indicato nel par. 1 del citato art. 153, ossia di contribuire a «*tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per salvaguardare i propri interessi*».

Si tratta, evidentemente, di un intervento sussidiario rispetto alle iniziative degli Stati membri, ai quali compete, ai sensi del succ. par. 5, art. cit., di «*prendere misure più rigorose*».

Peraltro, dopo un periodo di stasi, nel quale è stata svolta qualche azione concreta soprattutto nel campo della tutela della salute dei consumatori (si vedano ad es. le misure adottate per il morbo della c.d. «*mucca pazza*»)(19), più di recente sono stati lanciati dalle istituzioni comunitarie segnali che potrebbero portare ad un'inversione di tendenza: ci si intende riferire qui soprattutto all'approvazione della fondamentale direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 — relativa alle «*pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*

---

pubblici locali, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, 2004; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, 89 ss.

Per la giurisprudenza comunitaria, come *leading case*, si v. CGCE, 25 ottobre 1977, Metro Sb-Grossmaerkte GMBG ET CO. KG contro Commissione delle Comunità europee, C 26/76, in *Raccolta*, 1977, 1875 ss., secondo cui: «*La concorrenza non falsata di cui agli artt. 3 e 85 del Trattato CEE implica l'esistenza sul mercato di una concorrenza efficace (workable competition), cioè di un'attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del Trattato e — in particolare — la creazione di un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno. Detta esigenza consente che natura ed intensità della concorrenza varino a seconda dei prodotti o dei servizi considerati e della struttura economica dei relativi mercati di settore*».

(19) Su tale vicenda si può vedere R. ROSSOLINI, *Morbo della «mucca pazza» e tutela comunitaria della salute*, in *Dir. com. e degli scambi internazionali*, 1997, 353, nonché D. BELLANTUONO, *Ancora sulla «mucca pazza» e sulle farine animali* (Nota a Corte giust. comunità europee, 13 dicembre 2001, n. 1/00, Commiss. Ce c. Gov. Francia), in *Foro it.*, 2002, IV, 269.

nel mercato interno» —, volta espressamente all'armonizzazione delle disposizioni nazionali divergenti. Tale direttiva, pur col dichiarato fine di rendere meno oneroso per le imprese «l'esercizio delle libertà del mercato interno» (20), innegabilmente persegue una politica parallela di protezione dei consumatori, cui ha dovuto uniformarsi anche il nostro diritto interno, come si vedrà più innanzi (21). Non meno rilevante appare, nella stessa prospettiva, la recente pubblicazione del «Libro bianco» della Commissione sul risarcimento ai consumatori e alle imprese, vittime di violazioni delle norme sulla concorrenza. Nel documento sono illustrate e proposte nuove ed incisive forme di tutela, per quanti abbiano subito un danno prodotto da violazioni delle leggi *anti-trust*, da infrazioni alle norme del Trattato CE sulle pratiche commerciali restrittive e da abuso di posizioni dominanti nel mercato (22). Rimane, tuttavia, la sensazione che le istituzioni euro-

(20) L'atto comunitario modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («*Directive sulle pratiche commerciali sleali*») risulta pubblicata in GUUE L 149/22 dell'11 giugno 2005. Di particolare interesse il «*considerando*» (4) che precede il testo, secondo cui «*queste differenze sono fonte di incertezza per quanto concerne le disposizioni nazionali da applicare alle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e creano molti ostacoli sia alle imprese che ai consumatori. Questi ostacoli rendono più oneroso per le imprese l'esercizio delle libertà del mercato interno, soprattutto ove tali imprese intendano effettuare attività di marketing, campagne pubblicitarie e promozioni di vendite transfrontaliere. Tali ostacoli causano inoltre incertezze circa i diritti di cui godono i consumatori e compromettono la fiducia di questi ultimi nel mercato interno*». Il testo completo è consultabile al sito [www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust](http://www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust). Del suo recepimento nel nostro ordinamento si dirà più innanzi nel testo.

(21) Cfr. *amplius infra* al par. 8.

(22) Il Libro bianco, pubblicato dalla Commissione in data 3 aprile 2008, è stato pensato proprio per rendere più agevole il risarcimento dei danni e più efficienti le relative domande presentate dai danneggiati, nel rispetto delle tradizioni e dei sistemi giuridici europei. Il documento contiene una serie di raccomandazioni volte a garantire che i soggetti danneggiati da questo tipo di violazione abbiano accesso a meccanismi efficaci per chiedere un risarcimento completo del danno subito. I punti fondamentali di raccomandazione del Libro bianco sono i seguenti:

— ricorso collettivo: i consumatori e le imprese possono raggruppare le loro richieste. La Commissione raccomanda l'utilizzo di «*representative action*» intente da gruppi riconosciuti di consumatori, piuttosto che «*class action*» proposte da studi legali per un numero imprecisato di richiedenti (sistema statunitense);

— risarcimento unico del danno subito: ovvero un risarcimento completo che include la perdita effettiva causata, ad esempio, da un aumento anticoncorrenziale dei prezzi o dalla perdita di profitto dipendente da una riduzione delle vendite;

— divulgazione: obbligo di divulgazione delle prove rilevanti, sotto il controllo del giudice, per assicurare un procedimento equo ai contendenti;

— valore di prova delle decisioni definitive: la commissione raccomanda che le decisioni definitive adottate dalle autorità responsabili della concorrenza degli Stati membri siano considerate come prova nelle cause successive. Per la lettura completa del documento, si rinvia al sito [www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust](http://www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust).

pee, assediate da un vero e proprio esercito di *lobbisti*(23), si barcamenino ancora in una fase di studio della problematica, essendo ben lungi dall'adottare soluzioni che comportino un effettivo *enforcement* delle funzioni *antitrust* della Commissione (24), in vista dell'affermazione, attraverso adeguati strumenti normativi, di un valore fondamentale quale quello della protezione del consumatore, inteso come soggetto che, nella catena distributiva di prodotti e servizi, si pone come anello terminale e che, nel contempo, al momento dell'acquisto, conclude con il venditore (*id est*: professionista) un contratto non estraneo all'attività professionale di quest'ultimo (25).

Le insufficienze ed i ritardi delle politiche comunitarie volte a fornire una tutela reale — frenando la concorrenza selvaggia fra le imprese e controllando adeguatamente i prodotti dei *competitors* mondiali più aggressivi e quindi più pericolosi per i consumatori (come Cina, India e Corea del Sud) — hanno contribuito sicuramente ad alimentare la sfiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni dell'Unione.

In proposito, si consideri che il *law-making process* non appare affatto al passo con i tempi, dal momento che le regole in materia di tutela dei consumatori sono contenute sostanzialmente in quattro fondamentali, ma datati interventi legislativi: la direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita e la garanzia dei beni di consumo.

Non stupisce, quindi, che il Trattato di Lisbona (26), come già quello costituzionale — del quale costituisce sostanzialmente una *editio minor* —, nonostante la ricordata «*retrocessione*» del

---

(23) Secondo stime attendibili, il numero dei *lobbisti* presenti a Bruxelles ammonterebbe a ben 17.000 unità (dato tratto da S. ROMANO, *Lobbyisti di Bruxelles - Democrazia degli interessi*, in *Il Corriere della sera*, 6 luglio 2008).

(24) Su cui si può consultare L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali - Diritto privato europeo*, Napoli, 2004; G. D'ATTORRE, *Una «ragionevole» concorrenza: il ruolo della rule of reason dopo la riforma del diritto antitrust comunitario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 80. Sul punto, v. *amplius infra*, in specie al par. 8.

(25) C.G.C.E., 21 giugno 1997, C 150/77, in *Raccolta*, 1978, 1431; ID., 3 luglio 1997, C 26995, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 344.

(26) Il documento è composto in concreto di due Trattati, il primo che sostituisce il Trattato dell'Unione europea (TUE) e il secondo avente ad oggetto il funzionamento delle istituzioni (TF).

principio della concorrenza (27), abbia subito in sede di ratifica referendaria una ulteriore bocciatura popolare. Si è ripresentato ancora una volta, in occasione del *referendum* irlandese del 12 giugno 2008, quel *déjà vu* che aveva condotto al «no» francese e olandese (28).

In effetti, per decifrare correttamente il «no» irlandese, si può immaginare che anch'esso sia diretto a sanzionare l'attuale deriva dell'Europa: la bocciatura comprende un voto non soltanto *contro l'Europa* con una forte componente nazionalista, ma anche *a favore dell'Europa* (almeno nelle intenzioni), nel senso che essa non vuole distruggere l'Unione ma orientarne diversamente il governo, traducendosi in un rifiuto dell'Europa attuale, troppo liberale, troppo tecnocratica, inefficace e, dopo l'allargamento, priva di frontiere credibili e senso di appartenenza. Le istituzioni comunitarie, in definitiva, non vengono più percepite (anche per difetto di informazione sulle loro politiche) come organi garanti di diritti e di valori, che possono migliorare effettivamente le condizioni di vita dei cittadini in tutti gli Stati membri.

Di qui il rifiuto di un modello di *european governance*, che vede nel mercato e nella regolazione tecnico-burocratica i suoi principi fondamentali, fino a produrre la progressiva perdita di contenuto dei principi cardine del costituzionalismo democratico (ossia della garanzia di alcuni valori fondamentali e della centralità della rappresentanza parlamentare), a vantaggio dell'espertocrazia e della comitatocrazia. Ed allora, un Parlamento europeo che legiferi, quale titolare effettivo del potere di rappresentanza politica, sulla base di un catalogo di valori certo e fondante, costituisce l'unica risposta possibile alle disfunzioni e alle deviazioni di cui si è detto.

In questa prospettiva, non resta che valorizzare adeguatamente il sistema di protezione dei diritti adottato dal Trattato di Lisbona, che attraverso una norma di rinvio (non vincolante per Gran Bretagna e Polonia), tende a conferire alla Carta di Nizza

---

(27) Sul punto, cfr. *amplius supra*, al par. 1.

(28) Di grande spessore appare l'analisi del voto francese compiuta da G. LE GALL, *Le 29 mai entre mythe et réalités*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 3, 2005, 1-23. V. anche F. MIQUET-MARTY, *Un vote d'exaspération social et national*, *ibidem*, 51 ss.; G. BELORGEY, *La question économique dans le débat référendaire*, *ibidem*, 96 ss.; A. CHAUPRADE, *Les frontières de l'Europe: pour un retour au réalisme géopolitique*, *ibidem*, 116 ss.; R. DEHOUSSE, *Les fausses conséquences du référendum*, *ibidem*, 132 ss.; C. ZORGBIBE, *Quel avenir pour l'Union européenne?*, *ibidem*, 138 ss.

lo stesso valore giuridico dei Trattati, dopo che essa è stata proclamata solennemente, durante la sessione plenaria del Parlamento europeo del 12 dicembre 2007, da parte dei Presidenti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione (29). In tal modo, il principio «*dell'elevato livello di protezione dei consumatori*», già presente nel disposto dell'art. 153 TCE e ribadito laconicamente dall'art. 38 della Carta, potrebbe entrare a far parte (grazie alla ratifica del Trattato di Lisbona) del catalogo dei valori garantiti «*costituzionalmente*». Per giunta, nella Carta sono comunque rinvenibili altre disposizioni che *in nuce* configurano un «*sistema*» di tutela del consumatore come soggetto debole, quali l'art. 6 (Diritto alla libertà e alla sicurezza); l'art. 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare), che impone la tutela da ogni indebita ingerenza nella vita degli individui e delle famiglie di pratiche commerciali non autorizzate; l'art. 8 (Protezione dei dati di carattere personale), che consente ai professionisti l'utilizzazione di dati dei consumatori entro i limiti stabiliti dalla disciplina di protezione di tali dati; l'art. 12 (Libertà di riunione e di associazione), che riconosce anche ai consumatori la libertà di associarsi in enti deputati alla difesa dei loro interessi; gli artt. 15 e 16, che garantiscono la libertà di esercitare una professione o un'impresa, entro i limiti previsti per contemperare gli interessi dei professionisti con quelli dei consumatori.

Nella stessa chiave possono essere lette ed interpretate tutte le altre disposizioni della Carta che, prendendo in considerazione le categorie sociali più deboli (come minori, anziani e disabili), impongono che esse siano tutelate anche e soprattutto nel momento dell'instaurazione col «*professionista*» di un rapporto di consumo. Siffatti canoni, aventi oramai natura costituzionale (30), se adeguatamente considerati e valorizzati, possono indubbiamente consentire sia al legislatore europeo di intervenire incisivamente (nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà),

---

(29) In tema, v. V. PAMIO, *Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona. Spunti di riflessione*, in *www.giustamm.it*, n. 3-2008, 3; v. anche J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, 49 ss.

(30) Va qui ricordato che, ove fosse stato ratificato l'originario Trattato costituzionale, la sua entrata in vigore avrebbe consentito di superare ogni questione in ordine alla natura e all'effettività della Carta di Nizza, integralmente riversata nello stesso Trattato: in tema, cfr. A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Rassegna giurisprudenziale 2001-2004*, in *Giur. it.*, 2005, 427 ss.

sia alla Commissione, nella sua qualità di organo *antitrust*, di attuare le politiche comunitarie più idonee ad una difesa «*polidimensionale*» del consumatore, quale soggetto debole, nelle dinamiche dei rapporti con i produttori di beni e servizi.

4. (Segue): *Le evoluzioni più recenti del law making process comunitario: verso la «armonizzazione completa» delle legislazioni degli Stati membri.*

Un dato sembra chiaro: nonostante il procedimento di ratifica del Trattato di Lisbona non sia giunto al termine, ci si trova di fronte ad un *corpus* costituzionale oramai abbastanza definito e tale da costituire un orizzontamento imprescindibile per le istituzioni comunitarie. D'altro canto, neanche può negarsi che, trattandosi di disposizioni di rango costituzionale, esse restino pur sempre bisognevoli di specificazione e di attuazione e, in definitiva, di normazione cogente e non di semplici iniziative (ancorché apprezzabili) di tipo programmatico e strategico (31).

Per giunta, considerato il ciclo economico che stiamo attraversando e che ha prodotto una netta contrazione dei consumi, si assiste ad una moltiplicazione delle iniziative delle imprese, volte ad indirizzare ed influenzare le scelte dei consumatori, che, in

---

(31) Si fa riferimento al «*Libro verde*» su *Revisione dell'acquis relativo ai consumatori*, pubblicato dalla Commissione in data 8 febbraio 2007 e diretto ad avviare un processo di riscrittura delle norme comunitarie in materia di protezione dei consumatori per adattare all'era moderna. Esso suggerisce misure attuabili in 28 settori coperti da otto direttive costituenti la base dell'*acquis* legislativo in materia. In data 31 maggio 2007, sulla base di una nuova comunicazione della Commissione, il Consiglio ha approvato una risoluzione relativa alla nuova «*Strategia per la politica dei consumatori dell'U.e. per il periodo 2007/2013*», in G.G.U.U.E. del 20 luglio 2007 — C 166/1. Probabilmente, tale documento rappresenta un primo serio tentativo di rilancio della politica europea di protezione dei consumatori, in virtù del riconoscimento del ruolo centrale da questi rivestito per lo sviluppo del mercato interno. La nuova strategia intende raccogliere la sfida di migliorare l'efficienza del mercato e accrescere la fiducia dei consumatori, puntando su una migliore regolamentazione, su una maggiore concorrenza, su una più efficace tutela dei diritti, sul miglioramento del benessere. La strategia si articola in cinque aree prioritarie di azione: 1) ammodernamento del quadro regolamentare; 2) rafforzamento del sistema di esecuzione delle norme e lo sviluppo di strumenti di risarcimento; 3) sicurezza dei mercati; 4) orizzontalità della politica dei consumatori; 5) informazione. Sono, inoltre, selezionati obiettivi prioritari per il periodo 2007/2013 (maggiori poteri ai consumatori; promozione del loro benessere in termini di prezzi, scelta, diversità e sicurezza; efficacia e protezione contro i rischi che sfuggono al controllo individuale). In dottrina, può rinviarsi a F. TORIELLO, *La Carta di Nizza e la tutela dei consumatori*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2001, *passim.*; A. BIENAYMÈ, *Les conditions de compatibilité entre protection des consommateurs et libre concurrence*, in *Revue de la concurrence et de la consommation*, 1997, 55.

teoria, potrebbero anche trarre vantaggio dalle offerte di vendita promozionali (sconti, offerte speciali, rateizzazioni, ecc.), ma che, proprio in questa fase ciclica, sono più esposti a forme di pubblicità scorretta, ad offerte promozionali col «*trucco*» e ad altre insidie e scorrettezze.

Ed allora, quanto meno nello spazio giuridico europeo, si impongono iniziative delle istituzioni, forti ed incisive, per consentire al consumatore di orientarsi nel nuovo scenario e assumere decisioni quanto più possibile informate, consapevoli e convenienti.

Finalmente, sembra che il *law-making process* comunitario abbia ripreso a muoversi in questa direzione, per riassumere quel ruolo trainante, che aveva avuto in passato rispetto al diritto interno degli Stati membri. Di recente è stata, infatti, presentata dalla Commissione una nuova proposta di direttiva (n. 214 dell'8 ottobre 2008) in materia di tutela del consumatore (che trova il proprio fondamento giuridico nell'art. 95 TCE), da approvarsi secondo la procedura di codecisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio. Secondo tale proposta le quattro preesistenti direttive (85/577/CEE, 93/13/CEE, 97/7/CE e 99/44/CE) dovrebbero essere modificate e sostituite dalla nuova, che andrebbe a costituire una sorta di testo unico per disciplinare gli aspetti comuni, al tempo stesso semplificando ed aggiornando le norme esistenti. La proposta della Commissione parte da un dato ineluttabile: secondo le indagini compiute attraverso enti specializzati si è accertato che in circa venti anni di applicazione delle normative in materia non si è incrementato il contenzioso né si è estesa la protezione del consumatore<sup>(32)</sup>, oltretutto lasciando aperta la questione delle limitazioni imposte al diritto interno<sup>(33)</sup>.

---

(32) A seguito delle risposte ottenute con il libro verde sulle modificazioni della direttiva 85/374/CEE del 25 luglio 1985, la Commissione ha affidato a due enti, lo studio legale Lovells e la Fondazione Rosselli, l'analisi di due aspetti riguardanti l'attuazione della direttiva: rispettivamente, la differenza dei modelli nazionali e l'esimente costituita dal rischio dello sviluppo. Proprio perché la direttiva citata, all'art. 13, prevede che il regime speciale di responsabilità introdotto, fondato su una sorta di responsabilità oggettiva attenuata (giacché spetta al danneggiato provare il difetto del prodotto), possa coesistere con le regole di diritto comune, con conseguente azionabilità di rimedi diversi previsti dal diritto interno degli Stati, si è posto il problema del coordinamento di questa disposizione con quelle nazionali.

(33) La Corte di giustizia, decidendo due casi in materia (Gonzales Sanchez v. Medicina Asturiana SA, C-183/00 e Commissione v. Francia, C-52/00), ha stabilito che la direttiva ha la finalità di assicurare l'armonizzazione massima delle regole applicate ne-

Opportunamente, quindi, si è scelto di abbandonare la strada del *soft impact* per seguire con decisione quella della «*armonizzazione completa*» (34), al fine di superare la frammentazione derivante dalle norme interne (che produce costi significativi in termini di adempimento per le imprese che desiderano operare a livello transfrontaliero). L'iniziativa della Commissione si dimostra inoltre coerente col principio di *sussidiarietà*, perché armonizza completamente tutti gli aspetti attinenti alla tutela dei consumatori concernenti il commercio transfrontaliero, come ad esempio quelli che investono la redazione delle condizioni contrattuali e la creazione di materiali informativi, nonché la gestione delle merci restituite nelle vendite a distanza o dirette. Al tempo stesso, essa rispetta il criterio di *proporzionalità* dell'azione delle istituzioni comunitarie, perché regola «*solo gli aspetti chiave del diritto contrattuale dei consumatori e non interferisce con i concetti più generici del diritto contrattuale come la capacità di concludere contratti o i risarcimenti*» (35). Quanto al contenuto della proposta, la direttiva appare ben articolata, composta di 48 norme, con un allegato I concernente le «*Informazioni relative all'esercizio del diritto di recesso*», un allegato II riguardante le «*Clausole contrattuali considerate abusive in qualsiasi circostanza*» (c.d. «*lista nera*») e un allegato III contenente le «*Clausole contrattuali presunte abusive*», ovvero ritenute inique fino a prova contraria (c.d.

---

gli Stati membri, che pertanto non è possibile conservare una disciplina normativa in sede nazionale, a meno che tale disciplina non rechi rimedi diversi da quelli offerti dalla direttiva. Al riguardo, si è anche opportunamente messo in evidenza che le divergenze tra i sistemi nazionali sono dovute al fatto che molte corti ragionano ancora in termini di colpa del produttore (eventualmente presunta), altre invece considerano provato il difetto anche se le cause del danno non sono accertate: sul punto cfr. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori: un laboratorio per i giuristi*, 6, in [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it).

(34) Afferma testualmente la Commissione (cfr. punto 1. — Relazione della Commissione) che: «*La proposta si distanzia dall'approccio dell'armonizzazione minima seguita nelle quattro direttive esistenti (vale a dire il principio che gli Stati membri possono mantenere o adottare norme più severe rispetto a quelle stabilite dalla direttiva) e abbraccia un approccio di armonizzazione completa (vale a dire il principio che gli Stati membri non possono mantenere o adottare disposizioni divergenti da quelle fissate nella direttiva)*». Per arrivare alla proposta, la Commissione ha proceduto alla consultazione delle parti interessate, utilizzando il *Libro verde* adottato in data 8 febbraio 2007 (in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)), su cui v. la nota 27. In tema, cfr. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori: un laboratorio per i giuristi*, op. cit. 1 ss.

(35) Cfr. punto 3. — Relazione della Commissione, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu). Come riferimento di carattere generale sui criteri di sussidiarietà e proporzionalità nel diritto comunitario, sia consentito rinviare a E. BONELLI, *Sussidiarietà, necessità e proporzionalità/adequatezza nell'ordinamento comunitario e in alcune esperienze europee*, in *Diritto e cultura*, n. 1/2001, 1 ss.

«*lista grigia*»), mentre nell'allegato IV sono indicate le direttive abrogate con l'elenco delle modifiche successive. Non manca la utilissima «*Tavola di concordanza*» (sempre presente nelle fonti comunitarie) che consente il raffronto fra la vecchia numerazione degli articoli contenuti nelle direttive abrogate e la numerazione attribuita nella nuova fonte normativa. Pur non essendo questa la sede per un'analisi approfondita della proposta della Commissione (36), non può negarsi che essa, concretandosi in uno strumento normativo coordinato e vincolante, compori nella materia della protezione del consumatore un primo salto di qualità e che, soprattutto, la «*armonizzazione completa*» della normativa nell'ambito di 27 Stati membri costituisca, al tempo stesso, lo strumento più valido per superare l'attuale frammentazione giuridica (che frappone una barriera spesso insormontabile al commercio transfrontaliero) e per incentivare, nell'interesse delle stesse imprese, l'accesso al mercato interno. La detta proposta, inoltre, collegandosi ai due regolamenti sulla «*legge applicabile*» in tema di obbligazioni contrattuali (Roma I) (37) ed extracontrattuali (Roma II) (38), può costituire il brodo di coltura ideale per dare vita al-

---

(36) In estrema sintesi, le novità più significative introdotte dalla proposta di direttiva sono le seguenti:

— l'introduzione di una tutela pre-contrattuale del consumatore, attraverso l'apprestamento di una serie di obblighi informativi in capo al professionista, in materia di caratteristiche del prodotto, identità del venditore, costi addizionali, spese di consegna ecc.;

— la regolamentazione dei tempi di consegna del prodotto e del passaggio del rischio del deterioramento o della perdita del bene compravenduto;

— la previsione di un indennizzo per la ritardata o mancata consegna del prodotto;

— la disciplina del «*periodo di ripensamento*» per le vendite a distanza;

— l'apprestamento di strumenti standardizzati di tutela del consumatore per i casi di prodotto difettoso: riparazione, sostituzione, riduzione e rimborso del prezzo.

(37) Trattasi del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, pubblicato in G.U.U.E. L177/6 del 4 luglio 2008, che rivedendo la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, con specifico riferimento ai contratti conclusi dal consumatore, indica, come criterio di collegamento, il luogo di residenza dello stesso, sempre che in quel luogo il professionista svolga la propria attività con qualsiasi mezzo, anche telematico ed informatico. Non è però sufficiente che il professionista sia accessibile mediante questi mezzi, essendo necessaria la previsione, nelle condizioni contrattuali, dell'uso della lingua o della moneta locale.

Il testo completo è leggibile al sito ufficiale dell'U.E. [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

(38) Ci si riferisce al Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, pubblicato in G.U.U.E. L199 del 31 luglio 2007, col quale, sostanzialmente, vengono affermati i seguenti principi:

— il criterio generale per le obbligazioni da fatto illecito è dato dall'applicazione della legge dello Stato in cui il danno diretto si è verificato (*lex loci damni*);

— per la responsabilità da prodotto difettoso si applica la legge del paese del danneggiato, se in quest'ultimo il prodotto viene commercializzato, altrimenti soccorrono criteri sussidiari;

— in tema di concorrenza sleale è applicabile in linea di principio la legge del territorio

meno ad un embrione di «*codice civile europeo*» (39), concretando uno strumento «*politico*» di attuazione (anche in materia contrattuale), di principi costituzionali ampiamente condivisi in ambito comunitario, sulla base dei valori della Carta di Nizza (40).

---

in cui sono stati o possono essere pregiudicati i rapporti di concorrenza oppure di interesse collettivo dei consumatori, mentre in casi di violazione dei diritti di proprietà industriale e/o intellettuale, si applica la legge del paese per cui la protezione è stata richiesta; altri criteri sono infine previsti per i casi di proprietà industriale di estensione comunitaria;

— in relazione alla *culpa in contraendo* è applicabile alla legge che avrebbe dovuto regolare il contratto alla conclusione del quale le trattative erano finalizzate.

Il testo del Regolamento può essere rinvenuto al sito istituzionale [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

(39) La letteratura sulla tematica è ovviamente sterminata. Senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. M.J. BONELL, *I principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, 535; ID., *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 599; C. CASTRONOVO, *Il contratto nei «Principi di diritto europeo»*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 787; ID., *I principi di diritto europeo dei contratti come ipotesi di decodificazione possibile*, in *Vita notarile*, 2002, III, 1202; ID., *Verso un codice europeo: i principi di diritto europeo dei contratti*, in *Vita notarile*, 2004, III, 18; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetrie di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769; ID., *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 439; O. LANDO, *Unfair contract clauses and a European uniform commercial code*, in *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 1978, 267 ss.; ID., *Can Europe build unity of civil law whilst respecting diversity?*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 1; K.P. BERGER, *The Principles of European Contract Law and the concept of the «creeping codification» of law*, in *European review of private law*, 2001, 21; G. BETLEM-E. HONDIUS, *European private law after the treaty of Amsterdam*, in *European review of private law*, 2001, 3; C.L. WITZ, *Plaidoyer pour un code européen des obligations*, D., 2000, 79 ss.; L. BERNARDEAU, *Droit communautaire et droit des contrats: perspectives d'évolution*, in *Contracts, concurrence, consummation*, dicembre 2001, n. 19, 4; N. CHARBIT, *L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats*, in *JCP*, 2002, éd. G.V., I, 100; G. CORNU, *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*, D., 2002, 351; PH. MALINVAUD, *Réponse - hors délai - à la Commission européenne: à propos d'un Code européen des contrats*, D., 2002, 2542; D. STAUDENMAYER, *Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats*, in *JCP*, 2003, éd. G. I, 127; B. FAUVARQUE-COSSON, *Droit européen des contrats: première réaction au plan d'action de la Commission*, D., 2003, 1171; C. PRIETO, *Une culture contractuelle commune en Europe*, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, 17 ss.; F. TERRÉ, A. OUTIN-ADAM, *L'année d'un bicentenaire*, D., 2004, 14 ss.

(40) In tema, cfr. A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!*, in *Riv. critica del dir. priv.*, 2005, 75; G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 669; AA.VV., *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, a cura di A. Somma, Torino, 2007, 1; P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e Costituzione Europea*, in AA.VV., *Contratto e Costituzione Europea*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, 143; L. MOCCIA, *Dal «mercato» alla «cittadinanza»: ovvero dei possibili itinerari di diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 395; A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sopranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo «intercostituzionale»*, in AA.VV., *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, V, *Studi dell'anno 2001*, Torino, 2002, 205; M.W. HESSELINK, *The horizontal effect of social rights in European private law*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 993; E. CASTORINA, *Diritto costituzionale comune e diritto costituzionale europeo: il problema dell'identità dell'Unione*, in AA.VV., *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, a cura di E. Castorina, Torino, 2007, 23.

In tale contesto, un avvicinamento dei diritti nazionali del contratto costituisce il fondamento indispensabile per favorire gli scambi economici ed assicurare un elevato livello di protezione del consumatore, mentre la conseguente integrazione normativa permette di semplificare gli ordinamenti giuridici nazionali e di arricchire i diritti interni, ponendo le promesse per un progresso effettivo. È ovvio che l'armonizzazione, che è una delle modalità di integrazione, non produce la piena *uniformità* (che dà vita a regole comuni a diversi paesi, sia nella forma che nella sostanza) né l'*unificazione* (da cui derivano regole comuni, ma soltanto a livello di contenuto e non di forma), bensì tende a realizzare la convergenza dei sistemi giuridici, nella diversità delle tradizioni, delle culture e, in altri termini, delle identità nazionali (41).

Sotto il profilo economico, poi, la diversità può essere riguardata come un fattore di *concorrenza*, giacché la legislazione costituisce uno degli elementi (tra i tanti) preso in considerazione nel *decision making process*. Infine, l'armonizzazione rappresenta un fattore di ricchezza per i diritti «*armonizzati*», portando alla riscoperta di regole nuove: «*Ce qui fait l'Europe, c'est précisément sa diversité, ce sont nos différences*» (42).

L'armonizzazione completa delle legislazioni interne appare ancora più necessaria, se si considera che in quasi tutte le Costituzioni europee, nate nel periodo post-bellico, la tutela del consumatore non assurge a principio costituzionale; ragione per cui, nella materia, non può non assumere rilievo pregnante il quadro legislativo comunitario. È solo grazie a quest'ultimo, infatti, che

---

(41) Sul tema, cfr. S. PATTI, «*Diversità, armonizzazione, Unificazione e Codificazione*»: le tappe di un difficile percorso, in AA.VV., *Diritto privato europeo-fonti ed effetti materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002*, raccolti da G. Alpa e R. Danovi, Milano, 2004, 56.

I tre concetti, indicati in lingua francese come *uniformisation, unification e harmonisation*, sono stati compiutamente definiti e approfonditi soprattutto dalla dottrina francofona. Sul punto, si v. M. DELMAS-MARTY, *Critique de l'intégration normative*, Paris, 2004, éd. PUF, in specie, 38-41; ID., *Le phénomène de l'harmonisation, L'expérience contemporaine*, in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, 2001, 28; G. GOLDSTEIN, *L'expérience canadienne*, in *Le droit privé européen*, 1998, n. 25, 186, secondo cui: «*On peut définir approximativement l'harmonisation comme le processus par le quel divers éléments sont combinés ou adaptés les uns les autres de façon à former un tout cohérent, tout en conservant à ces éléments leur individualité*».

(42) PH. MALAURIE, *Le Code civile européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte*, in *JCP*, 2002, éd. G.I., 110, n. 15. Secondo l'A.: «*L'Europe diversifiée est un lieu de libre concurrence, non seulement commerciale, mais aussi législative. Chaque Etat, chaque praticien, chaque homme d'affaires a ainsi intérêt à connaître le système juridique des autres et préférer celui qu'il estime le meilleur*».

può verificarsi il progressivo consolidamento del principio, per la via della legislazione ordinaria, secondo le opzioni politiche dei singoli Stati membri.

Non va dimenticato, tuttavia, che l'entrata in vigore di Carte più moderne ha già prodotto l'emersione del detto valore negli ordinamenti di alcuni Stati membri. Sicché, nel mentre il principio costituzionale non si trova affermato in alcuna delle tre grandi nazioni fondatrici dell'Unione (Italia, Germania e Francia), esso si trova invece sancito nelle più recenti Costituzioni portoghese e spagnola (43), entrate rispettivamente in vigore nel 1976 e nel 1978.

(43) Entrambe le carte costituzionali affiancano ai tradizionali diritti dell'uomo una specifica tutela dell'individuo-consumatore, quale soggetto economico debole del mercato, riconoscendo altresì il ruolo delle associazioni. Per comodità del lettore si ritiene utile riportare qui il testo integrale dell'art. 60 della Costituzione portoghese e dell'art. 51 della Costituzione spagnola.

Articolo 60 Costituzione della Repubblica del Portogallo (Diritti dei consumatori):

«1. Tutti i consumatori hanno diritto alla qualità dei beni e servizi usati, alla formazione e alla informazione, alla protezione della salute, della sicurezza e dei loro interessi economici, nonché alla riparazione dei danni.

2. La pubblicità è disciplinata dalla legge; sono proibite tutte le forme di pubblicità occulta, indiretta o ingannevole.

3. Le associazioni di consumatori e le cooperative di consumo hanno diritto, nei termini stabiliti dalla legge, al sostegno dello Stato per essere udite nelle questioni che riguardano la difesa dei consumatori».

Articolo 51 della Costituzione del Regno di Spagna:

«1) I pubblici poteri garantiscono la difesa dei consumatori e degli utenti, proteggendo, per mezzo di procedimenti efficaci, la sicurezza, la salute e i legittimi interessi economici degli stessi.

2) I pubblici poteri promuovono l'informazione e l'educazione dei consumatori e degli utenti, favoriscono le loro organizzazioni e le ascoltano sulle questioni relative, nei termini stabiliti dalla legge.

3) Nell'ambito di quanto disposto ai punti precedenti la legge regola il commercio interno ed il regime dell'autorizzazione dei prodotti commerciali».

Come rinvii di carattere generale, si v. per la Costituzione portoghese J. MIRANDA, *Portogallo*, in AA.VV., *Le costituzioni dei paesi della comunità europea*, a cura di E. Palici di Suni Prat, M. Comba e F. Cassella, Pavia, 1993, 421 ss. e V. DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, 40; J.J. GOMES CANOTILHO, *Diritto costituzionale portoghese*, a cura di R. Orrù, Torino, 2006; A. CIAMMARICONI, I. DE LIMA ALVES MOREIRA, G. MUNEGHINA, M. LIMONI, M. AUXILIADORA CASTRO CAMARGO, *I trent'anni della Costituzione portoghese. Originalità, ricezioni, circolazione del modello*, a cura di L. Pegoraro, Bologna, 2006.

Per la Costituzione spagnola v. E. GARCIA, *Spagna*, in AA.VV., *Le costituzioni dei paesi della comunità europea*, op. cit., 563 ss.; L. GUERRA-ESPIN, E.G. MORILLO-P. TREMP-SATRUSTEGUI, *Derecho Constitucional*, Valencia, 1991. In Spagna si è anche sviluppata una vasta letteratura sulla tutela del consumatore; tra i lavori più recenti in tema si segnalano C. LEMA DEVESA, *Problemas jurídicos de la publicidad*, Madrid, 2007; A. MÉNDIZ NOGUERO, *Publicidad engañosa, información falsa*. Universidad de Malaga, 2007; J. MESSAGUER, *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la directiva 2005/257CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, 2006; A. MARTINEZ GUERRA, *Criminalización de la publicidad comercial falsa y protección de los intereses económicos del consumidor*, Madrid, 2006; A. BERCOVITZ, *Reglamentos y directivas de la Unión Europea referentes a la protección de los consumidores*. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2002; C. ARBAIZA, *Los derechos del consumidor*, Madrid, 1997.

Particolarmente incisiva si dimostra la garanzia offerta dalla Costituzione portoghese, la quale, nel tutelare i diritti dei consumatori, con formulazione di ampia portata e al passo con i tempi, vieta espressamente «*tutte le forme di pubblicità occulta, indiretta o ingannevole*» (cfr. art. 60, comma 2), riconoscendo poi alle associazioni di consumatori e alle cooperative di consumo, nei termini stabiliti dalla legge, «*il sostegno dello Stato per essere uditi nelle questioni che riguardano la difesa dei consumatori*» (art. 60, comma 3).

Tale formulazione, nella misura in cui considera i rischi legati all'uso distorto della pubblicità, impegna efficacemente lo Stato a sostenere l'intervento dei consumatori (evidentemente attraverso le proprie associazioni) nelle questioni concernenti la loro difesa e obbliga i poteri pubblici ad abbandonare la politica del *laissez faire* ed a schierarsi dalla parte delle organizzazioni e delle associazioni che si occupano della difesa dei consumatori, favorendone e sostenendone l'azione.

##### 5. *Il valore della protezione del consumatore nell'ordinamento costituzionale italiano.*

Passando alla nostra Carta, non può prescindere da un dato certo: come si è visto, anche in una Costituzione fortemente orientata verso lo Stato sociale, un valore forte e fondante come quello della protezione del consumatore non è «*irrigidito*», per evidenti ragioni storiche, in alcuna disposizione costituzionale; mentre, recentemente, sotto l'influsso del diritto comunitario, ha trovato albergo nel nostro ordinamento istituzionale il principio della «*tutela della concorrenza*», elencato fra le materie dell'art. 117, lett. e) Cost., devolute alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (44). Risulta, dunque, evidente che con la revisione del

---

(44) Peraltro, nell'interpretazione della Corte costituzionale, la materia della «*tutela della concorrenza*» attrae e ricomprende in sé anche la «*promozione*» della concorrenza, nel senso che secondo il giudice delle leggi devono ritenersi conferite alla potestà legislativa statale, ai sensi della predetta disposizione, tutte le normative che non solo tutelano direttamente la libertà di concorrenza in un dato mercato, ma anche quelle discipline che abbiano come obiettivo quello di incrementare gli spazi di libera concorrenza, per esempio liberalizzando un dato settore economico. La pronuncia certamente più nota in tema è la n. 272 del 2004, resa dalla Consulta in tema di servizi pubblici locali. La si può leggere in *Urb. e app.*, 2004, 1392, con nota di V. DE GIOIA, *I servizi pubblici locali nel quadro delle competenze legislative dell'art. 117 Cost.*

Titolo V si è persa l'occasione di introdurre nel sistema il valore (equivalente e contrapposto) della «*tutela dei consumatori*» (da riservarsi anch'esso alla competenza legislativa statale), producendo uno squilibrio testuale a favore del principio della concorrenza di non facile composizione ermeneutica (45).

Peraltro, come si è visto sopra, nell'attuale fase storica, il mercato (sia interno che internazionale) non può più essere considerato un semplice luogo d'incontro della domanda e dell'offerta, essendo divenuto terreno di scontro in cui si fronteggiano (anche attraverso attività di *lobbying*), forze contrapposte, di natura economica e sociale (46).

Da questa angolazione prospettica va allora affrontata la questione se il nostro ordinamento costituzionale sia idoneo a fornire i necessari mezzi di tutela del consumatore, tenuto conto che esso venne varato in un contesto socio-economico lontano da quello attuale (fortemente condizionato da un aggressivo sistema economico globalizzato), o se invece esso debba affidarsi unicamente alla disciplina «*calata*» nell'ordinamento interno dal diritto comunitario, senza «*sussidiare*» quest'ultimo con una tutela più rigorosa ed efficace.

Per fortuna, i nostri Padri costituenti, con ammirevole lungimiranza, fecero uso di clausole di ampia portata, anche quando si trattò di disciplinare la libertà di iniziativa economica: essa, a norma dell'art. 41 Cost., non può esprimersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana: proprio per questo viene demandato al legislatore di determinare «*i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*». Prescindendo dai problemi interpretativi derivanti dalla formulazione della norma (47), ne è possibile

---

(45) M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 78 ss., nell'analisi dell'art. 117 Cost. e più in generale nell'esame della struttura dell'attuale regolazione pubblica del mercato, rinviene dati sufficienti a consentirgli di affermare che la tutela della concorrenza costituirebbe oggi addirittura un criterio che condiziona «*plasma*» ogni altro intervento pubblico nell'economia.

(46) Cfr. *amplius supra* in specie al par. 3.

(47) Su cui può rinviarsi all'ampia trattazione di R. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Milano, 2006, vol. I, in specie, 858 ss. ed ivi ampi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici. *Adde*, R. NANIA, *Libertà economiche e libertà di impresa*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino, 2001, I, 74 ss.; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7 ss.; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1993;

sicuramente una lettura in chiave evolutiva, tale da far rientrare, fra i limiti che possono essere imposti dal legislatore alla libertà in parola, anche quelli volti alla tutela del consumatore, quale «*anello debole*» della catena economica.

In linea generale, è opinione diffusa che la previsione dell'art. 41, comma 3 Cost., si fondi su due presupposti basilari: *in primis*, sull'incapacità del mercato di autoregolarsi, con conseguente attribuzione alla legge del compito di regolazione per correggere i *market's failures*, il che appare particolarmente utile alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte (48); in secondo luogo, sul principio della riserva relativa di legge, in base alla quale spetta a tale fonte di limitare dall'esterno l'attività economica, individuando criteri e direttive idonei a circoscrivere in un ambito ben determinato sia l'attività di normazione secondaria, che il margine d'intervento del potere esecutivo (49).

Partendo da tali considerazioni di fondo, la più sensibile dottrina non ha mancato di rilevare la necessità che la spinta prodotta dall'ingresso nel sistema del principio (comunitario) della concorrenza debba essere bilanciata, anche a livello costituzionale, dalla indispensabile contropinta della parallela introduzione, nel medesimo sistema di valori — proprio attraverso la lettura attualizzata di preesistenti disposizioni della Carta fondamentale —, del principio di pari rango, per cui il consumatore va tutelato contro gli eccessi e le sperequazioni del mercato (50). D'altro canto, la riserva di legge *in subiecta materia* assicura che il governo «*politico*» degli interessi in conflitto (libertà di iniziativa economica e suo coordinamento a «*fini sociali*») sia riservato al Parlamento, democraticamente eletto e, come tale, legittimato ad individuare organi, modalità, procedure e garanzie per la loro

---

G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzione comunitaria*, in *Quad. cost.*, 1992, 21 ss.

(48) Cfr. *amplius supra*, in specie ai parr. 1 e 2.

(49) Cfr. R. NIRO, *op. loc. ult. cit.*

(50) V. l'intervento di G. AZZARITI, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, 8 ss., secondo cui l'art. 41, comma 3, Cost. può essere letto nel senso che l'attività economica privata deve sempre e comunque rispettare i limiti costituiti dai diritti inalienabili della persona umana, così come cristallizzati nella Carta fondamentale. Nel medesimo volume, l'intervento di M. DRAGHI, 89 ss., appare invece di segno diverso, poiché l'A., muovendo da opposte premesse, giunge ad affermare che addirittura lo stesso principio della libera concorrenza potrebbe rientrare nell'ambito concettuale dell'espressione «*fini sociali*» di cui all'art. 41, comma 3, Cost., quanto meno come «*principio mezzo*» per il raggiungimento di quei fini sociali «*che di tempo in tempo la volontà politica del legislatore ordinario ritenga di individuare e preferire*».

composizione, ferma restando la necessità di bilanciare i limiti imposti nell'interesse del consumatore con l'esigenza di salvaguardare la garanzia della libertà di iniziativa economica: trattasi di materia nella quale l'*interpositio legislatoris* si appalesa imprescindibile.

Da questo presupposto deriva un primo importante corollario, e cioè che il legislatore non può produrre, attraverso il suo intervento, alterazioni del quadro economico, e quindi del mercato, ma deve lasciare all'imprenditore il margine che renda la sua attività remunerativa (51): insomma, non è ammissibile nel nostro sistema una tutela del consumatore *astratta*, perseguita attraverso provvedimenti normativi tendenti a privilegiarla irrazionalmente rispetto ad altre posizioni costituzionali, ma occorre che siano predisposti controlli e programmi (*recte*: regole e strumenti) che consentano la mediazione *concreta* degli interessi in gioco.

Come pure, qualora voglia farsi riferimento al concetto di *governance*, quest'ultima non può che essere intesa in senso «*severo*», ossia come governo per strumenti, che possono essere diversificati e costituiti non solo dalla *soft law*, ovvero da politiche regolative, ma anche da «*dispositivi che vincolano e incentivano tipi di coordinamento, per esempio, piani o progetti*» (52).

Il circuito democratico si chiude, considerato altresì che, nel nostro ordinamento, la soggezione alla legge degli unici organi indipendenti in grado di esercitare in concreto la detta mediazione di interessi (ossia le *Authorities* di cui si dirà ampiamente ai paragrafi seguenti), consente un ampio sindacato giurisdizionale sul loro operato, sindacato non limitato ai soli aspetti procedurali, specie quando essi esercitano funzioni di natura giustiziale (*recte*: contenziosa), rispetto a rapporti giuridici di tipo bilaterale, intercorrenti tra privati (53).

---

(51) Corte cost., 10 luglio 1975 n. 200, reperibile al sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(52) Così L. BIFULCO-O. DE LEONARDIS, *Integrazione tra le politiche come opportunità politica*, in AA.VV., a cura di C. DONOLO, *Il futuro delle politiche pubbliche*, Milano, 2006, 32 ss.

(53) Opportunamente, è stato osservato che l'attività di tipo giustiziale delle Autorità indipendenti (come quella diretta ad infliggere sanzioni amministrative o comminare diffide ed ingiunzioni) è diretta anzitutto all'applicazione delle norme di legge al caso concreto e si ispira a modalità partecipative «*processuali*», che si limitano cioè a considerare le affermazioni difensive dei destinatari: in tal senso, cfr. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, in specie, 385 ss.. Secondo altra dottrina, i procedimenti *antitrust*, essendo aperti ad un'ampia gamma di soggetti, tendono

Spetta, comunque, al potere legislativo disegnare e apprestare nell'attuale quadro costituzionale (che può sicuramente fornire adeguata legittimazione politico-istituzionale) idonei mezzi di tutela per il cittadino-utente, utilizzando le tecniche più opportune, a seconda dei settori d'intervento, senza sforare dall'ambito della *ragionevolezza*, che costituisce il limite primario e il parametro basilare del sindacato di legittimità costituzionale degli interventi volti al bilanciamento degli interessi coinvolti. Perché, in caso contrario, tutte le volte che la norma di tutela del consumatore comportasse una *reformatio in pejus* di altre posizioni soggettive, si produrrebbe quell'eccesso di potere legislativo che conduce alla censura di incostituzionalità — alla stregua dell'art. 3 Cost., comma 1 — di una disciplina irrazionale, in quanto priva di giustificazione adeguata, a causa dell'imposizione di sacrifici irragionevoli ad alcune categorie (54), ovvero a causa della sua sproporzione rispetto a principi e valori costituzionali, anche in bilanciamento tra essi, alla stregua del sindacato di proporzionalità (55). Come si vede, si tratta di valutazioni assai delicate, che coinvolgono la discrezionalità politica delle scelte legislative: paradigmaticamente, al sospetto di incostituzionalità non si sottrae la legislazione più recente, diretta all'abolizione dei c.d. «*minimi tariffari professionali*» e del patto «*quota-lite*» per gli avvocati, dal momento che essa, in concreto, si mostra lesiva della posizione lavorativa di singoli professionisti (lavoratori autonomi), a beneficio di grandi operatori associati, nonostante essa, attraverso tale abo-

---

ad assumere «*valore sociale*», coinvolgendo tutti gli interessati alle fattispecie anticoncorrenziali, in ciò differenziandosi dall'attività propria del giudice: cfr. sul punto M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 474. Sulla natura del sindacato, esercitato dal giudice amministrativo in ordine ai provvedimenti *antitrust*, si veda in giurisprudenza, *Consiglio di Stato*, VI sez., 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 482 ss., con nota di G. SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono innanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*.

(54) Si v. Corte cost., sentt. n. 4/94, n. 24/94, n. 76/94 e n. 285/95, tutte reperibili al sito della Corte.

(55) Emblematicamente, al riguardo, può richiamarsi la sent. della Corte cost., n. 476/91, che traccia il seguente percorso logico-giuridico: «*innanzitutto, bisogna individuare quali siano gli interessi di rilievo costituzionale che il legislatore ha ritenuto di far prevalere nella sua discrezionale ponderazione degli interessi attinenti ai due casi trattati diversamente e, quindi, occorre raffrontare il particolare bilanciamento operato dal legislatore nell'ipotesi denunciata con la gerarchia dei valori coinvolti nella scelta legislativa quale risulta stabilita nelle norme costituzionali*». La si può leggere al sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Per ulteriori riferimenti bibliografici, tenuto conto che la letteratura in tema è praticamente sterminata, cfr. A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co. Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, cit., in ispecie 80 ss.

lizzazione, persegua l'obiettivo di liberalizzare il mercato, nell'interesse dei consumatori (56).

È naturalmente superfluo sottolineare quanto importante possa essere, in questa chiave, il ruolo della Corte costituzionale nel dare forza e consistenza ad una simile lettura dell'art. 41 Cost., ed in particolare del comma 3 di tale disposizione, laddove fra i «*fini sociali*», alla stregua dei quali può essere «*indirizzata*» l'attività economica privata, può essere inclusa sicuramente la tutela del consumatore dagli eccessi del mercato, purché tale tutela risulti armonica con altri fondamentali principi «*gerarchizzati*» dal costituente, come la più generale esigenza solidaristica (57) e di garanzia dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., nonché quella lavoristica di cui all'art. 4 Cost. (58).

Proprio per evitare rischi di incostituzionalità, il primo, fondamentale obiettivo del legislatore, dunque, non può che essere quello della creazione di condizioni tali da consentire al consumatore di difendersi da eventuali abusi, fermi restando gli effetti delle regole del mercato ed evitando di comprimere la posizione di altri soggetti meritevoli di altrettanta tutela costituzionale (59).

In tale prospettiva, proprio alla luce dell'interpretazione evolutiva dell'art. 41 Cost. di cui si è detto, appaiono perfettamente compatibili col nostro sistema costituzionale nuovi strumenti di tutela (come, ad es., il «*danno punitivo*» e la «*class action*») (60), che, sia sul piano sostanziale che processuale, siano volti non solo a garantire la posizione del consumatore nei rapporti col professionista, ma anche a produrre effetti di deterrenza nei confronti di pratiche scorrette ed ingannevoli.

---

(56) Cfr. in tal senso, M. CERCHIARA, *La tutela del consumatore rispetto ai diritti fondamentali della Costituzione e il rischio di eccesso di potere legislativo in materia*, in *www.giustamm.it.*, n. 9/2007, 6, il quale sostiene l'incostituzionalità dell'art. 2 del d.l. 223/2006, convertito in l. 248 del 4 agosto 2006 (cd. decreto «*Bersani*»), affermando che «*questa eliminazione dal mercato dei singoli professionisti e dei singoli lavoratori, a beneficio di grandi operatori, in cui risponde l'ente e non una persona fisica rispetto all'attività compiuta, è il fatto più grave che prepara una società sempre meno ancorata ai valori sociali, sempre più anonima e sempre meno umana*». Nel senso dell'incostituzionalità dell'art. 2 cit., v. anche G. ALPA, *Le tariffe professionali alla luce del decreto Bersani*, in *Cor. Merito*, 2007, 19.

(57) In tema, cfr. l'interessante lavoro di D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, *passim*.

(58) Come riferimento classico, si v. M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 161 ss.

(59) Cfr. M. CERCHIARA, *La tutela del consumatore*, op. loc. cit.

(60) Su cui v. *amplius infra* al par. 8.

6. *La « funzione » di regolazione pubblica e la risoluzione del conflitto tra interessi contrapposti.*

Dalla ricostruzione fin qui operata emerge, dunque, un primo dato: non essendo possibile perseguire (nel nostro come in altri sistemi costituzionali) una tutela del consumatore astratta, affidata ad atti normativi tendenti a privilegiarla in modo preconcepito, una volta individuata la coppia dicotomica di interessi contrapposti, occorre verificare quali strumenti normativi in concreto possano consentire ai pubblici poteri di trovare il punto di equilibrio.

Giova, a questo punto, premettere una considerazione: specie in un periodo di crisi come quello attuale, l'obiettivo delle politiche pubbliche non può che essere quello di evitare, pure nel campo economico, che si configuri una *governance without government* (61), cioè un'organizzazione di governo in cui l'elemento determinante sia costituito dalla legittimazione tecnocratico-espertocratica, più che dal principio rappresentativo e della responsabilità politica (62). Sicché, nell'ordinamento comunitario, come in quello degli Stati membri, se da un lato non va demonizzata la prossimità fra istituzioni e alcuni valori di fondo — come il mercato, la concorrenza, la privatizzazione dei servizi e della stessa funzione amministrativa, il controllo della spesa pubblica, la flessibilità del lavoro —, i quali, tornano utili per migliorare l'azione dei pubblici poteri, pur finendo per condizionare, sotto l'aspetto economico, politico e sociale, i diritti fondamentali; dall'altro, non può essere obliterato che tali valori possono produrre, in carenza di opportune politiche sociali, quel progressivo distacco dei cittadini dalle istituzioni e l'incremento del *deficit* democratico e sociale a tutti i livelli di governo (63).

La questione che si pone oggi per ogni Stato non è tanto se, sposando il liberismo più radicale, esso debba produrre meno

---

(61) Il riferimento classico è a J. ROSENAU, *Governance without government. Order and change in world politics*, Cambridge Univ. Pr. Cambridge, 1992, 3.

(62) Cfr. in tema, C. AMIRANTE, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Torino, 2008, 41 ss. L'A. si occupa, nel saggio intitolato *Mondo sommerso. Il ruolo dell'expertise nel decision making comunitario*, proprio della proliferazione dei comitati e della «comitatologia» in sede comunitaria, fino ad affermare condivisibilmente che oggi proprio l'attività dei comitati rappresenta il nocciolo duro della *governance* europea.

(63) In tema, cfr. A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell'effettività. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2006, 3 ss.

beni o servizi pubblici, ma quanto e come produrne e soprattutto quanto e come *regolare* la produzione di beni e servizi da parte degli operatori economici privati. Sarebbe, infatti, riduttivo limitare il dibattito al ruolo e alla funzione dello Stato o alla questione se il mercato sia preferibile alla burocrazia per attuare le politiche pubbliche, tenuto conto che le democrazie liberali tendono ad incrementare (e non certo a negare) i diritti individuali e collettivi (64). Ed allora, è sulla base di tale assunto che può essere utilmente affrontata la questione, se l'apertura delle politiche pubbliche al mercato, o meglio, la *market-based governance* (65) conduca effettivamente le istituzioni verso la democrazia e la libertà, in virtù delle relazioni che essa stessa intesse al suo interno e con i cittadini e le imprese. Per lumeggiare adeguatamente le relazioni fra mercato e istituzioni, può tornare utile ricorrere all'approccio istituzionalista-processuale di alcuni economisti, ossia all'idea che sia possibile creare uno Stato migliore, ricostruire la fiducia nella capacità delle società democratiche di risolvere i problemi sociali, implementando la libertà della cittadinanza responsabile, non solo attraverso il voto, ma anche mediante la partecipazione attiva (66).

In tale prospettiva, assumono rilievo sempre più pregnante i processi decisionali che investono i rapporti tra regolazione pubblica, principio di libera concorrenza e tutela del consumatore, tanto in Italia quanto in Europa.

Le forme della regolazione pubblica dei fenomeni economici sono mutate profondamente nel corso degli ultimi venti anni, nel

---

(64) Opportunamente, M. MARRA, *Il mercato nella pubblica amministrazione - Coordinamento, valutazione, responsabilità*, Roma, 2006, 30, osserva al riguardo che: «studiare la P.A. significa comprendere le relazioni tra Stato e cittadino, cercando di cogliere in che modo si organizzino le società e come si governino per assicurare la crescita economica e la pace sociale, quali istituzioni e come contribuiscano a raggiungere tale obiettivo e come cambino queste strutture nel tempo».

In tema possono consultarsi utilmente J.E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006.

(65) La *Market-Governance* viene definita nella letteratura statunitense (che più di ogni altra si è occupata del filone della *governance*) come la «*governance that relies on competition, and where contracts are the controls*»; v. sul punto, G. BHATTA, *International dictionary of public management and governance*, New York 2006, 252 ss.;

(66) A tale corrente del pensiero economico dichiara, appunto, di ispirarsi, sotto il profilo concettuale e metodologico, M. MARRA, *op. cit.*, 31. Gli esponenti più significativi di tale corrente di pensiero sono M. BARZELAY-R. GALLEGRO, dei quali si v. *From «New-Institutionalism» to «Institutional Processualism»: Advancing knowledge of public management policy change*, in *Governance: an international journal of policy, administration, and institutions*, 2006, 19, n. 4, 531-554.

nostro ordinamento ed in quello comunitario, a seguito della decisa trasformazione che ha attraversato il sistema economico globale e più in generale il rapporto fra economia e diritto, fra Stato e mercato. Si è così imposto un modello di amministrazione — intesa come *struttura* e come *esercizio* del potere — che poco ha oggi a che vedere con l'impostazione classica e tradizionale della p.a., per come l'abbiamo conosciuta nello scorso secolo (67).

Ciò in quanto gli interessi che sono oggetto di «*amministrazione*» (e di tutela) sono riferibili sempre più all'individuo, inteso come soggetto in condizione di debolezza di fronte alle forze ed alle dinamiche del mercato, e perciò bisognevole di una speciale e nuova protezione da parte dell'intervento di regolazione pubblica. La protezione giuridica, che va accordata ad un simile soggetto, è necessariamente *speciale*, perché deve tenere conto *della* e va riferita *alla* sua specifica posizione di fragilità nel sistema economico, ed è *nuova*, perché nuova è la richiamata debolezza, nel senso che ci si trova oggi dinanzi ad un'inedita articolazione dei rapporti di forza fra il cittadino, quale destinatario di servizi pubblici e/o consumatore, e soggetti forti e dominanti nel mercato globalizzato.

Del resto, come si è visto, pare che il mito della libera concorrenza sia giustamente sottoposto oggi a revisione perfino in ambito comunitario, dove ha sempre costituito uno dei principi fondanti dell'Unione. Comincia evidentemente a farsi strada la consapevolezza che il costituzionalismo moderno, nel disciplinare e organizzare la multiforme attività delle istituzioni statali in generale e delle pubbliche amministrazioni in particolare, se da un lato deve fare i conti con l'influenza di un fattore condizionante come la *market-based governance*, dall'altro non può non garantire, come necessario *pendant*, l'incremento della tutela dei diritti individuali e sociali, ivi compresi quelli cosiddetti di ultima generazione (68), in virtù di un sistema di regole «*elastiche*», la cui ap-

---

(67) Sul punto, per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a E. BONELLI, *Amministrazione governance e servizi pubblici locali. Tra Italia ed Unione europea*, Torino, 2008, 63 ss.

(68) Sulla tematica, di grande interesse teorico, si è svolto soprattutto in Germania un ampio dibattito dottrinario di cui dà conto il saggio di E. DENNINGER, *Diversità, sicurezza e solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo?*, che si può leggere nell'accurata traduzione italiana di C. AMIRANTE, in *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, a cura e con saggio introduttivo dello stesso C.

plicazione, richiedendo una mediazione tra gli interessi in gioco, non può più essere affidato ai tradizionali poteri statuali.

Ma se così è, si spiega perfettamente l'introduzione, in quasi tutti i moderni ordinamenti amministrativi, di entità nuove, che svolgono la loro attività in modo tale da mettere in discussione lo stesso principio della divisione dei poteri. Sicché, sono nati nuovi organismi, pur sempre amministrativi, ma liberi da ogni legame di natura politica che ne condizioni l'operato: si parla appunto di amministrazioni o « *Autorità indipendenti* », cui è demandata la gestione di settori sensibili, coinvolgenti la tutela di interessi aventi rilievo costituzionale ed operanti in posizione di terzietà, imparzialità, neutralità ed indifferenza rispetto agli stessi. Tale esigenza è avvertita soprattutto (ma non solo) in un settore di vitale importanza, come quello dell'economia e del mercato, nel quale lo Stato, da un lato, tende a ritirarsi, rinunciando sia all'intervento diretto nel campo economico, sia alla gestione dei servizi pubblici, dall'altro, deve prendere atto dell'insufficienza degli strumenti di regolazione classica, soprattutto per la mancanza di competenza tecnica degli stessi: insomma, deve convenirsi con chi ha ritenuto che l'istituzione delle Autorità indipendenti (con il loro particolare modo di fare amministrazione-regolazione) sia il sintomo più evidente del fallimento, al tempo stesso, dell'organizzazione amministrativa classica e del potere giudiziario, in sede di gestione e di regolazione di settori sensibili (69). Ciò in quanto, la prima, pur con le sue trasformazioni, non è apparsa in grado di assumere una veste neutrale e, al tempo stesso, tecnicamente tanto « *forte* » da garantire gli interessi messi a rischio; il secondo, perché, essendo riservata al giudice amministrativo la verifica giudiziaria *in subiecta materia* (70), non

---

AMIRANTE, Torino, 1998, 5 ss. Partendo dalla constatazione che « *col suo catalogo estremamente succinto* » di diritti fondamentali « *classici e liberali* », la Costituzione tedesca sembra la « *parata della costituzionalizzazione dell'ideale rivoluzionario delle libertà borghesi e dell'uguaglianza formale* », Denninger vi contrappone l'ampio catalogo di diritti sociali (quali il diritto alle ferie periodiche e retribuite, all'alimentazione, all'abitazione, al trattamento sanitario, all'assistenza e alla sicurezza sociale e alla formazione culturale, alla partecipazione culturale e alla tutela del diritto d'autore) della Dichiarazione universale del 1948 e delle Costituzioni dei Länder e inoltre le correlative norme della Costituzione italiana e spagnola.

(69) In tal senso, v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 651.

(70) In effetti, solo col d.lgs. n. 80/1998 e con la l. n. 205/2000, che hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva per blocchi di materie, quest'ultimo ha potuto compiere il salto di qualità necessario per estendere il proprio sindacato

possedeva gli strumenti per scardinare lo schermo della discrezionalità tecnica (71).

Molto si è detto e scritto — negli ultimi quindici anni — nel nostro paese a proposito delle Autorità amministrative indipendenti, che sono venute affermandosi come modello di soggetto esterno all'amministrazione tradizionalmente intesa, ma con compiti di regolazione che altrettanto tradizionalmente erano sempre appartenuti alla p.a. Non è questa la sede per riprendere i temi dell'ampio dibattito che si è svolto intorno alla natura giuridica di tali soggetti e delle loro funzioni (paralegislative, paragiudiziarie o amministrative?) (72), ma sta di fatto che sul tronco di que-

---

anche ad aspetti tecnico-scientifici del merito dell'azione amministrativa. In tema, cfr. A. FERA, *Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo*, Relazione introduttiva tenuta ai corsi di formazione per magistrati amministrativi, Caserta, 6 giugno 2003, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); I. FRANCO, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo (dalla verifica alla c.t.u.)*, in [www.pausania.it](http://www.pausania.it).

(71) In ordine alla quale si è lucidamente osservato che essa «non ha proprio nulla di discrezionale e che, chiamandosi così per un errore storico della dottrina, l'errore potrebbe anche essere corretto. Gli è però che la locuzione ormai è entrata nell'uso comune, e anzi chi la impiega, di solito sa bene che essa è totalmente diversa dalla discrezionalità pura o amministrativa (così taluno ha voluto dire, per accentuare la differenza)»: così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 486. Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, I, 571; A. PUBUSA, *Voce Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1994. Adde, L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative*, in *Diritto e diritti* (rivista on line), n. 11, 2000. Per il fenomeno dello slittamento della discrezionalità tecnica verso la discrezionalità amministrativa, cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2005, 198 ss.

Secondo l'orientamento più recente della giurisprudenza amministrativa (a partire da Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601) tale forma di discrezionalità non gode di uno statuto peculiare di impermeabilità al sindacato del giudice, ma va apprezzata in relazione alla natura del giudizio tecnico espresso e allo statuto epistemologico della scienza applicata, distinguendosi così un sindacato debole da uno forte (su cui *ex plurimis*, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4429) ed una discrezionalità per così dire ordinaria da una tecnica, pura o assoluta (su cui cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2001 n. 5078, che ha riportato la discrezionalità pura al merito amministrativo). Secondo indirizzo giurisprudenziale oramai consolidato, inoltre, sotto il profilo della motivazione, la discrezionalità tecnica deve essere esercitata in modo che gli interessati possano comprendere in base a quali elementi siano state operate le valutazioni e le scelte (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2006 n. 5252; Tar Campania, Napoli, sez. II, 22 febbraio 2007, n. 1192).

In ordine al tema della discrezionalità tecnica nell'ambito della regolazione pubblica, si v. l'interessante studio di P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001 (in specie, i capp. III, IV e V).

(72) In argomento, per una concezione «paragiurisdizionale» del nostro *Antitrust*, cfr. M. CLARICH, *Le autorità indipendenti, tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amm.*, 2002, 3865 ss.; ID., M. CLARICH, *Relazione su Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, svolta al Convegno su *Le autorità amministrative indipendenti* in memoria di Vincenzo Caianiello, Roma, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, in specie 1 ss., ed ivi ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, reperibile al sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); cfr. anche, ID., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, 1993, 115 ss.

sta cultura amministrativa si è innestato un nuovo modello di Costituzione economico-amministrativa che ha dato impulso alla creazione di due diversi tipi di organismi indipendenti (73), che vengono distinti in autorità di *garanzia*, volte a tutelare i diritti individuali e di cittadinanza (quali la trasparenza, la *privacy*, la correttezza e l'equilibrio nello svolgimento di funzioni pubbliche e private) e Autorità di *regolazione* in senso proprio, consistenti in organismi di bilanciamento degli interessi, mediante l'utilizzazione di norme di comportamento che tendono a tutelare talune categorie di soggetti, come ad esempio i consumatori e gli operatori economici (74).

Se, dunque, da un lato è vero che vi è stata nel nostro ordinamento una certa proliferazione di simili soggetti pubblici (75), è altrettanto vero che essi non coprono l'intera gamma delle attività economiche, ed anzi sono limitati a specifici e ben definiti settori di intervento, nei quali è richiesta una particolare *expertise* che né il Governo, né il Parlamento possono assicurare. In verità, com'è stato acutamente osservato (76), nel nostro sistema, l'espansione delle Autorità amministrative indipendenti si è verificata nel momento in cui lo Stato si ritirava dal mercato, mentre in paesi come gli Stati Uniti, in cui tale modello soggettivo è molto più risalente nel tempo, le medesime istituzioni sono state create in un momento di *amministrativizzazione* della società, e cioè nel periodo cd. del *New Deal* (immediatamente successivo

---

(73) Di tale fenomenologia dà ampiamente conto M. MARIANI, *La nuova Costituzione economica: le Autorità Amministrative Indipendenti in Italia*, in AA.VV., *Governance*, a cura di G. Borrelli, Napoli, 2004, 91 ss.; in tema, cfr. anche C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione « indipendente » del mercato - Profili pubblicistici*, Bari, 2003, *passim*; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti come organismi « neutri »*. *Tra falsi problemi ed equivoci dottrinari*, in AA.VV., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, a cura di S. Panizza, Torino, 1997, 275; G. GIRAUDI e M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Bari, 2001.

(74) Sul punto, si v. G. BORRELLI, *Tra governance e guerre: i dispositivi della modernizzazione politica alla prova della mondializzazione*, in AA.VV., *Governance*, cit., in ispecie, 9-11 ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

(75) Secondo la classificazione che ne dà il Governo, esistono oggi nel nostro ordinamento ben 10 Autorità indipendenti; v. in proposito il sito internet del Governo italiano.

(76) V. l'intervento di A. BALDASSARRE, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999, 59 ss., in cui si attribuisce la ragione di tale particolarità alla « situazione disastrosa » della nostra pubblica amministrazione, che non avrebbe consentito di procedere alla riforma della regolazione pubblica senza ricorrere alla creazione di soggetti diversi e posti per l'appunto in posizione di indipendenza ed imparzialità rispetto al potere esecutivo.

alla crisi del 1929) per poi essere abbandonate quando si è ritornati all'espansione del mercato. Ma in un passaggio epocale in cui tutti i paesi (nessuno escluso) attraversano una «*grande crisi globale*», il dibattito sul ruolo e l'attività delle Autorità indipendenti non può non essere oggetto di rinnovato interesse di studiosi ed operatori.

Nella stessa prospettiva, merita la massima attenzione il ruolo che gioca la c.d. «*crisi del principio di legalità*» (77): attraverso moduli legislativi «*aperti*» si è giunti al conferimento di vere e proprie deleghe in bianco alle nuove figure del potere amministrativo, che esercitano una funzione di normazione-regolazione affatto nuova, diversa anche dalla funzione regolamentare tipica del potere amministrativo. È venuta così a configurarsi una nuova «*funzione*», che si fonda su un modo nuovo di concepire il rapporto fra la legge e i regolamenti delle Autorità indipendenti, non più riconducibile alla (tradizionale) relazione gerarchica tra fonti primarie e secondarie. In effetti, quando il potere legislativo, in coerenza con i valori oggetto della particolare tutela demandata alle *Autorithies*, pone soltanto degli «*obiettivi*» per l'azione di queste ultime, tali obiettivi vengono «*riservati*» alla normazione-regolazione dei soggetti deputati a perseguirli (78). Non può non conseguirne che questi soggetti, nell'esercizio della loro funzione, possono invadere anche lo spazio del Parlamento, il quale è incompetente a normare in sede «*politica*» nelle materie devolute alla competenza «*neutra*» delle Autorità, salvo a recuperare

---

(77) Sul punto, cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, Relazione presentata al 53° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007, avente ad oggetto «*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*», consultabile in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 11/2007, 8 ss.; Adde, volendo, E. BONELLI, *Amministrazione governance e servizi pubblici locali - Tra Italia e Unione europea*, cit., 21 ss.

(78) Questo tipo di potestà normativa costituisce lo strumento operativo più consono, non solo per le Autorità amministrative indipendenti, alle quali la legge lascia un margine di discrezionalità quanto mai ampio (al punto da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco), ma anche per gli enti locali (Comuni e Province), per i quali la potestà regolamentare per obiettivi (come ad esempio quella in materia edilizia, di igiene, di polizia urbana, cimiteriale, ecc.), trova fondamento costituzionale nel novellato art. 117, IV comma, Cost. e legittimazione nel principio democratico, in qualche modo surrogatorio del principio di legalità, sul presupposto che i detti atti normativi sono adottati da organi elettivi e quindi direttamente rappresentativi della volontà popolare. In tema, v. A. TRAVI, *Relazione introduttiva presentata al 53° Convegno di Studi Amministrativi*, Varenna, 20-22 settembre 2007, avente ad oggetto «*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*», consultata nel dattiloscritto; S. PAJNO, *Considerazioni sul principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ss.

la propria funzione nomopoietica con l'introduzione di norme precettive *in subiecta materia* (79).

Naturalmente, la questione della costituzionalità di fonti regolamentari siffatte esula dalla nostra indagine: in proposito, basti evidenziare che, per superare il rischio della creazione di fonti paralegislative sottratte al sindacato della Corte costituzionale, è sufficiente (secondo la lezione più moderna del principio di legalità) fare riferimento alla generale garanzia contenuta nell'art. 113 Cost., che prevede senza limitazione alcuna il sindacato giurisdizionale su tutti gli atti di pubblici poteri, e quindi (in un sistema di *checks and balances*) anche sull'attività regolatrice delle Autorità indipendenti (80).

Occorre, inoltre, prendere atto di un dato inconfutabile: una volta concepita in questo modo la funzione di regolazione, questa tende ad essere partecipe sempre più (nell'ottica della *governance* di cui si è detto sopra) al *decision making process*. Le Autorità indipendenti, ancorché prive di legittimazione democratica, quando agiscono in settori particolarmente delicati, come ad esempio quello della determinazione di tariffe e/o all'imposizione di clausole contrattuali a tutela di soggetti deboli, finiscono (necessariamente) per sconfinare dal terreno della regolazione vera e propria, connotata da neutralità e tecnicità, in quello della *policy* e delle politiche redistributive, proprie della funzione di

---

(79) La tesi, che qui si condivide, è quella della creazione, da parte del legislatore, di una competenza normativa esclusiva a favore delle Autorità indipendenti, fondata non sul rapporto di gerarchia, ma su quello di competenza inteso in senso lato: cfr. G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare: contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, 1993; P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Commissione nazionale per le società e la borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro amm.*, 2000, 715 ss. *Contra*, cfr. G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, Torino, 2004, 51 ss., nel testo e nelle note, la quale obietta (cfr. nota 85) che «il criterio della competenza opera solo se l'assegnazione esclusiva della materia a favore della fonte riservataria sia posta da una fonte sovraordinata, in questo caso dalla Costituzione».

Sui criteri di gerarchia e competenza, nell'ambito delle fonti, non può non rinviarsi, come riferimento classico, a V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 6<sup>a</sup> ed. agg. a cura di F. Crisafulli, Padova 1993, vol. II, 228 ss.

(80) In tal senso, cfr. L. COLACINO CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazione dell'ordinamento*, Napoli, 2007, 113, il quale individua come ulteriori norme-parametro del principio di legalità, gli artt. 23 e 97 Cost. per gli atti amministrativi e gli artt. 101 e 111 Cost. per gli atti giurisdizionali. Fanno prevalentemente riferimento all'art. 113 Cost., quale norma basilare *in subiecta materia*, S. CASSESE, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Casse, Milano, 2006, 8 ss. e R. ROLLI, *I principi dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, Napoli, 2008, 15, il quale, opportunamente, a fondamento legislativo del principio di legalità, richiama (alla nota 32) l'art. 1 della l. n. 241/90 e succ. mod.

governo (81); come necessario *pendant*, in ordine ai poteri di tali organismi, non può non prodursi un rafforzamento della legalità procedurale — sempre verificabile in sede giurisdizionale —, a fronte della caduta del valore della legalità sostanziale (82).

Ovviamente, pur non essendo questa la sede per approfondire la tematica concernente la natura e le funzioni delle *Authorities*, ci preme sottolineare che non esistono negli odierni sistemi economico-istituzionali Autorità diverse da quelle suindicate (facenti capo alla pubblica amministrazione), in grado, da un lato, di garantire, attraverso misure preventive, correttive ed anche sanzionatorie, l'equilibrio del mercato, dall'altro di assicurare la tutela del cittadino-utente (*recte*: consumatore) nei confronti di ogni forma d'impresa, anche assoggettata a *public governance*. La normazione proveniente dalle Autorità indipendenti costituisce, in definitiva, un punto di riferimento ineliminabile nel panorama della regolazione pubblica del sistema economico; soprattutto essa, per la sua particolare natura e per la posizione istituzionale del soggetto che la pone, tende a trovare la misura di equilibrio tra contrapposti valori o interessi in gioco (83). Il criterio secondo cui le Autorità indipendenti producono regolazione pubblica, è proprio quello della «*massima realizzazione contestuale possibile*» dei valori o interessi contrapposti, in vista del conseguimento di un vantaggio «*aggiuntivo*» o maggiore riferito all'interesse opposto (84).

Si comprende bene, dunque, il ruolo decisivo degli organismi in questione, in un contesto di rapporti fra Stato e mercato come quello sopra descritto, in cui è evidente proprio la presenza di una coppia contrapposta di valori, quale indubbiamente è il binomio *libera concorrenza*|*tutela del consumatore*. Di guisa che l'attribuzione alle Autorità *antitrust* (operanti sia a livello nazionale che comunitario) di un ruolo centrale anche per la tutela del consumatore, risulta organizzativamente coerente con la loro mis-

---

(81) Sulla distinzione, cfr. G. MAJONE-A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 15 ss.

(82) Cfr. M. CLARICH, *Relazione su Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, *op. cit.*, 5.

(83) V. G. DE MINICO, *Regole*, cit., 10; l'A. elenca ad esempio alcune coppie dicotomiche di valori tendenzialmente confliggenti: «*la libertà d'impresa con il diritto all'investimento consapevole, le libertà politiche con il diritto a disporre dell'impresa di comunicazione e la riservatezza con il diritto al trattamento dei dati*»; v. sul punto ancora M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 49.

(84) V. su tale tematica ancora G. DE MINICO, *op. ult. cit.*, 10 ss.

sione di organi tutori della concorrenza. Oltretutto, le azioni volte a condizionare le scelte dei consumatori, alterando il mercato, sottraggono (illegittimamente) flussi di clientela ai concorrenti. La conclusione, a questo punto, è ovvia: «*politica della concorrenza e politica del consumatore si integrano l'una con l'altra e completano il sistema delle tutele*»(85); in altre parole, l'interesse del consumatore e l'interesse alla tutela del libero gioco della concorrenza tendono sostanzialmente a coincidere, pur dovendo essere «*regolati*» quanto al rispettivo ambito di estensione.

In tale quadro, appare addirittura scontato che il consumatore, inteso come soggetto che acquista sul mercato beni e servizi da soggetti che li forniscono professionalmente, in una società di tipo plurale, debba ricevere tutela dall'ordinamento attraverso interventi tendenti all'equilibrio degli interessi in gioco, recuperando una posizione garantita, sia sul piano individuale che collettivo, in virtù di regole volte ad attuare anche (ma non solo) il principio di efficienza e trasparenza del mercato. Trattasi di una tutela che assume necessariamente forme poliedriche, considerato che essa involge la protezione di diverse categorie di diritti, come il diritto alla salute e alla sicurezza, il diritto alla tutela degli interessi economici, il diritto al risarcimento dei danni, il diritto all'informazione e all'educazione, il diritto alla rappresentanza (o ad essere ascoltati).

Ciò posto, può sicuramente prescindersi dal tentativo di una ricostruzione unitaria del concetto di consumatore, atteso che tutti i cittadini (poveri, ricchi, protetti, indifesi, singolarmente, collettivamente, ecc.) partecipano al fenomeno del consumo e come tali sono identificabili come *soggetti deboli*, nella dinamica delle forze che nel mercato si fronteggiano (86). Appare allora logico affermare che, almeno sul piano teorico, la regolazione pubblica non può svolgersi senza considerare l'esistenza degli interessi

---

(85) Così, A. CATRICALÀ, *Politica della concorrenza e riforma della regolazione: l'evoluzione della normativa nel 2007* (Relazione annuale del 30 aprile 2008 sull'attività svolta), 6, consultabile al sito [www.agem.it](http://www.agem.it).

(86) Cfr. in tal senso M. CERCHIARA, *La tutela del consumatore rispetto ai diritti fondamentali della Costituzione*, cit., in ispecie, 1-2. In tema, v. anche G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977; C. CALAMANDREI, *La nozione di consumatore*, in *Nuova rass.*, 2004, 987 ss. *Adde*, come riferimenti ulteriori di carattere generale, V. PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, Torino, 2006; V. PACKARD, *I persuasori occulti*, Milano, 2005; G. PARISI, *Profili giuridici di tutela del consumatore*, Torino, 2005; S. RAFFAELLI, *Le parole proibite: purismo di stato e regolamentazione della pubblicità in Italia*, Bologna, 1983.

contrapposti delle imprese e degli operatori economici, da un lato, dei consumatori consapevoli e titolari di diritti individuali e collettivi, dall'altro. Con la conseguenza che, su tale coppia dicotomica di interessi, vanno necessariamente dimensionati e configurati, sia a livello nazionale che comunitario, gli strumenti «*amministrativi*» di tutela e, correlativamente, i poteri delle *Authorities antitrust*.

7. (Segue): *Cenni sugli strumenti di regolazione pubblica del mercato.*

Come si è avuto modo di verificare nel precedente paragrafo, la funzione regolatrice possiede caratteristiche peculiari che conferiscono ad essa carattere di novità e di originalità, rispetto al modo consueto di esplicarsi della funzione amministrativa. Si intende ora offrire una sia pur sintetica descrizione degli strumenti, attraverso cui essa si attua. Una siffatta descrizione, ovviamente, essendo finalizzata all'economia del presente lavoro, non ha alcuna pretesa di esaustività e sarà condotta per schemi generali.

Va subito detto che la tendenza prevalente è quella dell'utilizzo di strumenti affatto nuovi di regolazione da parte dei poteri pubblici; tali strumenti consistono soprattutto in discipline che *a) dal punto di vista del processo decisionale*, sono ampiamente negoziate o quantomeno discusse preventivamente con tutti gli operatori interessati (i cd. *stakeholders*); *b) dal punto di vista della struttura*, si sostanziano per lo più in predeterminazione di criteri generali, *standards* e obiettivi non eccessivamente dettagliati; *c) dal punto di vista dei soggetti che le adottano*, provengono da centri di decisione che sono sempre più sottratti al controllo dell'esecutivo, godendo di particolari statuti di indipendenza.

Non solo, ma, come si è avuto modo di evidenziare (87), con specifico riferimento al potere regolamentare delle Autorità indipendenti, si assiste sempre più spesso ad una attribuzione, da parte della legge istitutiva di ciascuna Autorità, di poteri definiti solo per obiettivi o fini generali (88); sicché l'esercizio in concreto

---

(87) Cfr. *supra*, al precedente par. Sul punto v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, *op. cit.*, 14 e 15.

(88) Tanto che P. CARETTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2004, p. XV, a cura di P. Caretti, parla appunto di vere e proprie «*deleghe in bianco*».

di tale potestà viene parametrato non sul rispetto di una dettagliata *interpositio legislatoris*, quanto piuttosto sulla sua congruità a raggiungere e soddisfare gli obiettivi indicati dal legislatore medesimo (89).

Basti pensare, come paradigmatico esempio di una simile fonte di regolazione, alle delibere con cui l'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas (90) determina le tariffe per le attività di distribuzione del gas e di fornitura ai clienti del mercato vincolato: tali delibere — adottate per l'appunto da un organismo posto in posizione di indipendenza rispetto al potere esecutivo — vengono assunte all'esito di un complesso processo di consultazione con tutti gli attori sui quali la decisione può avere impatto e di fatto consistono nella fissazione di *standards* tariffari che poi i gestori (che alla loro determinazione hanno partecipato) dovranno rispettare nel corso delle loro attività di erogazione (91).

Un'articolazione siffatta della funzione amministrativa, pur dando vita a centri di potere privi di legittimazione democratica, risulta sicuramente utile per conseguire, attraverso politiche di *governance*, che includano il rispetto della legge, l'apertura democratica delle procedure, trasparenza e responsabilità di fronte alle istituzioni democratiche, una mediazione tra governanti e governati in delicati ambiti, come quello dell'ecologia, dell'uso delle energie e dei mezzi di comunicazione e di quello che viene definito comunemente *l'e-government* (92).

---

(89) Od ancora, costituiscono parametri di valutazione del legittimo esercizio del potere regolamentare la misura della partecipazione assicurata ai cittadini, nel senso che le garanzie partecipative, in quanto espressione del principio democratico, possono rappresentare un surrogato del principio di legalità inteso in senso stretto e rigoroso; sul punto, cfr. ancora una volta G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità*, cit., 10; cfr. anche P. LAZZARA, in AA.VV., *L'azione amministrativa e il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale* a cura di G. DELLA CANANEA e M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 430 ss.

(90) Sulla natura del potere regolamentare dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas può utilmente consultarsi G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità*, cit., 15 ss. L'A. sottolinea in particolare che anche la legge istitutiva di tale organismo appare conferire all'Autorità poteri alquanto genericamente definiti, mediante il riferimento a clausole aperte, indirizzi, obiettivi di ampia portata e concetti indeterminati.

(91) Sul punto, può consultarsi, al sito internet dell'Autorità [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it), il testo della delibera n. 237 del 2000 dell'Autorità, che definisce in linea generale il processo di adozione delle decisioni in materia tariffaria.

(92) In tema, di grande interesse appaiono le osservazioni di P. COSTANZO, *Nuove tecnologie e «forma» dell'amministrazione (presentazione di una ricerca)*, in AA.VV. *I «tre codici» della Società dell'informazione - Amministrazione digitale - Comunicazioni elettroniche - Contenuti audiovisivi*, a cura di P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria, Torino, 2006.

Nella logica della *governance* improntata alla partecipazione sinergica degli attori sociali e all'apertura procedimentale, la regolazione demandata alle Autorità indipendenti, comprendente l'attività nomopoietica (93), quella amministrativa-sanzionatoria (94) e la funzione contenziosa (95), costituisce oggi una strumentazione ineliminabile nel panorama dell'amministrazione pubblica del sistema economico, soprattutto perché si tratta di una funzione che, per la sua particolare natura e per la posizione istituzionale stessa del soggetto che la esercita, è indirizzata a trovare la misura di equilibrio tra contrapposti valori o interessi in gioco (96). La funzione regolatrice è in definitiva costretta a partire *dal fatto concreto* e si dispiega dinamicamente attraverso atti normativi o provvedimenti, i primi collegati ai valori propri del settore di intervento, i secondi dimensionati alla realtà effettuale su cui, anche per fasi progressive, occorre intervenire.

Né può essere obliato che il criterio secondo cui le Autorità indipendenti producono regolazione pubblica è proprio quello della «*massima realizzazione contestuale possibile*» dei valori o interessi contrapposti; le Autorità, in altri termini, cercano di evitare per quanto possibile ogni sacrificio del valore da considerarsi recessivo, che può giustificarsi — nei casi in cui esso è indispensabile — unicamente in vista del conseguimento di un vantaggio «*aggiuntivo*» o maggiore riferito all'interesse opposto (97). D'altra parte, sempre in relazione alla regolazione pubblica del mercato, accanto agli strumenti innovativi sopra sinteticamente descritti, continuano oggi a convivere nel nostro ordinamento forme di disciplina pubblica dei fenomeni economici residuati da logiche regolative vecchie e per così dire «*superate*». Basti pensare, a titolo di esempio, alla perdurante presenza degli strumenti

---

(93) Su cui, v. M. CLARICH, *Per uno studio dei poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003, 49 ss.

(94) Si pensi, ad esempio, ai procedimenti sanzionatori di ufficio, attribuiti alla competenza delle Autorità e modellati secondo lo schema procedurale della l. 24 novembre 1981 n. 689. Come riferimento di carattere generale, in tema, può rinviarsi a M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 1991, 171 ss.

(95) Cfr. in tema, M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, svolta al Convegno su *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 10-11.

(96) V. G. DE MINICO, *Regole*, cit., 10; l'A. elenca ad esempio alcune coppie dicotomiche di valori tendenzialmente confliggenti: «*la libertà d'impresa con il diritto all'investimento consapevole, le libertà politiche con il diritto a disporre dell'impresa di comunicazione, e la riservatezza con il diritto al trattamento dei dati*».

(97) V. su tale tematica ancora G. DE MINICO, *op. ult. cit.*, 10 ss.

di pianificazione, quali i piani territoriali e i piani economici settoriali (98), accanto ai quali permangono, nel nostro ordinamento, anche misure regolatorie (c.d. di *command and control*), cioè misure fondate sul tradizionale schema di *rules* assistite da *sanctions*, nelle quali possono farsi rientrare anche le misure *antitrust* (99). È, tuttavia, innegabile che questa vecchia strumentazione — a parte la sua divergenza rispetto alle logiche della moderna *governance* — denoti oggi tutta la sua insufficienza ed obsolescenza, non essendo in grado di incidere realmente nella regolazione pubblica del mercato e, conseguentemente, di dare risposte efficaci ed immediate nell'epoca della globalizzazione, nella quale i capitali si spostano parossisticamente oltre i confini nazionali e le merci e le materie prime vengono acquistate e/o scambiate in tempo reale.

8. *I nuovi mezzi di tutela del consumatore e il ruolo delle Autorità antitrust nella prospettiva di un sistema di regolazione «a rete».*

*De jure condito*, un dato sembra indiscutibile: nel nostro ordinamento (*recte*: nella Costituzione materiale) non possono ritenersi realizzate le condizioni istituzionali e normative, perché, in concreto, attraverso l'intervento dell'Autorità chiamata a vigilare sulla concorrenza e sul mercato, possa conseguirsi il bilanciamento degli interessi di cui ci stiamo occupando. Non può, infatti, essere dimenticato che la detta Autorità è stata originariamente istituita con il compito ben preciso di applicare la legge n. 287 del 1990 e di vigilare sulle intese restrittive della concorrenza, sugli abusi di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, in modo tale da eliminare o ridurre in misura sostanziale e duratura la concorrenza nel mercato interno (100).

(98) Cfr. sul punto G. CORSO, *Procedimenti di programmazione e comparazione di interessi*, in AA.VV., *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli*, in *Atti del Convegno di Scienza dell'amministrazione*, Varenna, 22-24 settembre 1988, Milano, 1991; M. D'ALBERTI, *Riforma delle regolazioni e sviluppo dei mercati in Italia*, in AA.VV., *Regolazione e concorrenza*, cit.; F.A. VON HAYEK, *Conoscenza, mercato e pianificazione*, Bologna, 1988; N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Bologna, 2007.

(99) In tal senso, v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 90.

(100) Si può consultare sulla legge istitutiva dell'Autorità M. PINNARÒ, *Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza - Di talune ellissi e pleonasmii, nella legge antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 430; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 277.

Come si vede, si è istituito un organo il cui ambito di intervento non è tanto quello del mercato inteso come luogo di incontro/scontro di interessi confliggenti, quanto il mercato inteso (secondo l'originaria opzione comunitaria) come luogo di massima esplicazione possibile della libera concorrenza; anzi, proprio quest'ultima diviene il fine primario che l'Autorità, attraverso l'esercizio della sua attività di regolazione, deve perseguire. In alcun modo, la tutela del consumatore, nella legge istitutiva dell'Autorità, viene presa in considerazione di una prospettiva di bilanciamento, come valore contrapposto a quello della libera dinamica concorrenziale. La tutela della concorrenza finisce, così, per costituire non già uno dei due poli necessari per ricercare l'equilibrio del mercato (inteso come il campo in cui i valori vengono in conflitto), ma l'obiettivo stesso dell'istituzione dell'Autorità (101).

Solo di recente il legislatore ha tentato di rimediare (parzialmente) alla creazione di un'istituzione così sbilanciata, conferendo a quest'ultima nuovi compiti regolativi, in riferimento alla corretta applicazione del decreto legislativo n. 206 del 2005 (c.d. «*Codice del consumo*») in vista della tutela dei consumatori rispetto a pratiche commerciali aggressive ed ingannevoli. Indubbiamente, l'introduzione di tale *corpus* normativo nel nostro sistema civilistico ha segnato il superamento dell'impostazione ideologica sottesa al codice civile italiano, il quale, in materia contrattuale, era caratterizzato dalla indifferenza per le caratteristiche soggettive dell'autore del negozio, dal principio dell'eguaglianza formale e dall'intangibilità del principio di autonomia privata, nonché da quello della libertà delle forme del contratto (102).

---

(101) Si veda sul punto G. MAZZEI, *Economia di mercato e diritti soggettivi nella evoluzione del diritto antitrust*, Napoli, 2004. Un'approfondita analisi dell'attività di regolazione condotta in questi anni dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato è in G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., avente ad oggetto «*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*», consultabile al sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) - *Rivista di diritto pubblico*, n. 11/2007, spec. alle pagine 54 ss. In tema non può non ricordarsi la nota sentenza del Cons. Stato, sez. VI, n. 4362 del 30 agosto 2002 che, nel delibare un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ne ha ritenuto la legittimità in relazione ad un'intesa tra imprese operanti sul mercato del latte di partenza e dei latti speciali, in violazione dell'art. 2, comma 2, lett. b) della l. n. 287/90, sulla base dei seguenti elementi: 1) la preclusione agli operatori della grande distribuzione di accedere al mercato della commercializzazione del latte di partenza e dei latti speciali; 2) la limitazione della possibilità di scelta dei consumatori; 3) il raggiungimento di un livello dei prezzi maggiore. La sentenza si può leggere per esteso al sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(102) In tema, cfr. M. DONA, *Il codice del consumo. Regole e significati*, Torino,

Esso è stato poi modificato più volte dalla l. n. 13 del 6 febbraio 2007, dal d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, dal d.lgs. n. 221 del 23 ottobre 2007, dalla l. 244 del 24 dicembre 2007. Prescindendo dalle modifiche volte al coordinamento delle disposizioni, le innovazioni fondamentali hanno comportato la rettifica del testo sulla base della direttiva comunitaria sulle pratiche commerciali sleali (2005/29/CE), l'introduzione di norme sulle vendite di servizi finanziari a distanza (direttiva 2002/65/CE) e l'aggiunta delle disposizioni concernenti le azioni collettive.

Ciononostante, per la scarsa incisività dei mezzi di tutela apprestati, il Codice non può certamente indurre alla convinzione che si sia trovato un giusto punto di equilibrio, nell'ambito delle politiche regolative pubbliche, tra protezione del consumatore, dispiegarsi delle dinamiche del mercato e della concorrenza.

La strada per raggiungere tale equilibrio si dimostra ancora lunga ed impervia, soprattutto a causa delle resistenze messe in campo dai soggetti economicamente più forti (*id est* dalle imprese), in grado di svolgere efficacemente anche nel nostro paese attività di *lobbying* e di condizionamento delle politiche pubbliche che possono contrastarne gli interessi. Ed allora, sotto il profilo metodologico, proprio l'accorta modulazione degli strumenti della *governance* (intesa nel senso rigoroso e «severo» che si è visto sopra)(103) può costituire la chiave di volta del sistema e condurre ad un soddisfacente contemperamento degli interessi tutti appena menzionati, principiando dall'introduzione, da parte del legislatore, di regole, procedure, garanzie e sanzioni, attraverso norme chiare ed efficaci.

Un *trend* positivo in questa direzione può cogliersi nell'evoluzione legislativa più recente, in quanto il ricordato decreto legislativo 2 agosto 2007 n. 146, nel recepire la direttiva comunitaria 2005/29/CE, ha posto le condizioni per un'effettiva «*tutela amministrativa*» del consumatore, dal momento che «*al corpus di disposizioni privatistiche tradizionalmente preordinate a tutelare il*

---

2005; Id., *Pubblicità, pratiche commerciali scorrette e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008; C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, n. 10/2007, 776; A. MUSY, *La protezione dei consumatori in Italia (Rilievi comparatistici sul nostro modello di tutela)*, in *Questione giustizia*, 2001, 234-241; AA.VV., *I contratti del consumatore - Commentario al codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, a cura di E. Cesaro, Padova, 2007, *passim*.

(103) Cfr. *supra* al par. 5., nel testo e nelle note.

consumatore e al sistema giurisdizionale preposto alla loro applicazione, si affianca oggi una tutela pubblicistica (che ha il suo perno nell'Autorità) ben più incisiva e ampia di quella prevista in precedenza e limitata alla repressione della pubblicità ingannevole e comparativa» (104). In una corretta prospettiva di recupero alla mano pubblica di un ruolo effettivo di garanzia e di controllo, tale normativa ha sicuramente rafforzato i poteri dell'Autorità, allineandoli a quelli propri dell'azione amministrativa a tutela della concorrenza, prevedendo l'avvio d'ufficio dei procedimenti, nonché le ipotesi in cui possono essere effettuate ispezioni e la possibilità di ottenere dalle imprese impegni vincolanti. Il tutto in un quadro sanzionatorio più severo ed incisivo. Comincia così a consolidarsi un sistema amministrativo di tutela del consumatore, che appare idoneo a fornire una garanzia più elevata ed efficace dei suoi interessi, in coerenza col ruolo centrale assunto dall'Autorità e con la posizione istituzionale di quest'ultima, quale titolare di funzioni da esercitarsi, attraverso un adeguato contraddittorio, in forme contenziose o semicontenziose, per dirimere, a domanda e in posizione di terzietà, conflitti fra imprese e consumatori, come avviene ad esempio in materia di pubblicità ingannevole (105).

Inoltre, la detta Autorità, proprio perché chiamata ad operare in un quadro economico globale, non potrà non integrare la propria attività con quella dell'*Antitrust* comunitario e delle altre *Authorities* nazionali, in un sistema «a rete», instaurando con la Commissione dell'U.E. rapporti di collaborazione in senso orizzontale e verticale, realizzando così quel «concerto regolamentare» (106) tra regolatori, che attualmente è presente nell'ordinamento comunitario solo in stato embrionale. Ulteriori vantaggi potrebbero, poi, derivare dalla creazione, da parte della Commis-

---

(104) Così, A. CATRICALÀ, *Politica della concorrenza*, cit., 5.

(105) In tema, cfr. A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, 121-123; *ibidem*, M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, 149 ss.; L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti all'autorità indipendente*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, 60 ss.

(106) L'espressione è adoperata da S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle comunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689 ss., che fa riferimento alla c.d. direttiva-quadro in materia di comunicazioni elettroniche del 7 marzo 2002, n. 2002/21/CE. Sul punto, cfr. anche M. CLARICH, *Relazione su Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, cit., in specie 13, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, reperibile al sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

sione europea, di un'agenzia indipendente, con precisi poteri di tutela di investitori, utenti e consumatori europei, riconoscendo a tali soggetti la possibilità di adire la Corte di giustizia in caso di lesione delle loro posizioni; con il duplice vantaggio di evitare che i mercati europei siano influenzati dalle politiche della Commissione e scongiurare il rischio di conflitti giuridici (più volte verificatisi) fra le decisioni della Commissione e quelle dei giudici (107).

Siffatta evoluzione sarebbe sicuramente coerente con l'esigenza, sempre più pressante nell'epoca della «*grande crisi globale*», di garantire diritti e procedure in uno spazio giuridico europeo, fondato su un'organizzazione politica idonea a fare da sponda naturale al mercato (108).

È dunque questa la via maestra da seguire, sia a livello comunitario che nazionale, abbandonando quella, priva di sbocchi, della moltiplicazione delle *Authorities* interne: di dubbia utilità appare, ad esempio, l'istituzione del c.d. «*Mister prezzi*», cioè del Garante per la sorveglianza dei prezzi, realizzata attraverso disposizioni della legge finanziaria 2008 (109); il nuovo organismo, invero, senza configurare una vera e propria *Authority*, pare avere piuttosto funzioni informative e consultive, potendo soltanto formulare segnalazioni, proposte e pareri riguardo all'eventualità del riscontro di anomalie nelle dinamiche dei prezzi di mercato. Si tratta, insomma, di una figura priva di reali poteri regolativi, la cui funzione di vigilanza sull'andamento dei prezzi al consumo, per quanto opportuna, rischia di rimanere senza alcun effetto concreto. Positiva appare soltanto la previsione di una forma di coordinamento con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, alla quale il Garante dei prezzi può far pervenire segnalazioni su eventuali anomalie nell'andamento dei prezzi al consumo.

Accanto agli strumenti di cui si è detto, il legislatore, nella stessa scia, ha considerato ulteriori livelli d'intervento, che sembrano destinati ad avere un significato politico-dimostrativo (peraltro sempre utile), piuttosto che a costituire efficaci mezzi di

---

(107) In tal senso, cfr. G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, cit., 95.

(108) Sul punto, si vedano le lucide considerazioni di G. GUARINO, *Eurosistema - Analisi e prospettive*, Milano, 2006, in specie, 105 ss.

(109) Le disposizioni in questione si ritrovano nei commi da 196 a 203 dell'art. 2 della l. 24 dicembre 2007, n. 244.

protezione del consumatore. Si pensi, emblematicamente, alla previsione di *azioni* di tutela, poste a disposizione dell'utenza in caso di controversie con le imprese. Trattasi di mezzi che possono assumere forma collettiva e quindi la veste della c.d. «*class action*» (di derivazione anglosassone), la cui introduzione nel nostro ordinamento si è dimostrata quanto mai difficile e contrastata, proprio per le sue ricadute di carattere economico (risarcimento di danni) a carico delle imprese, che pongano in essere pratiche lesive della posizione dei consumatori. La previsione del ricordato mezzo di tutela (110), attraverso l'aggiunta (da parte della c.d. legge finanziaria per il 2008) (111) dell'art. 140-*bis* al Codice del consumo, ha lasciato una scia di grande perplessità ed insoddisfazione, per il modo in cui è stata concretamente strutturata (sul piano processuale) l'azione collettiva; basti pensare che, mentre nell'ordinamento statunitense la *class action* porta — in caso di accoglimento della domanda della classe dei consumatori — ad una sentenza di condanna dell'impresa o delle imprese evocate in giudizio (112), la richiamata disposizione del Codice del consumo ha classificato l'azione come di *mero accertamento*. I consumatori, quindi, saranno costretti ad ulteriori azioni (a valle della sentenza

---

(110) Su cui si può vedere G. BUFFONE, *Class Action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2007; F. LUONGO, *Aspettando la Class action. Prime considerazioni e perplessità sull'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*; *ibidem*, S. BERTUZZI e G. COTTARELLI, *Class action*, Napoli, 2008; AA.VV., *Le azioni collettive in Italia, profili teorici ed aspetti applicativi. Il diritto privato oggi*, a cura di C. Belli, Milano, 2007; E. BELLINI, *Class action e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno e Responsabilità*, nn. 8-9, 2005, 817; A. BRIGUGLIO, *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 5 marzo 2008; S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. proc.*, 2007, 567; G. CHINÈ-G. MICCOLIS, *Class action e tutela collettiva dei consumatori (art. 2, commi dal 445 al 449, legge 24 dicembre 2007, n. 244)*, Roma, 2008; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 891 ss.; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria. Note a prima lettura dell'articolo 140-bis del codice del consumo*, in *Foro it.*, 1/08; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice del consumo*, in AA.VV., *Scritti in onore di C. Punzi*, Milano, 2008.

(111) La l. 24 dicembre 2007 n. 244, all'art. 2, comma 445, ha previsto che le disposizioni di cui ai successivi commi 446-449, disciplinino l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori, quale nuovo strumento generale di tutela nel quadro delle misure volte alla disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, in conformità dei principi stabiliti dalla normativa comunitaria tendenti ad innalzare i livelli di tutela. In concreto, la nuova disciplina aggiunge al Codice del consumo l'art. 140-*bis*, che contiene appunto una dettagliata regolamentazione della *class action* all'italiana.

(112) Tuttavia, anche nel sistema statunitense, la *class action* è ormai ritenuta insufficiente, e quindi criticata, sia per la sua scarsa deterrenza, sia per i suoi modesti risultati in termini di risarcimento: sul punto, v. G. Rossi, *op. loc. cit.*

di accertamento), volte ad ottenere la condanna dell'impresa e il concreto risarcimento dei danni patiti: non è neppure il caso di sottolineare quali inconvenienti questo meccanismo possa produrre in un sistema giudiziario come il nostro, in termini di tempi di attesa per il risarcimento, di ingolfamento dei ruoli, di dilatazione dei tempi processuali (113).

Ora, pur non potendo procedersi qui ad un esame approfondito della natura e dei limiti di questa *class action* all'italiana (la cui entrata in vigore — anche a causa delle modificazioni *in itinere* — continua ad essere rinviata fra le aspre critiche di tutte le associazioni dei consumatori) (114), non si può non restare perplessi di fronte ad una simile disciplina, specie se si tiene conto che essa diverge nettamente dalle linee tracciate dal ricordato «Libro bianco» della Commissione del 3 aprile 2008.

Non minori perplessità ha suscitato la previsione, sia pure a livello di schema di decreto legislativo predisposto dal Governo in attuazione della delega di cui all'art. 4 della l. 4 marzo 2009 n. 15, della c.d. «*class action*» nei confronti della pubblica ammi-

---

(113) Altrettanto rischiosa, in termini di dilatazione dei tempi processuali, è la disposizione che prevede l'impugnabilità dell'ordinanza con cui il giudice di primo grado decide sull'ammissibilità dell'azione. Si tratta infatti di un giudizio strutturato in più fasi, e quella preliminare è appunto finalizzata a verificare che la domanda proposta non sia pretestuosa o manifestamente inammissibile. Il punto, come si diceva, è che l'ordinanza con cui si decide sulla questione è appellabile e a sua volta la decisione della Corte di appello è ricorribile in Cassazione (cfr. art. 140-bis, comma 3, Codice del consumo). Aggiungasi che se *l'an debeat* è riservato, secondo le regole ordinarie di procedura, alla cognizione del rito ordinario giudiziale, per quanto riguarda il *quantum*, esso è accertato attraverso una vera e propria procedura di conciliazione (c.d. «*composizione non contenziosa*»). L'avvio di tale procedura non contenziosa è affidato al Presidente del tribunale competente, il quale può scegliere tra una Camera di conciliazione costituita *ad hoc* ovvero, previo accordo delle parti, può orientarsi verso uno degli organismi di conciliazione previsti dall'art. 38 del d.lgs. n. 5/2003: (secondo cui gli «*enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all'art. 1 del presente decreto. Tali organismi debbono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia*»).

Forti perplessità sulla strutturazione dell'azione collettiva risarcitoria sono state espresse da molti studiosi, valga per tutti la posizione espressa da G. ALPA, su *Il Sole 24 Ore* del 17 novembre 2007, secondo cui «*la normativa per la tutela degli interessi collettivi approvata ieri sera al Senato — in un contesto improprio quale è la Finanziaria — è un mostro giuridico che, se lo si vuole mantenere in vita, deve essere completamente riscritto, pena lo scardinamento del sistema processuale vigente e l'accelerazione della crisi della macchina della giustizia*»; *adde*, G. BUFFONE, *Class action italiana*, cit., in specie, 6-7.

(114) Com'è noto, l'entrata in vigore dell'istituto è stata più volte rinviata per consentire l'introduzione di modifiche, peraltro non sempre migliorative. Al momento del licenziamento del presente lavoro (cfr. da ultimo, art. 49 del d.l. n. 78 del 2009), risulta fissato al 1° gennaio 2010 la nuova data di entrata in vigore dell'art. 140-bis del Codice del consumo). Può rinviarsi, su punto, ai siti [www.Adusbef.it](http://www.Adusbef.it), [www.Federconsumatori.it](http://www.Federconsumatori.it).

nistrazione. L'esatta definizione del nuovo strumento di tutela è quella di «ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei servizi pubblici»: invero, non si tratta di un'azione né «di classe» né «collettiva» (nonostante tale espressione compaia nella rubrica dell'art. 4 della delega). Ciò tuttavia, non esclude che l'istituto possa avere una dimensione superindividuale, tenuto conto che oggetto del sindacato giurisdizionale sarà «lo svolgimento di una funzione o... omissis... la erogazione di un servizio», di natura pubblica, cioè rivolti alla generalità dei consociati (115). Per quel che interessa qui, non può non segnalarsi, da un lato, la stranezza di un istituto che costituisce un *unicum* nel panorama degli ordinamenti occidentali (116), dall'altro, la sua irrazionale limitazione ai soli interessi di «utenti e consumatori» e la sua scarsa incisività, essendo la p.a. tenuta a provvedere all'esecuzione delle decisioni emesse dal giudice amministrativo «nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica»; sicché, è escluso che possa essere risarcito il danno cagionato dagli atti e dai comportamenti lesivi (nei cui confronti restano fermi i rimedi ordinari) (117), obliterando così l'unica concreta reintegrazione patrimoniale che potrebbe conseguire dall'azione ai ricorrenti.

Le aporie ordinamentali fin qui segnalate sono significative dell'atteggiamento con cui si continua a considerare nel nostro ordinamento la questione della tutela del consumatore inteso *lato sensu*, ancora posta in posizione *ancillare* rispetto alle esigenze del mercato, della concorrenza e, in definitiva, dell'impresa, sia privata che pubblica. Al punto che sarebbe di indubbia utilità una

---

(115) Ai sensi dell'art. 1, comma 1 dello schema del d.lgs., i singoli interessati (direttamente ovvero tramite associazioni o comitati) potranno adire il giudice amministrativo in situazioni che inevitabilmente incidono nella sfera giuridica nella pluralità di soggetti, facendo valere: a) la «violazione degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi», b) la «violazione di termini o... omissis... mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo», c) la «violazione degli standard qualitativi ed economici stabiliti dalle autorità preposte alla regolazione e al controllo del settore».

(116) In tal senso, cfr. M. CLARICH, *Uno strumento dai contorni ancora poco chiari che esalta la funzione di supplenza del giudice*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 43, 19.

(117) Sul punto, cfr. G. FINOCCHIARO, *Class action: con il rimedio «superindividuale» i magistrati entrano nelle scelte organizzative*, in *Guida al diritto*, cit., 16 ss., il quale sottopone l'istituto a serrate critiche ed esprime fondate preoccupazioni, considerato che «il d.lgs., infatti, attribuirà al giudice amministrativo poteri di sindacato sulle scelte organizzative aziendali della pubblica amministrazione e dei concessionari di pubblici servizi talmente penetranti da snaturare la funzione giurisdizionale come tradizionalmente intesa».

rivisitazione degli istituti di tutela e in particolare della *class action*, alla luce dell'esperienza di altri paesi, come ad esempio l'Inghilterra, che già da tempo demanda le procedure di risarcimento collettivo in materia finanziaria ad agenzie indipendenti (118), in coerenza con la valorizzazione del ruolo della *Authority* che si è andato fin qui divisando.

*De iure condendo*, occorrerà, dunque, una decisa svolta legislativa che appresti mezzi di protezione dotati di effettività ed efficacia, consistenti sia in un'adeguata informazione, sia nella valorizzazione del diritto di recesso del consumatore, sia infine nell'applicazione di sanzioni a carico del soggetto economicamente più forte. Soprattutto, per segnare una vera svolta, appare irrinunciabile giungere ad un più opportuno bilanciamento, nel senso che si è visto, dei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (coordinandoli in un sistema «*a rete*» con quelli dell'*Antitrust* europeo e degli altri Stati membri dell'Unione, alla luce del ricordato *Libro bianco* della Commissione), ad una riscrittura della *class action* e, in una prospettiva a medio termine, all'introduzione, in ambito comunitario, di strumenti di tutela più incisivi, come ad esempio la figura del «*danno punitivo*» per le imprese. Trattasi di figura già sperimentata in altri ordinamenti (119), la quale, fondandosi sulla *ratio* della punizione del responsabile civile mediante l'applicazione di una sanzione patrimoniale, comporta un sindacato sulla condotta dello stesso responsabile, con importantissime funzioni di deterrenza e dissuasione rispetto a pratiche commerciali aggressive, scorrette e dannose per il consumatore. Come si è avuto modo di accennare sopra (120), il nostro quadro costituzionale sembra consentire l'introduzione di tale istituto, né esso appare *prima facie* incompatibile col nostro ordinamento civilistico, sostanziale e processuale, considerato che quest'ultimo già contempla figure affini: sia la «*responsabilità aggravata*» ex art. 96 c.p.c. che la «*clausola penale*» di cui all'art. 1382 c.c., pur in contesti e con effetti diversi, perseguono sicuramente

---

(118) Soluzione, questa, suggerita da G. ROSSI, *op. loc. ult. cit.*

(119) Si pensi all'ordinamento statunitense, in cui l'istituto dei *punitive damages* ha appunto funzioni di deterrenza e sanzionatorie dei comportamenti scorretti delle imprese. Sul punto si può consultare, in giurisprudenza, *Supreme Court USA*, 26 giugno 1988, in *Foro it.*, 1990, IV, 164 ss., con nota di M.S. ROMANO; ID., 4 marzo 1991, in *Foro it.*, 1991, IV, 235, con nota di G. PONZANELLI; ID., 7 aprile 2003, in *Foro it.*, 2003, 4, 355, con nota di G. COLANGELO.

(120) Cfr. *amplius supra* al par. 5.

la finalità di dissuadere, con una sanzione civilistica (non meramente reintegrativa), i responsabili dal porre in essere condotte pregiudizievoli per i terzi (121).

---

(121) *Contra*, per l'incompatibilità dell'istituto con i principi dell'ordinamento italiano, cfr. G. BUFFONE, *Class action italiana*, cit., 5, secondo cui non sarebbe coerente col nostro sistema civilistico «l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata dall'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata "in re ipsa"». Lo stesso A. sostiene che le sentenze straniere che prevedono danni punitivi sono contrarie all'ordine pubblico (art. 64, comma 1, lett. g), l. 31 maggio 1995 n. 218) e per tale ragione esse non possono essere deliberate nel nostro ordinamento. Nella stessa linea interpretativa, cfr. Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183 in *Corriere giur.*, 2007, 497, con nota di P. FAVA.

Risulta, tuttavia, evidente che l'introduzione dei *punitive damages* consentirebbe di riconoscere al risarcimento finalità più incisivamente risarcitorie, imponendo di valutare adeguatamente, tra l'altro, lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, oltre alla sofferenza determinata dall'illecito.

