

IL PENSIERO SULLA CONCORRENZA DI FRANCESCO SAJA

Alberto Pera

Francesco Saja è stato il primo Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: ha ricoperto l'incarico dal 21 novembre 1990, giorno di insediamento dell'Autorità, al 31 luglio 1994, giorno in cui è venuto a mancare.

La figura di Saja, giurista che ha conseguito i più alti riconoscimenti fino a divenire il primo magistrato eletto Presidente della Corte Costituzionale, è stata ricordata in altre occasioni, con parole particolarmente significative, dai suoi colleghi, presidenti della Consulta, professori Casavola e Conso. E così è stato ricordato, dai suoi colleghi dell'Autorità e dal suo successore, professor Amato, il suo infaticabile impegno nella costruzione, in un tempo brevissimo, di un'istituzione moderna e funzionante.

All'apertura di un incontro che affronta alcune delle questioni di maggior rilievo riguardo all'applicazione della normativa della concorrenza, nel contesto globale e a livello nazionale, è giusto e doveroso soffermarsi sulla concezione della concorrenza che ha informato l'opera di Francesco Saja come Presidente dell'Autorità; essa, infatti, ha inevitabilmente impresso un particolare indirizzo all'attività dell'Autorità nei primi anni del suo funzionamento.

Francesco Saja giunse ad affrontare direttamente le questioni del mercato e della concorrenza quando aveva ormai alle spalle una carriera lunghissima. Per storia personale, per formazione e per cultura il suo interesse era rivolto verso l'inquadramento della concorrenza nel complessivo sistema giuridico. E per Francesco Saja il sistema giuridico aveva come preminente punto di riferimento lo sviluppo della personalità e la difesa della dignità umana, come troviamo espresso innumerevoli volte nei suoi scritti, con riferimento ai suoi autori preferiti, Kant e Benedetto Croce.

Questo atteggiamento era dovuto non solo alla tradizione di studi e di frequentazioni culturali, che lo avevano visto studioso del pensiero giuridico tedesco e, convinto credente, vicino alla cultura dei costituenti cattolici, ma anche alle esperienze personali. Nato in un piccolo paese siciliano, da famiglia non ricca (entrambi i genitori

erano maestri di scuola), aveva potuto osservare direttamente i problemi dell'emarginazione e della mancanza di opportunità propri allora della sua terra. Cultura ed esperienza lo portarono quindi a porre in posizione centrale nella sua concezione le condizioni poste dal sistema giuridico per assicurare all'individuo possibilità di sviluppo economico e intellettuale.

Questa impostazione lo condusse a guardare alla tutela della concorrenza, almeno immediatamente, non tanto con attenzione agli aspetti economicistici dell'incremento dell'efficienza, quanto con riferimento al contributo che un'organizzazione di mercato concorrenziale può dare all'affermazione di quei diritti dai quali discende poi la possibilità di realizzazione dell'individuo.

In questa cornice è molto significativa la sua visione della relazione tra normativa di tutela della concorrenza e garanzia della libertà di iniziativa.

E' noto che per lungo tempo la dottrina giuridica italiana ha considerato la concorrenza e l'iniziativa economica in posizione in qualche misura antinomica. Una dottrina "progressista" ha visto la concorrenza come un "vincolo esterno", di carattere pubblicistico, alla libertà di iniziativa, che ne assoggetta il godimento alla sua finalizzazione alla produzione efficiente e al trasferimento dei conseguenti benefici ai consumatori, così da garantirne l'utilità sociale.

Una diversa dottrina, preoccupata invece del rispetto della sfera privata interessata dall'art. 41 della Costituzione, pur escludendo in linea generale che il godimento della libertà di iniziativa economica debba essere condizionato alla prevalenza di un certo ordine di mercato, ha sostenuto che l'opportunità di consentire un funzionamento concorrenziale del mercato può richiedere, in determinate circostanze da valutare caso per caso, di introdurre limitazioni a tale libertà.

Pur radicalmente differenti nelle implicazioni, entrambe le visioni appaiono guardare alla concorrenza soprattutto dal punto di vista economico: essa ha rilievo in quanto sistema di mercato che consente di massimizzare l'efficienza e trasferirne i benefici ai consumatori.

Ben diversa è la prospettiva di Saja, com'egli la espresse nel suo primo intervento pubblico sulla materia, svoltosi all'Università Luigi Bocconi nel marzo 1991:

"Ora a me sembra che una legge la quale, come quella in esame, esaurisca il suo contenuto nel disciplinare il gioco concorrenziale, senza introdurre impedimenti ovvero restrizioni di natura pubblica, debba essere considerata non come limitatrice della libertà di iniziativa economica, ma come diretta invece a dare una regolamentazione a tale libertà al fine di assicurare la coesistenza di tutte le concorrenti posizioni soggettive.

Come è ormai *communis opinio*, l'iniziativa economica è libera in quanto, tra l'altro, sia possibile per gli operatori accedere al mercato: garantire la concorrenza, e quindi la possibilità della libera partecipazione, significa pertanto assicurare le condizioni generali per la stessa esistenza della libertà di impresa.

Naturalmente quest'ultima, come ogni libertà, non deve trasmodare in arbitrio, e perciò non può essere intesa in maniera illimitata e incondizionata, il che implicherebbe la conseguente facoltà di recare nocumento a coloro i quali svolgono la medesima attività, ma va considerata come posizione giuridica che deve coesistere con quella di cui sono titolari altri soggetti.

Da ciò discende che la legge è diretta a fornire tutela e ordine alla generale libertà di impresa e non si configura come un intervento finalizzato a intaccare tale libertà."

La concorrenza quindi, secondo Saja, ha principalmente rilievo per il fatto che configura modalità di relazione tra coloro che operano sul mercato. Solo un sistema concorrenziale può infatti garantire le condizioni di pari opportunità di accesso al processo produttivo, consentendo per questa via il pieno sviluppo delle potenzialità della personalità, come egli stesso ebbe occasione di rilevare:

"La concorrenza garantisce il reciproco rispetto dei soggetti che operano nel mercato, tutelando il diritto d'impresa spettante a ciascuno di essi. Si tratta di un diritto soggettivo perfetto, finalizzato all'effettiva coesistenza di tutte le imprese che vogliono partecipare al mercato, senza che siano poste onerose barriere all'entrata o all'uscita, e senza che sia impedito ovvero intralciato il regolare e normale esercizio della loro attività imprenditoriale. La concorrenza quindi è il limite interno alla libertà di impresa, volto a

impedire che comportamenti privati, posti in essere da chi dispone di potere di mercato, attentino a quello stesso bene giuridico".

E aggiungeva:

"Accanto all'articolo 41 va, a mio avviso, ricordata anche la disposizione dell'articolo 3 della Costituzione, in quanto non è estraneo alla nuova disciplina il principio di eguaglianza, dato che essa tende a consentire a tutte le imprese un trattamento paritario vietando che, con atti restrittivi della concorrenza, alcune di esse possano turbare l'equilibrio esistente e porsi in posizione di supremazia impedendo, restringendo o comunque limitando l'esercizio delle altrui attività".

Correlata a questa caratteristica del processo concorrenziale ve ne è un'altra, che per Saja assume particolare rilievo, non solo dal punto di vista economico, - in quanto da essa dipende la capacità della concorrenza di generare progresso economico -, ma anche da quello morale, ed è quella di dar luogo a un processo di selezione fondato sul criterio del merito. Come osservava:

"In una situazione di concorrenza e di corretto funzionamento del mercato non esistono stabili posizioni di rendita e il criterio del merito prevale rispetto a ogni forma di privilegio. In questo modo ciascuno è incentivato a svolgere il proprio compito con il massimo impegno, con benefici immediati per tutta la collettività. Inoltre il prevalere di meccanismi concorrenziali e di procedure trasparenti consente di evitare fenomeni di corruzione associati al soddisfacimento della domanda pubblica, riducendo la possibilità che esistano margini per pagamenti illeciti legati all'acquisizione di privilegi. Anche per questi motivi un sistema di libero mercato [...] acquista un valore morale e la difesa e la promozione dei principi concorrenziali restituiscono al capitalismo la sua funzione essenziale di distribuire benessere ai popoli".

Non è difficile vedere come la visione di Saja non sia estranea ad altre tendenze che hanno avuto grande rilievo nella formazione della disciplina della concorrenza, e in particolare all'impostazione degli studiosi neoliberali tedeschi che hanno influenzato in maniera decisiva lo sviluppo e l'impostazione della normativa sulla concorrenza in Germania e quindi in Europa. Come loro, Saja riteneva che la legge non deve proteggere

solo il *processo* del mercato, ma deve anche garantire l'esistenza di un *ordine* concorrenziale attraverso la fissazione di regole che garantiscano la libertà di azione dell'individuo. E come loro, del tutto coerentemente con la sua storia personale di instancabile servitore dello stato, riteneva necessario un forte ruolo dello stato nel garantire le condizioni concorrenziali, in quanto la tutela della concorrenza è un fattore centrale della struttura di una società aperta e libera.

Da ciò seguiva il ruolo da attribuire all'Autorità chiamata ad amministrare la normativa per la concorrenza. Essa, come si conviene a un organo chiamato a tutelare un interesse costitutivo della società, deve essere del tutto indipendente dal potere politico. Saja aveva più volte sottolineato, come Presidente della Corte Costituzionale, la necessità dell'estraneità dell'organo di giustizia alla dialettica delle forze politiche, ricordando l'insegnamento di Kelsen:

"Rispondendo ad uno scritto di Carl Schmitt - il quale vagheggiava, sulla base di remote tesi sul *pouvoir neutre* del monarca, un primato del capo dello Stato, collegandosi così ad una teoria germanica dello Stato forte di cui già Benedetto Croce aveva denunciato il carattere illiberale - il celebre giurista boemo, giustamente considerato il maestro del costituzionalismo democratico, affermava come *un solo punto fosse fuori questione*, vale a dire l'estraneità del detto organo di garanzia alla dialettica delle forze politiche".

Le stesse caratteristiche di assoluta indipendenza sono quindi indispensabili per l'Autorità di garanzia della concorrenza.

L'esigenza di uno stato forte nella tutela dei diritti di libertà, e quindi del diritto della concorrenza, non si accompagna però a una visione dello stato interventista. Ulteriore punto di somiglianza tra gli studiosi tedeschi della concorrenza e Saja è la diffidenza verso l'intervento diretto dello stato nel mercato, sia attraverso i monopoli che attraverso l'impresa pubblica.

Poiché la concorrenza è un elemento fondamentale di un ordinamento che assicura il perseguimento della dignità dell'uomo, lo stato può limitarla, instaurando condizioni di monopolio, solo nei casi in cui esistono ostacoli insormontabili al suo

svolgimento. In tutti gli altri casi lo stato deve cercare di stimolarne il funzionamento. Da questo punto di vista Saja ha più volte affermato un'interpretazione restrittiva della previsione relativa alla creazione di monopoli, contenuta nell'articolo 43 della Costituzione, sia riguardo alle condizioni a cui il monopolio può essere costituito, sia riguardo a quelle in cui le imprese possono essere pubblicizzate. Come osservava:

"Va però subito avvertito che la nostra Costituzione consente il regime di monopolio soltanto se questo risponde ai fini di utilità generale (articolo 43): requisito che deve essere accertato dalla Corte Costituzionale, la quale, se ne ritiene l'inesistenza, deve dichiarare l'illegittimità costituzionale della normativa che lo prevede. A ciò può aggiungersi che la giurisprudenza comunitaria mostra una certa ritrosia a riconoscere una previsione allargata del regime suddetto, propendendo invece a ritenere che i monopoli inefficienti devono essere considerati a tutti gli effetti illegittimi perché contrari al Trattato e agli atti regolamentari emanati in *subjecta materia*".

L'atteggiamento di Saja verso le imprese pubbliche non era dettato solo da considerazioni derivanti dalla sua impostazione culturale: più pragmaticamente, egli osservava che l'ampliamento dell'area di intervento dell'impresa pubblica aveva condotto alla monopolizzazione di fatto di settori potenzialmente concorrenziali e al restringimento delle opportunità di investimento per i privati, con effetti non sempre benefici per il sistema economico nel suo complesso; seguendo l'indicazione di Pasquale Saraceno, secondo il quale "in un sistema a economia di mercato è il non smobilizzo che deve essere politicamente giustificato, non lo smobilizzo", vedeva la privatizzazione come uno strumento per aprire questi settori alla concorrenza.

E' chiaro, a questo punto, che la concorrenza per Saja andava inquadrata come elemento costitutivo di un complessivo ordine sociale, i cui punti di riferimento erano il pieno godimento della libertà individuale, attraverso la creazione di condizioni perché l'uomo possa dispiegare tutte le sue capacità, e la solidarietà tra individui, quest'ultima intesa, coerentemente con i principi morali che sempre lo guidavano, non come redistribuzione quantitativa delle risorse esistenti bensì come insieme di condizioni che consentano ad ogni soggetto di partecipare, con pari opportunità entro le proprie capacità, al progresso economico e sociale. In questo senso il mercato concorrenziale, in quanto permette meglio di ogni altra forma di mercato l'accesso al processo produttivo,

acquista una valenza sociale fondamentale, consentendo a individui con interessi differenti di collaborare per il fine del miglioramento economico.

Pertanto per Saja, come per i filosofi classici Locke e Adamo Smith, e per il loro contemporaneo italiano Pietro Verri, non vi era contrasto tra concorrenza e solidarietà. Al contrario, egli sottolineava la necessità di estendere l'area del mercato nell'economia, così ponendo le condizioni perchè anche soggetti attualmente emarginati potessero avere accesso al processo produttivo. E notava come questi principi trovassero completo riscontro nell'alto magistero della Chiesa, come espresso nella "*Centesimus Annus*", di cui sottolineava la portata estremamente innovativa, che riteneva ingiustificatamente sottovalutata nel nostro paese, sia per la storica diffidenza dei liberaldemocratici e dei laici nei confronti della Chiesa che per l'avversione al mercato troppo diffusa in alcuni ambienti cattolici.

Il ruolo sociale del mercato è particolarmente sviluppato nei principi del Trattato di Roma e dei successivi trattati che hanno condotto all'Unione Europea, della quale l'ordine concorrenziale rappresenta un'esplicita finalità. E Saja attribuiva un'importanza fondamentale all'inserimento dell'Italia nell'Unione Europea, proprio per favorire lo sviluppo del paese verso un sistema economico e sociale più libero e più solidale.

Egli riteneva a tal fine necessario un adeguamento in primo luogo della cultura economica e politica e che, in tal senso, uno strumento essenziale potesse essere il tempestivo adeguamento della normativa italiana a quella comunitaria. E' al riguardo da ricordare l'insistenza con cui sottolineava, già da Presidente della Corte Costituzionale, la tendenza della giurisprudenza della Corte stessa ad affermare non solo la prevalenza della norma comunitaria su quella interna, anche di carattere costituzionale - con l'ovvia eccezione dei principi fondamentali -, ma lo stesso obbligo per l'autorità nazionale di disapplicare la norma interna in caso di contrasto non solo con la norma europea espressa, ma con gli stessi indirizzi giurisprudenziali della Corte di Giustizia, in modo da accelerare al massimo l'armonizzazione del nostro ordinamento con quello comunitario.

Per il suo speciale ruolo, il Presidente dell'Autorità ha rilievo particolare nel determinare gli indirizzi dell'organo. E' quindi naturale che la concezione di Saja abbia

avuto una notevole influenza sull'interpretazione e sull'applicazione della legge italiana della concorrenza nei suoi primi anni.

Particolarmente significativa a questo riguardo è l'interpretazione del diritto all'autoproduzione, contenuto nell'articolo 9 della legge. Secondo la dottrina si trattava di un diritto limitato da applicarsi in settori in cui fossero specificate dalla normativa le modalità di svolgimento delle attività di autoproduzione. Saja ne colse invece subito l'essenza come quella di un diritto soggettivo perfetto che può essere fatto valere di fronte ai terzi, rivolgendosi agli organi giurisdizionali competenti. Il diritto di autoproduzione diventò così una delle modalità con cui l'iniziativa economica può esplicarsi.

Ugualmente significativo è l'impegno che egli mostrò nel porre in correlazione la nuova legge con il *corpus* giuridico esistente. Una legge che miri a garantire la libertà di concorrenza e a prevenire che l'utilizzazione distorta di questa libertà distrugga i suoi stessi presupposti è naturalmente una legge che ha le sue radici nel diritto privato, e ne rappresenta una continuazione in un diverso contesto. Saja era cosciente di questo e perciò dedicò la massima attenzione alle relazioni tra l'ordinamento esistente e la nuova normativa di tutela della concorrenza.

Poiché d'altronde egli non considerava l'ordinamento preesistente come un mero insieme di relazioni tecniche, volte a facilitare i rapporti tra soggetti, ma come l'espressione di un diritto alla libertà di iniziativa e quindi di contratto e di negoziazione, era molto prudente nell'interpretare la nuova normativa. Ciò spiega talune cautele iniziali nell'impostazione dell'attività dell'Autorità, che sono state, qualche volta, ingenerosamente confuse con formalismo, quale il caso del trattamento per lungo tempo riservato alle concentrazioni tra imprese appartenenti allo stesso gruppo economico.

Tuttavia in realtà Saja seppe interpretare con sapienza i limiti che la nuova legge poneva a figure tipiche dell'ordinamento (quali i consorzi o i patti di non concorrenza) mantenendo d'altronde tutti gli spazi dovuti all'autonomia negoziale, ovvio presupposto della libertà d'iniziativa.

D'altronde, la sua visione della concorrenza lo condusse ad accentrare l'attenzione sui vincoli esterni e interni all'accesso al mercato. Ben presto giunse alla conclusione che nel contesto italiano, in cui la nuova legge si collocava, erano di particolare rilievo i comportamenti pubblici che istituivano restrizioni e vincoli alla libertà di iniziativa. Già nella legge è contenuta un'indicazione al riguardo, in quanto negli articoli 21 e 22 essa individua poteri di segnalazione e consultivi in relazione a leggi e atti amministrativi che diano luogo a restrizioni della concorrenza, e nell'articolo 24 specificamente prevede che l'Autorità fornisca indicazioni riguardo ad alcuni settori che il legislatore ha evidentemente ritenuto particolarmente significativi da questo punto di vista.

Saja giudicava questi compiti di segnalazione come necessari ma non sufficienti né, addirittura, primari nell'eliminare gli ostacoli alla concorrenza di natura pubblica. Come indicò nel rispondere ad alcuni illustri economisti, che suggerivano l'opportunità che l'Autorità "censisse" le restrizioni alla concorrenza derivanti da norme e regolamenti, il ruolo dell'Autorità non è di segnalare ma di intervenire sulle fattispecie concrete in base ai suoi poteri. A tal fine egli ritenne essenziale un'interpretazione dei poteri di intervento dell'Autorità che ne consentisse la più ampia applicazione in un contesto caratterizzato da diffusi vincoli pubblici all'accesso.

In questo contesto è da inquadrare la sua interpretazione assai restrittiva dei limiti all'applicazione della normativa della concorrenza nei settori di interesse generale, previsti nell'articolo 8 della legge. Coerentemente con la citata interpretazione dell'articolo 43 della Costituzione, Saja tendeva a limitare l'esclusione a quei comportamenti che fossero puntualmente previsti da atti aventi forza di legge, limitando significativamente l'insieme dei comportamenti sottratti alla normativa della concorrenza. D'altra parte tendeva a circoscrivere strettamente le attività che potevano ritenersi sottratte all'applicazione della normativa di tutela della concorrenza, in quanto finalizzate alla fornitura di servizi di interesse generale.

In particolare, egli riteneva che a definire l'esistenza di un tale interesse potessero contribuire in maniera determinante le norme e la giurisprudenza comunitaria. Applicando rigorosamente la citata giurisprudenza della Corte Costituzionale, relativa alla disapplicazione, perveniva così a stabilire un "diritto alla concorrenza", derivante

dalla norma comunitaria, anche in casi in cui la norma del diritto nazionale prevedeva una riserva.

Queste interpretazioni innovative hanno avuto naturalmente come effetto di ampliare notevolmente il campo di applicazione del diritto della concorrenza. In particolare, la citata interpretazione restrittiva, da parte dell'Autorità, delle previsioni contenute nell'articolo 8 della legge ha aperto la strada a una serie di interventi che hanno circoscritto l'area di attività riservata al monopolio in una serie di settori e hanno condotto a processi di liberalizzazione. Ugualmente, un ruolo particolarmente importante è stato svolto dall'affermazione del diritto di autoproduzione, a cui si è in precedenza accennato, congiuntamente con l'applicazione delle altre norme relative alla tutela della concorrenza, in particolare del divieto di abuso di posizione dominante. Esso ha infatti consentito l'apertura al mercato di infrastrutture la cui gestione in monopolio appariva in precedenza garantita da provvedimenti concessori di ampia portata.

Tuttavia l'influenza dell'approccio adottato da Saja non può essere misurata solo dagli interventi, pur importanti, dell'Autorità. Il suo maggior rilievo sta infatti nell'aver colto l'enorme portata innovativa dell'introduzione della normativa della concorrenza in un paese in cui il mercato è stato a lungo estraneo alle culture prevalenti, e di avere sottolineato le implicazioni non solo economiche, ma anche sociali, morali e culturali derivanti dall'identificazione della concorrenza come criterio ordinatore del processo economico.

Da questo punto di vista gli interventi dell'Autorità, pur a volte di grande rilievo e in settori importanti, sono ancora piccola cosa rispetto alle prospettive che, con l'introduzione della legge sulla tutela della concorrenza e con la presidenza di Saja, si sono aperte.