

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MODENA E REGGIO EMILIA**

Dottorato di ricerca in Diritto Penale

nell'ambito della Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche «La
cultura giuridica europea dell'impresa e delle istituzioni»

Ciclo XXVIII

*La tutela penale della concorrenza: esame della legislazione penale vigente e prospettive
di riforma.*

Candidata: Dott.ssa Monica Roncati

Relatore (Tutor): Prof. Luigi Foffani

Direttore e Coordinatore della Scuola di Dottorato: Prof. Aljs Vignudelli

A mio fratello

INDICE

INTRODUZIONE

Descrizione del progetto di ricerca e dei suoi scopi.....9

CAPITOLO I

La libera concorrenza quale bene giuridico di rilevanza costituzionale.....13

Sezione I

La teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico: «*primo motore immobile*» dell'intera ricostruzione.....13

Sezione II

Il bene giuridico della libera concorrenza: la libertà di concorrenza e la libertà della concorrenza.....27

Sezione III

La rilevanza costituzionale del bene giuridico della libera concorrenza.....65

CAPITOLO II

Esame della legislazione italiana penale vigente.....79

Sezione I

Il diritto *antitrust*: l'assenza di sanzioni penali e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.....81

Sezione II

Gli aspetti penali della concorrenza sleale: le fattispecie penali che descrivono condotte coincidenti con ipotesi di concorrenza sleale o che si realizzano concretamente in tal modo.....92

a) Gli artt. 473, 474 e 514 c.p. e la concorrenza sleale confusoria.....	94
b) L'art. 595 c.p. e la concorrenza sleale denigratoria.....	107
c) L'art. 517 cp e l'appropriazione di pregi.....	121
d) L'art. 623 c.p. e la tutela del segreto industriale.....	132
e) L'art. 513 c.p. e l'annosa questione se l'atto di concorrenza sleale possa rappresentare un mezzo fraudolento idoneo ad impedire o a turbare l'esercizio di un'industria o di un commercio.....	140

Sezione III

La normativa sulla corruzione nel settore pubblico e nel settore privato.....	153
---	-----

Sezione IV

La fattispecie dell'illecita concorrenza con violenza o minaccia.....	167
---	-----

Sezione V

Il delitto di autoriciclaggio.....	178
------------------------------------	-----

CAPITOLO III

Riflessioni <i>de iure condendo</i> per un intervento penale a tutela della concorrenza con cenni di diritto comparato.....	188
---	-----

Sezione I

Essenziali premesse para-giuridiche per un corretto intervento riformatore....	190
--	-----

Sezione II

Contributo alla possibilità di un intervento penale a tutela della concorrenza con cenni di diritto comparato.....	195
--	-----

a) Il problema di una possibile accusa di interpretazione analogica <i>in malam partem</i> della ricostruita legislazione italiana penale vigente anche alla luce delle garanzie della CEDU.....	195
--	-----

b) La doverosità di fondare un intervento penale a tutela della concorrenza sui capisaldi della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico.....	205
c) Lineamenti per un intervento penale a tutela della libertà della concorrenza.	
i. Le problematiche sottese al fenomeno delle Autorità Indipendenti e dell'AGCM e i dubbi dell'interprete nazionale.....	211
ii. Le istanze garantiste della giurisprudenza della Corte EDU in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti.....	229
iii. Tre possibili interventi di riforma e la preferenza per un intervento <i>amministrativistico-penale</i> alla luce dei cenni di diritto comparato e della giurisprudenza della Corte EDU in tema di <i>ne bis in idem</i>	239
d) Lineamenti per un intervento penale a tutela della libertà di concorrenza: la riconduzione a razionalità del quadro normativo individuato e la centralità degli artt. 2635 cc e 513 cp con riscrittura del delitto di turbata libertà dell'industria o del commercio.....	277
BIBLIOGRAFIA	295

INTRODUZIONE

Descrizione del progetto di ricerca e dei suoi scopi.

Il progetto di ricerca nasce dalla curiosità, sorta all'università durante la preparazione dell'esame di Diritto Penale Avanzato, di conoscere in che modo la concorrenza sia tutelata dal diritto penale.

A tale desiderio di sapere si cerca di fornire una risposta con il presente contributo, che si interroga, appunto, sul se e sul come sia possibile intervenire con strumenti penalistici a tutela della concorrenza.

La ricerca è particolarmente complessa, poiché collide frontalmente con la diffusa opinione secondo cui *concorrenza* e *diritto penale* siano termini inconciliabili fra di loro, essendo il primo esclusivo oggetto di studio del *non penale*. Eppure, a ben vedere, è possibile intraprendere un affascinante percorso di ricerca.

Qualsiasi passo lungo questo cammino sarebbe errato, fallirebbe nel suo proposito chiarificatore, se non prendesse le mosse dall'eredità di Franco Bricola, ossia se non si interrogasse innanzi tutto sulla concorrenza come bene giuridico dotato di rilevanza costituzionale. In questo modo, la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico si erige a faro, diviene il *primo motore immobile* dell'intera ricostruzione, recuperando così la fondamentale importanza che la stessa riveste nel diritto penale.

A ciò è intenzionalmente dedicato il primo capitolo, che si sofferma, dapprima, sui capisaldi del fondatore della scuola bolognese per poi giungere, successivamente, alla descrizione della concorrenza come bene giuridico e, infine, alla rilevanza costituzionale della stessa. Nel porre la prima pietra dell'intera ricostruzione, come un funambolo, si cerca di mantenere l'equilibrio tra il necessario approfondimento degli istituti richiesti e la fondamentale esigenza di non dispersione, di realizzare, in altre parole, un'opera di sintesi focalizzata sulla

concorrenza quale bene giuridico dotato di rilevanza costituzionale. Guidati dall'insegnamento *bricoliano*, si scopre che non solo esiste un bene giuridico costituzionalmente rilevante della concorrenza, ma che sussistono *due diverse accezioni dello stesso*: una - *individuale* – è rappresentata dalla *libertà di concorrenza*; l'altra – *collettiva* – è qualificabile dalla *libertà della concorrenza*. La prima indica il diritto del singolo individuo all'iniziativa economica e, quindi, garantisce a ciascun soggetto la libertà di iniziativa economica, mentre la seconda denota il regime del mercato, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di operatori economici, nessuno in grado di influenzare da solo la dinamica degli scambi. La relazione fra le due libertà è evidente: la *libertà della concorrenza* in senso oggettivo presuppone la *libertà di concorrenza* in senso soggettivo, poiché se difetta la libertà di iniziativa economica, viene meno anche la stessa possibilità della presenza sul mercato di una pluralità di operatori.

La perimetrazione del bene giuridico *concorrenza* consente così di ricondurre *ad unum* la legislazione vigente e di fissare un'immagine delle fattispecie incriminatrici esistenti onde mettere in evidenza i limiti del quadro normativo specie nell'applicazione giurisprudenziale. All'esame della legislazione penale vigente è così dedicato il secondo capitolo. Infatti, nonostante il difetto di un capo del Codice Penale, rivolto alla tutela della concorrenza o la mancanza di una normativa extra codicistica specifica, si possono percorrere tre cammini interpretativi. Invero, seguendo la direzione, data dal bene giuridico collettivo della concorrenza, si perviene alla conclusione che non vi sono fattispecie che tutelino indirettamente comportamenti anticoncorrenziali simili a quelli descritti dalla normativa *antitrust*, ma che è possibile, comunque, intraprendere un percorso di ricerca, grazie alla giurisprudenza sovranazionale della Corte di Strasburgo, che qualifica le sanzioni amministrative pecuniarie alla stregua di sanzioni *intrinsecamente penali*. Se si pone la mente, invece, al bene giuridico individuale della concorrenza, si scopre un cammino, fatto di diverse fermate, costellato di scenari del diritto non scoperti e delineati così chiaramente. Se dei

comportamenti, che costituiscono violazione delle limitazioni negoziali della concorrenza, non vi è e non vi può essere rilevanza penale alcuna, limitandosi, principalmente, ad inadempimenti contrattuali, di condotte, che coincidono, più o meno, con gli atti di concorrenza sleale, si rinvengono diverse fattispecie incriminatrici, tanto da aver indotto la miglior dottrina ad esprimersi in termini di *aspetti penali della concorrenza sleale*. La particolarità di questi aspetti è che il bene giuridico di tali reati non è la libertà di concorrenza, ma un *quid* di diverso, ancorché, nell'alveo delle condotte illecite, si annoverino alcuni di quei comportamenti che sono atti di concorrenza sleale. Infine, vi è un ultimo cammino da percorrere, ma è mal segnato, difficile da seguire, a tratti pericoloso, perché porta a smarrirsi, poiché attraversa quei reati, che non sono posti a tutela della concorrenza in modo espresso, ma che racchiudono nel loro testo il lemma *concorrenza* o che fanno propri schemi e logiche concorrenziali, nonché varcano fattispecie che se sono poste a tutela della concorrenza, intendono per concorrenza un *quid* diverso da quello che si è delineato tanto da chiedersi: «*si sta deviando dal percorso fino al punto di non arrivare mai a destinazione?*».

La conseguenza di questa situazione è solo una: la normativa vigente genera *inevitabilmente* un sistema totalmente *irrazionale*, che non suscita oltretutto stupore nell'interprete diligentemente conscio dell'assenza di un previo studio sul se e sul come intervenire con il diritto penale a tutela della concorrenza tanto che alla semplicità dell'intitolazione «*esame della legislazione penale vigente*» si contrappone la difficoltà di trovare le fattispecie pertinenti sicché la prima domanda da porsi è proprio la seguente: *esiste, è vigente, un reato posto a tutela della concorrenza così come delineata?*

La *riconduzione a razionalità* diventa così un'esigenza urgente, nonché punto di partenza del terzo ed ultimo capitolo avente ad oggetto, da un lato, una premessa *para-giuridica*, volta alla necessità di concepire il *diritto penale industriale* alla stregua di una vera e propria materia e, dall'altro, riflessioni *de iure condendo* per un intervento penale a tutela della *libertà della concorrenza* e della *libertà di concorrenza*.

Un intervento *de iure condendo* è, infatti, auspicabile, in quanto *la ricostruzione prospettata così come ogni altra possibile* si porta con sé il dubbio se sia una *vera ed autentica interpretazione evolutiva ed estensiva ovvero un'analogia in malam partem*, problematica enfatizzata dalla giurisprudenza di Strasburgo. E proprio i principi della Corte Edu sono al centro delle questioni, che si pongono, pensando ad una tutela penale della *libertà della concorrenza*, tematica di incontro e di scontro non solo delle garanzie *eurounitarie*, ma anche dei principi fondanti del diritto penale alla luce del *volto costituzionale del reato*. E proprio al fine di sostenere la più corretta delle soluzioni, si è volta l'attenzione ad una prospettiva comparativa con lo scopo di appurare *an e quomodo* della tutela penale della *libertà della concorrenza*. Quanto, invece, alla *libertà di concorrenza*, si appura che con un maggior sforzo di definizione e di concretizzazione, molte fattispecie incriminatrici in realtà sono poste a tutela non tanto del bene giuridico considerato, ma di un presupposto dello stesso, affermando la necessità della riscrittura del delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio, quale norma di riferimento della *tutela penale della libertà di concorrenza*.

CAPITOLO I

La libera concorrenza quale bene giuridico di rilevanza costituzionale.

Sezione I

La teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico: «*primo motore immobile*» dell'intera ricostruzione.

È una verità universalmente riconosciuta¹, nella concezione attualmente dominante nella scienza penalistica, che il diritto penale contribuisca ad assicurare le condizioni essenziali della convivenza, predisponendo la sanzione più drastica a difesa dei beni giuridici².

Invero, attualmente e negli ultimi anni, al diritto penale è richiesto molto di più, divenendo il punto di riferimento per la ricerca della smarrita coscienza italiana, nonché europea³.

Infatti, si sta assistendo ad una fenomenologia, politica e sociale, per cui, a fronte del declino di un'etica generale politica, diversa da quella descritta dal diritto penale, a quest'ultimo e alla sua applicazione giurisdicente è richiesto di divenire esso stesso etica pubblica, con la conseguenza che «*in questa dimensione culturale si passa immediatamente da ciò che è reato a ciò che è lecito in quanto non delittuoso: come se la grande terra di mezzo, di quello che è società civile non perché non delittuosa, ma semplicemente e lecitamente perché privata o pubblica, fosse una realtà priva di autonoma definizione e forza aggregante*»⁴.

¹ AUSTEN, *Orgoglio e Pregiudizio*, incipit.

² FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 4.

³ DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Modena, 2014, 9 ss.

⁴ DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 13-14, a tenore del quale «*Dove è il delitto a stabilire il lecito – ciò che delitto non è!- abbiamo una società già compromessa o dal troppo penale (anche il non delitto appare spesso di difficile o incerta definizione), o da una mancanza di valori autonomi di etica socio – politica (manca un'etica non legale e non penalistica di comportamento), in quanto non frammentata nell'individualismo di singoli o di gruppi le cui ideologie sono oggi un non-valore per la generalità. Non esiste insomma un'etica pubblica dei partiti, degli amministratori e della classe politica diversa dalla non delittuosità del comportamento,*

Se il diritto penale è divenuto e diviene etica pubblica, allora l'etica pubblica è governata dal potere della magistratura: il controllo giudiziario, nella politica e nell'economia, riporta alla mente quei racconti, che, da bambini, collocavano l'immaginazione del discente in una società senza regole, governata da cattivi, e salvata dall'eroe. Ebbene, in questo racconto, i cattivi sono i politici e gli imprenditori con la loro gestione corrotta del potere e dell'economia e l'eroe è la magistratura.

Ciò non significa – *ovviamente!* – mettere in discussione l'esercizio del potere giurisdizionale in capo alla magistratura, ma bensì affermare che ad essa e al diritto, che applica, è attribuita impropriamente la funzione di moralizzare, di dare etica alla nostra società.

Infatti, nel controllo di legalità della politica e dell'economia, il Pubblico Ministero non è più solo l'organo dell'amministrazione giudiziaria dello Stato, predisposto all'esercizio della funzione penale, ma è anche un cavaliere o un giustiziere, che detiene le sorti dell'etica pubblica, partendo *dal e per mezzo del* diritto penale, criminalizzando così l'inosservanza delle regole dell'etica pubblica, poiché non si limita solo all'applicazione di regole precostituite, ma costruisce con interpretazioni estensive del dato normativo una nuova etica pubblica ⁵.

Le ragioni di questa *evoluzione involutiva* risiedono nella mancanza di un sistema di valori condivisi, mancanza, che permea la cultura nazionale degli ultimi decenni, e che porta con sé l'assunto secondo cui per censurare realmente una condotta occorre qualificarla come reato: più precisamente, solo un vero e proprio divieto non patteggiabile, eretto quindi a reato, diviene anche una regola etica cogente, non essendo a tal fine sufficienti le sanzioni del diritto civile e del

*perché «va già bene», in termini etici, che esso non costituisca reato. Il resto è efficienza, accordo, consenso, risultato eccetera: un qualcosa che neppure si definisce bene nei termini di un'etica di matrice utilitarista». Sul rapporto tra etica e diritto penale, cfr., altresì, PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Digesto disc. pen.*, Torino, 1990, IV, 64 ss e ripubblicato in PEDRAZZI, *Diritto penale*, Milano, 2003, I, 147-179 e STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, 309 ss.*

⁵ DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 34-37.

diritto amministrativo che, in quanto arginabili dietro il pagamento di qualche prezzo, non paiono più degne di racchiudere un valore morale cogente, una regola etica.

Pertanto, il controllo della virtù pubblica passa attraverso la magistratura, divenendone funzione caratterizzante della stessa, e porta con sé il rovescio della medaglia, ossia il ragionamento secondo cui se un politico è assolto da un delitto infamante ed immorale, allora è moralmente corretto, enfatizzando, così, la patologia di una società che fa coincidere l'assoluzione penale con l'assoluzione morale.

In altri termini, nell'epoca, in cui le etiche di partito – fascisti e comunisti, prima, democristiani e socialisti, poi – e di chiesa – laici e cattolici - sono divenute pagine di storia e hanno perso il loro valore originario, l'unica etica pubblica rimasta non è quella dei massimi rappresentanti della politica e delle religioni, ma quella giuridica, e, in particolar modo, del diritto penale. Quest'ultimo e la sua applicazione giudiziaria colmano il vuoto della moralità, *«quale costume politico che ha valori propri, codici deontologici indipendenti, sanzioni autonome»*⁶, nonché quale primo controllo del pubblico potere⁷.

Se la patologia etica, che affligge la società, è curata con il diritto penale, il diritto penale, così usato impropriamente, si contagia e si ammala. Infatti, esso non deve tutelare la mera moralità, ma deve sanzionare offese a beni giuridici distinti dall'inosservanza di regole etiche sicché se un codice etico pubblico è un imperativo categorico, quest'ultimo non va ricavato dal diritto penale, poiché *«la ricerca del "bene comune" non è un compito che possa essere lasciato ai penalisti, che si occupano solo di sanzionare o assolvere, producendo, infine, un cortocircuito»*⁸.

La divaricazione tra la concezione teorica del diritto penale e la realtà dell'ordinamento ha raggiunto i suoi più alti livelli della storia della Repubblica Italiana.

⁶ Così DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 43.

⁷ DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 44.

⁸ Così DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 59.

Tuttavia, tale crisi attuale non è nuova nella storia del diritto penale; al contrario, essa presenta similitudini con l'exasperazione nazionalsocialista del primo Novecento, per la cui piena comprensione del fenomeno, è necessario ripercorrere diacronicamente la genesi della categoria del bene giuridico.

In particolare, la paternità della stessa categoria, in ambito penale, e quindi come oggetto della tutela penale, viene fatta risalire a *Birnbaum*, il quale, criticando la concezione illuministica del reato come violazione di un diritto soggettivo, sottolinea, nel suo pensiero, come la stessa sia inidonea per spiegare la punizione di fatti lesivi di beni di rango elevato, ma non riconducibili nel novero dei diritti soggettivi⁹.

In tal modo, ancorché il pensiero di *Birnbaum* si muova sempre nell'alveo della concezione illuminista¹⁰ di limitare la potestà punitiva, finisce, invero, per ampliare il catalogo di beni giuridici legittimamente punibili con la sanzione penale.

In questo contesto, *irrompe* il pensiero di *Franz v. Liszt*, il quale, concependo il diritto penale come strumento di tutela dei beni giuridici, e, interrogandosi sull'idea di scopo del diritto penale, afferma che il diritto penale è funzionale alla soddisfazione di bisogni sociali, i quali altro non sono che dati preesistenti alla disciplina giuridica. Così opinando, il concetto di bene giuridico si materializza e, vincolando il legislatore a un *quid* preesistente, garantisce la corrispondenza tra realtà sociale e disciplina normativa¹¹. Il pensiero lisztiano si ferma, *si interrompe*, quando deve indicare i precisi limiti atti a selezionare il concetto materiale di bene giuridico e quindi vincolanti per il legislatore e proprio ove si ferma, si rinviene il limite dell'opera di *Liszt*¹².

⁹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 7; BIRNBAUM, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, 149 ss.

¹⁰ Per la concezione illuminista, *cfr.* FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., Introduzione.

¹¹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 8; LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1888, 138 ss; LISTZ, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1905, 140.

¹² FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 19.

Il richiamo alla teoria lisztiana consente di meglio comprendere il pensiero di Arturo Rocco, massimo sostenitore dell'*indirizzo c.d. tecnico-giuridico*¹³. Usando la terminologia dell'autore, che si esprime in termini di *oggetto giuridico* e non di bene giuridico, detto oggetto giuridico coincide categoricamente con quanto tutelato da una norma penale già emanata, a prescindere dalla verifica della sussistenza di un'entità preesistente alla disposizione normativa e incentrando il tutto su valutazioni legislative già compiute. In tal modo, viene meno quel referente pregiuridico, proprio dell'insegnamento lisztiano, e la sua funzione di critica, di limite alla potestà punitiva statale, la quale ultima non è più così onerata dal dovere di individuare un *quid* pregiuridico, e, quindi, è potenzialmente onnipotente nella scelta di ciò che costituisce reato.

Si assiste, in altri termini, ad un processo di *formalizzazione* del bene giuridico, di *smaterializzazione* dello stesso, processo portato alle estreme conseguenze e all'exasperazione dalla concezione metodologica¹⁴. Quest'ultima attribuisce al bene giuridico la stessa importanza vantata dagli altri elementi, che vanno a comporre la fattispecie incriminatrice, ridimensionandone così tanto il ruolo quanto la sua funzione critica, e rendendo il bene giuridico idoneo a giustificare ogni scelta incriminatrice dell'ordinamento. Il bene giuridico altro non diviene che un mero risultato dell'interpretazione dello *scopo* della norma penale,

¹³ ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1913, 443-467 e 553-607; ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, I, 497 ss. e ripubblicato in ROCCO, *Opere giuridiche*, III, Roma, 1933, 263 ss. In particolare, l'autore distingue tra oggetto giuridico formale, ossia il diritto dello Stato all'obbedienza alle proprie norme da parte dei cittadini, oggetto giuridico sostanziale generico, e cioè l'interesse dello Stato alla sicurezza della propria esistenza e conservazione, ed, infine, oggetto giuridico sostanziale specifico, ossia il bene o l'interesse di pertinenza del soggetto passivo del reato. Sul punto, si veda CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 52, che, in posizione critica, sostiene che l'unico concetto pertinente sia quello di bene o di interesse specificamente protetto dalla singola norma incriminatrice.

¹⁴ A tal riguardo, si vedano: ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 20 ss; ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv.it.dir.pen.*, 1939, 3 ss; BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, 69 ss; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 77 ss.; PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, II, Milano 1965, 389 ss.

a prescindere da qualsiasi sostrato materiale preesistente, confondendosi con la stessa *ratio legis* ¹⁵.

In questo contesto, non deve così destare stupore il pensiero dei teorici del nazionalsocialismo, per i quali, nel mutato rapporto Stato-cittadino, il reato consiste nella violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato etico, la cui etica è rappresentata dal «*sano sentimento popolare*» ¹⁶.

Echi eticizzanti non sono solo propri della forma più esasperata dell'evoluzione della concezione metodologica: anche in seno alla coeva dottrina italiana si rinviene un tentativo di ridimensionare il ruolo del bene giuridico nell'assunto secondo cui, posta la scelta eticizzante compiuta dallo Stato, il diritto penale non solo deve proteggere beni statici preesistenti, ma deve trasformare la stessa società e deve indirizzare la coscienza del popolo verso determinate finalità nazionali e sociali ¹⁷. In questo, non si può non cogliere un sistema deviante.

*Ed ecco che ieri, come ora, in una sorta di stoico e nietzschiano eterno ritorno*¹⁸,
l'ideologia eticizzante influenza il diritto penale, che diviene strumento per garantire l'etica della

¹⁵ Oltre a ciò, la concezione metodologica incontra ulteriori limiti, come quello di definire lo scopo della norma penale. In altri termini, sposta il problema dalla definizione di bene giuridico a quello di definizione di scopo della norma penale. Sul punto, *cf.* FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 10.

¹⁶ Si fa riferimento alla scuola di Kiev. A tal proposito, *cf.* ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 46 ss; BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 65 ss; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 73. *Cfr.* altresì FIANDACA, *Diritto penale*, cit., 10-11.

¹⁷ L'autore di riferimento è ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, cit., 107.

¹⁸ Si allude alla «teoria dell'Eterno Ritorno dell'Uguale» di Nietzsche. La prima formulazione del pensiero si ritrova in NIETZSCHE, *La gaia scienza, Libro IV, n. 341*, a tenore del quale «*Il peso più grande. Che accadrebbe se, un giorno o una notte, un demone strisciasse furtivo nella più solitaria delle tue solitudini e ti dicesse: «Questa vita, come tu ora la vivi e l'hai vissuta, dovrai viverla ancora una volta e ancora innumerevoli volte, e non ci sarà in essa mai niente di nuovo, ma ogni dolore e ogni piacere e ogni pensiero e sospiro, e ogni indicibilmente piccola e grande cosa della tua vita dovrà fare ritorno a te, e tutte nella stessa sequenza e successione - e così pure questo ragnò e questo lume di luna tra i rami e così pure questo attimo e io stesso. L'eterna clessidra dell'esistenza viene sempre di nuovo capovolta e tu con essa, granello di polvere!».* Non ti rovesceresti a terra, digrignando i denti e maledicendo il demone che così ha parlato? Oppure hai forse vissuto una volta un attimo immenso, in cui questa sarebbe stata la tua risposta: «Tu sei un dio e mai intesi cosa più divina»? Se quel pensiero ti prendesse in suo potere, a te, quale sei ora, farebbe subire una metamorfosi, e forse ti stritolerebbe; la domanda per qualsiasi cosa: «Vuoi tu questo ancora una volta e ancora innumerevoli volte?» graverebbe sul tuo agire come il peso più grande! Oppure, quanto dovesti amare te stesso e la vita, per non desiderare più alcun'altra cosa che questa ultima eterna sanzione, questo suggello?». La formulazione più eloquente e suggestiva si rinviene, come più noto, in NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra*, VI, 1,

società. Tuttavia, allora, diversamente da ora, la suddetta ideologia, oltre che eticizzante, è anche autoritaria, illiberale, scevra dai principi di garanzia della democrazia ¹⁹ sicché non deve e non può destare stupore il noto storico epilogo a cui ha portato.

Non è forse né eccessivo né errato affermare che con l'attuazione dell'ideologia nazionalsocialista il diritto penale è morto. Tuttavia, non è nemmeno altrettanto né eccessivo né errato paragonare il diritto penale all'araba fenice, al mitologico uccello di fuoco in grado di rinascere dalle proprie ceneri dopo la propria morte.

Con queste metafore, passibili di un'accusa di Romanticismo, si allude al rinnovato clima sociale e politico del secondo dopoguerra, in cui la luce dell'idea, che lo scopo del diritto penale sia la protezione di beni giuridici, rillumina le tenebre del diritto, permeato dalle ideologie nazifasciste, nonché altre zone, ancora in penombra, per la scienza del diritto penale.

Negli ordinamenti liberal-democratici, stante il mutato rapporto tra Stato e cittadino, nel moderno Stato di diritto, la dottrina abbandona la massima espressione - esasperante e quindi involutiva - della concezione metodologica, si riappropria dell'idea di protezione dei beni giuridici come scopo del diritto penale e ripensa criticamente ai criteri di legittimazione dell'intervento punitivo ²⁰.

Il punto di ripartenza è, quindi, dato dal ripercorrere la strada prima della deviazione errata. La sorgente luminosa è così la concezione di *Liszt*, secondo cui il concetto di un bene giuridico deve preesistere al suo riconoscimento normativo

265, alla stregua del quale «tutto va, tutto torna indietro; eternamente ruota la ruota dell'essere. Tutto muove, tutto torna a fiorire, eternamente corre l'anno dell'essere. Tutto crolla, tutto viene di nuovo connesso; eternamente l'essere si costruisce la medesima abitazione. Tutto si diparte, tutto torna a salutarsi; eternamente fedele a sé stesso rimane l'anello dell'essere. In ogni attimo comincia l'essere; attorno ad ogni "qui" ruota la sfera del "là". Il centro è dappertutto. Ricurvo è il sentiero dell'eternità». Altrettanto noto, è che i precursori della «teoria dell'Eterno Ritorno dell'Uguale» sono gli Stoici, i quali sono esponenti radicali della cosiddetta visione ciclica del mondo, arrivando a sostenere che la storia complessiva del cosmo è destinata a ripetersi infinite volte, e per tutta l'eternità, sin nei minimi particolari. Per una visione d'insieme dello Stoicismo, si vedano ABBAGNANO, FORNERO, *Filosofi e Filosofie nella Storia*, Torino, 1992, 243-245.

¹⁹ FIANDACA, *Diritto penale*, cit., 11.

²⁰ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss.dig.it.*, Torino, XIX, 1973, 7 ss, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 1 ss., STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 1 ss.

e deve essere un'entità di sostrato reale, passibile di lesione materiale e corrispondente a valori diffusi.

È necessario non solo riprendere la teoria di *Liszt*, ma anche portarla a completa maturazione, superandone i limiti, ossia fornendo i criteri, per l'individuazione e, quindi, per la selezione del bene giuridico, potenzialmente vincolanti per il legislatore.

L'esigenza di individuare criteri atti ad impedire rischi di arbitrio da parte di un legislatore onnipotente rappresenta il terreno, in cui *la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico* di Franco Bricola prende vita, segnando l'ultima tappa dell'esposto processo evolutivo, che rinviene la funzione del diritto penale nella protezione di beni giuridici ²¹.

Non solo: con il raggiungimento di questa vetta della scienza penalistica, si pone il diritto penale al riparo da possibili usi strumentali in nome di un'etica, sia la stessa totalitaria o meno, limitandone il ricorso allo strettamente necessario, all'indispensabile, laddove la stretta necessità deriva dall'essenzialità del bene ai fini di una pacifica convivenza umana. Si gettano, così, lapidariamente le basi del *mos italicus* del diritto penale.

La svolta rivoluzionaria della teoria costituzionalmente orientata risiede nell'aver posto la Costituzione a fondamento o a criterio di riferimento nella scelta di ciò che può legittimamente assurgere a reato, cercando, da un lato, di elaborare un concetto di bene giuridico che preesista alla valutazione del legislatore ordinario e, dall'altro lato, di individuare criteri vincolanti per la determinazione del bene nei confronti dello stesso legislatore ²².

L'approccio costituzionale traccia il volto del reato a partire, per l'appunto, dal dato costituzionale, notoriamente rinvenibile nel complesso di disposizioni, composto dagli artt. 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma e 13 Cost. e sigillato dagli art. 2 e 3 Cost. Infatti, la riserva di legge tendenzialmente assoluta

²¹ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 7 ss.

²² BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 14.

sottende un'esigenza di riduzione del campo dell'illiceità penale, mentre il carattere personale della responsabilità penale incide sulla tecnica penalistica di tutela. Ancora, la funzione rieducativa della pena impone di ricorrere alla sanzione penale in presenza di fatti lesivi di quei valori – *quei beni!* - tali da poter essere assunti come meta del processo di rieducazione del condannato, mentre il carattere inviolabile della libertà personale limita la coercizione penale ai soli casi in cui ciò sia inevitabile ²³.

È una questione di bilanciamento di valori: se la pena sacrifica valori, dotati di rilevanza costituzionale, come la libertà personale, direttamente oggetto di tutela ai sensi dell'art. 13 Cost., ovvero come la dignità della persona umana, protetta dagli artt. 2 e 3 Cost., allora la stessa pena deve trovare la sua legittimazione nella Costituzione stessa al pari dei valori che va ad incidere.

In altri termini, il ricorso alla pena trova giustificazione soltanto se diretto a tutelare beni socialmente apprezzabili dotati di rilevanza costituzionale sicché il concetto di bene giuridico preesiste, in modo lisztiano, alla valutazione del legislatore ordinario, essendo individuabile nella stessa Costituzione.

La legittimità della tutela penale non è circoscritta ai soli beni che trovano un riferimento espresso nella Costituzione, ma, altresì, a quelli che presentano una rilevanza costituzionale implicita. La quale ricorre quando la tutela apprestata ad un bene privo di rilievo costituzionale esplicito risulta finalizzato alla salvaguardia di un bene espressamente contemplato dalla Costituzione, nonché allorché beni, che rientrano nel sistema sociale dei valori, fanno da sfondo alla dimensione fattuale dell'ordinamento costituzionale.

Pertanto, si è in presenza di un sistema aperto, il quale consente di impedire l'anacronismo del catalogo dei beni, essendo ammissibile l'eventuale tutela di beni, non ancora emersi nel periodo, in cui la Costituzione è entrata in vigore e l'adeguamento al mutamento del contesto sociale.

²³ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 13-19.

L'importanza dirompente della teoria costituzionalmente orientata non è di certo passata inosservata al legislatore, che, difatti, nell'ambito del progetto di revisione costituzionale approvato dalla Commissione Bicamerale il 4 novembre 1997, proponeva di formulare l'art. 129, primo comma, in questi termini: «*Le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale*»²⁴.

Vi è ora da chiedersi quanto sia coerente la legislazione penale vigente con i *dicta* della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, interrogandosi se le fattispecie siano realmente poste a tutela di beni sufficientemente definiti, nonché controllando che le tecniche di tutela siano idonee per garantire la salvaguardia del bene stesso.

La suddetta verifica richiede, però, di affrontare il grande tema della determinazione e della perimetrazione del concetto di bene giuridico.

Fino ad ora, si è, infatti, visto che il diritto penale deve proteggere beni giuridici, i quali devono preesistere alla norma incriminatrice. Ancora, si è visto che Bricola ha indicato il criterio per individuare detta preesistenza ossia la rilevanza costituzionale, esplicita o implicita, del bene giuridico, ma non si è ancora detto in che cosa esso consista²⁵.

²⁴ DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998, 95 ss., FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, 161 ss. e PULITANÒ, *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale*, in *Foro it.*, 1998, V, 288 ss.

²⁵ Sulla tematica del bene giuridico, si vedano: ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., 443-467 e 553-607, ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 97-128, BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, anno X, n. 1, 3-16, riedito in BETTIOL, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, 318-329, BETTIOL, PETTOELLO, MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, Padova, 1986, 202-210, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 1 ss, BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, I, 99-135, MARINUCCI, *Relazioni di sintesi*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene Editore, 1985, 327-364, FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico*, cit., 3-56, PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico*, cit., 131-189, PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico*, cit., 293-309, ANGIONI, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico*, cit., 57-130, FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 91-110, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino,

Lo sforzo di fornire una definizione di bene giuridico è presente da sempre nella dottrina, la quale, ugualmente da sempre, incontra la difficoltà di enunciare un contenuto sufficientemente informativo e con reale funzione selettiva²⁶.

Se il problema definitorio non va di certo trascurato, non va nemmeno enfatizzato, in quanto anche la definizione più esaustiva non può fungere da spartiacque tra oggetti meritevoli e oggetti non meritevoli di protezione penale. Più semplicemente, non è dal grado di precisione e di determinatezza della definizione che si individua *sic et simpliciter* in concreto il bene giuridico.

Al contempo, è grazie alla ricerca di una definizione che si può affermare, attualmente, che il bene giuridico non è da intendersi come una cosa, non è, nel diritto penale, un'entità tangibile o un interesse dotato di valore in sé stesso, ma è *unità di funzione*, ossia è un *quid* che deve produrre effetti utili nella società, caratterizzandosi per un'intrinseca dinamicità e non staticità.

Ciò altro non vuol dire che il bene giuridico sia soltanto quell'interesse in grado di garantire la realizzazione di un determinato vantaggio per il sistema sociale o per una sua parte²⁷.

E così, detto approdo definitorio consente al legislatore e all'interprete di porsi, sin da subito, in chiave critica, chiedendosi se il bene giuridico, che si vuole tutelare, sia davvero tale ovvero sia idoneo ad assicurare un determinato scopo utile per il sistema sociale.

Verificando la tenuta del sistema penale all'esame della teoria costituzionalmente orientata, si scopre che una serie di fattispecie sono poste a presidio di beni non solo insufficientemente definiti, ma talmente genericamente tratteggiati da dar luogo alla comune categoria dei reati senza bene giuridico,

2005, 1 ss. e DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 4, 4-43.

²⁶ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 4-5.

²⁷ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 4-5.

nonché che la rispettiva tecnica di strutturazione ha sollevato problemi di legittimità costituzionale.

Verrebbe, a questo punto, da chiedersi se posta la rilevanza costituzionale del bene sorga un obbligo di tutela penale per il legislatore.

La risposta non può che essere negativa, in quanto, come noto, detta rilevanza è la *condicio sine qua non* per istituire una fattispecie incriminatrice, ma è criterio di legittimazione negativa dell'intervento penale, non ponendo alcun dovere di creare fattispecie finalizzate alla sua salvaguardia: l'esistenza di un bene meritevole di tutela non è sufficiente per giustificare la creazione di una fattispecie penale finalizzata alla sua salvaguardia.

La genesi di una fattispecie penale, il *se e come punire* deve confrontarsi con il criterio di sussidiarietà, richiedendo che sia impossibile assicurare una tutela efficace ed efficiente mediante tecniche sanzionatorie extrapenali e facendo divenire così il ricorso alla pena statutale giustificato, in quanto necessario ²⁸.

Che significa ciò? Qual è la relazione vigente tra diritto penale e gli altri diritti instaurano una relazione di «aut aut» o «vel vel» fra loro?

La soluzione al quesito non è univoca, poiché dipende dal modo in cui si intende il criterio di sussidiarietà. Infatti, secondo una concezione ampia, la sanzione penale va a sommarsi a quella extra-penale stante l'importanza del bene giuridico tutelato. Viceversa, ad avviso di un'impostazione ristretta, il ricorso allo strumento penale allorquando la protezione del bene giuridico sia già assicurata efficacemente da sanzioni non penali, allora quelle penali non devono aver spazio di operatività. Evidentemente si è in presenza di due concezioni opposte e quindi inconciliabili tra di loro, la prima intesa di funzione simbolica al punto che, se portata a paradosso, potrebbe individuare un obbligo di criminalizzazione dei fatti lesivi di beni giuridici dotati di rilevanza costituzionale; la seconda, di respiro sicuramente laico e liberale, consente all'intero sistema punitivo italiano di

²⁸ A sua volta, questo presuppone che il legislatore possa ricorrere a dati empirici e statistici.

funzionare in modo coordinato, senza duplicazioni o moltiplicazioni sanzionatorie ²⁹.

La genesi di un reato, al contempo, postula che l'aggressione al bene giuridico raggiunga una soglia tale da far apparire inevitabile il ricorso alla sanzione punitiva; in altri termini, incontra la cosiddetta meritevolezza della pena, la quale, a sua volta, deve essere parametrata con il livello che il bene giuridico ricopre all'interno della scala gerarchia ricavabile dalla stessa Costituzione. Pertanto, se la meritevolezza è direttamente proporzionale alla gerarchia tra beni, allora quanto è più alto il livello del bene all'interno della scala tanto più è giustificato il ricorso alla sanzione penale e, viceversa, quanto più basso è il valore del bene all'interno della scala gerarchia tanto più giustificata è la limitazione alla reazione penale e legittima il ricorso a sanzioni extrapenali.

In questa fase patologica del diritto penale, in cui si sta verificando, di nuovo, una funzione eticizzante, ancorché, diversamente dal passato, non influenzata da un'ideologia totalitaria, ma, pur sempre, distante dai principi liberaldemocratici, si riscopre, in modo dirompente, la portata della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico.

In altri termini, e così *ché* se *la diritta via* è *smarrita*³⁰, è necessario *riniziare il cammin*³¹, per uscir dalla *selva oscura*³², dall'eredità di Franco Bricola, il cui insegnamento ritorna, *rebus sic stantibus*, *primo motore immobile*³³ di una qualsiasi interpretazione del dato normativo esistente e *a maiore* nell'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici.

²⁹ DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 589 ss, PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 952 ss, PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice Pen.*, 1986, 35 ss. A tal proposito, si deve considerare anche il principio di autonomia, secondo cui il diritto penale deve rafforzare con la propria sanzione i precetti e le sanzioni degli altri rami del diritto. In tal senso, GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, 232.

³⁰ DANTE, *Inferno*, I, 3.

³¹ DANTE, *Inferno*, I, 1.

³² DANTE, *Inferno*, I, 2.

³³ ARISTOTELE, *Metafisica*, 1071b 3-22. Per primo motore immobile, Aristotele intende Dio, quale causa indivenibile di ogni divenire e quindi atto puro, sostanza incorporea, essere eterno, causa finale e pensiero del pensiero.

Allo stato attuale, infatti, non è concepibile pensare di introdurre nuove norme incriminatrici o ripensare alla tutela penale di un determinato settore senza farsi guidare dalla teoria costituzionalmente orientata del reato o muovere l'intera costruzione o ricostruzione del sistema, senza seguire e fare proprio l'insegnamento di Franco Bricola, perché prima di poter pensare ad una fattispecie incriminatrice per un determinato fatto è doveroso – *it must*- chiedersi se sia possibile incriminare un fatto del genere, se sia legittimo.

Ciò si traduce in un'operazione logica, in una sorta di interrogatorio, in una *cross-examination*, condotte alla stregua dei principi della teoria di Franco Bricola.

Quale bene o quali offende questo fatto?

Il bene o i beni sono descrivibili con sufficiente precisione?

Il bene o i beni hanno una rilevanza almeno implicita nella Costituzione?

Il bene o i beni sono già tutelati dal diritto civile o dal diritto amministrativo?

Il bene o i beni necessitano di un intervento penale?

Solo quando a tutte queste domande sia possibile fornire una risposta positiva, allora, è lecito un intervento penale.

Rebus sic stantibus, fedeli all'insegnamento di Franco Bricola, pertanto, si delineerà la concorrenza quale bene giuridico e se ne interrogherà sulla sua rilevanza costituzionale, nonché sulla sua tutela non penalistica ³⁴.

³⁴ Sia consentito, in nota e al termine di questo paragrafo, rinviare per il ritratto dell'uomo di Franco Bricola, a DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 51-74, che ricorda come «Bricola unisce a una grande padronanza tecnica delle fonti giuridiche anche extrapenali, che lo porteranno sempre a una visione di "ordinamento" del diritto penale, una conoscenza straordinaria della letteratura italiana e internazionale, che viene declinata al di là degli stili della dogmatica classica, attraverso una spiccata sensibilità politico-criminale. [...] Infatti, le radici della sua elaborazione teorica su tutti i principali problemi del diritto penale, della parte generale a quella speciale, dal diritto penale economico al diritto penale comparato, al sistema sanzionatorio, affondano in un ripensamento del sistema penale su basi costituzionali e attraverso un'autentica sensibilità di comparatista, che lo ha portato a relativizzare le soluzioni e le culture nazionali, ciò che può consentire un dialogo internazionale più fruttuoso e di mutuo scambio, anziché tendere ad assolutizzare esperienze straniere quasi che fossero ordinamenti-modello, o tradizioni-modello. [...] Fra l'altro, la serietà e il rigore intellettuale di questo impegno si distinguevano in Bricola grazie ad un tratto umano mai autoritario, ma sempre autorevole, che abbinava leggerezza e finezza, ironia e umiltà, giovialità e prontezza di battuta, un'instancabile curiosità affiancata da grande tolleranza ideologica e teorica, e dalla disponibilità a ridiscutere le posizioni acquisite, fino al

Sezione II

Il bene giuridico della libera concorrenza: la libertà di concorrenza e la libertà della concorrenza.

La ricerca di una tutela penale della concorrenza richiede di analizzare e descrivere la concorrenza quale bene giuridico.

Si tratta di un presupposto imprescindibile perché solo così operando è possibile cogliere l'ampia portata del bene *concorrenza* e le sue svariate declinazioni.

Il primo dato da rilevare è che la concorrenza è certamente una materia, che attraversa, in modo, più o meno, approfondito il diritto – o meglio, le diverse branche del diritto - priva di una trattazione organica ed unitaria.

In altri termini, è possibile leggere, senza pretesa di esaustività, pagine sulla concorrenza nelle opere non solo di diritto industriale ³⁵, ma anche di diritto amministrativo, di diritto comunitario, di diritto commerciale, di diritto penale, di diritto tributario, di diritto civile, di diritto costituzionale e così via.

Non solo: limitare lo studio esclusivamente alla scienza giuridica sarebbe improprio, in quanto la scienza della concorrenza è proprio quella economica sicché si deve leggere e studiare anche di economia ³⁶.

È quindi doveroso prendere le mosse dall'analisi economica e, più precisamente, dallo studio del sistema economico realizzato mediante l'elaborazione di una teoria economica, la quale, come noto, definisce le variabili di un modello e il comportamento delle stesse per poi trarre le proprie conclusioni ³⁷.

desiderio di comunicare all'ultimo laureato il valore della ricerca come il passaggio di un testimone, direi quasi di un virus, che ti accompagna per sempre».

³⁵ Per una disamina della storia del diritto industriale, *cfr.* BOCCHINI, *Il diritto industriale nella società dell'informazione*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale industriale*, V, Padova, 1993,4-8.

³⁶ Ancora, BOCCHINI, *op. ult. cit.*, 9-16.

³⁷ ANTONELLI, CAINELLI, DE LISO, LEONCINI, MONTRESOR, *Economia*, Torino, II, 2004, 1-24, che occupandosi degli aspetti essenziali della nascita e dello sviluppo della moderna economia politica affermano che non si può prescindere dal contributo dei grandi economisti del passato perché questi hanno segnato l'evoluzione della disciplina che chiamiamo economia

Il problema della libertà di concorrenza ha, infatti, rivestito un ruolo centrale all'interno delle idee e delle ideologie delle scienze economiche di studiosi e di politici dei paesi occidentali, poiché questi ultimi hanno modellato la propria economia secondo la filosofia della libera concorrenza.

Non vi è da stupirsi che i paesi occidentali abbiano fatto proprio il sistema della libera concorrenza, in quanto quest'ultimo è in linea con i valori culturali e politici propri della cultura occidentale: ad esempio, si ponga l'attenzione sul fatto che la libertà di concorrenza, consentendo una distribuzione egualitaria dell'opportunità di arricchirsi, sia, così, espressione del principio di uguaglianza, nonché come la libertà in esame consti della diversità e della molteplicità, riflettendo, in tal modo e in altre parole, i valori della democrazia ³⁸.

Pertanto, naturalmente gli studiosi si sono posti interrogativi dal seguente tenore: *cosa si intenda per libertà di concorrenza? Quali sono le ragioni di preferibilità del sistema di libera concorrenza? I sistemi esistenti sono vicini al modello teorico di un sistema concorrenziale?* ³⁹

politica e infatti rinvergono l'affermazione della moderna scienza economica con la pubblicazione della *Ricchezza delle Nazioni* di Smith del 1776. A tal proposito, bisogna distinguere tra economia positiva ed economia normativa, intendendo per la prima il *ciò che è* e con la seconda *ciò che deve – o dovrebbe- essere*. L'economia positiva è indipendente da particolari posizioni etiche o giudizi di valore; il suo compito è quello di fornire un sistema di generalizzazioni che possono essere usate per capire come un sistema economico si comporta e per fare previsioni corrette sull'andamento di certe grandezze economiche al variare delle condizioni di partenza. In particolare, gli autori ricordano che il merito di aver individuato nell'opera *The origins of Scientific Economics* di Lewtin W. del 1963, il cui pensiero è stato ripreso e sviluppato da Popper, *La ricerca non ha fine. Autobiografia intellettuale* del 1974 (traduzione 2002), il merito di messo in luce che una teoria economica deve avere il merito della scientificità. In tal senso, *cf.* altresì, ALESSANDRINI, PASSARELLI, *Economia politica*, II, Milano, 2004, 5-6, che espongono come oggetto di studio sia il mercato, inteso non tanto come luogo fisico, ma quale insieme di regole, procedure, modalità che consentono ai soggetti economici di perseguire i loro obiettivi, con la precisazione che detti soggetti economici sono i consumatori e le imprese e che i succitati obiettivi si realizzano mediante rapporti economici, alla cui base vi è lo scambio di beni economici tra consumatori ed imprese, laddove il bene è detto economico allorquando sia utile, ossia idoneo a soddisfare bisogni, e scarso.

³⁸ PINDYCK S., RUBINFELD L., *Microeconomia*, Bologna, 2006, 6-7; VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2009, 3 e 569.

³⁹ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 568.

La moderna disciplina della concorrenza è espressione del liberalismo economico, teoria economica che ha come capisaldi la libertà di iniziativa e il libero mercato in una sorta di *mutatis mutandis* «libera impresa in libero mercato»⁴⁰.

In particolare, la scienza economica si è occupata dello studio della *concorrenza perfetta*, di quella forma o di modello di mercato, di un idealtipo da raggiungere, analizzando, al contempo, le variabili che di fatto ne ostacolano l'attuazione⁴¹.

Premesso che per mercato si intende l'insieme dei compratori e dei venditori che, attraverso le loro interazioni effettive e potenziali, determinano il prezzo di un prodotto o di un insieme di prodotti, un mercato è *perfettamente concorrenziale* quando è costituito da molti compratori e da molti venditori sicché nessuno di essi, con il proprio comportamento, può da solo incidere in termini significativi sul sistema dei prezzi⁴².

Il modello economico ideale della *concorrenza perfetta* richiede esattamente le seguenti condizioni⁴³:

⁴⁰ ALAIN LESOURD, GERARD, *Storia economica dell'Ottocento e del Novecento*, Torino, Istituto Editoriale Internazionale, 1973, 116-137, il quale nella trattazione dell'evoluzione delle dottrine economiche rileva come le dottrine liberali trovino il loro fondamento nel mercantilismo del XVIII secolo, che, a sua volta, rappresenta la risposta al mutamento dei fatti che hanno portato alla rivoluzione Francese e, quindi, alla teologia in materia economica, incentrata sull'ostilità alla ricchezza diffidenza verso il denaro, condanna del prestito a interesse e giustificazione della proprietà privata alla stregua di una prospettiva del bene comune. In questo scenario, il mercantilismo consente agli studiosi *Phylosophes* dell'epoca di interessarsi ai problemi economici, applicando ad essi le seguenti nozioni, reputate essenziali: libertà, che doveva permettere alle attività economiche di svincolarsi da ogni controllo e da ogni regolamento; la ragione, che doveva affermare che la vita economica non era posta ai capricci del caso, ma sottoposta a leggi ben determinate; la natura, infine, che doveva manifestare la sua armonia e il suo equilibrio organico nella vita economica come altrove. Sul punto, si veda anche FORTE, *Manuale di Politica Economica*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, I, 1970, 117-154 e 363-404.

⁴¹ Per una disamina del problema della diversità della nozione di concorrenza a seconda della concezione degli economisti neoclassici continentali e quella di Adam Smith si veda FORTE, *Manuale di Politica Economica*, cit., 404-414.

⁴² VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 568.

⁴³ ANTONELLI, CAINELLI, DE LISO, LEONCINI, MONTRESOR, *Economia*, cit., 183-184 e CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, 1. Diritto dell'impresa*, in CAMPOBASSO M. (a cura di), *Diritto commerciale*, Torino, 2006, 217, che non fa menzione dell'omogeneità dei beni e della perfetta informazioni, ma, da un lato, della mobilità dei fattori della produzione e quindi dell'offerta in corrispondenza con la mobilità della domanda dei consumatori e, dall'altro, della naturale premiazione delle imprese migliori ed eliminazione delle imprese meno competitive. In

1. *l'omogeneità dei beni* in modo che i beni offerti dalle imprese siano tali da operare sul mercato di riferimento con caratteristiche merceologiche e funzionali identiche e quindi perfettamente fungibili fra di loro;
2. *l'assenza di barriere all'ingresso*, ossia l'assenza di ostacoli all'ingresso di nuovi operatori in ogni settore della produzione e della distribuzione, nonché di accordi fra le imprese per falsare la concorrenza;
3. *la numerosità di agenti economici*, e cioè la contemporanea presenza sul mercato di una pluralità di operatori economici in competizione fra loro per rispondere alla domanda di beni e di servizi provenienti dalla collettività, con conseguente frazionamento dell'offerta tra più imprese senza che nessuna sia in grado di influenzare l'altra e senza condizionamento dei prezzi; in tal modo, ciascuna impresa possiede una quota di mercato molto piccola ovvero trascurabile rispetto al totale del settore sicché le variazioni nella produzione di un singolo venditore non si determinano in variazioni corrispondenti rilevanti della quantità totale e non determinano variazioni rilevanti del prezzo;
4. *la perfetta informazione* talché tutte le imprese e tutti i consumatori siano perfettamente informati sulle caratteristiche del mercato e non vi siano asimmetrie informative.

Alla stregua di questo modello economico, ideale e teorico, si realizza il fine ultimo del raggiungimento dei più alti livelli del benessere sociale, ossia della collettività dei consumatori e dei produttori, meglio noto come *welfare*, che viene in tal modo massimizzato ⁴⁴. Strettamente legato a ciò, è il miglioramento della

modo non dissimile, PINDYCK S., RUBINFELD L., *Microeconomia*, cit., 216-219, che, poste l'omogeneità dei prodotti e la libera entrata e uscita, individuano nel *price taker* il terzo elemento caratterizzante un sistema economico perfetto, ossia il prezzo come dato, secondo cui ogni singola impresa vende una percentuale abbastanza piccola della produzione totale di mercato sicché le sue decisioni non influiscono sul prezzo di mercato, accettando il prezzo di mercato come dato.

⁴⁴ ANTONELLI, CAINELLI, DE LISO, LEONCINI, MONTRESOR, *Economia*, cit., 224-232; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 218; VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 3.

cosiddetta *efficienza economica*, ossia l'ottimizzazione delle rendite del consumatore e del produttore aggregate ⁴⁵.

Difatti, un sistema economico incentrato sulla libera concorrenza risulta più conveniente per il consumatore, garantendogli la più ampia possibilità di scelta di beni al minor prezzo possibile, beni che sono frutto del progresso tecnico, il quale è appunto stimolato dalla ricerca di collocare sempre nuovi beni sul mercato ⁴⁶.

La *concorrenza perfetta* presenta, invero ed infine, un'ultima caratteristica, ossia quella di essere autoregolante: più precisamente, essa non necessita di alcun intervento di politica economica per ristabilire un equilibrio concorrenziale: infatti, quando un mercato è in equilibrio, le imprese fanno come meglio possono e non hanno alcun motivo per variare il loro prezzo o il loro livello di produzione e ciò ricorre quando la quantità offerta è uguale alla quantità domandata ⁴⁷.

È naturale ora chiedersi: *i mercati seguono davvero le regole della concorrenza perfetta?*

La risposta non può che essere negativa: la realtà è ben diversa, poiché i mercati non coincidono con il modello teorico, non sono autoregolanti, non si mantengono in equilibrio da soli. Al contrario, le sueposte caratteristiche si rinvengono raramente nella prassi, dove si constata, invece, il fallimento del mercato, la situazione, in cui un mercato concorrenziale non regolamentato è inefficiente, in quanto i prezzi sono incapaci di fornire segnali appropriati ai consumatori e ai produttori ⁴⁸.

⁴⁵ PINDYCK S., RUBINFELD L., *Microeconomia*, cit., 255.

⁴⁶ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 569.

⁴⁷ In modo generale, *cfr.* VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 570. Dettagliatamente, si vedano PINDYCK S., RUBINFELD L., *Microeconomia*, cit., 374-379.

⁴⁸ PINDYCK S., RUBINFELD L., *Microeconomia*, cit., 219; ANTONELLI, CAINELLI, DE LISO, LEONCINI, MONTRESOR, *Economia*, cit., 184; GALGANO, *art. 41 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, 11-13; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 218.

Le ragioni sono molteplici e si rinvencono principalmente nella capacità di un'impresa di massimizzare il profitto nel breve e nel lungo periodo ⁴⁹. Al di là delle spiegazioni della scienza microeconomica, a tal proposito, si pensi alla non omogenea distribuzione territoriale delle risorse naturali, agli ingenti investimenti di capitali richiesti dalla moderna produzione industriale di massa, all'impossibilità in certi settori di produrre a costi competitivi, se non si raggiungono dimensioni imprenditoriali cospicue, per intuire che la libertà di iniziativa economica è, invero, limitata, essendo inibito di fatto l'accesso al mercato di nuovi operatori, e per rilevare che, conseguentemente, le imprese già operanti possono accrescere le proprie dimensioni e a concentrarsi ⁵⁰.

In questo modo, i mercati non restano in equilibrio, ma tendono ad evolversi in monopoli, duopoli ed oligopoli: le imprese, dedite alla produzione industriale, diventano sempre meno numerose e maggiormente in grado di controllare l'offerta, anche grazie ad intese, con le quali si dividono la quota di offerta dei mercati e predeterminano i prezzi da praticare, fino ad arrivare ad una situazione di monopolio di fatto, in cui l'offerta di un dato prodotto è controllata da una sola impresa o da poche grandi imprese con il potere di fissare a piacere il relativo prezzo e di conseguire elevati margini di profitto a scapito di interessi generali della collettività ⁵¹.

⁴⁹ Quanto allo studio matematico e microeconomico della produzione e dell'offerta di un'impresa nel breve e nel lungo periodo allo scopo di vagliare la sua capacità di raggiungere l'equilibrio concorrenziale, si vedano ampiamente ANTONELLI, CAINELLI, DE LISO, LEONCINI, MONTRESOR, *Economia*, cit., 184-223 e PINDYCK S., RUBINFELD L., *Microeconomia*, cit., 220-248.

⁵⁰ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 218.

⁵¹ ANTONELLI, CAINELLI, DE LISO, LEONCINI, MONTRESOR, *Economia*, cit., 298-338; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 218; PINDYCK S., RUBINFELD L., *Microeconomia*, cit., 284-312, che precisano come il potere monopolistico sia la capacità di fissare un prezzo superiore al costo marginale e che l'ammontare di cui il prezzo supera il costo marginale è inversamente proporzionale all'elasticità della domanda che l'impresa fronteggia sicché minore è l'elasticità della curva di domanda di un'impresa, maggiore è il potere monopolistico. In particolare, l'elasticità della domanda di un'impresa è determinata da tre fattori: l'elasticità della domanda di mercato, poiché la domanda dell'impresa sarà almeno tanto elastica quanto la domanda di mercato, l'elasticità della domanda di mercato limita la potenzialità del potere monopolistico; il numero di imprese nel mercato, in quanto se nel mercato sono presenti molte imprese, è improbabile che una qualsiasi di esse sia capace di influenzare in

Rebus sic stantibus, è evidente come si rendano necessari interventi normativi in funzione regolatrice sicché alla scienza economica si affianca quella giuridica⁵². Per l'esattezza, la disciplina della concorrenza nei sistemi giuridici persegue l'obiettivo della ricerca di un punto di equilibrio tra il modello teorico della concorrenza perfetta e la realtà economica.

Secondo questa linea guida si è mosso anche il legislatore italiano, invero in modo particolare.

Più precisamente, come si è visto, l'analisi economica si occupa di studiare la *concorrenza perfetta*, di individuare le variabili che danno origine ad oligopoli e monopoli e di rinvenire soluzioni economiche per ristabilire l'equilibrio. Verrebbe così da pensare che se questo era il dato empirico a disposizione della scienza giuridica, la prima disciplina nazionale riscontrabile fosse la normativa *antitrust* alla stregua dello *Sherman Act* statunitense del 1890 o delle normative antimonopoliste dei paesi ad economia industriale avanzata. Questa semplice supposizione è errata, poiché la storia della disciplina italiana della concorrenza si caratterizza, al contrario, proprio per la lacuna normativa di tale natura, colmata con l'introduzione della legge n. 287/1990.

misura rilevante il prezzo; l'interazione tra imprese, poiché, anche se nel mercato sono presenti soltanto due o tre imprese, ciascuna di esse sarà incapace di aumentare il prezzo in rilevante misura ricavando un profitto se la rivalità tra di esse è aggressiva e ciascuna impresa tenta di conquistare la massima quota di mercato che le riesce. In modo simile, gli autori osservano che le altre alterazioni sono quelle del monopsonio e dell'oligopsonio, e cioè un mercato in cui siano rispettivamente presenti un singolo o un piccolo numero di compratori e sia pertanto presente un potere monopsonistico, grazie al quale il compratore ha la capacità di influenzare il prezzo del bene, potendo acquistare quest'ultimo ad un prezzo inferiore rispetto a quello che verrebbe praticato in un mercato concorrenziale. In modo speculare al monopolio o all'oligopolio, le cause del potere monopsonistico sono le seguenti: l'elasticità dell'offerta di mercato, in cui minore è l'elasticità della curva di offerta, maggiore è la differenza tra spesa marginale e spesa media e maggiore è il grado di potere monopsonistico di cui gode il compratore; il numero di compratori nel mercato, che è limitato sicché quando il numero di compratori è molto grande, nessun singolo compratore può avere molta influenza sul prezzo; l'interazione tra compratori, che se presenti in un numero non elevato essi non saranno in competizione tra di loro, anzi colluderanno, e i prezzi subiranno un rilevante rialzo.

⁵² VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 570 e CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 218-219.

Qual è la ragione di ciò? E soprattutto qual è stato l'oggetto della tutela della legislazione a tutela della concorrenza precedente alla disciplina della legge n. 287/1990?

Interrogarsi sul perché solo così di recente sia stata introdotta una normativa antimonopolistica non è compito semplice e, forse, sarebbe uno sforzo intellettuale mal esercitato, dovendo guardare allo stato attuale della realtà.

Nonostante ciò, sicuramente, utili spiegazioni sono individuabili in quella che è denominata *nuova storia economica*⁵³ nella storia dell'economia italiana degli ultimi settant'anni⁵⁴; infatti, «*non si può comprendere l'economia senza conoscere la sua storia [...]*»⁵⁵.

In particolare, lo studio della storia economica italiana consente di affermare, sulla base dell'analisi dei dati statistici, che l'Italia ha raggiunto, lentamente, un vero sviluppo economico: per l'esattezza, i dati mostrano che un

⁵³ RALPH L. ANDREANO, *Prefazione*, in RALPH L. ANDREANO (a cura di), *La nuova storia economica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1975; LANCE E. DAVIS, «*E non sarà mai letteratura: Critica della nuova storia economica*», in RALPH L. ANDREANO (a cura di), *La nuova storia*, cit., 99-117, il quale attribuisce la paternità del termine nuova storia economica al collega J.R.T. Hughes. In particolare, la nuova storia economica è una metodologia frutto del dialogo, sorto nel secondo dopoguerra, tra storici ed economisti dalla portata idonea a segnare bruscamente la rottura con la storia tradizionale e a fare dello studioso della storia dell'economia un vero e proprio empirista. In particolare, si veda ROBERT L. BASMANN, *Il ruolo dello storico economico nella verifica predittiva di presunte «leggi scientifiche»*, in RALPH L. ANDREANO (a cura di), *La nuova storia*, cit., 27, secondo cui gli econometristi - gli studiosi dell'econometria, ossia della branca della scienza economica che, applicando le tecniche matematiche e i metodi di valutazione statistica a problemi di economia, appronta modelli atti a verificare la validità di ipotesi di politica economica - se vogliono verificare le teorie economiche devono gareggiare con lo storico economico nella critica e nell'assistenza reciproca. Ancora, come precisato da G.N. VON TUNZELMANN, *La nuova storia economica. Una valutazione econometrica*, in RALPH L. ANDREANO (a cura di), *La nuova storia*, cit., 221-251, che è definita come quel ramo della storia economica che implica l'uso di dati quantitativi teoricamente ordinati per respingere o accettare provvisoriamente una data ipotesi o gruppo di ipotesi.

In tema di storia dell'economia italiana, si vedano, *ex plurimis*: ALAIN LESOURD, GERARD, *Storia economica dell'Ottocento*, cit., 1 ss, ARE, *Industria e politica in Italia*, Roma-Bari, Gius. Laterza & Figli Spa, 1975, 1 ss, KENNETH GALBRAITH, *Storia della Economia*, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 2001, 1 ss, FORTE, *Manuale di Politica Economica*, cit., 1 ss e SHEPARD B. CLOUGH, *Storia dell'economia italiana dal 1861 ad oggi*, Rocca San Casciano-Bologna, Cappelli Editore, 1965, 1 ss.

⁵⁵ Così KENNETH GALBRAITH, *Storia della Economia*, cit., 9, il quale afferma che la necessità di conoscere la storia per comprendere l'economia è una verità riconosciuta a livello accademico, ancorché non goda di popolarità. Le teorie economiche sono sempre e profondamente un prodotto dei tempi e dei luoghi e non sono analizzabili prescindendo dal mondo che interpretano.

notevole progresso sia su scala nazionale sia *pro capite* non fu ottenuto fino intorno al 1898 e che gli aumenti più sensazionali non si raggiunsero fin dopo la seconda guerra mondiale.

Le ragioni di questo ritardo sono molteplici e sono state oggetto di studio da parte degli economisti e possono essere sommariamente individuate nella mancanza di ricche risorse naturali, nella scarsa conoscenza delle nuove tecniche di produzione, oltre che nella scarsa disponibilità di capitali da investire e nell'assenza di una forte e dinamica volontà di sviluppo economico ⁵⁶. Inoltre, un ruolo decisivo è stato attribuito alla difficoltà delle comunicazioni interne, prima dell'era delle ferrovie ⁵⁷, nonché al divario tra Mezzogiorno e Settentrione ⁵⁸. Infine, a frenare lo sviluppo economico, vi è stata la seconda guerra mondiale,

⁵⁶ SHEPARD B. CLOUGH, *Storia dell'economia italiana*, cit., 6-11. In particolare, ad avviso dell'autore, l'Italia non è stata abbondantemente dotata di una delle risorse fondamentali di tutti i tempi, la fertilità del terreno. Il Paese è, infatti, circondato ai suoi confini settentrionali dal grande semicerchio delle Alpi, che danno magri raccolti. Ad eccezione delle pianure padana e pugliese, il resto del Paese è attraversato dagli Appennini, che alti e prossimi al mare riducono il terreno arabile a qualche vallata, a qualche altipiano e a qualche costa scoscesa. In tal modo soltanto la metà del terreno italiano è coltivabile e gli ettari coltivabili sono nettamente inferiori a quelli di altri Paesi, come la Francia. A ciò si aggiunga che l'Italia è priva di quelle risorse naturali, che hanno permesso agli uomini della civiltà occidentale, durante gli ultimi due secoli, di provvedere ai materiali per la produzione e per le fonti di energia. L'Italia ha, infatti, pochissimo carbone, le riserve minerarie sono limitate, il petrolio e il metano, del qual ultimo vi è abbondanza, sono stati scoperti solo dopo la prima guerra mondiale e non ebbero un ruolo importante nello sviluppo economico fino a dopo la seconda guerra mondiale. Fa ad eccezione a ciò, l'abbondanza di acqua, grazie alla presenza di fiumi e laghi, alimentati costantemente dallo sciogliersi delle nevi, acqua che serve per l'agricoltura e per l'industria e per la produzione di energia elettrica. Sul punto, *cf.* altresì ARE, *Alle origini dell'Italia industriale*, Napoli, Giuda editore, 1974, 5-256 e LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1979, 361 ss.

⁵⁷ SHEPARD B. CLOUGH, *Storia dell'economia italiana*, cit., 11, che sottolinea come la mancanza di via di comunicazione era compensata dal traffico marittimo costiero, grazie al fatto che l'Italia è circondata dal mare. Tuttavia, le distanze, come quella dal porto di Genova a quello di Palermo, erano notevoli. Al contempo, i porti italiani, anche dopo l'apertura del canale di Suez, non erano collocati in posizioni strategiche in modo da attirare una porzione cospicua del traffico oceanico, con conseguente calo di sviluppo del commercio estero.

⁵⁸ SHEPARD B. CLOUGH, *Storia dell'economia italiana*, cit., 13-15, che sottolinea come il Mezzogiorno non sia mai riuscito a riunire i fattori essenziali dello sviluppo economico rispetto al Settentrione. Della necessità di portare le condizioni economiche del Mezzogiorno al livello del Settentrione, se ne sono occupati gli statisti italiani, compiuta l'unificazione; a tal fine, si realizzò la linea ferroviaria, si impose l'istruzione obbligatoria, e, dopo la seconda guerra mondiale, si diede mano ad un programma massiccio d'investimenti e di sviluppo per il miglioramento delle condizioni delle regioni meridionali.

alla conclusione della quale l'economia italiana era scesa ad un livello che sembrava senza speranza, essendo stata spesa la maggioranza della ricchezza nazionale per la guerra. Il tutto aggravato dalla necessità morale e politica di ricostruire un Paese dalle ceneri del fascismo, mediante l'opera dell'Assemblea Costituente ⁵⁹.

È giocoforza pensare che in un simile contesto non si siano ancora poste le basi per l'emergere del problema della concorrenza, come sopra inteso. Se un simile problema era presente, si era, probabilmente, posto nei suoi minimi termini, alla stregua di un conflitto tra imprenditori, di una dimensione relazione, intersoggettiva, come necessità di salvaguardare chi esercita correttamente l'iniziativa economica da possibili situazioni di concorrenza sleale o da contesti, che, fisiologicamente, falsano il gioco della concorrenza e che legittimano limitazioni contrattuali della concorrenza.

In quel momento buio, tuttavia, prende origine quello che verrà definito il *miracolo italiano*: a tre anni dalla fine della seconda guerra mondiale, la produzione risale ai livelli del periodo prima dello scoppio della guerra e, a quindici anni dalla fine della guerra, il reddito nazionale è pressoché raddoppiato.

Le ragioni di questo miracolo sono dovute a numerosi fattori, che devono essere tutti presenti e devono intrecciarsi tra di loro, come concause necessarie. Tra queste si annovera come determinante l'aver eretto il miglioramento economico a obiettivo nazionale, dedicando ogni risorsa all'espansione economica; ancora, vi si ricomprende l'afflusso di capitali - esteri e provenienti anche da risparmi nazionali - capaci di fornire quella liquidità necessaria per provvedere alla domanda di attrezzature essenziali, come alloggi, acquedotti, strade ed edifici pubblici, nonché di beni di uso domestico e di beni di uso durevole. In aggiunta, vi si include la rifioritura del commercio multilaterale ed estero, ivi inclusa anche l'esportazione dei prodotti, di quello che sarà destinato a divenire il cosiddetto *made in Italy*, compensando così le spese necessarie per

⁵⁹ SHEPARD B. CLOUGH, *Storia dell'economia italiana*, cit., 351-352.

l'importazione di materie prime. Tra le ragioni si ricomprende - di più di tutto quanto detto fino ad ora - in modo decisivo e centrale la volontà di raggiungere un vero sviluppo economico, divenuto degno sostituto dei caduti ideali nazionali, in attesa dell'avvento della Repubblica. Infine, vi si ascrivono fattori quali la stabilizzazione della moneta e la formazione della Comunità Economica Europea⁶⁰.

Oltre a ciò, lo studio della storia economica consente, altresì, di affermare che, mentre i tre principali settori dell'economia hanno subito un'implementazione nel corso del XIX secolo, il commercio ha vissuto la propria solo verso la metà del XX secolo. Infatti, nelle forme del commercio all'ingrosso e al minuto, nei Paesi ad alto livello di vita, non si registrano cambiamenti rilevabili tra quelle del XIX secolo e quelle presenti fino alla seconda guerra mondiale. Lo scenario era il seguente: ad una folla di piccoli negozianti si contrappone la concorrenza dei grandi magazzini, dei negozi a succursali multiple, delle cooperative, moltiplicatesi in Europa e rappresentanti nuove forme di commercio integrato, già tendenti a standardizzare i prodotti venduti, a ridurre leggermente i margini dei benefici, spesso eccessivi, dei venditori al minuto.

Pertanto, soltanto dopo il 1945, è iniziata anche in Europa - come in Giappone e negli Stati Uniti - la vera rivoluzione, rivolta ad adattare il commercio, da un lato, alla produzione di massa, in modo che il ritmo delle vendite sia in grado di seguire quello delle catene di produzione, e, dall'altro, allo sviluppo delle città moderne, il tutto con il fine ultimo di procurare un vantaggio per il consumatore. Il commercio, in altri termini, si industrializza, rispondendo alla necessità dell'economia di massa del XX secolo⁶¹.

⁶⁰ SHEPARD B. CLOUGH, *Storia dell'economia italiana*, cit., 382-386 e 478-483. Il pensiero di Clough è ripreso ampiamente da ARE, *Alle origini dell'Italia industriale*, cit., 345-362.

⁶¹ ALAIN LESOURD, GERARD, *Storia economica dell'Ottocento*, cit., 531-533. Sullo sviluppo economico italiano del secondo dopoguerra si veda anche ARE, *Industria e politica in Italia*, cit., 27-80.

Solo con l'avvento di un vero e proprio processo di industrializzazione, con il passaggio dall'Italia contadina all'Italia operaia, solo con il cosiddetto *boom economico*, solo con il verificarsi dell'inizio di un cambiamento sociale, il mercato è divenuto quello attuale e quello oggetto di studio della scienza economica.

Il problema di realizzare, quindi, una concorrenza di mercato presuppone e ha presupposto che vi sia e che vi fosse l'esistenza di una vera e propria economia di mercato, caratterizzata da quegli elementi evidenziati dalla scienza economica, sicché solamente quando si è raggiunta quella fase della produzione industriale italiana è emerso il problema di tutelare la libertà di concorrenza nel senso di individuazione e di ricerca di soluzioni per mantenere in equilibrio il mercato, per garantirne il corretto funzionamento nel suo insieme complessivo.

In questa nuova prospettiva, la concorrenza *non rileva più tanto e solo in quanto* rapporto intersoggettivo tra concorrenti, ma come *modus operandi* di tutte le relazioni economiche. E solo in questo momento della storia dell'economia italiana si è iniziata ad avvertire la necessità di interventi di politica economica idonei ad assicurare una concorrenza sostenibile e protesa verso una concorrenza perfetta mediante l'adozione della legge *antitrust*.

Precedentemente a questo momento della storia dell'economia e del diritto, *qual è stato l'oggetto della tutela della legislazione italiana in materia di concorrenza?*

Prima dell'emergere di un mercato così come inteso dalla scienza economica, prima del succitato sviluppo industriale, il legislatore italiano si è preoccupato:

- di assicurare l'ordinato e corretto svolgimento della concorrenza attraverso la repressione degli atti di concorrenza sleale mediante disposizioni di cui agli artt. 2598-2601 cc;

- di apprestare un sistema di tutela dei diritti di proprietà industriale, ora contenuti nel Codice della Proprietà Industriale, conscio che una tutela degli stessi sia fondamentale per lo svolgimento corretto della concorrenza;

- di consentire limitazioni negoziali e di imporre obblighi di non concorrenza al verificarsi di determinate situazioni, frequenti nella realtà di una vita di un'impresa, contenute in diverse disposizioni del Codice Civile ⁶².

In questa ottica, pertanto, emerge come la tutela della libertà di concorrenza sia intesa alla stregua di garanzia del diritto del singolo all'iniziativa economica e allo svolgimento della stessa, scevro da turbative, che non siano quelle imposte dalle normali regole della concorrenza. In altri termini, emerge una dimensione *sogettiva* della concorrenza, non vi è traccia di una sua portata *oggettiva* di mercato.

Alla luce di quanto esposto, si è compiuta, in realtà, un'operazione interpretativa particolare, ossia si sono delineate due diversi significati dell'unitario bene giuridico «concorrenza».

Infatti, l'esegesi, posta in essere, rivela che lo stesso fenomeno può essere visto da due punti di vista diversi: la concorrenza o -meglio la libertà di concorrenza – è tanto un *bene giuridico collettivo* quanto un *bene giuridico individuale*.

Più precisamente, il bene giuridico concorrenza si declina sia in un'accezione collettiva sia in un'accezione individuale: nel dettaglio, nel primo senso viene in rilievo la concorrenza *quale* regola di funzionamento del mercato, *quale* equilibrio concorrenziale, *quale* propensione verso l'idealtipo concorrenza perfetta, e *della quale* si occupa la legislazione *antitrust*; nel secondo significato, la concorrenza viene intesa alla stregua del diritto del singolo imprenditore – o

⁶² Diffusamente, VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 3-144 e 651-661, AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, Torino, 2016, 1-430, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 233-242 e 242-260, ABRIANI, *I segni distintivi*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, II, 1-168, ABRIANI, COTTINO, *I brevetti per invenzione e per modello*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di Diritto Commerciale*, cit., 171-268, ABRIANI, COTTINO, *La concorrenza sleale*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di Diritto Commerciale*, cit., 271-334, SCUFFI, FRANZOSI (a cura di), *Diritto Industriale Italiano*, Padova, 2014, I, 1 ss. Sul Codice della Proprietà Industriale, *cfr.*, ampiamente, VANZETTI (a cura di), *Codice della Proprietà Industriale*, Milano, 2013, 1 ss.

meglio del singolo concorrente – di esercitare l'attività economica libero da turbative che non siano quelle frutto del libero gioco della concorrenza ⁶³.

In altri termini, si sta riproponendo la distinzione tra *libertà di concorrenza* e *libertà della concorrenza*: più precisamente, la prima indica il diritto del singolo individuo all'iniziativa economica e quindi garantisce a ciascun soggetto la libertà di iniziativa economica, mentre la seconda denota il regime del mercato, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di operatori economici, nessuno in grado di influenzare da solo la dinamica degli scambi. La relazione fra le due libertà è evidente: la *libertà della concorrenza* in senso oggettivo presuppone la *libertà di concorrenza* in senso soggettivo, poiché se difetta la libertà di iniziativa economica, viene meno anche la stessa possibilità della presenza sul mercato di una pluralità di operatori ⁶⁴.

Nell'accezione collettiva, il bene giuridico concorrenza svolge la funzione di evitare che la libertà economica e la competizione fra imprese si traducano in atti e comportamenti, che pregiudichino in modo rilevante e durevole la struttura concorrenziale del mercato. In questo primo senso, l'oggetto di tutela non è tanto il singolo concorrente, ma il mercato sicché l'attenzione non può che essere rivolta proprio allo studio della legislazione *antitrust*.

Come già detto, il legislatore italiano ha introdotto più tardi, rispetto agli Stati con un'industria economicamente avanzata, una specifica disciplina antimonopolistica, la quale si è avuta con la legge n. 287/1990, che si propone, per l'appunto, di creare un complesso di norme tali da impedire al sistema economico di passare da un assetto concorrenziale ad assetti monopolistici, nonché si prefigge lo scopo che i mercati, che hanno un assetto oligopolistico o monopolistico e che non possono non averlo, perché, ad esempio, si tratta di un monopolio naturale, adottino il più possibile un sistema di funzionamento

⁶³ Per una breve disamina, sulla storia della legislazione *antitrust* italiana, cfr. D'ALBERTI, voce *Concorrenza*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 1140-1151.

⁶⁴ Sul punto, si veda diffusamente FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, vol VIII, Milano, 1961, 532.

concorrenziale. Per dare effettività di tutela, la legge ha istituito l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), un organo pubblico indipendente con il compito di vigilare sul rispetto della normativa antimonopolistica.

Invero, affermare che, fino all'introduzione della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'ordinamento italiano fosse completamente privo di una qualsiasi disciplina *antitrust* è improprio, in quanto, a partire dagli anni Cinquanta, la lacuna era, in parte, colmata dalla diretta applicabilità delle disposizioni in tema di *antitrust*, contenute nei Trattati istitutivi della Comunità Europea, nonché dall'art. 2597 cc in tema di obbligo di contrarre del monopolista ⁶⁵.

Quanto alla normativa comunitaria, essa, tuttavia, consentiva e consente di colpire le sole pratiche pregiudizievoli per il mercato economico europeo con esclusione di quelle esclusivamente lesive del mercato interno, le quali ultime di conseguenza erano prive di sanzioni. Al contrario, oggi, trovano applicazione entrambe le discipline: nel dettaglio, quella comunitaria reprime le pratiche anticoncorrenziali del mercato comunitario, mentre quella nazionale reprime i comportamenti anticoncorrenziali incidenti sul solo mercato nazionale ⁶⁶.

In riferimento all'art. 2597 cc, la disposizione obbliga chiunque eserciti un'impresa in condizione di monopolio a contrarre con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento. Con l'entrata in vigore della normativa *antitrust*, è venuta meno ogni

⁶⁵ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 220. A tal proposito, si precisa che, oltre alla normativa europea, sono da ricordare la legge 5 agosto 1981, n. 416 e la legge 6 agosto 1990, n. 223, oggi sostituita dal Testo Unico della Radiotelevisione, in quanto enunciati una disciplina specifica per i settori dell'editoria e della radiotelevisione, disciplina che sia affianca tuttora alla normativa *antitrust* nazionale.

⁶⁶ In tema di «*antitrust comunitario*» si vedano, *ex plurimis*, TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, 629-849, BENACCHIO, CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea, Atti del Convegno biennale Antitrust Trento, 18-19 aprile 2013*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 1 ss, AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, cit., 431-599, GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2013, 1-44, RICOLFI, *Antitrust*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 521-855, PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza, Profili sostanziali*, Torino, 2007, 1 ss. Nella dottrina non italiana, *cfr.* TIEDEMANN KLAUS, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, PPU S.A, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., 1993, 57-120.

spazio di applicazione della disposizione in esame: ai sensi dell'art. 8, secondo comma, legge 287/1990 alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato non si applica la normativa *antitrust*, in quanto il controllo pubblicistico dovrebbe garantire gli utenti. Alla luce dell'esenzione, le imprese in monopolio legale se non sono soggette alla legge *antitrust* non sono *a fortiori* soggette nemmeno alla regola codicistica così tacitamente abrogata ⁶⁷.

Individuato il quadro normativo di riferimento, l'interprete può descrivere il bene giuridico *collettivo* della concorrenza attraverso lo studio del diritto comunitario e del diritto nazionale *antitrust*, ponendosi l'interrogativo: «*in che cosa consiste concretamente la disciplina antitrust?*».

In shorts, si può affermare che la legislazione antimonopolistica, *nazionale o sovranazionale*, si occupa, da un lato, di individuare i fenomeni pericolosi per la concorrenza, e, dall'altro lato, di garantire l'effettività della tutela, mediante l'apposizione di un sistema sanzionatorio.

Quanto alle singole fattispecie anticoncorrenziali rilevanti, esse sono identiche tanto nel diritto nazionale quanto in quello comunitario sicché il lavoro dell'interprete è agevolato e si può affermare che i fenomeni, presi in considerazione, sono le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni ⁶⁸.

⁶⁷ In tal senso, VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 660-661, che affermano che, proprio perché, per espressa previsione normativa, la legge *antitrust* non si applica alle imprese che operano in un regime di monopolio legale, in quanto il controllo pubblicistico dovrebbe meglio garantire gli utenti del servizio, allora il monopolista legale è soggetto soltanto al controllo pubblicistico: in altri termini, la norma di esonero dall'applicazione della legge *antitrust* al monopolista legale non deve far pensare che detto operatore sia soggetto al solo art. 2597 cc, ma bensì che *a fortiori* non si applichi nemmeno più anche la norma codicistica.

⁶⁸ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 580-591, AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, cit., 431-599, GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, cit., 1-44, RICOLFI, *Antitrust*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 521-855.

Nel dettaglio, il divieto di intese concerne tre fattispecie tipiche: accordi tra imprese, deliberazioni di consorzi, associazioni tra imprese e organismi similari e pratiche concordate tra imprese.

Le intese ricorrono in presenza di accordi tra le imprese, volti a limitare, la propria libertà di azione sul mercato, come quelli che fissano prezzi uniformi o che contingentano la produzione. Anche in assenza di accordi, sono ugualmente illecite le deliberazioni di consorzi, le associazioni di imprese e organismi similari, e cioè ogni tipo di decisione, ogni tipo di organizzazione tra imprese capace di determinare un comportamento coordinato delle imprese aderenti talché ricomprende ogni tipo di decisione, a prescindere dal fatto che esse siano o non siano giuridicamente vincolanti per gli aderenti e quindi anche le pure raccomandazioni. Il problema di questo primo fenomeno illecito è la scoperta dell'intesa, ossia l'individuazione della stessa, e ciò, a sua volta, giustifica l'ultimo divieto riconducibile al divieto di intese, quello della proibizione delle pratiche concordate, espressione con cui si designa ogni forma di coordinamento dell'attività d'impresa, che si traduce in comportamenti paralleli o allineati tra imprese, adottati consapevolmente, in assenza di accordi espressi giuridicamente vincolanti. Il che non equivale di certo a reprimere in modo indiscriminato ogni comportamento analogo tra imprese, anche se non concordato; non significa né frenare parallelismi occasionali di comportamento, non durevoli nel tempo, né parallelismi durevoli nel tempo, motivati dall'esigenza di adeguarsi alle condizioni ed alle evoluzioni del mercato ⁶⁹.

In tale ambito, il divieto non ha per oggetto la generica proibizione di stipulare, anche per fatti concludenti o di fatto, intese, bensì concerne il divieto di addivenire alla conclusione di intese che abbiano, per oggetto o per effetto, quello di impedire, restringere, falsare *in maniera consistente* il gioco della

⁶⁹ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 595-614, AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, cit., 448-477; GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, cit., 82-198, RICOLFI, *Antitrust*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 565-683.

concorrenza all'interno del mercato nazionale o comunitario. Pertanto, le intese minori, che per la struttura del mercato non sono in grado di alterarne l'equilibrio concorrenziale, sono lecite. A ciò si aggiunga che l'Autorità Garante ha la possibilità di concedere esenzioni temporanee per le intese che siano in grado di migliorare le condizioni dell'offerta e che, quindi, abbiano un beneficio per il consumatore, a patto che la concorrenza non sia eliminata da una parte sostanziale del mercato.

Infine, si annoverano ipotesi tipiche di intesa illecita, quali le intese, che fissano, direttamente e indirettamente, i prezzi e le altre condizioni contrattuali e/o che colpiscono i prezzi minimi, i prezzi consigliati o anche una sola componente del prezzo. Se tale tipologia di intesa illecita è la più grave forma, non si possono sottovalutare le espressioni meno gravi di intese, come quelle volte a impedire o limitare o controllare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, attraverso la creazione di nuovi impianti, la canalizzazione delle vendite ovvero mediante gli accordi volti a realizzare scambi di informazioni sulle vendite, sui mercati, sulle attività, sulle condizioni di offerta. Tali ultimi accordi rappresentano il confine con l'ulteriore tipologia di intese vietate, quelle che realizzano una ripartizione sulle fonti di approvvigionamento o sulla clientela o sulle varietà di prodotti o di servizi. In aggiunta, sono vietati i cosiddetti patti di boicottaggio, e cioè le intese che applicano diverse condizioni di vendita allo scopo precipuo di favorire alcuni soggetti a danno di altri, creando così un effetto anticoncorrenziale. Infine, costituiscono intese vietate i contratti a prestazioni abbinate, che subordinano la conclusione e l'efficacia dei contratti all'accettazione di prestazioni supplementari svincolate dall'oggetto del contratto ⁷⁰.

⁷⁰ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 599-606, AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, cit., 448-477, GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, cit., 138-175, RICOLFI, *Antitrust*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 648-664.

Per quanto riguarda l'abuso di posizione dominante, la normativa *antitrust* non vieta all'impresa di esercitare un'influenza preponderante sul mercato, potendo permettersi di operare sul mercato senza prendere in considerazione i comportamenti degli altri concorrenti. Ciò che è vietato è solo lo *sfruttamento* abusivo di detta posizione, in quanto idonea a pregiudicare la concorrenza effettiva alla luce del mercato rilevante di riferimento, mercato che comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati ed alla luce della zona, geograficamente circoscritta, in cui le imprese fornitrici si pongono fra loro in rapporto di concorrenza ⁷¹.

In modo analogo a quanto accade per le intese, le concentrazioni si possono tradurre in imposizioni, ingiustificatamente gravose, dirette o indirette su prezzi o su altre condizioni contrattuali, in impedimenti o limitazioni agli sbocchi e agli accessi al mercato, allo sviluppo tecnico a danno dei consumatori, nell'applicazione, nei rapporti commerciali, di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti e nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non abbiano alcuna connessione con l'oggetto del contratto stesso ⁷².

⁷¹ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 227. Diffusamente, si vedano VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 615-628. A tal proposito, si ricorda che l'individuazione del mercato rilevante va effettuata in senso merceologico, e cioè alla stregua dell'effettiva intercambiabilità o sostituibilità dei prodotti, valutando l'intercambiabilità sia dal lato della domanda sia dal lato dell'offerta. Sull'abuso di posizione dominante, *cfr.* AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, cit., 478-508; GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, cit., 199-252, RICOLFI, *Antitrust*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 685-763.

⁷² A tal proposito, si rammenta che così come è vietato l'abuso della posizione dominante è, altresì, vietato l'abuso di dipendenza economica, in cui può versare un'impresa, che intrattiene contratti di commerciali con altre imprese anche in posizioni non dominanti, allorquando queste ultime siano in grado di determinare nei rapporti con la prima un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, alla luce anche della concreta possibilità di reperire per l'impresa vittima dell'abuso alternative soddisfacenti per il mercato. Sul punto, *cfr.* CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 229.

La disciplina antimonopolistica prende atto che quando una situazione di oligopolio è inevitabile, è fatto divieto a chi detiene un potere simile di tenere comportamenti pericolosi per il mercato e basati sullo sfruttamento abusivo della posizione dominante. Detti comportamenti, come appena ricordato, sono gli stessi che possono essere oggetto di intese, ossia l'imposizione di prezzi o di condizioni non eque, la limitazione alla produzione, agli sbocchi o allo sviluppo tecnico, il boicottaggio, i contratti leganti o a prestazioni abbinate, con cui si subordina la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari non connesse con l'oggetto del contratto. A differenza delle intese, però, si è in presenza di un divieto assoluto che non conosce esenzioni ⁷³.

Affinché un'impresa sia in posizione dominante, è necessario che essa sia in grado di influire notevolmente sul mercato e di tenere un comportamento relativamente indipendente. Tuttavia, tanto la normativa nazionale quanto quella sovranazionale non offrono una definizione di posizione dominante, la quale è stata descritta dalla giurisprudenza, mediante l'elaborazione di indizi rivelatori, come il possesso di una quota elevata di mercato assai elevata e, comunque, molto superiore a quella del concorrente più immediato ovvero una grande distanza rispetto al titolare della seconda quota di mercato ovvero, attraverso l'esistenza di barriere all'ingresso, quali particolari capacità finanziarie, tecniche e commerciali oppure ed, infine, mediante la presenza di una gamma di prodotti o servizi particolarmente vasta o l'esistenza di una forte integrazione verticale che crea sinergie a monte e a valle. Una posizione dominante può inoltre essere collettiva, ossia detenuta da più imprese indipendenti che si comportano come un unico soggetto nel mercato, ponendosi in tal caso il problema della demarcazione rispetto alla pratica concordata, demarcazione che viene individuata proprio a seconda del fatto che le imprese si presentino ai terzi come

⁷³ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 615.

una realtà sostanzialmente unitaria dal punto vista economico e giuridico o meno⁷⁴.

L'ultimo comportamento illecito, preso in considerazione dalla legislazione *antitrust*, è dato dalle operazioni di concentrazione fra imprese, che ricorrono quando due o più imprese si fondono dando così luogo ad un'unica impresa o divenendo un'unica entità economica o costituendo un'impresa societaria comune. Lo scopo di questa co-partecipazione è quello di coordinare i comportamenti economici tra di loro, ampliando la quota di mercato, mediante la riduzione del numero delle imprese indipendenti nel settore⁷⁵.

Ogni operazione di concentrazione, riducendo il numero degli operatori, incide, quindi, inevitabilmente e negativamente, sull'equilibrio e sull'efficienza del mercato. Tuttavia, l'assunto non è una verità assoluta: le operazioni di concentrazione possono avere una valenza positiva, perché possono razionalizzare gli assetti della produzione o della distribuzione sicché si deve rintracciare il limite tra lecita ristrutturazione, idonea ad accrescere la competitività delle imprese, ed illecita concentrazione. Detto limite è individuato nella capacità della stessa di alterare il regime concorrenziale sicché, se quest'ultimo è alterato, allora la concentrazione è illecita. Pertanto, sono vietate *tutte e solo* le operazioni di concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva sul mercato comunitario o su una sua parte rilevante,

⁷⁴ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 616-619, che reputano sempre esistenti una posizione dominante in presenza di una quota di mercato superiore al 70%. Il possesso di una quota di mercato compresa tra il 50% e il 70% fa presumere l'esistenza di una posizione dominante, ma l'impresa può provare l'esistenza di una concorrenza effettiva. Una quota di mercato tra il 30% e il 50% integra un forte indizio di una posizione dominante. Una quota di mercato inferiore al 30% fa presumere l'inesistenza di una posizione dominante.

⁷⁵ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 229-230, AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale*, cit., 509-539, GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, cit., 253-303, RICOLFI, *Antitrust*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 803-855.

anche portando alla costituzione e al consolidamento di una posizione dominante
76.

In particolare, la disciplina comunitaria guarda all'efficienza complessiva dell'operazione per il mercato, avendo cura di precisare i criteri idonei a valutare ed a verificare se gli effetti dell'operazione siano reali e non ostativi della concorrenza. Per l'esattezza, la normativa comunitaria fornisce un elenco piuttosto articolato, proponendo che si tenga conto della posizione che le imprese vantano già sul mercato, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta che rimarrebbero a produttori e fornitori, degli interessi dei consumatori e dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico ⁷⁷.

La concentrazione può essere realizzata non solo mediante modificazioni dell'assetto societario, per mezzo di fusioni o scissioni o acquisti di controllo, ma anche attraverso operazioni, che non modificano l'assetto societario, come acquisti di partecipazioni minoritarie, alleanze strategiche, operazioni in *joint*

⁷⁶ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 629-639. A tal proposito, si precisa che la normativa sovranazionale di riferimento non sono le disposizioni del Trattato, come per le intese e l'abuso di posizione dominante, ma il Regolamento n. 139/2004, recepito dalla normativa nazionale con modifica alla legge n. 287/1990. La ragione di ciò è individuabile nel fatto che in un primo momento, all'epoca della redazione del Trattato C.E., le operazioni di concentrazione erano valutate positivamente, proprio in ragione dei positivi effetti di razionalizzazione degli assetti della produzione e della distribuzione a seguito della ristrutturazione sicché, solo successivamente, si è presa consapevolezza della loro capacità di produrre effetti anticoncorrenziali con conseguente disciplina del fenomeno con fonte regolamentare. Da considerare che il Regolamento delinea una competenza esclusiva della C.E. per le concentrazioni di interesse comunitario, lasciando ai sistemi nazionali le concentrazioni di interesse esclusivamente nazionale. A tal fine, sono considerate di interesse comunitario le concentrazioni tra imprese, il cui fatturato totale a livello mondiale superi i cinque miliardi di Euro, qualora almeno due delle imprese coinvolte abbiano ciascuna un fatturato totale, realizzato nella Comunità, superiore a 250 milioni di Euro, ad eccezione dell'ipotesi in cui le imprese realizzino oltre i due terzi del fatturato totale all'interno di un unico stato membro. Oltre a ciò, le operazioni di concentrazione tra imprese il cui fatturato totale a livello mondiale sia nell'insieme superiore a 2.5 miliardi di euro, qualora il loro fatturato totale, in almeno tre stati membri, sia nell'insieme superiore a 100 milioni di euro ed il fatturato individuale di almeno due di esse in almeno tre stati membri sia superiore a 25 milioni di euro ovvero il fatturato individuale di almeno due di esse nella Comunità sia superiore a 100 milioni di euro. Le operazioni di concentrazione, che esulano dalla normativa comunitaria, possono essere oggetto di controllo da parte del diritto nazionale, che, peraltro, prevede una soglia dimensionale molto bassa, aggiornata periodicamente, sicché il controllo è diffuso e, al contempo, tutte le operazioni sono realizzabili, a meno che non siano vietate dall'Autorità.

⁷⁷ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 630-631.

venture. Addirittura, le concentrazioni possono avvenire tra soggetti che sul mercato presentano diversi livelli (*concentrazione verticale*) oppure che presentano lo stesso livello (*concentrazione orizzontale*) ovvero tra operatori per cui non esiste alcuna relazione funzionale (*concentrazione conglomerale*)⁷⁸.

Non resta ora che analizzare il sistema sanzionatorio: che succede in caso di accertata violazione del diritto antitrust?

Preliminarmente, si deve precisare che il controllo *antitrust* comunitario è affidato alla Commissione Europea, mentre quello italiano è di competenza della già ricordata Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato (AGCM), istituita con la legge n. 287/1990.

Le violazioni del diritto *antitrust* sono sanzionate con i rimedi civilistici della nullità del patto, dell'inibitoria o della riduzione in ripristino e del risarcimento del danno, nonché con la commisurazione di sanzioni amministrative pecuniarie. Invero, l'attenzione va posta su queste ultime, sulle ammende pecuniarie, ossia sulle sanzioni di natura amministrativa, il cui ammontare è proporzionale alla gravità e alla durata dell'illecito, poiché i rimedi civilistici, considerata, in particolar modo, la difficoltà di provare il risarcimento del danno, presentano, in concreto, una scarsa efficacia talché ben si intuiscono l'efficacia e l'efficienza di una sanzione amministrativa pecuniaria⁷⁹.

Nel dettaglio, il divieto di intese è sanzionato con la nullità, che può essere fatta accertare in giudizio da chiunque, indipendentemente dall'iniziativa dell'Autorità. La quale, a sua volta, con apposita istruttoria, verifica le infrazioni commesse, dispone l'inibitoria e adotta i provvedimenti per la rimozione degli effetti anticoncorrenziali già prodottisi, una sorta di riduzione in ripristino, ivi incluse sanzioni amministrative pecuniarie sia quale conseguenza dell'illecito sia in caso di violazione dell'ordine di eliminazione. In relazione agli abusi di posizione dominante, stante l'assenza di un sistema di esenzioni, accertata la

⁷⁸ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 631-635.

⁷⁹ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 644-647.

violazione, ne è ordinata la cessazione, sono adottate le misure ripristinatorie e sono irrogate le sanzioni pecuniarie sia per la commissione dell'illecito *antitrust* sia per l'inottemperanza alla diffida di cessazione. Tanto nell'ipotesi di intesa restrittiva della concorrenza quanto in quella di abuso di posizione dominante, è disposta l'irrogazione, nei confronti dei soggetti, ai quali vengono richiesti i relativi elementi utili, ai fini dell'istruttoria, di una sanzione amministrativa pecuniaria, se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti ovvero se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri, con possibilità di essere sottoposti ad ulteriori sanzioni previste dall'ordinamento. Infine, quanto alle concentrazioni, esse non possono essere ovviamente oggetto di nullità, ma possono essere vietate, a seguito sempre degli esiti dell'istruttoria in capo all'Autorità, se si ritiene che le stesse comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante con effetti stabilmente e durevolmente distorsivi per la concorrenza ovvero possono essere adottate misure ripristinatorie, se la concentrazione è già stata posta in essere. All'inottemperanza di questo ordine, nonché al mancato obbligo di notifica di un'operazione di concentrazione, segue l'irrogazione di pesanti sanzioni pecuniarie, alle quali potrebbero sommarsi quelle irrogabili ai soggetti, tenuti a fornire informazioni nel corso dell'istruttoria, che omettono, rifiutano o comunicano il falso nel corso dell'istruttoria ⁸⁰.

Delineato in questi termini il bene giuridico *collettivo concorrenza*, si passa ora allo studio della sua accezione *individuale*.

A tal proposito, si possono senz'altro individuare due aree di intervento normativo: da un lato, la disciplina delle limitazioni legali della concorrenza, dall'altro lato, il sottoinsieme di norme sulla concorrenza sleale.

Procedendo con ordine, con le limitazioni della concorrenza del primo gruppo, il legislatore fornisce un tessuto minimo di regole a tutela del principio di libertà di concorrenza, tessuto contiguo a quello della concorrenza sleale.

⁸⁰ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 225-226, 229 e 232-233.

Il microsistema normativo in questione presenta, innanzitutto, una norma di mero rinvio, rappresentata dall'art. 2595 cc, rubricata «*Limiti alla concorrenza*» e a tenore della quale «*La concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge e dalle norme corporative*»⁸¹.

Posto che il richiamo agli interessi dell'economia nazionale non può fondare una disciplina, la norma si pone come norma di puro rinvio alle altre norme di legge, tra cui la normativa *antitrust* e la concorrenza sleale. Inoltre, il richiamo è, anche, a talune norme del codice civile, che si riferiscono a soggetti, i quali sono legati da un particolare rapporto con un'impresa, fino al momento in cui, interrompendo detto legame, passano da collaboratori dell'impresa, nell'accezione più lata del termine, a concorrenti della stessa, potendo creare una concorrenza particolarmente insidiosa, cosiddetta differenziale⁸².

Quanto detto è la *ratio* di simili norme, le quali se, da un lato, sono derogabili, dall'altro, sono suscettibili di interpretazione estensiva ed analogica, essendo ormai superato l'orientamento che le qualificava come di stretta interpretazione, in quanto eccezioni al principio della libertà di concorrenza. Pertanto, ogniquale volta si ravvisa un rischio di concorrenza differenziale, analogo a quello espressamente regolamentato, è doveroso ricorrere all'applicazione analogica delle norme previste, espressione di un principio generale⁸³.

Quali sono, quindi, dette norme?

In primo luogo, viene in rilievo l'art. 2105 cc, che concerne l'obbligo di fedeltà da parte del lavoratore subordinato, il quale non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa (c.d. *know how* tecnico), o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio. Pertanto, la norma vieta il divieto di trattare affari in concorrenza con il datore di lavoro e il

⁸¹ È necessario sottolineare che le norme corporative sono state abrogate, quali fonti di diritto, per effetto della soppressione dell'ordinamento corporativo, con il R.D. 09 agosto 1943, n. 721.

⁸² CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 219.

⁸³ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 651-652.

divieto di divulgare notizie attinenti all'azienda e di farne uso, con la precisazione che le informazioni aziendali, la cui conoscenza può essere utile ai concorrenti, prescindono dal fatto che esse siano segrete e quindi oggetto di sistema di protezione da parte dell'imprenditore. Mentre il divieto di divulgare notizie segrete continua ad essere vigente, anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro, il divieto di cui all'art. 2105 cc viene meno con il venir meno del contratto di lavoro. Ciò spiega la ragione per cui, l'art. 1125 cc consente, in pendenza del rapporto di lavoro, di stipulare un patto con cui il lavoratore si obbliga a non svolgere attività in concorrenza con l'ex datore di lavoro per un periodo successivo alla cessazione del rapporto. Oltre alla forma scritta *ad substantiam*, il legislatore stabilisce che la durata massima sia di cinque anni se si tratta di dirigenti o di tre anni in tutti gli altri casi, che debbano essere circoscritti oggetto e luogo e che sia previsto un corrispettivo adeguato a favore del lavoratore. Il giudizio di bilanciamento per la valutazione della conformità alla norma dei limiti di oggetto e di luogo va condotto tenendo in considerazione l'interesse dell'imprenditore ad evitare la concorrenza differenziale dell'ex dipendente e l'interesse del lavoratore a conservare dei margini effettivi di svolgimento di un'attività lavorativa ⁸⁴.

Secondariamente, nel microsistema in esame vengono in rilievo gli obblighi di non concorrenza di diritto societario, di cui agli artt. 2301, 2318, 2390 cc per i soci e gli amministratori e di cui agli artt. 2452, 2463, 2487 cc per i liquidatori. In particolare, si vieta a soci, amministratori e liquidatori, di svolgere per conto proprio o altrui un'attività concorrente con quella della società, intendendo per attività quella effettivamente svolte dalla società.⁸⁵

⁸⁴ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 653-655; sull'obbligo di fedeltà del lavoratore subordinato, si vedano, *ex plurimis*, MENEGATTI, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato*, Padova, 2012, 1 ss, SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro subordinato L'identificazione della fattispecie* in SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Privato e pubblico*, Torino, 2014, 39-40, GALANTINO, *Diritto del lavoro, Editio Minor*, Torino, 2014, 284-285, GHERA, GARILLI, GAROFOLO, *Diritto del Lavoro*, Torino, 2015, 117-119, BALLESTRERO, DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, Torino, 2015, 359-373.

⁸⁵ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 656-659.

In terzo luogo, nel microsistema si prende in considerazione l'obbligo di non concorrenza di chi aliena l'azienda, sancito dall'art. 2557 cc: più precisamente, si fa obbligo a chi aliena l'azienda o dà l'azienda in usufrutto o in affitto di astenersi dall'iniziare una nuova impresa, che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze, sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta. Anche in questo caso, la legge detta un limite temporale di cinque anni per la validità del divieto, la cui operatività è ristretta all'avvio di nuove attività, essendo quindi non inibita la prosecuzione di attività preesistenti all'alienazione d'azienda. La *ratio*, sottesa alla norma, è quella di tutelare l'avviamento dell'azienda che acquista, senza rischiare che esso gli sia sottratto proprio dall'alienante, ossia colui che più facilmente può sottrarglielo ⁸⁶.

In quarto ed ultimo luogo, il codice civile prende in considerazione anche la figura dell'agente, stabilendo all'art. 1743 cc un diritto di esclusiva e all'art. 1751 *bis* cc un patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di agenzia. Le norme ricalcano analogicamente gli artt. 2105 e 2125 cc e ne fanno propri i principi sottesi ⁸⁷.

A chiusura di questo microsistema, il legislatore pone due disposizioni, destinate ad aver perso la già scarsa rilevanza a seguito dell'entrata in vigore della legislazione *antitrust*. Invero, le norme in questione sono la conferma di quanto l'economia italiana, coeva all'introduzione delle disposizioni, fosse lontana da quella che si è sviluppata successivamente e che ha reso necessario il ricorso alla legge *antitrust*. Infatti, l'art. 2596 cc sancisce che è possibile stipulare patti, che limitano la concorrenza, imponendo la forma scritta *ad probationem*, dalla durata massima quinquennale e con la presenza di limiti territoriali ed oggettivi. Il collegamento con le intese restrittive della concorrenza, vietate dalla legge *antitrust*, è immediato per cui la questione della stessa sopravvivenza dell'art. 2596

⁸⁶ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 656-659. Fra i molti, nella dottrina giuslavorista, *cfr.* PERINA, BELLIGOLI, *Il rapporto di agenzia, aggiornato al nuovo AEC del 30 luglio 2014*, Torino, 2015, 289-304.

⁸⁷ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 656-659.

cc, successivamente all'entrata in vigore della legge n. 287/1990, è un interrogativo obbligatorio. La soluzione accolta è quella di ritenere che la disposizione in esame sopravviva e si applichi ai patti limitativi della concorrenza, che non toccano né il mercato nazionale né una sua parte rilevante, ossia non siano sottoposti all'applicazione della legge n. 287/1990 che si occupa delle intese restrittive della concorrenza che interessano il mercato nazionale o una sua parte rilevante. *A ben vedere, si coglie qui nuovamente la dimensione individuale del bene concorrenza.* Lo spazio di applicazione dell'art. 2596 cc, invero, concerne quindi gli accordi bilaterali o plurilaterali, purché circoscritti ad una determinata zona o una determinata attività, e cioè ancora un patto tra concorrenti che non determina un danno potenziale al mercato concorrenziale ⁸⁸.

Di indiscusso e più importante rilievo è il secondo ambito, che va a delineare l'accezione individuale della libertà di concorrenza, ossia la disciplina della concorrenza sleale, la quale si occupa della competizione esistente presso una pluralità di imprenditori, che offrono beni o servizi identici o simili con l'obiettivo di conquistare un potenziale pubblico di consumatori e conseguire il maggior successo economico. Detta competizione può essere anche rude e pesante, ma deve, pur sempre, svolgersi in modo corretto e leale ed a garanzia di ciò sono volte le disposizioni in materia di concorrenza sleale ⁸⁹.

Si deve delineare, conseguentemente, il confine tra concorrenza lecita e illecito concorrenziale e, a tal fine, la norma di riferimento è l'art. 2598 cc, che regola i rapporti di coesistenza sul mercato fra imprenditori concorrenti. Così sintetizzando, in realtà, si stanno delineando i due presupposti per l'applicazione

⁸⁸ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 656-659, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 238-242, DI TULLIO, *art. 2596 cc*, in MARCHETTI, UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016, 2293-2313.

⁸⁹ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 243, che ricorda come il Codice del Commercio del 1882 non conteneva una disciplina della concorrenza sleale sicché si ricorreva alla disciplina generale dell'illecito civile e nell'elaborazione pretoria si era formato in complesso di regole del gioco della concorrenza. In punto di concorrenza sleale, *cfr.* DI TULLIO, *art. 2598 cc*, in MARCHETTI, UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 2316-2375, ABRIANI, COTTINO, *La concorrenza sleale*, cit., 271-334, VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 3-146 e 572-575.

della disciplina: da un lato, la qualità di imprenditore di chi pone l'atto di concorrenza sleale e di chi lo subisce e, dall'altro lato, l'esistenza di un rapporto di concorrenza, che ricorre quando due soggetti offrono sullo stesso mercato beni o servizi idonei a soddisfare, anche in via succedanea, gli stessi bisogni o bisogni simili, rapporto che può essere tanto effettivo quanto potenziale, tanto orizzontale quanto verticale ⁹⁰.

I comportamenti, che costituiscono concorrenza sleale sono definiti dall'art. 2598 cc, in cui si contrappongono due parti: più precisamente, la prima contiene due fattispecie tipiche e specifiche, che sono quelle confusorie (art. 2598 n. 1 cc) e quelle dell'appropriazione di pregi e della denigrazione (art. 2598 n. 2 cc); la seconda enuncia, invece, una regola generale (art. 2598 n. 3 cc) ⁹¹.

Quanto agli atti di confusione, sono atti di concorrenza sleale l'uso di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o i segni distintivi *legittimamente usati* da altri, l'imitazione servile dei prodotti di un concorrente e il compimento di ogni atto idoneo a creare confusione o con l'attività di un concorrente. La *ratio* sottesa a questa fattispecie risiede nella constatazione secondo la quale se è lecito attrarre a sé l'altrui clientela, non è lecito farlo avvalendosi di mezzi che possono trarre in inganno il pubblico sulla provenienza dei prodotti e sull'identità personale dell'imprenditore. La non lealtà di questi mezzi è dovuta al fatto che sfruttano il successo che i concorrenti vantano sul mercato. I comportamenti confusori, quindi, consistono nell'uso di segni

⁹⁰ In relazione ai requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina, si vedano VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 13-23, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 248, ABRIANI, COTTINO, *La concorrenza sleale*, cit., 271-288. In particolare, ai fini dell'esistenza del rapporto di concorrenza, si deve vagliare non solo la *concorrenza effettiva*, in quanto già in essere, ma anche la *concorrenza potenziale*, in *fieri*, valutata alla luce della prevedibile espansione territoriale e dello sviluppo merceologico in prodotti complementari o affini dell'attività dell'imprenditore che subisce l'atto di concorrenza sleale. Oltre alla *concorrenza effettiva o potenziale*, viene in considerazione la *concorrenza verticale*, che si contrappone a quella *orizzontale* e che riguarda operatori che agiscono a diversi livelli economici, come produttore e rivenditore, come grossista e dettagliante, poiché ciò che rileva è la capacità di incidere sulla stessa categoria di consumatori come risultato finale.

⁹¹ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 25, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 248-249, ABRIANI, COTTINO, *La concorrenza sleale*, cit., 289-327.

distintivi tipici e atipici, purché legittimamente usati e quindi dotati di capacità distintiva, nell'imitazione servile, ossia nella pedissequa riproduzione di elementi, non necessari e caratterizzanti, della forma esteriore dei prodotti del concorrente, riproduzione realizzata in modo tale che il consumatore sia indotto a pensare che il prodotto provenga dalla stessa impresa. Ovviamente, non si incorre in un'ipotesi di concorrenza sleale confusoria per imitazione servile allorché l'imitazione abbia ad oggetto forme comuni o standardizzate. Poiché, in tale evenienza, difetta proprio la capacità distintiva della forma stessa e quindi la sua idoneità ad essere collegata ad una determinata impresa. Infine, è atto di concorrenza sleale l'uso di ogni altro mezzo idoneo a creare confusione con i prodotti o con l'attività di un concorrente, formula che consente di qualificare come illecito ogni possibile, non prevedibile, non ancora ideato, comportamento confusorio ⁹².

Per quanto riguarda la seconda fattispecie tipica della denigrazione e dell'appropriazione di pregi, vengono in considerazione due atti di concorrenza sleale diversi tra di loro, ma che presentano in comune la finalità di falsare gli elementi di valutazione comparativa del pubblico dei consumatori attraverso comunicazioni indirizzate a terzi. In particolare, la denigrazione consiste nella diffusione di notizie e di apprezzamenti sui prodotti, sull'attività di un concorrente e sulla situazione, nella quale versa l'impresa, idonei a determinarne il discredito, ossia la perdita o diminuzione della buona reputazione, della fiducia di cui un'impresa ed i suoi prodotti o servizi godono sul mercato. L'effetto screditante deve causare un *danno concorrenziale* che può seguire ad una diffusione tanto intensa da creare una situazione permanente di discredito ovvero può essere indotto dalla mancata conclusione anche di un solo singolo affare. In verità, è raro che le notizie o gli apprezzamenti screditanti diffusi riguardino i prodotti o l'attività del concorrente in sé considerati, ma è, più frequente, che vi sia una

⁹² VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 35-73 e CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 248-249.

comparazione, ossia un collegamento con i prodotti o con l'impresa dell'autore della denigrazione, nonché una *magnificazione del proprio prodotto*, che sottende un'efficacia screditane, solamente implicita o indiretta, derivante dalla rivendicazione di unicità dei propri prodotti con denigrazione di quelli altrui mediante pubblicità iperbolica o superlativa. Altrettanto riconducibili all'art. 2598 n. 2 cc, sono le cosiddette *diffide*, comunicazioni con cui si invita perentoriamente un soggetto o una pluralità di soggetti a tenere un certo comportamento – solitamente un *non facere* – che, se tenuto, costituisce violazione di un diritto del diffidente. È logico che, affinché l'effetto screditante si verifichi, è necessario che le denunce siano rivolte non al singolo soggetto, ma al pubblico e che la diffida sia priva di fondamento o che il suo contenuto oltrepassi i limiti della necessaria tutela del proprio diritto. I comportamenti denunciati possono riguardare la divulgazione di notizie, che possano screditare la reputazione commerciale concorrente, come la diffusione di notizie sulle difficoltà finanziarie, sulla scarsa esperienza, sulla scarsa puntualità, su procedimenti giudiziari in corso⁹³.

La seconda delle fattispecie, disciplinate dall'art. 2598 n. 2 cc, è l'appropriazione di pregi altrui, laddove per pregi si deve intendere una qualsiasi caratteristica, una qualità positiva dell'impresa o dei prodotti, che sia percepita in

⁹³ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 75-88 e CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 251-253. La fattispecie della comparazione trova attuazione soprattutto in sede pubblicitaria tanto che la comparazione attuata senza la pubblicità può ritenersi marginale. La pubblicità comparativa consente se veritiera di meglio informare i consumatori. Tuttavia, la stessa si è mostrata più volte come una delle forme più aggressive e rissose di concorrenza. Con la finalità di protezione dei consumatori, la pubblicità comparativa è disciplinata dal d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 67, di recepimento della Direttiva n. 97/55/CE e di integrazione del d. lgs. 74/1992 in tema di pubblicità ingannevole. La pubblicità ingannevole e comparativa è oggi oggetto del d. lgs. 145/2007, che definisce come pubblicità qualunque forma di messaggio che sia diffuso, nell'esercizio di una attività economica, allo scopo di promuovere la vendita o il trasferimento di beni mobili o immobili, oppure la prestazione di opere e servizi e che ne detta le condizioni di liceità, sintetizzabili nei divieti di ingannevolezza e di non ingenerare confusione, di non procurare indebito vantaggio e di gettare discredito. In tema di concorrenza sleale e pubblicità, diffusamente, *cfr.* AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, cit., 341-427.

questo modo dal mercato, e che sia motivo di preferenza. Pertanto, nell'appropriazione di detti pregi vi si ricomprende anche l'affermazione, contenuta in una comunicazione rivolta al mercato, che la propria impresa ed i propri prodotti posseggono determinati pregi. Tuttavia, non si può impedire ad un imprenditore di rendere noto al pubblico i propri pregi *reali*, ancorché identici a quelli del concorrente, ma si deve sanzionare l'autoattribuzione di pregi *inesistenti*. La sovrapposizione con il mendacio, riconducibile all'art. 2598 n. 3 cc, è inevitabile, ma non allarmante, in quanto le sanzioni sono le medesime, sicché un qualsiasi tipo di appropriazione di pregi illecita è repressa, a prescindere dall'esatta sussunzione nel novero della tipologia di atti di concorrenza sleale. La portata evolutiva dell'applicazione della disposizione è individuabile nel cosiddetto *agganciamento alla notorietà altrui*, con cui si va oltre il semplice vanto mendace di una qualità inesistente, ma si attua un'equiparazione, esplicita, in un qualche modo, ad un concorrente noto o ai suoi prodotti, lanciando un messaggio dal tenore «*io sono come l'impresa X, i miei prodotti sono come quelli dell'impresa X*». Così facendo intendere, il concorrente si avvantaggia tanto di pregi generali quanto di pregi specifici, si accredita *bene e prima*, pone in essere un comportamento *parassitario*, un *approffittamento*, in cui il mendacio non riveste più un ruolo essenziale e diviene irrilevante ai fini della sussistenza o meno dell'approffittamento stesso. Per realizzare l'agganciamento, il concorrente deve fare un *uso atipico, non in funzione distintiva* dei segni distintivi del concorrente, di cui si approfitta, attraverso l'apposizione sui propri prodotti del proprio marchio e del marchio altrui, preceduto dalla dicitura «tipo» o «modello» ovvero attraverso il più recente *look alike*, ossia l'imitazione servile della forma distintiva del prodotto altrui. Nel novero della casistica dell'appropriazione di pregi, si annoverano altresì ulteriori casi tipicizzati, come quello della riproduzione in cataloghi o *dépliant* del prodotto del concorrente ovvero quello delle false attestazioni di conformità del prodotto alla normativa in tema di qualità o di

sicurezza ovvero quello della falsa indicazione di provenienza del prodotto da una determinata località geografica, che costituisce appunto un pregio ⁹⁴.

Infine, l'art. 2598 cc pone la clausola generale, di chiusura, secondo cui ogni *altro* mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda rappresenta, per l'appunto, un atto di concorrenza sleale. Vengono così in considerazione una pluralità di comportamenti innominati, caratterizzati dall'essere non conformi ai principi della correttezza professionale ed idonei a danneggiare l'altrui azienda. Si tratta di condotte impossibili da ipotizzare a priori, stante la continua evoluzione tecnica, economica e sociale, e delle quali il giudice si fa interprete alla luce della coscienza sociale del momento. A tal fine, è centrale definire cosa si intenda per principi della correttezza professionale, in quanto non esiste un sistema di regole codificate, nonostante l'apparente rinvio che la norma dispone a un sistema di regole al di fuori della legge stessa. Pertanto, è dovere dell'interprete attribuire un contenuto alla disposizione, dovere che viene assolto compiendo un'ardua impresa, poiché si devono fare i conti con l'inevitabile *soggettivizzazione* - che porta a formule del tipo *principio etico del commerciante medio, costumanze delle persone che esercitano onestamente l'industria e il commercio, moralità dell'imprenditore* - e con la necessità di *oggettivizzazione*, che si traduce nella ricerca di *principi o regole di natura essenzialmente economica*, il tutto rapportato alla cultura media di un giudice. Conseguentemente, sembra corretto ritenere che il giudizio di conformità o difformità, rispetto ai principi della correttezza professionale, debba essere un giudizio anzitutto di natura morale e, più precisamente, condotto secondo la morale pubblica corrente. Oltre alla non conformità ai principi della correttezza professionale, la clausola generale richiede di valutare l'*idoneità a danneggiare l'altrui azienda* con la precisazione che è sufficiente una mera *idoneità* e non un'effettiva *lesione* dannosa, idoneità che deve essere di tipo *concorrenziale e qualificata*, ossia

⁹⁴ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 89-98 e CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 251-253. Sul *look alike*, si veda, da ultimo, BOSSHARD, *La tutela dell'aspetto del prodotto industriale*, Torino, 2015, 1 ss.

maggiore rispetto a quella di un atto dello stesso tipo non scorretto e con esclusione degli atti innocui e non dannosi ⁹⁵.

In modo analogo a quanto esaminato per il bene giuridico collettivo, vi è da chiedersi quali siano le sanzioni preposte dall'ordinamento contro gli atti di concorrenza sleale. Si è in presenza, invero, di sanzioni molto efficaci, poiché, da un lato, ai sensi dell'art. 2599 cc, è possibile chiedere l'inibitoria e l'adozione dei provvedimenti ripristinatori; dall'altro, il rimedio del risarcimento del danno, che in simili casi può essere anche ingente; si pensi, ad esempio, a stime sulla mancanza di utili per mancanza di fatturato. Medesima efficacia deve essere attribuita anche ai rimedi dell'inadempimento contrattuale conseguenti alle violazioni delle limitazioni negoziali alla libertà di concorrenza, analizzate, quale primo microsistema che va a dettagliare l'accezione individuale del bene giuridico concorrenza ⁹⁶.

A chiusura dell'individuazione e della conseguente descrizione del bene giuridico concorrenza è doveroso operare un duplice ordine di precisazioni, il primo rilevante per il bene giuridico collettivo, il secondo relativo al bene giuridico individuale.

Per l'esattezza, la prima precisazione prende le mosse dal fatto che nel mercato, oltre agli operatori, sono presenti il consumatore, o meglio, i consumatori, la cui necessità di tutela contro una pratica concorrenziale aggressiva e dannosa è un'esigenza che è emersa sempre di più e che ha portato alla nascita e allo sviluppo del movimento dei consumatori, dell'associazionismo. Infatti, anche se la *sovranità del consumatore* in un mercato concorrenziale è da sempre un concetto chiave nei testi di economia, i quali, però, fedeli al modello della *concorrenza perfetta*, hanno come punto di riferimento un consumatore

⁹⁵ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 25-34, 99-124 e CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, cit., 253-256.

⁹⁶ Sulle sanzioni, esaustivamente, cfr. CUOMO ULLOA, *artt. 2599-2600 cc*, in MARCHETTI, UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 2375-2402.

perfettamente informato su beni e prezzi. Tuttavia, la realtà è ben diversa, stante l'*asimmetria informativa* sicché i consumatori non sono affatto sovrani. Di conseguenza, la protezione del consumatore diviene oggetto di tutela specifica, che risulta essere, nell'ordinamento italiano, tardiva rispetto agli altri Stati europei. Ciò non deve stupire: l'emergere del movimento consumeristico, che lotta per i diritti dei consumatori, è direttamente proporzionale allo sviluppo evolutivo del mercato in una chiave concorrenziale, sviluppo che, a sua volta, è avvenuto, come già visto, più tardi ⁹⁷.

La seconda ed ultima precisazione concerne il rapporto tra segni distintivi, diritti di privativa industriale e concorrenza.

In particolare, qualsiasi libero mercato necessita di un sistema di tutela di segni distintivi, i quali consentono l'individuazione e il reciproco riconoscimento di coloro che vi operano a vari livelli e con varie funzioni. Ciò significa che essi rappresentano il *presupposto del regime di concorrenza*, in quanto solo tramite essi il consumatore può attribuire i meriti e i demeriti dei prodotti e dei servizi, che gli sono offerti, all'imprenditore dal quale realmente provengono. Detto collegamento è possibile solo per il tramite dei segni distintivi, e, in particolare, del marchio, la cui funzione precipua è proprio quella di indicazione di provenienza. L'importanza di questa funzione distintiva è confermata dall'esistenza, anche nella regolamentazione dei primi anni dell'Unità d'Italia, di una disciplina del più importante segno distintivo, ossia il marchio, disciplina oggi rinvenibile nel Codice della Proprietà Industriale e comprensiva anche di altri segni distintivi ⁹⁸.

⁹⁷ BOATO, *Dalla parte dei consumatori – storia del movimento consumerista in Italia*, Libri dei Consumatori, Fondazione ICU, Venezia, 2015, 9-38.

⁹⁸ In tema di segni distintivi, si vedano, diffusamente, VANZETTI, DI CATALDO, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 145-351, AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, cit., 71-194, FERRARI, *Marchio, marchio collettivo ed altri segni distintivi*, in BORRONI (a cura di), *Questioni di diritto industriale*, Napoli, 2014, 191-332, SCUFFI, FRANZOSI (a cura di), *Diritto industriale italiano*, cit., 3-343, ABRIANI, *I segni distintivi*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 3-168, DI CATALDO, *I segni distintivi*, Milano, 1993, 1 ss, RICOLFI, *I segni distintivi*, Torino, 1999, 1 ss, SENA, *Il diritto dei marchi. Marchio nazionale e marchio comunitario*,

A ciò si aggiunga che se un sistema di tutela dei segni distintivi rappresenta il *presupposto* dello stesso *gioco* della concorrenza, l'innovazione è la *strategia del gioco*. L'imprenditore, che riesce a realizzare un'idea nuova e ad introdurla nella sua attività, realizza un vantaggio concorrenziale sugli altri operatori del settore, che può risultare decisivo per il successo dell'impresa. L'innovazione può attenersi alla produzione industriale, all'organizzazione aziendale, alla modalità di commercializzazione, ma indubbio rilievo assume l'innovazione tecnologica. Altrettanto indubbia è la necessità di introdurre una disciplina che consenta di tutelare l'innovazione tecnologica in modo tale da assicurare a chi l'ha realizzata lo sfruttamento esclusivo della stessa. Difatti, il vantaggio concorrenziale viene perso non appena i concorrenti adottano la stessa innovazione e, al contempo, è rischioso, tanto per la collettività quanto per lo stesso imprenditore, fare dell'invenzione un segreto aziendale sicché si spiega l'importanza del riconoscimento del brevetto per invenzione, istituto giuridico, attraverso cui, per l'appunto, l'ordinamento assicura all'inventore il diritto di utilizzazione esclusiva dell'invenzione per un certo periodo di tempo. Si tratta di una protezione che ben realizza il *compromesso* tra l'interesse dell'imprenditore e l'interesse della collettività: per l'esattezza, il paradosso di consentire l'utilizzazione, ancorché temporalmente limitata, in regime di monopolio ad un inventore non è contrario alla concorrenza, poiché in una prospettiva a lungo termine è l'unico modo per consentire il progresso tecnologico, stimolato ed incentivato dal diritto di esclusiva. Il titolare del diritto di esclusiva così riceve una garanzia maggiore di protezione rispetto a quella che ne deriverebbe dalla mera tutela del segreto; al

Milano, 2007, 1 ss, VANZETTI, *La nuova legge marchi*, Milano, 1993, 1 ss. Per quanto riguarda, in particolare, l'evoluzione della disciplina, essa risulta presente già nei primi anni dell'Unità d'Italia, poi in parte confluita negli artt. 2569-2574 cc e in una legge speciale, il r.d. 21 giugno 1942 n. 929. Successivamente, il d.lgs. 4 dicembre 1992, n. 480 di attuazione della Direttiva CEE n. 89/104 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi, ha sostituito il r.d. ed è stata successivamente modificata da d.lgs. 19 marzo 1996 n. 198, che ha adeguato la nostra legislazione agli accordi internazionali cosiddetti *TRIPs* e dal d.lgs. 8 ottobre 1999, n. 447 di attuazione di un'altra convenzione internazionale. Da ultimo, la materia è confluita nel Codice della Proprietà industriale, adottato con d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

contempo, la durata limitata dell'esclusiva va a beneficio della collettività, evitando la formazione di monopoli e l'acquisizione stabile dell'invenzione al patrimonio collettivo. Emerge, quindi, quanto un sistema di tutela delle invenzioni e dei modelli sia *prodromico e funzionale* alla tutela della concorrenza sia nell'accezione collettiva sia in quella individuale ⁹⁹.

La domanda d'obbligo, *rebus sic stantibus*, è, quindi, la seguente: *nella delineata descrizione del bene giuridico, le discipline specifiche consumeristiche e quelle in tema di tutela dei segni distintivi, brevetti e marchi devono essere prese in considerazione?*

La risposta si rinviene nella stessa descrizione del bene giuridico.

L'accezione collettiva del bene giuridico involge la *libertà della concorrenza*, è regola di funzionamento del mercato, al cui mantenimento in equilibrio in una propensione verso l'idealtipo concorrenza perfetta, è volta la legislazione *antitrust*. Svolge la funzione di evitare che la libertà economica e la competizione fra imprese si traducano in atti e comportamenti che pregiudichino in modo rilevante e durevole la struttura concorrenziale del mercato.

In una simile prospettiva, la normativa di tutela del consumatore non va a meglio descrivere o a meglio dettagliare il bene giuridico; a conclusioni diverse, non si può giungere nemmeno se si considera il fine ultimo di un mercato concorrenziale, ossia il benessere sociale e collettivo. Nella dimensione oggettiva, l'attenzione è posta alla pluralità di operatori presenti e alla loro interazione tra di loro.

La conferma di ciò è individuata nell'accezione individuale del bene giuridico, nella *libertà di concorrenza*, presupposto della *libertà della concorrenza*, posti

⁹⁹ Ampiamente, su invenzioni e modelli: VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 355-523, ABRIANI, COTTINO, *I brevetti per invenzione e per modello*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 171-267, GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale, Innovazione-Concorrenza-Benessere dei Consumatori-Accesso alle informazioni*, Milano, 2008, 57-181; DRAGONI, *Invenzioni e modelli industriali*, in BORRONI (a cura di), *Questioni di diritto industriale*, cit., 15-186, AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, 197-338, SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, Milano, 2011, 1 ss, SCUFFI, FRANZOSI (a cura di), *Diritto industriale italiano*, cit., 387-892.

in una relazione di genere a specie. Se secondo la prima rileva solo l'imprenditore, *perché nella pluralità degli imprenditori dovrebbe rilevare anche un soggetto che non è imprenditore, come il consumatore?*

Simili argomentazioni non possono, però, essere utilizzate per escludere la rilevanza descrittiva della normativa in tema di tutela di segni distintivi, brevetti e marchi in riferimento all'accezione individuale del bene giuridico.

Pertanto, nella descrizione della libertà di concorrenza vanno presi in considerazione?

Il responso è anche in questa seconda ipotesi negativo, poiché il riconoscimento dei cosiddetti diritti di privativa industriale altro non è che *un* presupposto del diritto del singolo imprenditore – o meglio del singolo concorrente – di esercitare l'attività economica libero da turbative che non siano quelle frutto del libero gioco della concorrenza. È un *quid* che precede, favorisce la concorrenza soggettiva, ma non è la *libertà di concorrenza*. Al contrario, il riconoscimento è più affine al diritto di proprietà, ad un diritto patrimoniale funzionale allo svolgimento del diritto della concorrenza, ma non una caratteristica del bene giuridico individuale della concorrenza.

Ed ecco che *tratto t'ho qui con ingegno e con arte*¹⁰⁰ si è delineato il bene giuridico *concorrenza*.

¹⁰⁰ DANTE, Purgatorio, Canto XXVII.

Sezione III

La rilevanza costituzionale del bene giuridico della libera concorrenza.

L'esistenza di un bene giuridico non è sufficiente per fondare una tutela penale: fedeli alla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico di Franco Bricola, è doveroso interrogarsi sulla rilevanza costituzionale dello stesso, chiedendosi se la concorrenza abbia o meno un fondamento, almeno implicito, nella Costituzione Italiana.

Un dato è certo: non vi è traccia di una disposizione costituzionale che tuteli espressamente ed inequivocabilmente la concorrenza; in altri termini, non si rinvencono dettati dai seguenti tenori: «*La Repubblica riconosce e garantisce la libertà di concorrenza*» ovvero «*La Repubblica promuove lo sviluppo e la tutela della concorrenza*». È assente, pertanto, qualsiasi riferimento esplicito alla tutela del mercato e alle sue forme di organizzazione, quali la concorrenza ¹⁰¹.

In modo lapidario, pertanto, non vi sono principi espliciti volti a garantire la *libertà di concorrenza* e la *libertà della concorrenza* per cui tanto l'accezione individuale quanto quella collettiva del bene giuridico non sono *espressamente ed esplicitamente* tutelati nella Carta Costituzionale.

Le ragioni di questo *deficit* sono sempre individuabili calandosi nel contesto sociale ed economico nel quale la Costituzione Repubblicana è stata scritta e adottata. Ancora, quindi, nella cosiddetta *nuova storia economica italiana* si trovano le spiegazioni di una lacuna, che oggi pare incomprensibile. Pertanto, non deve affatto stupire che l'Assemblea Costituente non si sia espressa in termini di concorrenza nella Carta, in quanto un mercato concorrenziale si è affermato solo

¹⁰¹ CASSANO, *La concorrenza*, in CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, I, Torino, 2005, 38-39.

molti anni dopo il secondo dopoguerra e in netto ritardo, non solo rispetto al sistema americano, ma, altresì, rispetto agli altri Stati Europei ¹⁰².

L'esame dei lavori preparatori in sede di Assemblea Costituente mostra le quattro impostazioni ideologiche presenti all'epoca: più precisamente, il liberalismo, la democrazia, il socialismo e il cristianesimo sociale a cui corrispondono rispettivamente i grandi temi della libertà, dell'eguaglianza sociale ed economica, della sovranità popolare e dello Stato assistenziale. Di conseguenza, il Costituente, nelle disposizioni in tema di economia, né erige la concorrenza a principio cardine dell'economia, come oggi pacificamente ammesso, né si appropria alle stesse con una disciplina generale, ma ricorre, al contrario, ai principi generali, che conosce, quelli propri degli istituti giuridici che hanno una rilevanza economica, come l'iniziativa economica, la proprietà, la proprietà terriera, e così via ¹⁰³.

A ben vedere e ad onor del vero, quanto asserito può essere sostenuto solo quale risultato complessivo dell'esame dei lavori dell'Assemblea Costituente, poiché la seduta antimeridiana del 13 maggio 1947 palesa quanto nelle parole di alcuni Costituenti fosse chiaro il problema della concorrenza.

Si legge così che *Einaudi* propose un emendamento a quello che sarebbe diventato l'attuale art. 41 Cost. dal seguente tenore: «*La legge non è strumento di formazione di monopoli economici; ed ove questi esistano li sottopone a pubblico controllo e a mezzo di amministrazione pubblica controllata*»; oppure si legge che *Cortese* chiedeva

¹⁰² Sul ritardo dello sviluppo economico italiano nel secondo dopoguerra e sulle ragioni dello stesso rispetto allo stesso, *cf.* ampiamente quanto illustrato Capitolo I, sezione II, alle pagg. 34-38.

¹⁰³ CASSANO, *La concorrenza*, cit., 39. Sul compromesso politico alla base dell'art. 41 Cost., ampiamente, GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e Società* 2003, 4, 439 ss. A tal proposito, si ricorda che l'attuale art. 41 Cost., come noto, fu il risultato del coordinamento in un'unica disposizione degli artt. 37 e 39 del progetto. In particolare, l'art. 37 recitava: «*Ogni attività economica privata o pubblica deve tendere a provvedere i mezzi necessari ai bisogni individuali ed al benessere collettivo. La legge determina le norme ed i controlli necessari perché le attività economiche possano essere armonizzate e coordinate a fini sociali*», mentre l'art. 39 disponeva che «*L'iniziativa privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana*».

venisse messo ai voti il seguente emendamento: «La legge regola l'esercizio dell'attività economica al fine di tutelare gli interessi e la libertà del consumatore»¹⁰⁴.

La dirompenza dei concetti sottesi a questi emendamenti, con cui lo Stato sarebbe stato costretto, anche attraverso una legislazione anti protezionistica e antimonopolistica, a controllare che la vita economica, fondata sull'iniziativa privata, si svolgesse nel rispetto della concorrenza e dei principi, che sono propri dell'economia di mercato, allo scopo di garantire il benessere della collettività e del consumatore, non sfugge all'interprete di oggi che ha ben chiaro i termini delle problematiche legate alla libertà di concorrenza¹⁰⁵.

E così non si possono non considerare le parole di Einaudi: «Ora, ciò che il legislatore principalmente deve dire e proporsi come scopo è la lotta contro quello che è il male più profondo della società presente: e il male più profondo della società presente non è la mancanza di programmi e di piani – ché ne abbiamo avuti fin troppi- ma è invece l'esistenza di monopoli. [...] Monopolio cosa vuol dire? Monopolio vuol dire semplicemente rialzo, ad opera del monopolista, dei prezzi al di sopra di quelli che esisterebbero in regime di libera concorrenza, e se i prezzi sono alti i consumatori devono rinunciare ad una parte dei beni che altrimenti avrebbero consumato, mentre altri che avrebbero potuto essere invogliati a produrre quei beni che non li possono, per la mancanza di domanda, produrre. Di qui la disoccupazione. L'origine più profonda della disoccupazione è nell'esistenza nei monopoli che riducono la quantità dei beni, che aumentano i prezzi del resto dei beni che ancora si producono, che aumentano i profitti dell'imprenditore al di sopra di quello che sarebbe dovuto quale compenso normale al capitale investito, al di sopra di quello che sarebbe dovuto quale compenso normale dell'opera dell'imprenditore. Il monopolio crea quelle disuguaglianze sociali che in tanti articoli della Costituzione si vorrebbe eliminare, e noi non diciamo nulla, non stabiliamo neppure il principio che la legge non deve operare in modo che sorgano i monopoli, vera fonte della

¹⁰⁴ *Atti dell'Assemblea Costituente, vol. II - Assemblea, CXXIII, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1668. L'emendamento di Cortese venne ritirato a favore di quello di Einaudi. Cfr. GIAMPIERETTI, Il principio costituzionale di libera concorrenza, cit., 488.*

¹⁰⁵ Diffusamente, si veda sempre GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 488.

disuguaglianza, vera fonte della diminuzione dei beni prodotti, vera fonte della disoccupazione delle masse povere. Non dicendo nulla creiamo una profonda lacuna nel nostro sistema legislativo.»¹⁰⁶.

Le parole di *Einaudi*, oltre ad essere un inno alla concorrenza, sono il frutto del suo pensiero scientifico di economista, che, preso atto dell'impossibilità di una *concorrenza perfetta*, mostra tutta la preoccupazione di un'economia basata su monopoli e oligopoli, specie se incentivati dalle stesse leggi nazionali, che le prevedono. Eppure, nelle parole di *Einaudi* si coglie a pieno l'equazione «*economia = concorrenza*».

L'emendamento non è stato approvato e nelle parole del Presidente della Commissione per la Costituzione *Ruini* si coglie la concezione dell'economia del secondo dopoguerra: «*Devo dire rapidamente le ragioni per cui pur apprezzando l'emendamento presentato dall'onorevole Einaudi, non siamo favorevoli ad accoglierlo. [...] Il suo atteggiamento contro il monopolio risponde ad una concezione profondamente liberale: ma non presuppone l'ipotesi di una libera concorrenza, che, spontaneamente e autonomamente, divide ogni monopolio. Su questa ipotesi è sorta — due secoli fa — la scienza allora nuova dell'economia politica. Tutta una fase del pensiero scientifico, in economia, riteneva che bastasse la libertà e la concorrenza, perché l'optimum si verificasse e non vi fossero monopoli. Si è constatato invece che questo non avviene; che la libera concorrenza fa sorgere deviazioni, approfittamenti, monopoli, ed allora la corrente liberale o neoliberalista, di cui l'onorevole Einaudi è autorevole campione, vuole che, per combattere il monopolio si restauri la libera concorrenza, una libera concorrenza che sarebbe, non dirò artificiale, ma non spontanea e naturale. Occorrono interventi dello Stato per ristabilire e mantenere la libera economia di mercato [...] È una posizione legittima, ma non così semplice ... [...] Vi è infine un'altra osservazione che mi parrebbe decisiva. Il nostro progetto di Costituzione consente già armi*

¹⁰⁶ Così EINAUDI in *Atti dell'Assemblea Costituente, vol. II - Assemblea, CXXIII*, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1666-1668.

*sufficienti contro il monopolio. Lo scopo dell'onorevole Einaudi può essere raggiunto senza una formula, che presuppone una concezione economica discutibile.»*¹⁰⁷.

Anche nelle parole di *Dominedo* si evince come non fosse necessario, secondo i Costituenti, che hanno approvato la formulazione dell'attuale art. 41 Cost., specificare una libertà di concorrenza o un divieto di monopoli: «*Pensiamo che l'esistenza di monopoli, naturali o volontari, sia il maggiore ostacolo perché la democrazia economica irrompa negli schemi della democrazia politica. Ma, ciò premesso, dobbiamo osservare, dopo le considerazioni del Professore Einaudi, che il problema dei monopoli, materia centrale ella Costituzione in sede sociale ed economica, risulta affrontato nell'articolo 40, dove il sistema monopolistico, oggi di fatto operante, è affrontato sotto più aspetti ai fini della trasformazione dell'impresa monopolistica in impresa socializzata. Cosicché, si arriva quivi alla ipotesi estrema: l'avocazione, in forza della quale il monopolio privato possa giungere alla tesi della trasformazione dell'impresa monopolistica privata in impresa socializzata pubblica. Ora, per tale caso, opera pienamente l'articolo che abbiamo testé votato, il quale contempla la possibilità o la necessità di controlli di ogni formazione non rispondente ad utilità sociale, fra le quali in primo luogo sono da considerare quelle monopolistiche. [...] Per tutto ciò noi, pur comprendendo e condividendo lo spirito di Einaudi, siamo formalmente contrari al suo accoglimento, ritenendo che i criteri da esso espressi siano esplicitamente od implicitamente contenuti nello schema delle disposizioni votate o votande»*¹⁰⁸.

E sulla portata potenziale del pensiero di Einaudi calano la nebbia e la sera e le ragioni di tale fosca oscurità sono prettamente politiche.

Il sistema, individuato dall'Assemblea Costituente, della politica economica dello Stato è, quindi, un compromesso tra istanze liberiste e istanze collettiviste, intenzionalmente schive a prendere posizioni nette, e, realizzando il compromesso, mediante formule vaghe, che sono espressione di principi generali vevolevoli per ogni tipo di istituto giuridico di rilevanza economica e che sono

¹⁰⁷ Così RUINI, *Atti dell'Assemblea Costituente, vol. II - Assemblea, CXXIII*, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1668-1669.

¹⁰⁸ Così DOMINEDO, *Atti dell'Assemblea Costituente, vol. II - Assemblea, CXXIII*, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1669.

sufficienti a consentire interpretazioni evolutive della Carta Costituzionale in vista di qualsiasi fenomeno economico successivo ¹⁰⁹.

La preoccupazione dei Costituenti – comprensibile dopo la dittatura fascista e la seconda guerra mondiale – era quindi quella di creare un sistema economico che fosse in grado di garantire elevati livelli di sviluppo e di benessere sociale e che consentisse, al tempo stesso, un corretto funzionamento della democrazia ¹¹⁰.

I tempi e le coscienze dei Costituenti non erano ancora pronte; si doveva attendere che anche l'economia italiana si sviluppasse seguendo quella logica concorrenziale di mercato, prima statunitense e poi europea, e che la concorrenza non facesse più paura.

A prendere confidenza con il nemico ha giocato un ruolo essenziale anche l'avvento dell'allora Comunità Economica Europea e della relativa adesione ai Trattati. Infatti, a pochi anni di distanza dall'adozione della Costituzione della Repubblica Italiana, nel 1957, veniva adottato il Trattato di Roma, con cui si dettava una normativa sovranazionale della concorrenza con impatto sull'ordinamento italiano. Scopo precipuo del Trattato era l'instaurazione di un mercato comune per la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non fosse falsata talché la normalità, con cui il diritto comunitario ricorre, da sempre, al termine concorrenza, è così entrata anche nel diritto interno ¹¹¹.

Non deve, pertanto, destare stupore che, dopo oltre mezzo secolo dall'entrata in vigore della Costituzione, in un mutato contesto economico, fondato sulla libertà di concorrenza, in sede di revisione della Carta fondamentale, ad opera della legge costituzionale n. 3/2001, il *lemma concorrenza* sia stato, per la prima volta, inserito nella Costituzione, mostrando così

¹⁰⁹ Sul sistema di politica economico dello Stato, *cfr.* CASSANO, *La concorrenza*, cit., 39.

¹¹⁰ GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 476.

¹¹¹ DE BENEDETTO, *Il principio della concorrenza nell'ordinamento italiano*, in www.rivista.ssfe.it, 2.

l'importanza che la stessa riveste nell'attuale sistema economico tanto da indurre il legislatore ad avere l'accortezza di esplicitarla all'art. 117, secondo comma, lett. e).

È, quindi, l'art. 117, secondo comma, lett. e) il fondamento delle libertà di e della concorrenza?

Una parte della dottrina è di tale avviso e dà risposta positiva al quesito sicché rinviene nella disposizione novellata, che elenca fra le materie di competenza esclusiva dello Stato anche quella volta alla «*tutela della concorrenza*», la *consacrazione* della rilevanza costituzionale della concorrenza ¹¹² .

In particolare, secondo alcuni ¹¹³, la menzione nel Titolo V della «*tutela della concorrenza*» rappresenta l'espressa e diretta esplicitazione di quanto nella Costituzione è già implicitamente riconosciuto.

Or dunque, perché, nonostante ciò e alla luce di ciò, si è poc'anzi affermato che non vi è una disposizione costituzionale che tuteli la concorrenza in modo inequivoco nelle accezioni delineate? Perché non è convincente l'art. 117, secondo comma, lett. e)?

L'art. 117, secondo comma, lett. e) non è rilevante e non lo può essere, specialmente al fine di delineare il fondamento costituzionale di un bene giuridico, una volta descritto il bene, una volta individuata la sua funzione. Si deve – *it must* – studiare la Costituzione e cercare una norma che ne racchiuda l'essenza.

Infatti, la rilevanza costituzionale di un bene giuridico non può di certo limitarsi alla ricerca di una parola nel testo in una sorta di esercizio *sofistico*, facilitato, oggigiorno, dalla funzione *trova* o *simili* tipica dei programmi di scrittura, ma deve andare oltre.

¹¹² DE BENEDETTO, *Il principio della concorrenza nell'ordinamento italiano*, cit., 6, NIRO, *art. 41 Cost.*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 851 e GIAMPIERETTI, *art. 41 Cost.*, in BARTOLE, BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 424. Cfr. altresì in chiave critica BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 2003, 345 ss.

¹¹³ In tal senso, cfr. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza"*, cit., 370.

L'art. 117, secondo comma, lett. e) si atteggia a quello che la scienza medica etichetta come *false positive*, poiché la citata disposizione altro non fa che limitarsi a ripartire la competenza legislativa tra Stato e Regioni sulla base di un elenco di materie, molte delle quali non rappresentano sicuramente beni giuridici. Diversamente opinando, se così non fosse, si finirebbe, per assurdo, per chiedersi e per affermare che lo *status civile* e l'*anagrafe*, di cui all'art. 117, secondo comma, lett. i), siano beni giuridici ¹¹⁴.

Il paradosso è lampante: da un lato, non si rinviene alcun dettato che espressamente tuteli la concorrenza, che riconosca un diritto alla libertà di concorrenza, che consacri che il mercato è retto da una logica concorrenziale; dall'altro lato, il termine *concorrenza* è espressamente menzionato, ma in modo fuorviante e non pertinente alla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico.

Esiste, dunque, un fondamento costituzionale del bene giuridico concorrenza? Se esiste, qual è?

L'autentico fondamento costituzionale della concorrenza va individuato nell'art. 41 Cost., a testé del quale «*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*» ¹¹⁵.

¹¹⁴ Ancorché con parole diverse, ad un'identica conclusione perviene BUFFONI, *La "tutela della concorrenza"*, cit., 368. Sul punto cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 189, ad avviso del quale «*le materie oggetto di competenza esclusiva dovrebbero riflettere, in linea di principio, gli interessi più trasversali e consistenti a livello nazionale, sui quali appunto solo lo Stato può intervenire (a prescindere dal loro «tipo di disciplina»); e non vi è dubbio che nel catalogo di cui all'art. 117, secondo comma trovano specifica indicazione taluni interessi qualificabili come veri e propri «beni», come il risparmio, la concorrenza, l'ordine pubblico e la sicurezza, l'ambiente, l'ecosistema e i beni culturali, ma forse anche il sistema tributario e la previdenza sociale*».

¹¹⁵ In proposito, si vedano: DE BENEDETTO, *Il principio della concorrenza nell'ordinamento italiano*, cit., 2 ss, GALGANO, *art. 41 Cost.*, cit., 11, GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e Costituzione Economica*, Padova, 1976, 79-94, GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 439 ss, LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, 469-477, LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2,

Come sinteticamente messo in luce dalla dottrina, il primo comma dell'art. 41 Cost. garantisce il diritto d'impresa alla stregua del diritto del privato, mentre il secondo comma assicura la subordinazione al pubblico potere del diritto d'impresa nel caso in cui vi sia inerenza di interessi pubblici ¹¹⁶.

Alla luce di questa riduzione ai minimi termini dell'essenza dell'art. 41 Cost, come è sostenibile che la disposizione sia il fondamento costituzionale della libertà di concorrenza e della libertà della concorrenza?

Ad una prima lettura, risulta difficile cogliere come si rinvenga in quei pochi lemmi il fondamento costituzionale della concorrenza.

In realtà, il riconoscimento in capo ai privati della libertà di iniziativa economica è il presupposto, è la fonte della libertà di concorrenza, che è, per l'appunto, una delle possibili manifestazioni delle libertà di iniziativa economica. In tal senso, si atteggia a vero e proprio diritto soggettivo ¹¹⁷.

1429 ss, PACE, *Libertà «del mercato» e «nel» mercato*, in *Politica del diritto*, 1993, 328-329, VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2008, 603.

¹¹⁶ GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1992, 175-177. Per una disamina delle controversie interpretative, si veda GIAMPIERETTI, *art. 41 Cost.*, cit., 404-405, che espone che possono riassumersi intorno a tre fondamentali nuclei problematici. Il primo riguarda il rapporto tra l'affermazione del principio della libertà d'iniziativa economica e l'enunciazione dei limiti sottesi, rapporto frutto di principi contrapposti – da un lato, le tradizioni individualiste del costituzionalismo liberale, dall'altro lato, le istanze solidaristiche ed egualitarie espresse dalla nuova realtà sociale degli ordinamenti contemporanei. Pertanto, sarebbe impossibile individuare un equilibrio della norma, non mutevole nel tempo, in quanto destinato a oscillare tra l'emergere diverse sensibilità politiche. Il secondo concerne il significato da attribuire a formule del tipo *utilità sociale e fini sociali*, poiché si è in presenza di espressioni generiche che impedirebbero di trovare il confine intercorrente tra la libertà privata e l'intervento pubblico, lasciando ampio spazio alle scelte legislative. Il terzo ha ad oggetto la posizione costituzionale dell'articolo, ossia se si limiti a garantire unicamente la libertà d'iniziativa economica privata oppure di una norma generale sull'attività economica cui si riconnettono le discipline speciali contenute in altri articoli della Costituzione. Le problematiche in esame non sono che il frutto del compromesso storico fra forza politiche sul tema del problema economico.

¹¹⁷ In tal senso, si vedano GALGANO, *art. 41 Cost.*, cit., 11, GHIDINI, *Slealtà della concorrenza*, cit., 87-89, GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 511, LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, cit., 471 e 476-477, LIBERTINI, *La tutela della concorrenza*, cit., 1429 ss, PACE, *Libertà «del mercato» e «nel» mercato*, cit., 328-329, VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., 603.

Ciò posto, per la libertà di concorrenza, che ne è della libertà della concorrenza? Solo il bene giuridico individuale ha una rilevanza costituzionale o sussiste una copertura anche per il bene giuridico collettivo?

La libertà della concorrenza, a sua volta, è la conseguenza della libertà di concorrenza: più precisamente, se tutti i privati possono fruire della libertà di iniziativa economica, allora più operatori «e, in linea di principio, una pluralità illimitata di imprenditori»¹¹⁸ saranno presenti in un dato settore, creando così un mercato concorrenziale¹¹⁹. Di conseguenza, la libertà di iniziativa economica non può essere intesa come mero riconoscimento di un diritto dei singoli ad accedere e rimanere sul mercato; vi è di più, in quel riferimento, di una garanzia *individuale*, vi è anche la garanzia di portata *strutturale* a favore di un mercato concorrenziale¹²⁰.

La conferma di ciò è individuata nel secondo comma dell'art. 41, che, per l'appunto, enuncia i limiti, a cui è sottoposta la libertà di svolgimento dell'iniziativa economica e quindi la libertà di concorrenza, limiti che salvaguardano non solo interessi sociali extraprofessionali, ma bensì pure interessi imprenditoriali di carattere generale e di sistema¹²¹.

Per l'esattezza, all'interno della nozione di *utilità sociale* sarebbero compresi anche interessi economici, quali l'efficienza, la produttività, la competitività tra imprese, l'aumento qualitativo e quantitativo dei prodotti, il contenimento dei

¹¹⁸ Così, GALGANO, *Art. 41 Cost.*, cit., 11.

¹¹⁹ In tal senso si vedano GALGANO, *op. ult. cit.*, 11, GHIDINI, *op. ult. cit.*, 87-89, GIAMPIERETTI, *Il principio Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 511, LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, cit., 471 e 476-477, LIBERTINI, *La tutela della concorrenza*, cit., 1429 ss, PACE, *op. ult. cit.*, 328-329, VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, cit., 603. In particolare, Ghidini afferma che la libertà contenuta nell'art. 41 Cost. è plurivalente alla luce della distinzione tra nozione oggettiva e nozione soggettiva di concorrenza. Quanto a quest'ultima, il profilo soggettivo rispecchia un'ottica microeconomica ed indica la situazione individuale di libertà suscettibile di esprimersi sia in senso verticale, nei confronti dei pubblici poteri, sia in senso orizzontale, nei confronti degli altri consociati. Sotto il profilo oggettivo, essa è espressione di un'ottica macroeconomica e sarebbe conformativo di una certa struttura e di una certa funzionalità del mercato.

¹²⁰ In tal senso, *cfr.* GALGANO, *art. 41 Cost.*, cit., 87-88.

¹²¹ In modo conforme, *cfr.*, sempre, GALGANO, *art. 41 Cost.*, cit., 89-94.

prezzi, interessi, che sono massimamente garantiti dall'assetto concorrenziale del mercato. A ciò si aggiunga che tra i *fini sociali* si annoverano anche quelli relativi al funzionamento del mercato ¹²².

L'art. 41 Cost. è, quindi, il fondamento implicito della rilevanza costituzionale del bene giuridico concorrenza nella duplice accezione delineata?

Ad onor del vero, è necessario prendere in considerazione anche l'art. 11 Cost., poiché è mediante esso che è avvenuto il necessario adattamento del diritto interno a quello comunitario, determinando così l'ingresso nel nostro ordinamento dei principi di *un'economia di mercato e in libera concorrenza*.

Detti principi sono, come già ricordato, sanciti sin dal Trattato di Roma del 1957 e sempre riaffermati nei Trattati successivi compreso quello di Lisbona ¹²³. Il richiamo all'art. 11 Cost. è quindi lampante, posto che a partire dalla sentenza costituzionale n. 183/1973, vige il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno con conseguente obbligo di non applicazione del diritto interno contrastante con il diritto comunitario ¹²⁴. È giocoforza, quindi, che, in virtù dell'art. 11 Cost., il legislatore e la giurisprudenza si siano calati nella *forma mentis* di un'economia e di un mercato in libera concorrenza con conseguente allontanamento dal modello di *economia mista* frutto del compromesso storico raggiunto in sede di Assemblea Costituente e l'ingresso al principio di un'*economia aperta* ¹²⁵.

¹²² GIAMPIERETTI, *art. 41 Cost.*, cit., 422 e GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 510-511. A tal riguardo, diffusamente *cfr.* LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 13 ss.

¹²³ In particolare, l'art. 3 del Trattato di Roma del 1957 così disponeva: «*Ai fini enunciati all'articolo precedente, l'azione della Comunità importa, alle condizioni e secondo il ritmo previsto dal presente Trattato: [...] f) la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune*», poi divenuto art. 3, lett. g del Trattato CE di Maastricht ed, infine, art. 4 TFUE, con cui si afferma che l'Unione Europea ha competenza esclusiva in «*b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno*».

¹²⁴ Per una sintetica e onnicomprensiva disamina delle fonti del diritto comunitario e internazionale e i rapporti con l'ordinamento statale, *cfr.* CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 19-65.

¹²⁵ GIAMPIERETTI, *art. 41 Cost.*, cit., 421, CASSANO, *La concorrenza*, cit., 41-43.

La disamina sulla rilevanza costituzionale della concorrenza consente anche di riflettere che mentre la dottrina si interroga sul possibile rilievo e sui limiti della rilevanza della libertà di concorrenza, il legislatore e la Consulta ragionano da tempo in chiave concorrenziale.

In particolare, quanto al legislatore, si osservi che la legge n. 287/1990 di istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si proclama in attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e a garanzia del diritto di iniziativa economica. La normativa *antitrust* italiana, come più volte ricordato, ha rappresentato un punto di rottura nella storia della legislazione ordinaria, affermando il principio della libera concorrenza e rappresenta oggi un criterio di orientamento dell'interprete delle leggi ordinarie, nonché un'indicazione preferenziale circa l'interpretazione dell'art. 41 Cost. Infatti, non è mancato chi, in questa disposizione, vi ha rinvenuto, da un lato, il riconoscimento, nell'art. 41 Cost., di un diritto soggettivo di iniziativa economica avente ad oggetto anche l'attività concorrenziale, e, dall'altro lato, la rilevanza della concorrenza come situazione di fatto socialmente utile, come componente dell'*utilità sociale* ¹²⁶.

La Corte Costituzionale, da parte sua, invece, da tempo, motiva le proprie decisioni, facendo ricorso al principio della libera concorrenza sicché se la stessa giurisprudenza costituzionale fa uso del principio allora lo stesso deve essere presente nella Carta Costituzionale ¹²⁷.

¹²⁶ GIAMPIERETTI, *art. 41 Cost.*, cit., 424 e LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in AA. VV., *Concorrenza e Autorità Antitrust – Un bilancio a dieci anni dalla legge*, 2001, 69 ss. In senso contrario, OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 328-329, che afferma che la normativa, intitolata alla tutela della concorrenza e del mercato, nel momento in cui si auto-qualifica di attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela del diritto di iniziativa economica, sarebbe affetta da *strabismo costituzionale*, poiché limiti e oneri non possono considerarsi posti a garanzia della libertà medesima, ma solo a garanzia di valori che lo sovrastano, i quali sarebbero identificabili, in modo specifico, nel secondo comma dell'art. 41 Cost, ossia in quel concetto indeterminabile dell'*utilità sociale*.

¹²⁷ GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 442, che annovera tra tali valori dominanti rispetto alla libera concorrenza, la sicurezza pubblica in merito al commercio di cose preziose, igiene ambientale in relazione al divieto di smaltire rifiuti provenienti dall'esterno del territorio regionale, monopolio statale del servizio di prevenzione ed estinzione incendi. Il filone giurisprudenziale è stato aperto con Corte Cost., 22 gennaio 1957, n. 29, in *Giur. Cost.*, 1957, 404 ss in tema di divieto di vendita di medicinali a prezzo diverso rispetto a

Nel novero delle sentenze della Consulta ¹²⁸, si registra, infatti, un'evoluzione: più precisamente, una prima giurisprudenza, compiendo un giudizio di bilanciamento tra valori, pone la libertà di concorrenza in posizione recessiva rispetto ai valori che giustificano barriere di accesso al mercato, che sono considerate, pertanto, legittime ¹²⁹. Al contrario, a partire dagli anni Novanta – invero, grazie, all'introduzione della normativa *antitrust* e dell'applicazione della stessa -, si registra una «*progressiva sensibilizzazione della Corte verso il principio di libera concorrenza*» ¹³⁰.

L'intervento del legislatore e il diritto vivente della Consulta suggellano in modo rafforzativo che la *libertà di concorrenza* – bene giuridico individuale- e la *libertà della concorrenza* – bene giuridico collettivo – sono garantiti dalla Carta fondamentale, grazie ad un'interpretazione evolutiva dell'art. 41 e 11 Cost. L'ampio respiro dei principi costituzionali fondamentali, scritti dai Costituenti, ha così permesso allo stesso tessuto normativo di adeguarsi alla realtà economica attuale, quella, pionieristicamente, prevista, sancita, presente nel pensiero di alcuni padri costituenti.

Pertanto ed infine, si può affermare che nella Carta Costituzionale come *l'amor che move il sole e l'altre stelle* ¹³¹ si rinviene il bene giuridico *concorrenza* dotato di rilevanza costituzionale almeno implicita secondo i *dicta* della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico di Franco Bricola.

quello stabilito nell'etichetta, osservando che il prezzo imperativo nei medicinali persegue lo scopo di tutelare il pubblico da inconvenienti legati al regime di libera concorrenza, che porterebbe al ribasso dei prezzi e, inevitabilmente, alla preparazione dei medicinali con materie prime meno costose e con risultati terapeutici che potrebbero portare nocimento alla salute dei cittadini.

¹²⁸ Per una disamina della giurisprudenza costituzionale in tema di concorrenza si veda, ampiamente e puntualmente, DELLI PRINSCOLI, *La concorrenza – giurisprudenza*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/Laconcorrenza.pdf.

¹²⁹ Corte Cost., 16 dicembre 1982, n. 223, in *Giur. cost.*, 1982, 2246.

¹³⁰ Così, GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 442.

¹³¹ DANTE, Paradiso XXXIII, 145.

CAPITOLO II

Esame della legislazione italiana penale vigente.

Esame della legislazione penale vigente è un semplice titolo per un capitolo di disamina delle fattispecie penali poste a tutela di uno o più beni giuridici.

A tale semplicità testuale dell'intitolazione, tuttavia, si contrappone, se si verte in tema di tutela della concorrenza, nell'accezione di bene giuridico tanto collettivo quanto individuale, la difficoltà di trovare tali fattispecie incriminatrici tanto che la prima domanda da porsi è proprio la seguente: *esiste, è vigente, un reato posto a tutela della concorrenza così come delineata?*

La risposta al costante *stream of consciousness*¹³² giuridico, che accompagna tutta questa ricerca, è negativa: l'ordinamento penale italiano non contiene una contravvenzione o un delitto, che siano posti a tutela *chiaramente ed esplicitamente* della concorrenza, di quella concorrenza che viene spiegata dettagliatamente dal *non penale*.

Ebbene, perché si è pensato di poter parlare di esame della legislazione italiana vigente?

Le ragioni risiedono nel fatto che, nonostante il difetto di un capo del Codice Penale, rivolto alla tutela della concorrenza o la mancanza di una normativa extra codicistica specifica, si possono tracciare tre percorsi e, quindi, percorrere tre cammini interpretativi.

La *concha*¹³³ da seguire è proprio quella del bene giuridico: l'interprete *peregrino* segue il bene giuridico, che gli traccia il percorso, guidandolo nella delineazione della legislazione penale vigente.

Invero, seguendo la direzione data dal bene giuridico collettivo della concorrenza, si perviene alla conclusione che non vi sono fattispecie che tutelino

¹³² Si allude al cosiddetto flusso di coscienza, tecnica narrativa, che ha raggiunto la sua massima espressione nell'*Ulisse* di James Joyce: JOYCE, *Ulisse*, trad. it., Roma (Newton Compton Editori), 2016.

¹³³ Si allude alla Capasanta o conchiglia di San Giacomo, il simbolo del pellegrinaggio nella città di Santiago de Compostela, alla quale si perviene seguendo *las conchas* tracciate lungo il percorso.

indirettamente comportamenti anticoncorrenziali simili a quelli descritti dalla normativa *antitrust*, ma che è possibile, comunque, intraprendere un percorso di ricerca, grazie alla giurisprudenza sovranazionale della Corte di Strasburgo, che qualifica le sanzioni amministrative pecuniarie alla stregua di sanzioni *intrinsecamente penali*.

Se si pone la mente, invece, al bene giuridico individuale della concorrenza, si scopre un cammino, fatto di diverse fermate, di scenari del diritto non scoperti e delineati così chiaramente. Se nei comportamenti, che costituiscono violazione delle limitazioni negoziali della concorrenza, non vi è e non vi può essere rilevanza penale alcuna, limitandosi, principalmente, ad inadempimenti contrattuali, di condotte, che coincidono, più o meno, con gli atti di concorrenza sleale, si rinvengono diverse fattispecie incriminatrici, tanto da aver indotto la miglior dottrina ad esprimersi in termini di *aspetti penali della concorrenza sleale*¹³⁴. La particolarità di questi aspetti è che il bene giuridico di tali reati non è la libertà di concorrenza, ma un *quid* di diverso, ancorché, nell'alveo delle condotte illecite, si annoverino alcuni di quei comportamenti che sono atti di concorrenza sleale.

Infine, vi è un ultimo cammino da percorrere, ma è mal segnato, a tratti pericoloso, perché porta a smarrirsi, poiché attraversa quei reati, che non sono posti a tutela della concorrenza in modo espresso, ma che racchiudono nel loro testo il lemma *concorrenza* o che fanno propri schemi e logiche concorrenziali, nonché varcano fattispecie che se sono poste a tutela della concorrenza, intendono per concorrenza un *quid* diverso da quello che si è delineato tanto da chiedersi: «*si sta deviando dal percorso fino al punto di non arrivare mai a destinazione?*».

È giunto, quindi, il momento di intraprendere i cammini.

¹³⁴ Così BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1965, 743 ss.

Sezione I

Il diritto *antitrust*: l'assenza di sanzioni penali e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Si è avuto modo di evidenziare che un mercato concorrenziale può essere definito come quel mercato, in cui venditori e compratori sono così numerosi che nessuno di essi, col proprio comportamento, è in grado di incidere, da solo e in termini significativi, sul sistema dei prezzi, nonché come quel mercato, in cui tutti gli operatori hanno pieno accesso a tutte le informazioni rilevanti e non vi sono ostacoli all'ingresso di altri soggetti economici.

Un mercato con tali caratteristiche permette al consumatore dei prodotti e all'utente finale dei servizi di poter usufruire di un'ampia scelta di beni al livello più basso possibile di prezzi. Inoltre, un mercato concorrenziale non solo stimola il progresso tecnico, ma garantisce a tutti la facoltà di poter essere presenti come soggetti economici, assicurando in questo modo, una distribuzione egualitaria delle opportunità. Un mercato di questo tipo realizza, in ultima istanza, il modello di *concorrenza perfetta* delineato dalla scienza economica.

Al contempo, si è già sottolineato che i vantaggi intrinseci alla libera concorrenza vengono meno qualora il mercato di un determinato prodotto sia governato da poche imprese o addirittura da una, evolvendo in oligopoli e monopoli.

Si è, altresì, avuto modo di evidenziare che la normativa *antitrust*, che ha lo scopo di assicurare la libera concorrenza del mercato per ovviare alla sua evoluzione in situazioni distorsive, ha fatto ingresso nel nostro ordinamento, in ritardo rispetto agli altri Stati europei, solo con la legge n. 287/1990, reprimendo le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante e le operazioni di concentrazione e che il controllo è stato affidato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ossia ad un organo unico plurisoggettivo, indipendente dal potere esecutivo e da quello giudiziario,

competente ad irrogare le sanzioni, ricomprendendo così, contemporaneamente, il ruolo di attore e giudice¹³⁵.

Ancora ed infine, si è già visto che nel novero delle sanzioni irrogabili, si rinvengono, da un lato, sanzioni civilistiche, e, dall'altro, sanzioni amministrative¹³⁶.

Quali sono, nel dettaglio, le sanzioni previste dalla normativa antitrust?

Più specificamente, le sanzioni civilistiche sono la nullità, che presuppone ovviamente un accordo, che si traduca in un contratto, il risarcimento del danno, l'inibitoria e l'ordine di rimozione degli effetti¹³⁷. Si è in presenza di rimedi, invero, scarsamente efficaci, anche se la loro previsione non può che essere valutata positivamente.

Ciò spiega la ragione per cui le sanzioni amministrative sono i veri strumenti di repressione delle fattispecie anticoncorrenziali: più precisamente, l'irrogazione di ammende pecuniarie a carico delle imprese autrici di intese o di comportamenti illeciti rappresentano il vero deterrente, stante anche l'ammontare elevato dell'importo, anzi, invero, ingente, che dipende dalla gravità e dalla durata dell'illecito. Assumono rilievo, nella prassi, la natura della restrizione della concorrenza, il numero delle imprese coinvolte, la quota di mercato controllata, il profitto realizzato, la situazione del mercato al tempo e all'epoca in cui la violazione è stata commessa, il comportamento tenuto dall'impresa prima di commettere l'illecito e una volta denunciato lo stesso, il grado di consapevolezza o la recidiva¹³⁸.

¹³⁵ L'Autorità è regolata dagli artt. 10 e 11 legge n. 287/90; si tratta di un organo collegiale, costituito da quattro membri e da un presidente, nominati dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato con mandato settennale non rinnovabile. Oltre alla funzione di accertamento e di repressione delle fattispecie anticoncorrenziali, l'Autorità svolge funzioni consultive e ha un potere di segnalazione al Governo. Sul punto, si vedano VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 640.

¹³⁶ Cfr. VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 569 e quanto illustrato a pagg. 41-50.

¹³⁷ Si rimanda, più specificamente, a quanto esposto a pagg. 49-50.

¹³⁸ Nel diritto comunitario, l'ammontare delle sanzioni varia da mille Euro a un milione di Euro e può raggiungere anche il 10% del volume del volume degli affari sulla base dell'esercizio

Nel dettaglio, si deve distinguere tra sanzioni amministrative, dettate per le intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizioni dominante, e sanzioni amministrative irrogate per le operazioni di concentrazione.

Quanto alle prime, la disposizione di riferimento è l'art. 15 della legge 287/1990, che, *in primis*, stabilisce che si debba prevedere un termine per l'eliminazione delle infrazioni della concorrenza e, *in secundis*, sancisce l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato, realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, qualora l'infrazione sia grave anche alla luce della durata. Un'ammenda pecuniaria di pari importo è, altresì, disposta in caso di inottemperanza alla sola diffida senza irrogazione di una prima sanzione pecuniaria; allorquando, invece, sia già stata disposta una sanzione amministrativa, l'importo minimo non può essere inferiore al doppio della sanzione già applicata entro il limite massimo del dieci per cento del fatturato. Infine, in caso di reiterata inottemperanza, è prevista la sospensione dell'attività d'impresa fino al massimo di trenta giorni.

In relazione alle sanzioni amministrative, previste per le operazioni di concentrazione, la norma di riferimento è l'art. 19 della legge 287/1990. In particolare, è necessario distinguere l'ipotesi di omessa preventiva comunicazione dell'operazione di concentrazione da quella di omessa ottemperanza al divieto di concentrazione o all'obbligo di rimozione degli effetti, adottata a seguito di istruttoria. Difatti, nella seconda evenienza, l'Autorità infligge sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori all'uno per cento e non superiori al dieci per cento del fatturato delle attività di impresa oggetto della concentrazione, mentre, nella prima, impone sanzioni amministrative pecuniarie fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la

anteriore alla commissione dell'illecito. Si veda, sempre, VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 646.

contestazione, eventualmente in aggiunta alle sanzioni previste per l'inottemperanza.

Ciò posto, si desume che *il sistema sanzionatorio della normativa antitrust non prevede né reati né sanzioni di natura penale*, a tutela del bene giuridico collettivo della concorrenza.

Or dunque perché menzionare le sanzioni previste dalla legge 287/1990?

La risposta è da rinvenirsi nelle implicazioni applicative ed innovative, ad opera della Corte Edu, derivanti dalla consacrazione del principio di legalità, di cui all'art. 7 CEDU ¹³⁹.

L'interpretazione innovativa della *ratio* di garanzia attiene all'applicazione dei principi di legalità e di irretroattività, anche a sanzioni qualificati come *non penali* in base al diritto interno e, quindi, al di là di quest'ultimo. Si tratta, invero, della nota concezione autonomista di illecito penale e di sanzione penale, concezione che ha come l'effetto di estendere la portata dell'art. 7, primo comma, CEDU a norme e misure considerate *intrinsecamente* penali - alla stregua dei criteri cosiddetti *Engels*, dettati dalla Corte Edu - anche se non qualificate come reati e pene dal diritto interno. Quest'ultimo, quindi, non è vincolante ai fini della qualificazione, è punto di partenza e non di arrivo, potendo la Corte andare oltre

¹³⁹ L'art. 7 CEDU è rubricato «*Nessuna pena senza legge*» e sancisce, al primo comma, che «*Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*», mentre al secondo comma che «*Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, era un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*». Come precisato dalla stessa Corte Europea, il primo comma non si limita a proibire l'applicazione retroattiva sfavorevole del diritto penale, ma stabilisce, altresì, il principio di legalità in ordine ai delitti, nonché il divieto di applicazione estensiva o analogica *in malam partem*. Sul punto, *cfr.* sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, Serie A, n. 260-A, par. 52. In dottrina, si veda, *ex plurimis*, BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 4, 673 ss. e VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in www.dirittopenaleconemporaneo.it. Per un quadro ricostruttivo delle implicazioni dell'art. 7 CEDU, *cfr.*, GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Lecce, 2016-2017, 23-43.

e valutare se la misura – in specie quella restrittiva della libertà personale e quella patrimoniale - sia in sostanza una pena ai sensi della Convenzione ¹⁴⁰.

La giurisprudenza sovranazionale ha, così, elaborato una serie di criteri ai fini dell'individuazione del carattere sostanzialmente penale di una sanzione prevista da diritto interno e, pertanto, mostrare la loro vera natura di *pene camuffate*. Nel dettaglio, si deve guardare alla circostanza secondo cui se la sanzione sia imposta successivamente ad una condanna per un fatto di reato ovvero se derivi in qualche modo dalla commissione di un reato, nonché si deve porre l'attenzione alla natura e allo scopo della sanzione, verificando cioè se abbia una funzione repressiva e preventiva, riscontrabile quest'ultima qualora lo scopo unico della stessa sia quello di impedire la reiterazione della violazione. Ancora, si devono prendere in considerazione la gravità della sanzione, la sua qualificazione nel diritto interno e le procedure della sua adozione ed esecuzione. Ovviamente, i criteri sono alternativi tra di loro talché non devono ricorrere in modo cumulativo; una visione d'insieme è necessaria solo allorquando l'analisi separata dei parametri non permetta di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di un'accusa in materia penale ¹⁴¹.

L'utilizzo dei criteri non è puro esercizio di una sorta di *ars oratoria*, ma ha importanza applicativa considerevole, poiché, se a seguito dell'applicazione degli indici rivelatori esaminati si è in presenza di una pena, allora si pone il problema di vagliare il rispetto del principio di legalità.

¹⁴⁰ La CEDU, come noto, non segue il principio di primazia del diritto comunitario sul diritto interno, ai sensi dell'art. 11 Cost., sicché il giudice nazionale non può non applicare la disposizione interna contrastante con CEDU, ma, dopo aver tentato di fornire un'interpretazione della normativa nazionale coerente con i *dicta* CEDU e con la Corte EDU, deve sollevare questione di legittimità costituzionale, ponendo come norma interposta l'art. 117 Cost., in quanto la CEDU non è immediatamente efficace nel nostro ordinamento. Sul punto, *cfr.* Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348 in <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2007&numero=348#> e Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349 in <http://www.giurcost.org/decisioni/2007/0349s-07.html>.

¹⁴¹ C. EDU, Grande Camera, sent. 23 novembre 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. In particolare, i cosiddetti criteri – alternativi e non cumulativi - *Engels* sono tre: la qualificazione giuridica della misura, natura della misura e natura e grado di severità della sanzione.

Tale *modus ragionandi* è stato applicato anche alle sanzioni amministrative pecuniarie, irrogate dall’Autorità, nel *leading case Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia* ¹⁴².

Per l’esattezza, i giudici di Strasburgo hanno statuito che, benché le violazioni in materia concorrenziale costituiscano illeciti amministrativi ai sensi del diritto interno, si deve giungere alla qualificazione in termini penali, poiché sussistono alcuni dei criteri *Engels*, e cioè, la natura pubblicistica degli interessi tutelati, la finalità repressiva e general preventiva della sanzione inflitta e la severità della stessa.

Pertanto, secondo la Corte Edu, le sanzioni pecuniarie amministrative della normativa *antitrust* italiana hanno natura penale ¹⁴³.

Quali sono, quindi, le conseguenze?

Per comprendere gli effetti della sentenza in esame, si devono, brevemente, analizzare le doglianze della ricorrente società Menarini, alla quale l’Autorità aveva irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria di sei milioni

¹⁴² Corte EDU, sez. II, sent. 27.9.2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*. Per un commento alla sentenza, *cf.*, ZIRULIA, *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni “penali” dell’AGCM è conforme ai principi dell’equo processo sanciti dalla Convenzione EDU*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it e BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l’art. 6 CEDU*, in *AIC*, 4, 2011, 1 ss.

¹⁴³ L’affermazione della natura penale dell’ammenda pecuniaria *antitrust* non deve stupire. Essa si colloca sulla scia di altre qualificazioni *intrinsecamente penali* di altre misure, previste dal nostro ordinamento, come la confisca urbanistica *ex art.* 44 DPR 380/2001 e la confisca prevista dal Codice della Strada. Sul punto, per un quadro ricostruttivo ed illustrativo dell’orientamento, *cf.* GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., 24-30 e 1372-1376. Oltre a ciò, si vedano, da ultimi, MAZZACUVA F., *La confisca disposta in assenza di condanna viola l’art. 7 CEDU*, *C. eur. dir. uomo, seconda sezione, sent. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ric. n. 17475/09*, in www.penalecontemporaneo.it, VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. con.*, 2014, 3-4, 277-287, VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. pen. con.*, 2015, 2, 333-343, MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it, PULITANÒ, *Due approcci opposti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. con.*, 2015, 2, 318-324, BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. con.*, 2014, 3-4, 288-302, VIGANÒ, GATTA, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l’effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? riflessi sostanziali e processuali*, in www.penalecontemporaneo.it.

di euro per pratiche anticoncorrenziali in tema di test diagnostici del diabete. A causa di ciò, la società impugnava il provvedimento, contestando, da un alto, la qualificazione delle proprie condotte come anticoncorrenziali e, dall'altro lato, l'ammontare dell'ammenda, ritenuta sproporzionata.

Come noto, la giurisdizione in punto di impugnazioni di provvedimenti amministrativi è quella del giudice amministrativo sicché la cognizione delle censure mosse non è potuta avvenire se non secondo le regole del processo amministrativo, ivi incluse quelle sul sindacato sulla discrezionalità tecnica. Ciò equivale a dire che l'organo giurisdizionale non può sostituire le proprie valutazioni dei fatti a quelle dell'Autorità indipendente, bensì può soltanto verificare che la stessa abbia esercitato correttamente il proprio potere.

La piena comprensione della questione richiede, invero, di operare una digressione nel diritto processuale amministrativo, e, in particolare, sul tema del sindacato sulla discrezionalità tecnica. Come risaputo, con quest'ultimo termine si fa riferimento al tipo di valutazione, che viene posta in essere dall'amministrazione, quando l'esame di fatti o di situazioni deve essere effettuato mediante il ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico. Tradizionalmente, era vigente l'equazione «*discrezionalità tecnica = merito insindacabile*» per cui si riteneva che la discrezionalità tecnica fosse insindacabile in quanto attinente al merito della pubblica amministrazione e, quindi, espressione delle scelte di opportunità e di convenienza, rese nell'esercizio del potere. Allontanatosi dall'equazione riportata, successivamente, si è messo in luce come sia precluso al giudice non la verifica della valutazione tecnica, ma la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto che costituisce il merito dell'atto amministrativo. In altri termini, il merito amministrativo è diverso dalla discrezionalità tecnica, che può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, valutazione che ricorre quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o richieda apprezzamenti opinabili. Una questione di fatto, anche opinabile, non

si trasforma, per la sua *opinabilità*, in una questione di *opportunità*, e, quindi, di merito: non si configura, pertanto, il vizio dell'eccesso di potere giurisdizionale allorché il giudice amministrativo, indagando sui presupposti di fatto, rimanga nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, senza spingersi a valutare l'opportunità e la convenienza dell'atto. A sostegno di questa soluzione, ha sicuramente inciso ed incide l'introduzione del mezzo istruttorio della consulenza tecnica d'ufficio, oggi, generalmente ammessa ai sensi dell'art. 66 e 67 cpa, avendo, così, il giudice lo strumento per attuare il suo potere di accertamento dei presupposti di fatto del rapporto controverso, anche quando l'applicazione della norma di legge richieda apprezzamenti di natura tecnica. All'introduzione della consulenza tecnica, è, altresì, seguita un'importante evoluzione in ordine all'intensità del sindacato: per l'esattezza, si è assistito al passaggio da un sindacato estrinseco ad uno intrinseco. *Che significa ciò?* Significa che il controllo sulle valutazioni tecniche non è attuato solo mediante massime di esperienza appartenenti al sapere comune (*sindacato estrinseco*), ma, bensì, attraverso regole e conoscenze tecniche, appartenenti alla medesima scienza specialistica ed ai modelli professionali applicabili dall'amministrazione (*sindacato intrinseco*), grazie, per l'appunto, all'ausilio del consulente. In tal modo, il controllo del giudice sul giudizio tecnico è di tipo forte e non più debole. *Che significa, nuovamente, ciò?* Sta ad indicare che la valutazione tecnica, effettuata nel processo, prevale su quella svolta dall'amministrazione, con potere sostitutivo del giudice, anche in presenza di obiettivi margini di opinabilità scientifica. Il controllo, in questo caso, non è limitato, come quando è di tipo debole, alla censura delle valutazioni, che appaiono, sicuramente, inattendibili e il ricorso alle cognizioni tecniche è finalizzato solo alla valutazione della ragionevolezza delle stesse ¹⁴⁴. A chiusura

¹⁴⁴ Sul punto, si vedano CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 304-310 e 420-428, che hanno cura di specificare che detta evoluzione giurisprudenziale trova applicazione anche in presenza dei cosiddetti concetti giuridici indeterminati, come la congruità di un'offerta economica delle giustificazioni dedotte a sostegno di un'offerta sospetta di

di quanto detto, si deve rilevare, invece, che una cognizione estesa al merito è prevista in capo al giudice amministrativo per quanto riguarda le sanzioni amministrative pecuniarie, ai sensi dell'art. 134, primo comma, lett. c), cpa, sicché il giudice amministrativo può rideterminare la sanzione ¹⁴⁵.

Alla luce di questa breve ricostruzione del problema della discrezionalità tecnica, si devono analizzare le doglianze della società Menarini, la cui vicenda, invero, si colloca temporalmente nella fase in cui la cognizione del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica è un sindacato estrinseco e di tipo debole, stante l'impossibilità di richiedere una consulenza tecnica e il potere di rideterminazione della sanzione.

Stante siffatte limitazioni di tutela, il passo è breve per capire le ragioni del ricorso alla Corte di Strasburgo da parte della società *Menarini*, lamentando la violazione del diritto ad un equo processo, di cui all'art. 6 CEDU, sotto il profilo del mancato esame della fondatezza dell'accusa, alla luce, per l'appunto, dello *status quo* del diritto scritto e vivente, all'epoca vigente, sul sindacato in tema di discrezionalità tecnica.

Il ricorso è stato rigettato: i giudici di Strasburgo, dopo aver qualificato autonomamente la sanzione amministrativa pecuniaria come penale onde poter applicare *ratione materiae* l'art. 6 CEDU, hanno constatato che la summenzionata tutela giurisdizionale è piena e non si limita al mero controllo di legalità. Infatti, il giudice amministrativo aveva svolto un adeguato sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, nonché una dettagliata analisi circa l'adeguatezza della sanzione ai rilevanti parametri, compresa la proporzionalità. Ciò porta ad affermare che anche le limitazioni alla cognizione, operanti nel

anomalia e le nozioni di mercato rilevante, intesa restrittiva della concorrenza, abuso di posizione dominante, ossia ai concetti espressi dalla normativa *antitrust* italiana e oggetto di applicazione dell'Autorità. *Cfr.*, altresì, GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Lecce, X, 2016, 351, 362-366, 797-818, CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, X, 2016, 769-770 e 1207-1238, BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, cit., 1-5.

¹⁴⁵ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 307-309 e BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, cit., 5.

processo amministrativo, anche quelle più risalenti e più stringenti, non hanno rappresentato una violazione del diritto ad un equo processo.

A tal proposito, merita di essere segnalata l'opinione del giudice *De Albuquerque*, ad avviso del quale il sindacato debole sulla discrezionalità tecnica implica l'applicabilità di una sanzione *intrinsecamente* penale sia affidata, di fatto, all'amministrazione, con grave pregiudizio per i principi di legalità della sanzione penale e di separazione dei poteri. Al contempo, tuttavia, il giudice evidenzia come, a tale situazione di illegittimità, l'ordinamento italiano abbia ormai posto rimedio attraverso la previsione di una giurisdizione di merito in materia di sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell'art. 134, primo, comma, lett. c), cpa.

In short, pertanto, si può concludere affermando che per la Corte Edu, le ammende pecuniarie dell'Autorità hanno natura penale, ma possono essere irrogate da un'autorità amministrativa, a seguito di un procedimento amministrativo, la cui regolarità è correttamente vagliata da un processo amministrativo con tutte le limitazioni che ne derivano ¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Il principio, enunciato dalla Corte EDU nel caso *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, è suscettibile di applicazione per ogni tipo di sanzione amministrativa, prevista dalla normativa *antitrust* italiana, poiché quest'ultima è priva di speculari fattispecie incriminatrici. L'assunto è comprensibile, studiando Corte EDU, sez. II, sent. 4.3.2014, ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, Pres. Işıl Karakaş, *Grande Stevens e altri c. Italia*. La nota vicenda *Grande Stevens* verte in tema di manipolazione di mercato, fattispecie punita nell'ordinamento italiano sia sul piano penale dall'art. 185 TUF, sia sul piano amministrativo dall'art. 187^{ter} TUF. In altre parole, si assiste ad un doppio binario, che vede la competenza amministrativa radicata in capo alla CONSOB, ossia ad un'autorità amministrativa indipendente, in modo simile a quanto previsto dalla normativa italiana *antitrust* in capo all'AGCM. In riferimento al caso *Grande Stevens*, la Corte Edu ha qualificato preliminarmente le sanzioni, pecuniarie ed interdittive, come sanzioni sostanzialmente penali in applicazione dei criteri *Engels* e, in particolare, stante la gravità delle sanzioni amministrative astrattamente irrogate da evidenziare una natura repressivo-punitiva. Ciò conduce a ritenere che il procedimento amministrativo avanti alla CONSOB abbia natura sostanzialmente penale sicché si è reso necessario verificare se il corrispondente procedimento penale, pendente davanti alle competenti autorità giudiziarie, vertesse sul medesimo fatto. La positiva conclusione su tal punto porta e ha portato alla violazione del cosiddetto *ne bis in idem* in palese violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, rubricato «*Diritto di non essere giudicato o punito due volte*», a tenore del quale si pone il divieto di giudicare un individuo due volte per lo stesso reato, nonché essere sottoposto una seconda volta a processo per un reato per il quale è già stato giudicato, indipendentemente dall'esito del primo procedimento. È, pertanto, evidente, come nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, le sanzioni delle più

È lampante, specie in una trattazione di diritto penale, che vi sia una forte incompatibilità con il sistema penale italiano, ma questo è lo stato dell'arte in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, irrogate dall'Autorità Garante per la concorrenza e per il mercato a fronte di illecito anticoncorrenziale.

importanti autorità amministrative italiane siano considerate alla stregua di sanzioni penali con conseguente necessario rispetto delle disposizioni della Convenzione EDU in materia e con importanti implicazioni sul sistema nazionale. A tal riguardo, si vedano, MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 295-314, VIGANÒ, *A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it e FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, Nota a Trib. di Milano, Sez. I Penale, ord. 6 dicembre 2016, Pres. Fazio, Giud. Curami e De Luca, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; in giurisprudenza, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia* a cura dell'Ufficio Massimario della Corte di Cassazione, Relazione 35/2014 dell'8 maggio 2014, in [www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/.../cms/.../Relazione pen 35 2014.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/.../cms/.../Relazione_pen_35_2014.pdf).

Sezione II

Gli aspetti penali della concorrenza sleale: le fattispecie penali che descrivono condotte coincidenti con ipotesi di concorrenza sleale o che si realizzano concretamente in tal modo.

Quando si analizzano gli aspetti penali della concorrenza sleale, si deve, sin da subito, aver chiaro, *cristallinamente e lapidariamente*, la seguente certezza: l'incriminazione *diretta* della concorrenza sleale è estranea all'ordinamento penale italiano.

Al contempo, deve essere, altrettanto, *cristallinamente e lapidariamente*, chiaro che sussistano «*aspetti penali della concorrenza sleale*»¹⁴⁷.

Detta espressione è coniata e definita da Franco Bricola in suo scritto del 1965 e con la stessa si fa riferimento al fatto che nell'ordinamento si rinvencono reati, nelle cui condotte è dato cogliere una corrispondenza sul piano oggettivo, tipologico, con gli atti, di cui all'art. 2598 cc¹⁴⁸; più precisamente, si registrano, in altri termini, fattispecie penali che descrivono condotte coincidenti con ipotesi di concorrenza sleale – *veri e propri reati specifici di concorrenza sleale* - o che si realizzano concretamente in tal modo¹⁴⁹.

La menzione del dato cronologico della pubblicazione dell'opera di Bricola non è né casuale né stilistica, ma intenzionale, poiché si vuole porre l'attenzione sul fatto che, nonostante siano trascorsi più di cinquant'anni dall'uscita di quel pionieristico contributo, nulla è mutato dall'epoca: la concorrenza sleale presenta ancora aspetti penali che emergono solo a seguito di un'approfondita riflessione.

Si è quindi in presenza di una frode delle etichette?

¹⁴⁷ Così BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 743 ss.

¹⁴⁸ LEMME, *La repressione penale della concorrenza sleale*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Padova, 1993, IV, 49, che precisa che non è possibile ricomprendere negli aspetti penali della concorrenza sleale ogni attività illecita nella quale il fatto concorrenziale si pone come mero motivo o movente psicologico senza alcuna coincidenza tipologica.

¹⁴⁹ BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 743 ss.

La situazione, che si presenta all'interprete, può essere rappresentata in questi termini: si immagini un insieme A, dato dalle ipotesi tipiche o tipicizzate di concorrenza sleale, di cui all'art. 2598 cc, e un insieme B, costituito dalle fattispecie incriminatrici del codice penale. Ciò posto, è possibile tracciare tra i due insiemi una relazione biunivoca tra un elemento dell'insieme A e un elemento dell'insieme B.

Non si ha nessuna frode delle etichette, nessun tentativo di celare l'evidente; semplicemente, si opera una constatazione, paragonabile ad una funzione matematica, alla luce del dato normativo presente nei codici civile e penale; altro non è, quindi, che un dato empirico, fattuale.

Ponendo l'attenzione sugli elementi dell'insieme A, si accerta così *che* l'atto, che si traduce in una concorrenza sleale confusoria, è sanzionato penalmente dagli artt. 473, 474 e 514 cp; *che* l'appropriazione di pregi è fatto oggetto di intervento penale con l'art. 517 cp; *che* l'atto, che realizza una concorrenza sleale denigratoria, riceve una tutela penale dall'art. 595 cp; *che* il segreto industriale è tutelato anche dall'art. 623 cp; *che*, infine, esiste una questione, annosa e mai risolta, che si interroga se l'atto di concorrenza sleale possa rappresentare un mezzo fraudolento idoneo ad impedire o a turbare l'esercizio di un'industria o del commercio ai sensi dell'art. 513 cp.

Pertanto, è intenzione analizzare le relazioni delineate, soffermandosi, in particolar modo, proprio sull'aspetto penale della concorrenza sleale.

a) Gli artt. 473, 474 e 514 c.p. e la concorrenza sleale confusoria.

È opinione pacifica che il presupposto affinché la concorrenza possa svolgersi sia l'esistenza di un sistema di tutela di segni distintivi ¹⁵⁰.

La ragione di ciò risiede nel fatto che il segno distintivo è un'entità capace di caratterizzare un prodotto e di distinguerlo dagli altri analoghi di diversa provenienza sicché è ciò che consente al consumatore di individuare e di localizzare il prodotto stesso come proveniente da una determinata impresa, nonché di attribuire, conseguentemente, meriti e demeriti, premiando così gli imprenditori più competitivi ¹⁵¹.

Si è, già, avuto modo di soffermarsi sul fatto che tutela dei segni distintivi è affidata sia al Codice di Proprietà Industriale sia all'art. 2598, n.1, cc, che qualifica come atto di concorrenza sleale:

- l'adozione – *uso* - di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o i segni distintivi legittimamente usati da altri;
- l'imitazione servile di prodotti di un concorrente;
- il compimento, con qualsiasi altro mezzo, di atti idonei a creare confusione con i prodotti o con l'attività di un concorrente ¹⁵².

¹⁵⁰ A tal riguardo, si veda quanto illustrato a pagg. 59-63.

¹⁵¹ In relazione a ciò, *cf.* VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 38, 145 ss e 309 ss; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., 161; ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale industriale*, cit., 55 e 60; GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore*, Bologna, 2006, 135 ss; DI AMATO, *La tutela penale dei segni distintivi*, in *Cass. pen.*, 1986, 839.

¹⁵² L'art. 2598 cc fa salve le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi sicché le due tutele non solo concorrono alternativamente, ma, altresì, sono cumulabili tra di loro. Si tratta di due rimedi che presentano elementi di differenziazione. La contraffazione del marchio non è sempre e comunque un atto di concorrenza sleale, occorrendo a tal riguardo che siano integrati i requisiti previsti dall'art. 2598 cc, ossia l'esistenza di un rapporto di concorrenza tra gli imprenditori, il rischio di confondibilità, l'uso del marchio e la sua notorietà, il rispetto dei limiti merceologici e territoriali. A ciò si aggiunga che, a differenza di quanto previsto dalla disciplina del Codice di Proprietà Industriale, la disciplina della concorrenza sleale non solo presume la colpa, ma bensì consente di ottenere, ai sensi dell'art. 2599 cc, opportuni provvedimenti affinché vengano eliminati gli effetti della stessa. A tal proposito, *cf.* VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 48-50.

L' idoneità a produrre confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente è, quindi, ciò che accomuna le tre fattispecie, che vanno a comporre la cosiddetta concorrenza sleale confusoria ¹⁵³. Quest'ultima consiste nella riproduzione, più o meno puntuale, di uno o più elementi idonei ad individuare quei prodotti o quella attività, ossia di uno o più segni distintivi. Detta imitazione comporta che il destinatario del prodotto o dell'attività sia tratto in inganno sull'origine del prodotto e/o dell'attività stessa, poiché è indotto a pensare che i prodotti e le attività provengano da una certa impresa, quando, in realtà, sono riconducibili ad un diverso imprenditore ¹⁵⁴. L'imitazione o la riproduzione confusoria si traducono, notoriamente e comunemente, nella cosiddetta contraffazione, termine con cui si fa riferimento a tutta una serie di forme di aggressione, spesso diversissime tra loro, dei diritti di proprietà industriale.

Ai fini dell'integrazione dell'illecito, è sufficiente la presenza di una mera confondibilità; ciò significa che concreti episodi di confusione non devono necessariamente verificarsi, bensì che sussista un ragionevole rischio di confusione, da parametrarsi alla stregua delle capacità critiche del consumatore medio, di media diligenza ed intelligenza. Tale rischio diviene attuale nel momento in cui l'imprenditore concorrente adotti nella sua attività d'impresa segni distintivi contraffatti.

La tutela penale dei segni distintivi è affidata agli artt. 473, commi 1 e 3, 474 e 514 cp, i quali creano un vero e proprio microsistema, la cui analisi – si dà atto sin da ora - non è né di immediata comprensione né si presta ad un'agevole esposizione ¹⁵⁵.

¹⁵³ Sul punto, ampiamente, *cf.* VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 35-74.

¹⁵⁴ In tal senso, sempre, *cf.* VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 36.

¹⁵⁵ A tal proposito, si ricorda che, dall'entrata in vigore del Codice di Proprietà industriale fino all'intervento ad opera della legge n. 99 del 23 luglio 2009, il quadro normativo era addirittura reso più complesso dalla presenza di sanzioni penali contenute all'art. 127, primo comma, cpi, a tenore del quale: «*Salva l'applicazione degli articoli 473, 474 e 517 del codice penale, chiunque fabbrica, vende, espone, adopera industrialmente introduce nello Stato oggetti in violazione di un titolo di proprietà industriale valido ai sensi delle norme del presente codice, è punito, a querela di parte, con la multa fino a 1.032,91 euro*». Se, da un lato, è indubbiamente meritevole di lode lo sforzo che il legislatore che

La struttura in esame presenta due poli: da un lato, si collocano le fattispecie della contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli o disegni e dell'introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi, di cui, rispettivamente, agli artt. 473 e 474 cp; dall'altro, si situa il delitto di frode nell'esercizio del commercio, di cui all'art. 514 cp.

Il primo polo tutela la fiducia che il pubblico indeterminato dei consumatori ripone nella genuinità dei segni distintivi o, in altri termini, l'interesse dei consumatori alla distinzione della fonte di provenienza dei prodotti posti sul mercato ¹⁵⁶.

il legislatore ha compiuto per descrivere le condotte in maniera più tassativa di quanto non sia stato fatto nel Codice Rocco agli artt. 573, 474 e 514 cp; dall'altro lato, se la norma fosse ancora vigente, sussisterebbero problemi di concorso di reati rispetto agli artt. 473, 474 e 514 cp, sin dalla sua prima lettura, come una superfetazione di un impianto normativo complesso e non compiuto. Basti considerare che le prime interpretazioni della norma individuavano l'oggettività della fattispecie nella tutela del diritto patrimoniale, di proprietà, del titolare dei segni distintivi. A tal proposito, un quadro delle problematiche è ben tracciato da RONCAGLIA, *Capacità distintiva e confondibilità ai fini della tutela penale*, in *Dir. ind.*, 2007, 97 ss.

¹⁵⁶ A tal riguardo, *cfr.*, in dottrina: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume 1*, Bologna, 2008, 565; ALESSANDRI, *Diritto penale industriale: orientamenti giurisprudenziali negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1979, 1439; ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 140; GUALTIERI, *art. 473 e 474 cp*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 2235-2236. In giurisprudenza, *cfr.* Cass., 25 ottobre 1972, in *Giur. it.*, 1973, II, 497, la quale ha affermato che: «i reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p. sono reati contro la fede pubblica, diretti a tutelare quei mezzi simbolici o reali di pubblico riconoscimento che servono a contraddistinguere e garantire la circolazione dei prodotti industriali» e, recentemente, *cfr.* Cass. pen., Sez. II, 2 giugno 1998, n. 6418, in *De Agostini Professionale on line*, la quale afferma che lo specifico oggetto della tutela penale accordato dall'articolo in esame è la «garanzia della pubblica fede riguardo al *corpus* distintivo di determinate realtà»; infine, *cfr.* Cass. pen., Sez. II, 23 giugno 2010, n. 24214, in *De Agostini Professionale on line*, la quale, riprendendo quanto stabilito dalla Suprema Corte nel 1998, afferma che l'art. 473 è finalizzato alla garanzia dell'interesse pubblico preminente della fede pubblica. Nella giurisprudenza di merito, si vedano: Pret. Milano, 16 febbraio 1957, in *Riv. dir. ind.*, 1961, II, 17, la quale afferma che «integra la falsificazione materiale del segno distintivo con la conseguente lesione che attraverso tale falsificazione viene inflitta alla garanzia di autenticità del prodotto offerto alla generalità dei consumatori attraverso il marchio, inteso quale elemento atto a qualificare e a specificare il prodotto stesso rispetto a quello similare» e, recentemente, Trib. Cuneo, 18 gennaio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 3221 (531), il cui organo giudicante ha affermato che l'interesse giuridico tutelato è la pubblica fede in senso oggettivo, intesa come affidamento della generalità dei consumatori nei marchi e nei segni distintivi.

Oltre alla suddetta fiducia dei consumatori nella genuinità del segno, le fattispecie sono poste a tutela dell'interesse dell'imprenditore titolare del segno distintivo ¹⁵⁷.

Non potrebbe essere diversamente: la tutela della genuinità dei segni distintivi implica, da un lato, la «*tutela dell'interesse del titolare a non vedere immessi nel mercato prodotti, merci, ovvero opere dell'ingegno col proprio contrassegno falsificato in modo da sfruttare la forza di penetrazione presso il pubblico*» ¹⁵⁸; dall'altro lato, coinvolge la «*tutela dell'interesse del pubblico dei consumatori strettamente ed inscindibilmente connesso alla distinguibilità dei segni; distinguibilità che le condotte di falsità materiale sono in grado di sfigurare, di annullare, proprio nei confronti di quei consumatori, rispetto alle scelte dei quali essa dovrebbe avere maggior operatività*» ¹⁵⁹.

Anche se non si fa espresso riferimento al lemma concorrenza in queste ricostruzioni, qualsiasi tentativo volto a negare che le fattispecie tutelino la *libertà di concorrenza* falliscono sul piano logico: non è possibile affermare categoricamente che l'interesse del singolo concorrente all'esercizio indisturbato della propria attività d'impresa sia escluso, non sia ricompreso, almeno in via

¹⁵⁷ Sul punto si vedano: ALESSANDRI, *Diritto penale industriale*, cit., 1441; ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 140; BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 745, il quale afferma che oggetto di tutela è «*l'interesse del produttore concorrente alla genuinità del marchio ovvero che non vengano messi in circolazione prodotti recanti segni distintivi non corrispondenti alla reale origine, provenienza e qualità dell'oggetto in commercio*»; DI AMATO, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 840; SVARIATI, *A proposito della fattispecie prevista e punita dall'art. 473 c.p. con particolare riguardo al giudizio di confondibilità tra simboli ai fini di una corretta valutazione del «grado» di contraffazione del marchio registrato*, in *Giur. merito*, 1989, 938, la quale non ha dubbi sul fatto che si tratti di un reato plurioffensivo; CAMALDO, *Una recente pronuncia della Cassazione sul «falso grossolano» nella contraffazione di marchi: un orientamento criticabile*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, 215.

In giurisprudenza, *cf.* Trib. Milano, 19 giugno 1957 in *Riv. dir. ind.*, 1961, II, 17 e Pret. Barletta, 24 dicembre 1976, in *Riv. dir. ind.*, 1977, II, 589, le quali affermano che le condotte, di cui agli artt. 473 e 474 c.p., ledono anche il diritto di esclusiva del titolare e che, conseguentemente, tutelano anche la privativa industriale riconosciuta al titolare. Nella più recente giurisprudenza di legittimità *cf.* Cass. pen. Sez. II, 2 giugno 1998, n. 6418, in *De Agostini Professionale on line* e Cass. pen. Sez. II, 23 giugno 2010, n. 24214, in *De Agostini Professionale on line*, le quali pongono come primaria la garanzia dell'interesse pubblico all'affidamento generale e come secondario l'interesse del titolare rispetto all'oggetto di falso.

¹⁵⁸ Così ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 140.

¹⁵⁹ Così ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 140.

indiretta ¹⁶⁰; non è possibile sostenere che l'autenticità del segno distintivo sia tutelata solo alla luce dell'interesse del consumatore e dimenticare così il titolare di quel segno, del mittente di quel messaggio.

Il secondo polo tutela l'ordine economico nazionale, formula vaga, la cui esegesi ha impegnato la dottrina da sempre. La più efficiente accezione del termine è quella secondo cui l'ordine economico ricomprende la correttezza e la probità degli scambi e dei rapporti economici, avendo cura tanto alla generalità dei consumatori dal pericolo di inganni sull'origine, sulla provenienza e sulla qualità dei prodotti quanto agli imprenditori concorrenti che operano correttamente ¹⁶¹. La tutela della *libertà della concorrenza* è, così, immanente, occulta, espressamente *indichiarata*. Si può così notare che questo secondo polo guarda la concorrenza come bene collettivo, diversamente dalla prospettiva individualista che permea il primo polo. In questo risiede la sostanziale differenza tra i due termini del microsistema.

Quali sono, dunque, le condotte sanzionate? Esiste un'escalation offensiva delle stesse? Per chiarezza espositiva, giova anteporre una tabella.

¹⁶⁰ Sul punto si veda l'interessante punto di vista di MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana*, Padova, 2009, 75, il quale sostiene che sia necessario «uscire dal labirinto della buona fede» e rinvenire, a seguito della Legge 23 luglio 2009, n. 99, il bene giuridico tutelato nel diritto di proprietà industriale del titolare dei marchi, diritto da connettere, in ultimo, con il patrimonio dell'impresa.

¹⁶¹ In tal senso, *cfr.* ALESSANDRI, *Diritto penale industriale*, cit., 1462-1463, a cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali, e ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 188-190, PEDRAZZI, *voce Economia pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XIV, 279.

Condotte	art. 473 cp	art. 474 cp	art. 514 cp
Contraffazione o alterazione	X		
Uso	X		
Introduzione		X	
Detenzione per la vendita		X	X
Messa in vendita o altrimenti in circolazione		X	X

Ebbene, il codice sanziona così all'art. 473 cp:

- la contraffazione, che consiste nel far assumere al marchio falsificato caratteristiche tali da ingenerare confusione sulla provenienza del prodotto ¹⁶²;
- l'alterazione, con cui si intende la modificazione parziale di un marchio genuino, ottenuta mediante l'eliminazione o l'aggiunta di elementi costitutivi ¹⁶³.
- l'uso del segno.

Al contempo, in modo sussidiario rispetto all'art. 473 cp, il legislatore, al primo comma dell'art. 474 cp, persegue:

- l'introduzione nel territorio dello stato di prodotti industriali con marchi o segni distintivi nazionali o esteri, contraffatti o alterati, intendo con ciò l'azione di chi fa giungere nel territorio dello Stato i prodotti con marchi contraffatti o alterati, provenienti da un Paese estero ¹⁶⁴.

A sua volta, in modo sussidiario rispetto altresì al primo comma, al secondo comma:

¹⁶² In proposito si vedano: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 568, ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 170, GUALTIERI, *art. 473 e 474 cp*, cit., 2235-2236, RONCAGLIA, *Capacità distintiva e confondibilità ai fini della tutela penale*, cit., 99 ss. Per la differenza con la nozione civilistica di contraffazione *cf.* MORONE, *Contraffazione di marchio ed oggetto della tutela penale*, in *Giur. it.*, 2005, 1697.

¹⁶³ Sulla nozione di alterazione *cf.* FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 568; ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 170; GUALTIERI, *art. 473 e 474 cp*, cit., 2235 e DI AMATO, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 841, il quale sottolinea che l'alterazione differisce dalla soppressione, dal momento che questa ultima si realizza «quando le modificazioni abbiano radicalmente trasformato il segno originario o ne siano state fatte scomparire del tutto le tracce».

¹⁶⁴ Quanto alla nozione di introduzione, si consulti, sempre, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 551; GUALTIERI, *art. 473 e 474 cp*, cit., 2236 e DI AMATO, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 842.

- la detenzione per la vendita ossia la disponibilità di fatto, anche temporanea, e a qualsiasi titolo del prodotto allo scopo della vendita ¹⁶⁵;
- la messa in vendita o altrimenti in circolazione ¹⁶⁶.

L'esposizione schematica consente di individuare immediatamente che l'intento del legislatore sia quello di assicurare un'ampia protezione al bene giuridico, reprimere un così ampio ventaglio di condotte tale da consentire un'applicazione *in potenza* ¹⁶⁷ infinita del diritto penale in questo settore da sempre proprio del diritto industriale.

Eppure, *in atto* ¹⁶⁸, così non è e ciò genera perplessità, se si opera un raffronto con la disciplina civilistica.

Infatti, analogamente a quanto previsto dall'art. 2598, primo comma, cc ¹⁶⁹, la confondibilità, alla base della contraffazione, va valutata in seguito ad un esame sintetico, che tenga, soprattutto, conto dell'impressione d'insieme e della

¹⁶⁵ Quanto alla nozione di detenzione, si vedano: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 551, GUALTIERI, *art. 473 e 474 cp*, cit., 2235-2236, ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 181, che rileva come la detenzione per la vendita sia desunta dalle condizioni della stessa, come, ad esempio, il luogo o il numero degli oggetti detenuti. In relazione alla detenzione per la vendita di oggetti con marchi contraffatti, *cfr.* PAPA, *La vendita di prodotti con marchi contraffatti: spunti sui rapporti tra ricettazione e norme disciplinanti la circolazione di «cose illecite»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 715-759, che prende in considerazione il problema del concorso tra l'art. 474 cp e il reato di ricettazione, di cui all'art. 648 cp, nell'ipotesi in cui taluno detenga per la vendita o metta in vendita oggetti con i marchi contraffatti, di provenienza non furtiva, dopo averli acquistati o ricevuti conoscendone la natura illecita.

¹⁶⁶ A tal proposito, *cfr.* GUALTIERI, *art. 473 e 474 cp*, cit., 2235-2236, ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 182 e DI AMATO, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 842. Sul problema del concorso tra l'art. 474 cp e l'art. 648 cp in caso di messa in vendita di oggetti con i marchi contraffatti, di provenienza non furtiva, dopo averli acquistati o ricevuti conoscendone la natura illecita, si veda sempre PAPA, *La vendita di prodotti con marchi contraffatti*, cit., 715-759.

¹⁶⁷ Si allude alla dottrina del divenire di Aristotele; sul punto, ABBAGNANO, FORNERO, *Filosofi e Filosofie nella storia*, cit., 185-186.

¹⁶⁸ Si fa riferimento sempre alla dottrina del divenire di Aristotele; *cfr.* nota precedente.

¹⁶⁹ *Cfr.* VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 48, a tenore dei quali: «*ai fini dell'accertamento della confondibilità si deve procedere all'esame comparativo fra i marchi in conflitto non già in via analitica, attraverso una particolareggiata disamina ed una separata valutazione di ogni singolo elemento, ma in via unitaria e sintetica, mediante un apprezzamento complessivo che tenga conto degli elementi salienti*».

specifica categoria dei consumatori cui è destinata, oltre agli elementi di similitudine e a quelli distintivi ¹⁷⁰.

Ad onor del vero, la conduzione del giudizio in questi termini rappresenta un'evoluzione, poiché, a lungo, si è reputato *tenacemente* ¹⁷¹ che fosse necessario raffrontare il marchio genuino e il marchio da comparare in modo rigoroso, allo scopo di escludere la condotta illecita, qualora i segni potessero essere distinti mediante un esame analitico ¹⁷².

Ciò posto, ben si intuiscono le critiche della dottrina ¹⁷³ volte ad affermare che un tale orientamento produceva l'effetto di circoscrivere il campo di operatività della fattispecie ad episodi marginali della concorrenza, fornendo una tutela di questo segno distintivo molto più ristretta di quella civilistica, basata su di un esame sintetico.

Abbandonata la vecchia strada, se dunque la condotta e il giudizio di confondibilità e se sul piano soggettivo nulla osta ¹⁷⁴ *perché non si ricorre sistematicamente anche a questo strumento?*

¹⁷⁰ Cfr. App. Catania, 3 aprile 1989, in *Giur. merito*, 1991, 845 e cfr. Cass. pen. Sez. V, 27 ottobre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1697.

¹⁷¹ L'aggettivo è usato da ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 989. In tal senso, anche, LEO, *Utilizzazione «seriale» del marchio in funzione decorativa del prodotto e norme penali sulla contraffazione*, in *Cass. pen.*, 1987, 1880-1881.

¹⁷² Cfr. Pret. Milano, 28 ottobre 1982, in *Cass. Pen.*, 1983, 1874 e cfr. Pret. Palermo, 19 gennaio 1989, in *Giur. merito*, 1989, 939; in questa ultima occasione, l'organo giudicante ha statuito che per la sussistenza del reato, di cui all'art. 473 c.p., le caratteristiche dei marchi originari e di quelli contraffatti o alterati debbono essere talmente simili da rendere necessario un attento ed approfondito esame per accertarne l'autenticità o la falsità, richiamandosi, così, all'orientamento espresso da Cass., sez. V, 10 dicembre 1974, in *Riv. pen.*, 1975, 1031. In dottrina, ricorda questa posizione giurisprudenziale GUALTIERI, *art. 473 e 474 cp*, cit., 2243-2244. Questo orientamento emergeva in relazione al fenomeno - noto come utilizzazione «seriale» del marchio in funzione decorativa del prodotto - della riproduzione ritmica del marchio altrui sull'intera superficie del prodotto, da parte del non titolare del diritto. In proposito cfr., in dottrina, LEO, *Utilizzazione «seriale» del marchio in funzione decorativa del prodotto e norme penali sulla contraffazione*, cit., 1876 ss. e cfr. ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, cit., 991.

¹⁷³ L'osservazione è di ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, cit., 989. In questo modo si esprimono anche FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 568, Nota 36.

¹⁷⁴ L'elemento soggettivo è dato dal dolo generico, intenso come coscienza e volontà dell'*immutatio veri*; a seguito dell'introduzione, ad opera della legge n. 99/2009, dell'inciso «*potendo conoscere dell'esistenza del titolo di proprietà industriale*» si è affermato che l'elemento soggettivo sia identificabile nel dolo eventuale. A tal proposito, si vedano ALESSANDRI, *Diritto penale*

Una precisazione è doverosa: l'oggetto materiale delle condotte sanzionate è circoscritto ai soli prodotti con marchi registrati, stante l'inciso «*i delitti previsti dai commi primo e secondo sono punibili a condizione che siano osservate le norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale ed industriale*»¹⁷⁵. Ciò significa che la tutela è subordinata all'adempimento dell'onere di presentazione della domanda di registrazione¹⁷⁶ sicché la contraffazione, l'alterazione o l'uso di un marchio *di fatto* non è punito dall'art. 473, primo comma, cp. Probabilmente, la spiegazione risiede nello storico inquadramento della fattispecie tra i delitti a tutela della fede pubblica; ciò non esclude, tuttavia, che si sia in presenza dell'*ennesima contraddizione logica di un sistema irrazionale*, poiché, al pari del marchio registrato, anche il marchio di fatto è una fonte di provenienza del prodotto da una determinata impresa.

industriale, cit., 1447; ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 183; GUALTIERI, *art. 473 e 474 cp*, cit., 2243-2244 e MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana*, cit., 37.

¹⁷⁵ Sul punto si vedano: ALESSANDRI, *Diritto penale industriale*, cit., 1434 ss.; ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 144 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 566; GIRALDI, *Profili penali in materia di tutela dei marchi*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 21 e DI AMATO, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana*, cit., 841.

¹⁷⁶ A tal proposito, una parte della dottrina reputa che si possa agire anche per i marchi, le cui domande di registrazione sono in corso di procedimento; un'altra parte della dottrina e la giurisprudenza, al contrario, affermano che sia necessario il conseguimento della registrazione. Nel primo senso, si veda ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 147; nel secondo, *cf.*, in dottrina, ALESSANDRI, *Diritto penale industriale*, cit., 1436; MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana*, cit., 34; ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, cit., 989; LEO, *Utilizzazione «seriale» del marchio in funzione decorativa del prodotto e norme penali sulla contraffazione*, cit., 1878, il quale afferma come sia discutibile «l'esclusione dal giudizio penale di ogni sindacato sulla conformità del marchio alle regole che disciplinano il relativo diritto di esclusiva»; GUALTIERI, *art. 473 e 474 cp*, cit., 2238-2242, il quale sulla stessa linea di LEO, *op. ult. cit.*, 1878, prende atto del fatto che al giudice penale sia precluso qualsiasi indagine sulle validità del marchio. Ad avviso di chi scrive pare che questa circostanza sia più pacifica di quanto appaia alla luce dell'art. 479 c.p.p. sulle questioni civili o amministrative. In giurisprudenza, si vedano Cass. pen. Sez. II, 2 giugno 1998, n. 6418, in *De Agostini Professionale on line*, la quale Corte ha stabilito che la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 473 cp va interpretata nel senso di svolgimento dell'intero *iter* di registrazione e non di deposito della sola domanda iniziale. In tal senso è ancora orientata. In merito *cf.* Cass. pen. Sez. II, 23 giugno 2010, n. 24214, in *De Agostini Professionale on line*.

Ad eccezione di questa precisazione, si registra una coincidenza tra il civilmente e il penalmente illecito.

Una restrizione all'area di punibilità è prevista, per quanto riguarda l'introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi, dalla presenza del dolo specifico, imperniato sulla finalità di trarre profitto.

Guardando l'elemento soggettivo con gli occhi della realtà commerciale e degli scambi, non si può che dubitare della reale capacità di delimitare l'area della punibilità, poiché le condotte scerve della finalità di profitto, si presentano e si presenteranno, nella prassi, assai raramente e sono, peraltro, difficilmente ipotizzabili.

Andando oltre, come si evince dalla semplice lettura della tabella sud disegnata, il secondo polo della struttura, analogamente all'art. 474 cp, sanziona la messa in vendita o altrimenti in circolazione di prodotti con nomi, marchi e segni distintivi *non autentici*.

In particolare, nel delitto di frodi contro le industrie nazionali, detta non autenticità si traduce nella commercializzazione di prodotti con segni *contraffatti o alterati*: per l'esattezza, la contraffazione e l'alterazione, in tal caso, non sono incriminate direttamente, ma rappresentano un presupposto della condotta stessa. A monte, pertanto, deve essere già posta in essere un'illecita attività di contraffazione o di alterazione e rilevano, così, la detenzione, la messa in vendita o altrimenti in circolazione, ossia la diffusione dei prodotti presso il pubblico dei consumatori.

La fattispecie presenta una particolarità, ossia richiede che le condotte siano tali da cagionare un nocumento all'industria nazionale. E, proprio, la presenza di tale evento spiega altresì come l'oggetto materiale non sia più il solo marchio registrato, ma sia esteso anche al marchio di fatto ¹⁷⁷. Infatti, l'osservanza delle norme e delle leggi interne, in tale delitto, è una mera aggravante e giustifica la

¹⁷⁷ Sul punto *cfr.* Cass., 12 agosto 1986, n. 8250, in *Riv. pen.*, 1987, 320 e, in dottrina, *cfr.* CESQUI, *art. 514 cp*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2014, II, 2972.

non applicazione del primo polo, come espressamente sancito dall'art. 514, secondo comma, cp.

La previsione di un nocumento all'industria nazionale porta l'interprete ad una serie di riflessioni.

La prima è sempre la stessa: detto dato letterale rivela un *quid* sul piano dell'oggettività giuridica?

Invero, sicuramente, una rilettura evolutiva del delitto non può che portare alla conclusione che, stante il dato letterale, le frodi contro le industrie nazionali siano poste a tutela della libertà *della* concorrenza, ossia come salvaguardia del mercato. Ragionevolmente l'evento richiesto fa passare in secondo piano l'interesse *individuale* protetto dagli artt. 473 e 474 cp.

La seconda riflessione d'obbligo è la seguente: uno scenario apocalittico, come quello del nocumento all'industria nazionale è davvero immaginabile?

Su un piano astratto, sicuramente nulla osta; calandosi, sul piano concreto, ben si comprende come la dottrina da tempo accusi il delitto in esame di «*gigantismo strutturale*», rinvenendovi la causa della scarsa applicazione giurisprudenziale ¹⁷⁸.

Sul punto, la *conoscenza laica e comune, di ordinaria stampa* pone il dubbio per cui se la veridicità e l'attualità di tale assunto erano sicuramente indiscusse fino a pochi anni fa, nell'attuale contesto economico, la circolazione di prodotti con segni e marchi contraffatti rappresenta un fenomeno emergenziale tale da cagionare un nocumento a svariati settori dell'economia nazionale sicché ci si interroga se quell'accusa di gigantismo strutturale non debba portare ad una sentenza di non luogo a procedere.

Ancora: qual è l'errata perimetrazione del concetto di nocumento?

Il *deficit* di tassatività del concetto di nocumento è innegabile.

Nonostante una dubbiosa evoluzione interpretativa, la concorrenza sleale confusoria ha sicuramente un'indubbia rilevanza penale, nonostante il

¹⁷⁸ Sul gigantismo strutturale sempre ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 189.

microsistema penale delineato non si esprima in termini così chiari, incriminando condotte di concorrenza sleale senza tutelare, però, la concorrenza sleale.

A chiusura di questa ricostruzione, è doveroso menzionare il disegno legge recante «*Nuove norme in materia di reati agroalimentari*», stante l'irrompente portata delle modifiche al Codice Penale, proposte dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare ¹⁷⁹.

La ragione del dover di dare atto deriva dal fatto che la riforma comporta una modifica del Capo III del Libro II del Titolo VII, relativo alla falsità in sigilli o strumenti o segni di autenticazione, certificazione o riconoscimento, imposta dalla necessità di coordinare proprio gli artt. 473 e 474 cp in chiave sistematica con le modifiche apportate in tema di frodi alimentari.

Per quanto qui rileva, la riforma abroga il delitto di fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale, di cui all'art. 517 *ter* cp, e, di conseguenza, ricolloca l'usurpazione nell'ambito della tutela della pubblica fede, aggiungendo, all'art. 473 cp, il riferimento a chi fabbrica o adopera industrialmente beni e oggetti realizzati usurpando un titolo di proprietà industriale o in violazione dello stesso ed inserendo, all'art. 474 cp, il riferimento a beni ed oggetti realizzati usurpando un titolo di proprietà industriale ¹⁸⁰.

L'usurpazione, ossia la produzione di un bene conforme, ma in difetto di autorizzazione, viene così annoverata tra le condotte rilevanti per la tutela del marchio e, in genere, della privativa industriale, poiché viene in luce *il carattere privato dell'interesse del titolare* ¹⁸¹.

La tutela della *libertà di concorrenza* è, quindi, immanente anche nella *potenziale* futura riformulazione degli artt. 473 e 474 cp.

¹⁷⁹ A tal proposito, si vedano *Linee guida per lo schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*, nonché *Schema di disegno di legge recante: "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"* del 14 ottobre 2015 ad opera della *Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare* indetta con DD.MM. 20.4.2015, 30.4.2015 e 31.7.2015 e presieduta dal dott. Gian Carlo CASELLI, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁸⁰ *Linee guida*, cit., 57-58.

¹⁸¹ Così *Linee guida*, cit., 48.

b) L'art. 595 c.p. e la concorrenza sleale denigratoria.

Un regolare svolgimento della concorrenza presuppone una comunicazione aziendale leale ¹⁸².

La diffusione di notizie ed apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente idonei a determinarne il discredito integra, come già visto, la denigrazione, atto di concorrenza sleale, sanzionato dall'art. 2598, n. 2, cc ¹⁸³.

A sua volta, il discredito risiede nella perdita della buona reputazione, la quale, in un'ottica commerciale, va intesa come fiducia vantata da un'impresa presso il pubblico dei consumatori in ordine alla qualità dei suoi prodotti o della sua attività. L'effetto screditante si determina, allorché il parlar o il scrivere male, produca un danno concorrenziale, che va valutato in base al contesto di riferimento delle imprese ossia alle condizioni di mercato nel quale gli imprenditori operano. Per l'integrazione dell'illecito, non si deve verificare una condizione permanente di discredito: la gravità e l'intensità della notizia e dell'apprezzamento diffuse possono esaurirsi anche in un breve periodo, impedendo, ad esempio, la conclusione di un singolo affare ¹⁸⁴.

Il riferimento al danno concorrenziale è centrale anche per la definizione della condotta di diffusione, che si verifica, indubbiamente, quando notizie ed apprezzamenti sono portati a conoscenza di una pluralità di soggetti, come accade con la diramazione di lettere circolari o con la pubblicità. Tuttavia, non può escludersi che un danno sia conseguenza di una comunicazione personale, rivolta ad un solo soggetto e con le più svariate forme, come quella orale. Pertanto, la comunicazione può essere rivolta ad un pubblico indifferenziato o ad un numero indeterminato di persone, nonché ad un singolo soggetto.

¹⁸² In proposito *cf.* AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, cit., 356 ss.

¹⁸³ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 75 ss. Si veda anche quanto illustrato a pagg. 56-57.

¹⁸⁴ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 75-77.

Ancora, il riferimento ad un danno di natura concorrenziale consente di comprendere quale debba essere l'oggetto della notizia e dell'apprezzamento negativi: testualmente, la norma, recitando «*sui prodotti e sull'attività di un concorrente*», suggerisce che l'oggetto della denigrazione debba essere il prodotto o l'attività. Invero, l'assunto appare restrittivo, poiché lo stesso potrebbe concernere anche una situazione, nella quale l'impresa versi, come quella relativa allo stato di dissesto o comunque di difficoltà economica, di disorganizzazione interna e così via, idonea a scoraggiare gli utenti finali dal rivolersi all'impresa stessa.

Non solo: nel novero delle notizie e degli apprezzamenti screditanti, si rinviene anche la diffusione di informazioni aventi ad oggetto la personale reputazione dell'imprenditore commerciale, purché ciò abbia dei riflessi sulla concorrenza, ossia distolga consumatori e fornitori dall'intrattenere rapporti con il concorrente denigrato.

Ancora una volta, il riferimento al profilo concorrenziale segna il limite dell'illecito e del lecito alla stregua dell'art. 2598, n. 2, cc. Infatti, la diffusione di notizie strettamente personali sull'imprenditore esulano dal campo di applicazione della disposizione in esame ¹⁸⁵.

La dottrina di diritto industriale è solita così affermare che «*ed in ciò la fattispecie in esame si distingue da quella penale della diffamazione*» ¹⁸⁶.

L'arresto, a cui approda detta dottrina, consente di interrogarsi sul rilievo penale della concorrenza sleale denigratoria, tematica da ricondurre a quella più ampia della tutela penale della lealtà della comunicazione commerciale.

In assenza di fattispecie, che incriminino, in modo specifico, la denigrazione commerciale, si ricorre al delitto di diffamazione, di cui all'art. 595 cp ¹⁸⁷.

¹⁸⁵ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 77-78.

¹⁸⁶ Così VANZETTI, DI CATALDO, *op. ult. cit.*, 80.

¹⁸⁷ Sul delitto di diffamazione, *ex plurimis*, cfr. SIRACUSANO, voce *Ingiuria e Diffamazione*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 32 e MANTOVANI, *Delitti contro la persona*, vol.1, Torino, 2016, 258-267.

Il primo comma della disposizione testé richiamata sanziona la comunicazione offensiva dell'altrui reputazione qualora la stessa sia portata alla conoscenza di una pluralità di persone ed in assenza dell'offeso.

Per comprendere se e in che misura la concorrenza sleale possa essere penalmente rilevante ai sensi dell'art. 595, primo comma, cp, l'esegesi deve essere condotta, in primo luogo, soffermandosi sulla definizione di reputazione, secondariamente, analizzando il significato di offesa e, infine, trattenendosi sulla nozione di comunicazione ad una pluralità di persone.

First of all, la corretta perimetrazione della nozione di reputazione è il primo passaggio logico, poiché, se l'offesa alla personale reputazione di un imprenditore commerciale, sanzionata dalla concorrenza sleale denigratoria, non è riconducibile all'offesa dell'altrui reputazione, di cui all'art. 595, primo comma, cp, allora qualsiasi percorso interpretativo si arresta – *it must stop* - al suo *incipit*.

A sua volta, questa prima investigazione involge necessariamente il bene giuridico protetto dal delitto di diffamazione, ossia l'onore, concetto su cui la dottrina compie, da sempre, uno sforzo per cercare di definirlo¹⁸⁸.

In particolare, nella concezione coeva all'entrata in vigore del Codice Rocco, l'onore era inteso in una duplice accezione: *in senso soggettivo*, quale sentimento della propria dignità morale e somma dei valori che un individuo attribuisce a sé stesso; *in senso oggettivo*, alla stregua di riflesso della stima e dell'opinione, che altri hanno di una persona, ossia come patrimonio morale derivante dall'altrui considerazione, definibile come reputazione¹⁸⁹.

Lo scenario delineato muta con l'avvento della Costituzione: più precisamente, l'onore è espressione dei diritti inviolabili dell'uomo tanto come singolo quanto nelle formazioni sociali, in cui si svolge la sua personalità,

¹⁸⁸ Sul concetto di onore, si vedano, per una visione d'insieme dell'analisi della dottrina e della giurisprudenza, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, II*, Bologna, 2008, 77-79, e, più dettagliatamente, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 138 ss e MANTOVANI, *Delitti contro la persona*, cit., 206-257.

¹⁸⁹ IACOVIELLO, *Diffamazione*, in LATTANZI, LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2000, 393-475.

percepito come un bene altamente personale. Tale approccio costituzionalmente orientato porta alla concezione attualmente dominante, quella cosiddetta *normativa*, secondo la quale l'onore va inteso *sia* come aspetto della *dignità umana* e della personalità del singolo in quanto tale e, quindi, come valore interiore della persona, *sia* come *dignità sociale* dell'uomo, ossia quale stima che la persona offesa riscuote presso gli altri membri della comunità.

Se dunque l'onore è anche la dignità sociale dell'uomo, l'interrogativo da porsi è il seguente: *la personale reputazione di un imprenditore commerciale è ricompresa nella dignità sociale che appartiene a tutti gli uomini in quanto tali a prescindere dalla loro professione, dal loro ruolo?*

Al quesito, a sua volta, non può essere data risposta certa, poiché riflette - è specchio - delle problematiche della sua genia, ossia della definizione di onore tanto che una risposta certa non può essere data, né in senso affermativo né in quello ostativo.

Eppure, si avverte una logica sostenibilità nella positiva risoluzione della questione: la reputazione della persona *nella sua espressione lavorativa, nel mondo del lavoro*, nel suo ruolo di imprenditore commerciale è ricompresa in quella dignità sociale che spetta ad ogni essere umano. Altro non è che una relazione di genere a specie: nulla impedisce che l'offesa alla reputazione possa consistere nell'aggressione alla sfera del decoro professionale.

Nulla pare decisivo per escludere che nel concetto di onore non sia sussumibile ciò.

Si giunge, così, alla disamina del significato di offesa, la quale può riguardare la persona stessa dell'imprenditore o la sua attività o i prodotti e i servizi offerti dallo stesso. Essa, inoltre, deve essere realizzata, come noto, in assenza dell'offeso per non ricadere nel diverso delitto di ingiuria, laddove per assenza si intende l'impossibilità di percezione fisica dell'offesa da parte del soggetto passivo, che potrebbe essere pur presente ¹⁹⁰.

¹⁹⁰ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, II*, cit., 89.

Quanto alla persona e all'attività, sono offensive le notizie relative all'insolubilità dell'imprenditore, alla sottoposizione a procedure giudiziarie o alle carenze organizzative della sua attività. In relazione ai prodotti e ai servizi, è offensiva, in particolare, la diffusione di informazioni non veritiere sulla qualità dei prodotti, nonché la comparazione tendenziosa, subdola, sleale, ingannevole¹⁹¹.

A tal proposito, è doveroso chiedersi se, stante il bene giuridico individuato descritto, l'offesa ai prodotti o ai servizi possa essere pertinente: *l'offesa ai prodotti o ai servizi dell'imprenditore attiene sempre alla sfera professionale dell'imprenditore commerciale? In caso di risposta negativa, quindi, la rilevanza penale della denigrazione commerciale è limitata alla sola persona o all'attività?*

Ancora una volta, qualsiasi tentativo di risposta risente della difficoltà di perimetrare, di dettagliare, la nozione di reputazione, ancorché riflessa nella dimensione lavorativa, talché, in assenza di divieti univoci e chiari si decide di considerare la rilevanza penale anche delle offese a prodotti o a servizi sulla base dell'assunto che la denigrazione del prodotto o del servizio si riflette sulla stessa reputazione personale dell'imprenditore, in quanto si è portati a traslare sulla persona la scarsa qualità che l'imprenditore stesso offre sul mercato.

La fattispecie di reato richiede, infine, quale ultimo requisito strutturale, una comunicazione ad una pluralità di persone, ossia la divulgazione dell'offesa ad almeno due persone¹⁹². In particolare, la comunicazione deve avere oggetto un soggetto determinato o almeno facilmente identificabile, in linea con il bene

¹⁹¹ Sul punto, si vedano, ad esempio, App. Milano, 21 gennaio 1997, in *Giur.ann.dir.ind. Repertorio sistematico 1997-2007*, Milano, 2008, 649, Trib. Roma, 11 febbraio 2004 in 1997, in *Giur.ann.dir.ind. Repertorio sistematico 1997-2007*, Milano, 2008, 649 e App. Roma, 17 maggio 1999 in 1997, in *Giur.ann.dir.ind. Repertorio sistematico 1997-2007*, Milano, 2008, 649.

¹⁹² Cfr. FIANDACA, MUSCO, *op. ult. cit.*, 89. A tal proposito, si ricorda che la giurisprudenza ritiene che il delitto di diffamazione sussista anche quando il soggetto agente comunichi anche ad una sola persona purché quest'ultima, a sua volta, comunichi ad altre quanto appreso in modo tale che l'effetto finale sia sempre quello che la comunicazione giunga ad una pluralità di persone.

giuridico protetto dalla fattispecie. Così opinando, si afferma che esulano le cosiddette offese collettive, a categorie generiche.

Alla luce di quanto detto, le similitudini con la concorrenza sleale denigratoria sono innegabili e la differenza esistente riguarda il solo fatto che la seconda è raffigurabile anche con la comunicazione ad una sola persona ¹⁹³. Nemmeno si può diversamente concludere, riflettendo sull'elemento psicologico del delitto di diffamazione, poiché, da un lato, quest'ultimo è il dolo generico sicché è sufficiente che il colpevole abbia tenuto una condotta offensiva con coscienza e volontà e, dall'altro lato, per l'atto di concorrenza sleale è richiesta anche la mera colpa ¹⁹⁴.

Le modalità della comunicazione possono essere tra le più svariate, da quelle classiche della comunicazione (parole, scritti, gesti) a quelle sviluppabili secondo l'evoluzione tecnologica, dalla radio ad *Internet*. A tal proposito, non si può non prendere in considerazione la comunicazione attuata mediante la forma pubblicitaria.

In modo quasi scontato, si può affermare che la pubblicità, all'epoca dell'emanazione del Codice Civile e del Codice Penale, rappresentava uno strumento a cui ricorrere con mitezza per la promozione di prodotti e di servizi e con la quale l'imprenditore e il pubblico dei consumatori avevano poca confidenza, stante anche il limitato numero di mezzi di comunicazione, riducibili, forse, senza esagerazione alla carta stampata e alla radio. Ciò comportava, conseguentemente, che la regolazione dello strumento pubblicitario non fosse avvertita né dal legislatore né dagli operatori economici. Sarà grazie al moltiplicarsi dei mezzi di comunicazione, nonché all'acquistata consapevolezza da parte degli operatori del mercato della potenzialità, che la pubblicità offre per

¹⁹³ In tal senso, *cfr.* VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 77.

¹⁹⁴ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, II, cit., 90, che ricordano anche che la diffamazione può essere integrata anche solo con il dolo eventuale.

la promozione dei prodotti e dei servizi, ch  la meglio nota *pubblicit  commerciale* avr  uno sviluppo infinitamente superiore a quello avuto in origine ¹⁹⁵.

L'uso della pubblicit  inizia cos  a farsi sempre pi  frequente ed intenso e, accanto ad usi leciti e corretti, si registrano gli usi illeciti e sleali sicch  gli imprenditori, che lamentano di aver cos  subito un pregiudizio da parte dei propri concorrenti, si scontrano con l'assenza di una regolamentazione del fenomeno pubblicitario.

Infatti, la tutela esperibile ai sensi dell'art. 2598 cc   apparsa insufficiente e si   avvertita l'esigenza di introdurre una disciplina specifica soprattutto al fine precipuo di tutelare il consumatore.

In particolare, la normativa di riferimento della pubblicit  comparativa ed ingannevole  , oggi, il d. lgs. 145/2007, che non solo definisce, come pubblicit , qualunque forma di messaggio, che sia diffuso, nell'esercizio di una attivit  economica, allo scopo di promuovere la vendita o il trasferimento di beni mobili o immobili ovvero la prestazione di opere e servizi, ma che ne detta, altres , le condizioni di liceit , sintetizzabili nei divieti di ingannevolezza e di non ingenerare confusione, di non procurare indebito vantaggio e di gettare discredito ¹⁹⁶.

La pubblicit  deve essere *palese, veritiera e corretta* ¹⁹⁷.

Quanto alla pubblicit  comparativa, con essa si intende qualsiasi pubblicit  che identifichi in modo esplicito o implicito un concorrente o i beni o i servizi offerti dal concorrente stesso. Per non essere illegale la pubblicit  comparativa non deve essere ingannevole allorquando opera il confronto tra le caratteristiche essenziali dei beni o servizi omogenei, non deve ingenerare confusione, non deve

¹⁹⁵ Sul punto, si vedano AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, SPADA, *Diritto Industriale, Propriet  Industriale e Concorrenza*, cit., 356, DONA, *Pubblicit , pratiche commerciali e contratti nel Codice del consumo*, Torino, 2007, 9, nonch  TUCCILLO, *Pubblicit  ingannevole e comparativa (art. 2, D. Lgs. 2.8.2007, n. 145)*, in CATRICAL , TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Milano, 2010, 1891.

¹⁹⁶ La pubblicit  comparativa era disciplinata dal d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 67, di recepimento della Direttiva n. 97/55/CE e di integrazione del d. lgs. 74/1992 in tema di pubblicit  ingannevole, normative ora confluite nel d.lgs. n. 145/2007.

¹⁹⁷ SIROTTI GAUDENZI (a cura di), *Propriet  intellettuale e diritto della concorrenza, Opere dell'ingegno e diritti di propriet  industriale*, Torino, 2010, 521.

creare discredito ad un concorrente, non deve procurare un indebito vantaggio tratto dalla notorietà del marchio o altro segno distintivo del concorrente ¹⁹⁸.

In relazione alla pubblicità ingannevole, viene in rilievo qualsiasi comunicazione, qualsiasi messaggio rivolto ai potenziali consumatori o fruitori di determinati prodotti o servizi alla duplice condizione non corrispondente al vero ed idonea ad ingannare i suoi destinatari. Per l'esattezza, l'inganno deve vertere sulle caratteristiche dei beni o dei servizi ¹⁹⁹, sul prezzo, sul modo in cui questo viene calcolato e delle condizioni alle quali i beni o i servizi vengono offerti o alle qualifiche, qualità dell'imprenditore che trasmette il messaggio. L'inganno deve, ovviamente, produrre un danno concorrenziale sicché deve essere tale da indurre il consumatore ad acquisti che altrimenti non avrebbe fatto. Nel novero della pubblicità menzognera ed ingannevole, vi rientra anche la pubblicità occulta, realizzata grazie alla tecnica della pubblicità redazionale, ossia mediante messaggi, che sembrano articoli redazionali, quando, al contrario, sono annunci a pagamento, pubblicità, ovvero mediante il cosiddetto *product placement*, e cioè il collocamento, in una scena di un film o in un programma televisivo, di prodotti pubblicizzati in modo apparentemente causale. Invero, questa seconda forma di pubblicità occulta è stata oggetto di espressa disciplina con il d.lgs. 28/2004 sicché ora essa è consentita nei limiti imposti dalla legge. Ciò non toglie che detta pubblicità sia molto insidiosa, in quanto lo spettatore, potenziale consumatore, è suggestionato e, quindi, condizionabile dalla scena che sta vedendo e dagli effetti sull'inconscio che la stessa sta generando. Al di là delle singole tipologie e della casistica, indotta dalla prassi, resta che, come già evidenziato, il discrimine tra lecito ed illecito è dato dall'idoneità ingannevole avuto riguardo *non* ad un consumatore medio, non particolarmente avveduto e nemmeno del tutto

¹⁹⁸ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 82.

¹⁹⁹ Le caratteristiche dei beni o dei servizi sono: la disponibilità, la natura, l'esecuzione, la composizione, il metodo, la data di fabbricazione o della prestazione, l'idoneità allo scopo, agli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale, i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove o di controlli effettuati sui beni o sui servizi.

sprovveduto, *ma* proprio al consumatore *sprovveduto*, non essendo meritevole di tutela nessun uso di menzogne nelle comunicazioni che non siano affermazioni iperboliche, palesi esagerazioni, vanterie, affermazioni generiche, anche alla luce dei modi di diffusione del messaggio decettivo ²⁰⁰.

La disciplina speciale attribuisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato compiti di tutela amministrativa e giurisdizionale, restando ferma la giurisdizione del giudice ordinario in materia di concorrenza sleale a norma dell'art. 2598 cc ²⁰¹.

All'introduzione di detto strumento pubblicistico di tutela della lealtà dei messaggi pubblicitari e d'inibizione delle condotte illecite consegue che la tutela non sia più riservata all'iniziativa del concorrente danneggiato, potendo essere richiesta anche dai consumatori, dalle loro associazioni o da ogni altra pubblica amministrazione che ne abbia interesse secondo i suoi compiti istituzionali. A sua volta, ciò sottende il superamento della concezione, che limitava la tutela al solo interesse individuale del singolo concorrente, elevando la lealtà della comunicazione commerciale ad interesse generale della collettività ²⁰².

Pertanto, questi sono i termini, con cui l'illiceità del fenomeno si presenta nel diritto industriale.

Non resta ora che interrogarsi se la diffamazione commerciale realizzata con il mezzo pubblicitario abbia una qualche rilevanza penale.

A tal proposito, non pareva cogliere l'essenza della questione la contravvenzione, posta a presidio dell'effettività dell'intervento amministrativo

²⁰⁰ Sempre, VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 100-105. In tema di pubblicità ingannevole ed occulta, si veda SIROTTI GAUDENZI (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, cit., 520-532.

²⁰¹ In modo analogo a quanto accade in tema di rapporti tra violazione dei diritti di proprietà industriale e concorrenza sleale, anche in caso di violazioni della normativa pubblicitaria è, quindi, salva la giurisdizione del giudice ordinario a norma dell'art. 2598 cc. Ciò presuppone che la pubblicità comparativa rappresenti anche un atto di concorrenza sleale; sul punto, *cfr.* VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 83.

²⁰² MANCA, *La pubblicità commerciale denigratoria tra intervento penale e tecniche civilistiche ed amministrativistiche di tutela*, in <http://rivista.ssf.it/site.php?page=20041108085308796&edition=2006-05-01>, 5.

dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, disciplinata, prima dall’art. 7, nono comma, del d.lgs. 74/1992 e poi abrogato dal d.lgs. 205/2006, che prevedeva l’irrogazione di un’ammenda in caso di inottemperanza ai provvedimenti d’urgenza o inibitori o di rimozione degli effetti adottati con la decisione che definisce il ricorso: si trattava, in altri termini, di una sanzione che accedeva allo strumento amministrativo, posto a tutela dell’effettività della sua ottemperanza, ben lontano dalla questione della rilevanza penale della pubblicità denigratoria in ambito commerciale ²⁰³.

La problematica, in esame, è affrontata dalla dottrina, che vi ravvisa il più grave reato della diffamazione a mezzo stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, di cui all’art. 595, terzo comma, cp ²⁰⁴.

Per l’esattezza, non ogni forma di pubblicità ingannevole e comparativa analizzata rientra nel campo di applicazione e, quindi, di sovrapposizione tra civile e penale: è necessario, infatti, che si verifichi, pur sempre, la succitata offesa alla reputazione, da intendersi, alla stregua di offesa alla reputazione commerciale del concorrente.

Messo a fuoco il campo di applicazione, viene in rilievo la pubblicità denigratoria, la quale si caratterizza per un attacco diretto alla reputazione del concorrente. In particolare, si tratta di un’ipotesi di pubblicità, che, allorquando consista nell’attribuzione denigratoria di notizie false, coincide con la pubblicità ingannevole, essendo tratti in errore anche i consumatori; viceversa, qualora difetti il mendacio, la diffusione di notizie vere, ancorché denigratorie, la condotta è illecita ai sensi dell’art. 2598, n. 2, cc ²⁰⁵.

²⁰³ MANCA, *La pubblicità commerciale denigratoria tra intervento penale e tecniche civilistiche ed amministrativistiche di tutela*, cit., 8-9.

²⁰⁴ Cfr., *ex plurimis*, BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 722 ss e, di recente, MANCA, *La pubblicità commerciale denigratoria tra intervento penale e tecniche civilistiche ed amministrativistiche di tutela*, cit., 1 ss. Il dubbio sulla riconducibilità della questione al delitto di turbata libertà dell’industria e del commercio, di cui all’art. 513 cp, è risolto dalla clausola di sussidiarietà espressa enunciata dallo stesso art. 513 cp sicché trova applicazione il più grave reato della diffamazione aggravata con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità.

²⁰⁵ MANCA, *La pubblicità commerciale denigratoria tra intervento penale e tecniche civilistiche ed amministrativistiche di tutela*, cit., 6.

Pare riproporsi, in questa precisazione, il dubbio posto prima, e cioè, se possano essere considerati diffamanti della personale reputazione dell'imprenditore le offese, aventi ad oggetto, non la sua persona, ma i servizi o i prodotti dello stesso. Infatti, nella maggior parte delle ipotesi, le notizie, vere o false che siano, consisteranno nell'attribuzione, in una comunicazione pubblicitaria, di difetti o rischi, rispettivamente esistenti o inesistenti, al prodotto del concorrente ²⁰⁶. In tal caso, il dubbio, tratteggiato precedentemente, emerge chiaramente, poiché la disciplina specifica della pubblicità si occupa, per l'appunto, di comparazione e di decettività tra prodotti. E, ancora, una volta non si individuano elementi per escludere che non vi sia una traslazione sulla stessa persona dell'imprenditore dell'asserita comunicata scarsa qualità che lo stesso offrirebbe sul mercato.

Ebbene, la riconduzione o meno della condotta descritta al delitto in esame passa attraverso lo studio della forma aggravata di diffamazione.

La ragione per cui il porre in essere l'offesa con il mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità rappresenta un'aggravante risiede nel fatto che si registra un pregiudizio maggiormente accentuato, stante il ruolo che la stampa e i *mass media* occupano nella società moderna ²⁰⁷.

Come noto, secondo la legge sulla stampa, sono considerati stampe o stampati, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione sicché vengono in considerazione la stampa periodica, non periodica e quella clandestina ²⁰⁸. I noti problemi legati alla diffamazione commessa mediante giornale *on line* non sono qui rilevanti, in quanto l'aggravante precisa che essa

²⁰⁶ Si esprime, in questi termini, sul contenuto della notizia, vera o falsa, oggetto di comunicazione pubblicitaria, sempre MANCA, *La pubblicità commerciale denigratoria tra intervento penale e tecniche civilistiche ed amministrativistiche di tutela*, cit., 6.

²⁰⁷ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, II*, cit., 91.

²⁰⁸ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, II*, cit., 90.

sussiste anche con *qualsiasi altro mezzo di pubblicità* sicché ben può essere che quest'ultima possa essere posta su un sito internet, su un *social network* ²⁰⁹.

Fino a questo punto, nulla osta - secondo un'interpretazione evolutiva, che dovrebbe aver inizio dalla stessa nozione di reputazione - a che la pubblicità commerciale denigratoria costituisca una condotta punibile ai sensi dell'art. 595, terzo comma, cp.

La *condicio sine qua non* della rilevanza penale della pubblicità denigratoria è, però, la falsità della notizia, in quanto può trovare applicazione la causa speciale di non punibilità dell'*exceptio veritatis*, la quale consente di provare la verità del fatto. Si registra, pertanto, un evidente conflitto tra il diritto dell'imprenditore alla tutela della propria reputazione commerciale e l'interesse del pubblico dei consumatori a ricevere, anche a discapito degli interessi dei produttori, ogni informazione sulle diverse soluzioni proposte in tema d'effetti giuridici della verità dell'addebito.

Al di là di tutti i limiti evidenziati, la *faticosa se non machiavellica* operazione interpretativa proposta cela una traccia di sostenibilità, la quale, a sua volta, consente all'osservatore di affermare che esiste un ulteriore *aspetto penale della concorrenza sleale*.

Che la direzione verso un'interpretazione propensa ad un'incriminazione della comunicazione commerciale denigratoria sia quella corretta da percorrere

²⁰⁹ Sulla diffamazione perpetrata attraverso il profilo *Facebook* si veda GAROFOLI, *Compendio di diritto penale, parte speciale*, Lecce, 2015, 391, che ricorda l'orientamento espresso da Cass. Pen., sez. I, 16 aprile 2014, n. 16712, che ritiene integrata l'aggravante dell'utilizzo del mezzo di pubblicità, di cui al terzo comma, dell'art. 595 cp, posto che la stessa sia accessibile ad una moltitudine indeterminata di soggetti con la sola registrazione ai *social network*. Quanto alla diffamazione, realizzata mediante l'immissione dei messaggi offensivi in un determinato sito *web*, si reputano sufficienti, per l'integrazione del reato, la diffusione e il mantenimento in rete dei dati offensivi in modo da renderli disponibili ed accessibili da parte di un pubblico indeterminato, a nulla rilevando che la loro effettiva percezione resti subordinata all'iniziativa volontaria dei destinatari indeterminati. Sul punto, la Cassazione (*ex plurimis*, Cass. pen., sez. V, 25 luglio 2006, n. 25875) è più cauta: l'orientamento ricordato finisce con l'inquadrare la diffamazione tra i reati c.d. di mera condotta; prendendo le mosse dalla qualificazione della diffamazione quale il reato di evento, afferma che la consumazione del reato coincide con il momento in cui i terzi si connettono con il sito e percepiscono il messaggio, anziché nel momento dell'inserimento in rete degli scritti offensivi o delle immagini denigratorie.

trova conferma, *mutatis mutandis*, ancora, nel già menzionato schema di disegno di legge recante «*Nuove norme in materia di reati agroalimentari*», proposto dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare ²¹⁰.

In particolare, la riforma prevede l'introduzione di una fattispecie, qualificata dalla stessa Commissione, *inedita*, volta ad allineare il Codice Penale alle più recenti riforme, soprattutto, all'indomani dell'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 178 del 2002. La novella, per l'esattezza, si realizza mediante la riscrittura dell'art. 444 cp, rubricato conseguentemente «*Informazioni commerciali ingannevoli pericolose*» ed annoverato nel Libro II, Titolo VI, Capo II del Codice Penale, Capo che viene sostituito con la dizione «*delitti di comune pericolo contro la salute pubblica e la sicurezza degli alimenti e dei medicinali*» al posto dell'attuale «*delitti di comune pericolo mediante frode*» ²¹¹.

Qual è la ratio di tutela sottesa all'inedito art. 444 cp?

Ebbene, come si evince dalle Linee Guida, è la rilevanza penale non solo della pubblicità radicalmente falsa, ma anche di quella solamente incompleta, purché idonea a produrre un effetto decettivo alla luce delle forme e dei modi con cui trasmette agli utenti le informazioni sugli alimenti, ancorché non necessariamente falsi. La meritevolezza dell'incriminazione risiede nella correlazione tra questa forma di pubblicità e il pregiudizio arrecato alla sicurezza della consumazione dell'alimento; in particolare, deve derivare un pericolo per la salute di più persone sicché l'interprete è onerato dal compito di verificare se, nel caso concreto, detto pericolo per la sicurezza nel consumo dell'alimento sponsorizzato sia derivato dalle eventuali omissioni, menzogne, falsità e tendenziosità, riscontrabili nella relativa comunicazione ad opera di soggetti titolari di un'attività di comunicazione pubblicitaria, anche se non connessa con l'attività di produzione di ciò che viene sponsorizzato ²¹².

²¹⁰ Sempre, *Linee guida*, cit., 1 ss.

²¹¹ *Linee guida*, cit., 24.

²¹² *Linee guida*, cit., 30.

La riforma attribuisce, pertanto, questo preciso disvalore alla pubblicità menzognera o decettiva: l'offensività risiede nel pericolo per la sicurezza, per la salute pubblica.

Alla luce di quanto appena ricordato, la domanda che si pone è la seguente: *se l'oggettività dell'inedito art. 444 cp è quella delineata dalle Linee Guida ed appena menzionata, perché soffermarsi sullo stesso?*

Infatti, se non è certamente possibile una lettura dell'*inedito reato de iure condendo*, come posto a tutela, altresì, della libertà di concorrenza e della libertà della concorrenza, in quanto un simile sfoggio di arte retorica sarebbe errato, non rispettoso del sapere accreditato presso la comunità scientifica, al contrario ciò che è legittimo è dedurre la rilevanza penale della pubblicità menzognera e decettiva e la cura alla costruzione della fattispecie, anche in una prospettiva di riforma.

In conclusione, così opinando, si sta affermando che, ancorché posta a tutela di un bene giuridico, diverso dalla concorrenza, ma ad esso collaterale, la riforma qualifica come penalmente rilevante la pubblicità menzognera o decettiva impiegata nella comunicazione commerciale sicché si fornisce un utile spunto in senso confermativo della *faticosa se non machiavellica* rilettura dell'art. 595, terzo comma, cp.

c) L'art. 517 c.p. e l'appropriazione di pregi.

L'indicare un prodotto come proveniente da una determinata località rappresenta un'appropriazione di pregi -tipico atto di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598, primo comma, n. 2, cc - qualora esso provenga da una diversa località geografica e allorquando la località falsamente indicata influisca sulla qualità dei beni da essa provenienti ²¹³.

Nell'attuale contesto economico, si tratta di una tematica molto cara all'ordinamento, poiché, notoriamente, la provenienza di un prodotto – artigianale o industriale o alimentare – dall'Italia è sinonimo di elevata qualità, di pregio, di prestigio, di sicurezza talché le politiche volte a tutelare questo patrimonio sono di agevole comprensione e diventano un'impellente esigenza laddove la circolazione nel mercato di prodotti falsamente indicati con provenienza italiana stia divenendo un fenomeno seriale, in continua espansione ²¹⁴.

Oltre a costituire un illecito civile, la falsa indicazione di provenienza ha una rilevanza penale. Infatti, viene in rilievo il delitto di vendita di prodotti con segni mendaci, di cui all'art. 517 cp, che, per l'esattezza, se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge, punisce chiunque ponga in vendita o metta altrimenti in circolazione opere dell'ingegno o prodotti industriali, con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri, atti a indurre in inganno il compratore sull'origine, provenienza o qualità dell'opera o del prodotto ²¹⁵.

²¹³ Cfr. VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 97.

²¹⁴ Si pensi alla legge 23 luglio 2009 n. 99, recante norme per la cosiddetta «*Internalizzazione delle imprese*» che ha introdotto gli artt. 517^{ter}, 517^{quater} e 517^{quinqies} cp, nonché alla Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare che ha portato alla redazione dello schema di disegno legge recante «*Nuove norme in materia di reati agroalimentari*». A tal ultimo proposito, si rimanda alla nota 179.

²¹⁵ In argomento si vedano: PEDRAZZI, *voce Economia pubblica (delitti contro la)*, cit., 356 ss, MANCA, *La pubblicità commerciale denigratoria tra intervento penale e tecniche civilistiche ed amministrativistiche di tutela*, cit., 52 ss e ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 220-221. Inoltre cfr. ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, cit., 993 ss.

Qual è la ratio tutelae della fattispecie in esame?

Si è, infatti, nuovamente e similmente agli artt. 473, 474 e 514 cp, di fronte ad una fattispecie posta a tutela dell'ordine economico ed all'incriminazione della condotta di messa in vendita o in circolazione di prodotti industriali *non autentici*. In questo è orientata, altresì, la giurisprudenza più recente, propensa ad affermare la plurioffensività del delitto in esame, il quale sarebbe, da un lato, volto a tutelare l'interesse generale all'onestà degli scambi commerciali, dall'altro lato, teso a garantire la generalità dei consumatori dal pericolo di essere tratti in inganno sulle caratteristiche essenziali del prodotto dai segni mendaci sullo stesso apposti ²¹⁶ .

Viene nuovamente da chiedersi, come in ogni fattispecie che si prende in considerazione in questa ricostruzione, se la stessa non tuteli, altresì o invero, la libertà di concorrenza, in una delle accezioni esaminate.

Ed ancora, è innegabile che il reato di vendita di prodotti con segni mendaci garantisca, *in modo mediato*, la libertà di concorrenza, ossia il diritto del singolo allo svolgimento della propria attività d'impresa libero da comportamenti sleali e subdoli, e, *sempre in modo mediato*, la libertà della concorrenza, come corretto funzionamento del mercato.

Perché in via mediata quest'ultima?

La ragione è che per aversi messa in pericolo di questo bene giuridico è necessario che il fenomeno si presenti con una diffusione, se non capillare, almeno seriale, su tutto il territorio. Così ragionando, si finisce per contrastare l'orientamento secondo cui, per l'appunto, il delitto tutelerebbe l'ordine economico, comprensivo tanto degli interessi degli acquirenti quanto di quelli dei possibili produttori concorrenti ²¹⁷. Invero, non sono mancate voci autorevoli, che hanno individuato solo nella tutela del singolo concorrente l'oggetto di tutela,

²¹⁶ Quanto all'ordine economico, si veda quanto detto a pagg. 98. Sul bene giuridico protetto dalla fattispecie in esame, *cfr.* GUALTIERI, *art. 517 cp*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 2555-2556.

²¹⁷ ALESSANDRI, *Diritto penale industriale*, cit., 1462 e ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 190.

così, implicitamente, affermando che il bene sia posto a presidio della libertà di concorrenza ²¹⁸. E si pensa che questa sia l'interpretazione corretta da seguire: per l'esattezza, posta la difficoltà di delineare il concetto di ordine economico e volendo descriverlo come comprensivo dell'insieme degli interessi dei consumatori e di quelli dei concorrenti, se si desidera individuare in questo l'oggetto di tutela, si deve obbligatoriamente presupporre una certa diffusione della condotta sul territorio. È, quindi, più corretto affermare che la vendita di prodotti industriali con segni industriali tuteli il singolo concorrente e, altresì, l'acquirente del prodotto, ossia il consumatore.

Al contempo, questa è la ricostruzione da effettuarsi alla luce del dato testuale esistente e vigente.

La precisazione summenzionata non è pura retorica, ma allude alla possibilità che il disegno legge recante «*Nuove norme in materia di reati agroalimentari*» sia realmente recepito e porti alle modifiche, anche al Codice Penale, proposte dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare ²¹⁹.

Infatti, la direzione, adottata dalla Commissione, è esplicitata nelle linee guida sin dalla ridenominazione del Titolo VIII del Libro II in «*Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio ed il patrimonio agroalimentare*», al cui interno viene inserito un inedito Capo II-*bis*, denominato, in modo eloquente «*Delle frodi in commercio di prodotti alimentari*», che racchiude la riforma delle fattispecie incriminatrici delle frodi in *subiecta materia* ed evidenzia la rinnovata oggettività giuridica. L'intenzione è quella di dare visibilità alle lacune della normativa, attualmente vigente, concepita per diversi e più ridotti fenomeni frodatori, e, per

²¹⁸ Si fa riferimento a BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 128 e NEPPI MODONA, *Interesse alla produzione e interesse al consumo nell'art. 517 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 796.

²¹⁹ A tal proposito, si consultano sempre le *Linee guida per lo schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*, nonché *Schema di disegno di legge recante: "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"* del 14 ottobre 2015 ad opera della *Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare* di cui alla nota 179.

tale ragione, rivelatasi palesamente inadeguata a fronteggiare gli attuali contegni criminosi, *talora lesivi di interessi diffusi anche in danno della concorrenza e del pubblico dei consumatori* ²²⁰.

In questo assunto si trova la conferma che, nella prospettiva *de lege ferenda*, la tutela della concorrenza passa in secondo piano e l'interpretazione, prima elaborata, deve cedere il passo ad una così palesata e manifestata oggettività giuridica, ora, volta, a contrastare le frodi in commercio di alimenti e a salvaguardia del consumatore finale degli alimenti; si legge, infatti, che «*ciò che deve essere sanzionata è la vera e propria frode nei confronti del destinatario ultimo dell'alimento (e non già la generica ed evanescente "lealtà commerciale")*» ²²¹, laddove la *lealtà commerciale*, individuata dalla giurisprudenza, è, laicamente parlando, quella del commerciante verso i propri clienti. La *ratio tutelae* deve tener conto del valore prioritario progressivamente assunto dall'identità del cibo, quale parte irrinunciabile ed insostituibile della cultura di territori, delle comunità locali e dei piccoli produttori locali, che definiscono il neo coniato *patrimonio agroalimentare*. Si potrebbe continuare all'infinito, argomentando e traendo spunto dalle preziose Linee Guida elaborate dalla Commissione Caselli, ma così si esulerebbe dai confini della presente ricerca.

La riforma, involve, ovviamente, anche l'art. 517 cp, lo ricalca e lo trasforma: la stessa rubrica è «*vendita di alimenti con segni mendaci*» e non più «*vendita di prodotti con segni mendaci*» con ciò palesando, sin da subito, che, nel settore alimentare, l'introduzione di una simile fattispecie acquisisce un significato ben diverso, a partire dal bene tutelato che non è più l'*economia pubblica*, ma la fiducia del *consumatore* ²²².

²²⁰ Quanto alle "Modifiche al Codice Penale", lo schema di disegno di legge prevede quattro Capi, rispettivamente "Dei delitti contro la salute pubblica", "Delle Frodi in commercio di prodotti alimentari", "Dei delitti contro la fede pubblica" e "Disposizioni di coordinamento".

²²¹ Così, *Linee Guida*, cit., 12.

²²² Cfr., *Linee Guida*, cit., 42.

Al di là della possibilità che la riforma diventi legge vivente, resta che non si può non considerare che la comunità scientifica e la miglior dottrina intendono attribuire questo nuovo ruolo sicché, se è lecito a normativa immutata prospettare interpretazioni *proto-concorrenziali*, sarebbe ostinato e diabolico non dare atto che il delitto in esame non è dissimile ad una supernova che sta per collassare nel buco nero della tutela del consumatore e della sicurezza alimentare.

Ciò posto, a normativa immutata, è ancora lecito e doveroso prendere in considerazione il reato di cui all'art. 517 cp per vagliarne il campo di applicazione sicché *qual è, dunque, la ratio tutelae di tale disposizione?*

In tale frangente, la messa in vendita o altrimenti in circolazione si caratterizza per il fatto che l'oggetto materiale è rappresentato da prodotti con nomi, marchi o segni distintivi *mendaci* ²²³, ossia idonei ad indurre in inganno il compratore sull'origine, sulla provenienza o qualità dei prodotti stessi.

La confondibilità dei segni o la falsità rilevanti sono quelle, appunto, idonee a trarre in inganno gli eventuali acquirenti sulle caratteristiche del prodotto, avendo come metro il consumatore medio e tenute in considerazione la celerità e la scarsità della ponderazione, che contraddistinguono le ordinarie contrattazioni commerciali e che impediscono di prestare attenzione a particolari distintivi scarsamente visibili ²²⁴.

Non si trova più, come negli art. 473 e 474 cp, un espresso riferimento alla contraffazione o all'alterazione, non si rinviene più, come nell'art. 514 cp, un nocumento all'industria nazionale, ma si guarda alla *reale capacità ingannatoria* talché la sussistenza non è condizionata all'osservanza delle norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari o delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale sicché sono tutelabili non solo marchi

²²³ Sul punto *cfr.* SVARIATI, *Contraffazione di marchio e vendita di prodotti con segni mendaci*, in *Giur. merito*, 1991, 847. Ancora *cfr.* LEO, *Utilizzazione «seriale» del marchio in funzione decorativa del prodotto e norme penali sulla contraffazione*, cit., 1882.

²²⁴ GUALTIERI, *art. 517 cp*, cit., 2566-2567.

registrati, ma anche quelli non registrati, segni tipici e atipici ²²⁵. E, infatti, il delitto contiene una clausola di sussidiarietà espressa per cui non opera un concorso con gli artt. 473, 474, 514 c.p. ²²⁶.

But there is more than that: il mendacio penalmente rilevante è solo quello concernente la provenienza aziendale, l'origine geografica o la qualità del prodotto.

In particolare, l'ingannevolezza sulla provenienza aziendale del prodotto può scaturire dall'uso del marchio genuino per contraddistinguere prodotti diversi da quelli originali ovvero l'ipotesi opposta di uso del marchio per contraddistinguere prodotti non provenienti dall'imprenditore produttore ovvero mediante la falsificazione materiale dei segni distintivi ²²⁷.

Per quanto riguarda il mendacio sull'origine e sulla qualità, quello sull'origine geografica si realizza esclusivamente attraverso l'apposizione sul prodotto di marchi o altri segni distintivi genuini, ai quali la generalità dei consumatori ricollega particolari caratteristiche di qualità del prodotto, mentre il mendacio sulla qualità può riguardare i fatti più diversi, potendo consistere in indicazioni fallaci sulla composizione, sulla qualità merceologica, sullo *standard* qualitativo, e così via ²²⁸.

Pare abbastanza pacifico che possano essere ricondotte alla disposizione in esame le false indicazioni di denominazioni e le indicazioni di origine, ossia la stessa condotta che, nella disciplina della concorrenza sleale, rappresenta un'appropriazione di pregi ²²⁹.

²²⁵ In proposito si vedano: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, II*, cit., 663; DI AMATO, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 844 e GUALTIERI, *art. 517 cp*, cit., 2555, nonché Cass., 12 agosto 1986, n. 8250, in *Riv. pen.*, 1987, 320.

²²⁶ *Cfr.* FIANDACA, MUSCO, *op. ult. cit.*, 664.

²²⁷ Si tratta della fattispecie denominata *délit de remplissage* e consiste nell'uso di confezioni altrui per immettervi prodotti di provenienza diversa. Sul punto, si veda sempre GUALTIERI, *art. 517 cp*, cit., 2557.

²²⁸ GUALTIERI, *art. 517 cp*, cit., 2557-2561.

²²⁹ Verrebbero in rilievo la ditta, l'emblema e la sigla se non fosse, tuttavia, intervenuta una normativa di depenalizzazione; sull'intervento di depenalizzazione *cf.* ROSSI VANNINI, *op. ult. cit.*, 187.

La differenza tra l'illecito civile e quello penale, risiede, nel fatto che l'art. 2598 cc fa genericamente riferimento all'appropriazione di pregi – testualmente, *si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente* – mentre la condotta, di cui all'art. 517 cp, consiste nel porre in vendita o altrimenti in circolazione; in altri termini, è necessario che l'agente abbia realizzato una qualsiasi forma di contatto, anche solo potenziale o gratuita, della merce con la generalità degli acquirenti ²³⁰.

Ciò non toglie che vi sia ancora un *aspetto penale della concorrenza sleale*.

Un'ulteriore fattispecie da menzionare è il delitto, di cui all'art. 517 *quater* cp, rubricato «*Contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari*», introdotto con la legge 23 luglio 2009, n. 99 ²³¹.

Perché solo una menzione?

Preliminarmente, si ricorda che il succitato reato incrimina la contraffazione o l'alterazione di indicazioni geografiche o denominazione di origine di prodotti agroalimentari. Al contempo, è punita la condotta susseguente alla contraffazione, ossia l'introduzione nel territorio, la detenzione per la vendita e la messa in vendita con offerta diretta ai consumatori e la messa altrimenti in circolazione di prodotti con le indicazioni o denominazioni contraffatte, condotte che devono essere sorrette dalla finalità di trarne profitto. Per la punibilità, è richiesta l'osservanza della normativa di tutela delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine di prodotti agroalimentari.

Si evince, sin da una sommaria e preliminare descrizione del delitto, che una lettura costituzionalmente orientata del delitto come posto a tutela della concorrenza dovrebbe precisare che la stessa sia, precisamente, limitata al settore agroalimentare. Nulla osterebbe a ciò, ma si avverte la sensazione che il neo introdotto art. 517 *quater* cp sia retto da un diverso animo e, per l'esattezza,

²³⁰ GUALTIERI, *art. 517 cp*, cit., 2561-2562.

²³¹ In relazione alle nuove fattispecie, introdotte dalla Legge 23 luglio 2009, n. 99, si consulti, per una visione schematica ed organica, GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte speciale, II*, Lecce, 2016, 232-233 e succ. edizioni; specificamente in relazione all'art. 517 *quater* cp, *cf.* GUALTIERI, *art. 517 quater cp*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 2574-2576.

proprio quello spirito esplicitato dallo schema di disegno legge recante «*Nuove norme in materia di reato agroalimentari*», elaborato dalla Commissione cosiddetta Caselli.

Difatti, si coglie, anche nel dato testuale vigente ed *a maiore* alla luce dell'individuazione del bene giuridico della *libertà di concorrenza* e *libertà della concorrenza*, che vi sia una nota di stonatura nell'attuale art. 517^{quater} cp, poiché la protezione non è tanto del segno distintivo, ma del prodotto in sé quale espressione della cultura tradizionale del luogo di provenienza, della *comunità dei produttori locali*. La contraffazione e l'alterazione vengono, infatti, nella riformulazione proposta dalla Commissione ripensate quali connotati dell'alimento, creando un'apparenza di prodotto idonea a confondere il consumatore. In altri termini, nella denominazione protetta, non si ha un'esclusiva a favore del privato, ma, bensì, è tutelato direttamente il consumatore e una possibile lettura in chiave concorrenziale è un sentiero che non può essere né tracciato né percorso ²³².

A chiusura della trattazione di questo argomento, è doveroso trattare della normativa, volta a tutelare il «*Made in Italy*»: precisamente si tratta del, più volte modificato, comma 49 dell'art. 4 della Legge 24 dicembre 2003, n. 350 ²³³.

In particolare, tale disposizione statuisce che l'importazione e l'esportazione per la commercializzazione o la stessa commercializzazione o la commissione di atti diretti inequivocabilmente alla medesima di prodotti con false o fallaci indicazioni di provenienza di origine costituisce reato ed è punita ai sensi, appunto, dell'art. 517 cp.

²³² *Linee guida*, cit., 46-49.

²³³ Introdotta, appunto con la Legge 23 dicembre 2003, n. 350, il comma 49 è stato modificato dall'art. 1, comma 9, della Legge 14 maggio 2005, n. 80; dall'art. 2-ter della Legge 2 dicembre 2005, n. 248; dall'art. 17, comma 4, della Legge 23 luglio 2009, n. 99; art. 16 del Decreto Legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito con Legge 20 novembre 2009, n. 166. Sul punto, in dottrina, cfr. MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana*, cit., 53 ss.

Oltre a ciò, la norma precisa che la stampigliatura «*Made in Italy*»²³⁴ su prodotti e merci non originari dall'Italia, ai sensi della normativa europea sull'origine, costituisce una falsa indicazione, anche qualora sia presente la provenienza estera del prodotto o della merce stessa.

Allo stesso modo prescrive che qualsiasi altro uso di segni, inclusi i marchi di aziende italiane, di figure o di quanto altro²³⁵ possa indurre, erroneamente, il consumatore a ritenere che il prodotto o la merce siano di origine italiana costituisce falsa indicazione, qualora sia assente un'indicazione precisa, evidente e sufficiente ad evitare qualsiasi errore sulla loro effettiva origine estera.

La consumazione del reato avviene sin dalla presentazione dei prodotti o delle merci in dogana per l'immissione in consumo o in libera pratica e sino alla vendita al dettaglio²³⁶; dal momento dell'immissione in libera pratica non è più possibile operare una sanatoria sul piano amministrativo, la quale si realizza mediante l'asportazione dal prodotto o dalla merce di quanto possa far intuire che si è, erroneamente, in presenza di un prodotto italiano, oppure con l'esatta indicazione della provenienza estera, quando ciò serve ad escludere la rilevanza penale.

Oltre al comma 49 dell'art. 4 della Legge 24 dicembre 2003, n. 350, un'altra disposizione è in grado di tutelare, con strumenti penali, il «*Made in Italy*»:

²³⁴ Sul punto l'art. 16, comma 1, del Decreto Legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni, dalla Legge, 20 novembre 2009, n. 166, recita che «*Si intende realizzato interamente in Italia il prodotto o la merce, classificabile come made in Italy ai sensi della normativa vigente, e per il quale il disegno, la progettazione, la lavorazione ed il confezionamento sono compiuti esclusivamente sul territorio italiano*».

²³⁵ Ad esempio, il comma 4 dell'art. 16 del Decreto Legge 25 settembre 2009, n. 135, fa espresso riferimento a quelle indicazioni di vendita che presentano il prodotto come interamente realizzato in Italia, quali «100% *made in Italy*», «100% Italia», «tutto italiano», in qualunque lingua espressa. Anche in questi casi il fatto costituisce reato ai sensi dell'art. 517 cp e le pene sono aumentate di un terzo. In merito, il comma 3 dello stesso articolo stabilisce che per uso si intende sia l'utilizzazione a fini di comunicazione commerciale sia l'apposizione degli stessi sul prodotto o sulla confezione di vendita o sulla merce dalla presentazione in dogana per l'immissione in consumo o in libera pratica fino alla vendita al dettaglio.

²³⁶ Sulla consumazione, cfr. MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana*, cit., 55.

precisamente, si tratta del comma 3 dell'art. 3 della Legge 8 aprile 2010, n. 55, per la commercializzazione di prodotti tessili, di pelletteria e calzaturieri.

L'intervento legislativo è mosso dalla finalità di consentire ai consumatori finali di ricevere un'adeguata informazione sul processo di lavorazione dei prodotti, destinati alla vendita, nei settori tessile, della pelletteria e calzaturiero²³⁷. Infatti, l'impresa produttrice è obbligata ad indicare nell'etichettatura dei suddetti prodotti, finiti o intermedi, in modo chiaro e sintetico, specifiche informazioni sulla conformità dei processi di lavorazione alle norme vigenti in materia di lavoro, sulla certificazione di igiene e di sicurezza dei prodotti, sull'esclusione dell'impiego di minori nella produzione, sul rispetto della normativa europea e sul rispetto degli accordi internazionali in materia ambientale.

Come evidenziato dalle già ricordate Linee Guida per lo schema di disegno di legge recante «*Nuove norme in materia di reati agroalimentari*», elaborate dalla Commissione Caselli, gli interventi a tutela del «*Made in Italy*» hanno ampliato e specificato l'ambito della frode mediate falsità ed omissioni sulla provenienza geografica, ma hanno portato ad una disciplina che non è incentrata sull'effettiva capacità decettiva di determinare condotte²³⁸.

Ma vi è di più: i competenti organismi europei hanno censurato i summenzionati interventi a tutela del «*Made in Italy*» equiparandoli a misure equivalenti ad una restrizione del mercato in favore dei produttori nazionali²³⁹.

Se non è questa la sede per vagliare la correttezza delle pretese censure sovranazionali, gli interventi legislativi settoriali e specifici vanno ricondotti nel più ampio problema della tutela della denominazione d'origine, tutela che non

²³⁷ In base al comma 2 dell'art. 3 della Legge 8 aprile 2010, n. 55 per «*prodotto tessile*» si intende ogni tessuto o filato, naturale, sintetico o artificiale, che costituisce parte del prodotto finito o intermedio destinato all'abbigliamento, oppure all'utilizzazione quale accessorio da abbigliamento, oppure all'impiego quale materiale componente di prodotti destinati all'arredo della casa e all'arredamento, intesi nelle loro più vaste accezioni, oppure come prodotto calzaturiero.

²³⁸ *Linee Guida*, cit., 13.

²³⁹ *Linee Guida*, cit., 13.

può che seguire la strada delineata dalla Commissione Caselli, anche voltando lo sguardo oltre al patrimonio agroalimentare.

d) L'art. 623 c.p. e la tutela del segreto industriale.

La sottrazione di segreti industriali rappresenta un'ipotesi tipizzata di concorrenza sleale, di cui all'art. 2598 n. 3) cc ²⁴⁰.

Con l'espressione segreto aziendale o industriale, si fa riferimento ad informazioni non facilmente reperibili, circondate da particolari cautele allo scopo di precluderne l'accessibilità ai terzi ²⁴¹.

Si tratta, in particolare, di informazioni di natura tecnica o commerciale, concernenti il mercato, come, ad esempio, gli elenchi della clientela del concorrente o i suoi programmi. Per l'esattezza, costituiscono oggetto di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, incluse quelle commerciali, ove tali informazioni siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore, nonché abbiano valore economico proprio in quanto segrete ed, infine, siano sottoposte, da parte delle persone, al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete ²⁴². Costituiscono, altresì, oggetto di protezione i dati relativi a prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche ²⁴³.

L'imprenditore, che detiene informazioni di questo tipo, è titolare del diritto di vietare ai terzi, di acquisire, rivelare a terzi od utilizzare, in modo

²⁴⁰ Al contempo, in modo analogo a quanto avviene in tema di tutela di segni distintivi, anche i segreti aziendali sono disciplinati dal Codice di Proprietà Industriale, agli artt. 98 e 99, con un cumulo di tutele.

²⁴¹ Cfr. VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 116.

²⁴² Si veda VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 117.

²⁴³ Così, art. 98 cpi.

abusivo, tali informazioni ed esperienze, salvo il caso in cui esse siano state conseguite in modo indipendente dal terzo ²⁴⁴.

La divulgazione illecita di tali informazioni avviene solitamente mediante due canali ²⁴⁵.

Il primo è strettamente connesso allo *storno di dipendenti*, fattispecie con cui un imprenditore istiga alle dimissioni i dipendenti di un concorrente per poi assumerli. Una volta inseriti nella nuova organizzazione aziendale, gli ex dipendenti rivelano al nuovo datore di lavoro notizie, che sarebbero dovute rimanere segrete, sull'attività del concorrente, ex datore di lavoro degli stessi. L'impiego delle informazioni nell'attività d'impresa determina un danno concorrenziale significativo ²⁴⁶.

Il secondo canale consiste nelle cosiddette *talpe*, e cioè dipendenti infedeli che forniscono al concorrente le informazioni riservate del proprio datore di lavoro. Tale finalità potrebbe essere raggiunta, ancorché raramente, anche mediante un'attività di spionaggio industriale vero e proprio, ossia ricorrendo a terzi ²⁴⁷.

Invero, sussiste un ulteriore canale, con cui l'imprenditore può entrare in possesso dei segreti aziendali di un concorrente: si tratta dell'assunzione dell'ex dipendente, che legittimamente abbia acquisito le informazioni nel corso della sua esperienza lavorativa e che ne faccia uso nello svolgimento delle attuali mansioni. In tale evenienza, collidono due esigenze opposte, entrambe meritevoli di tutela: da un lato, la libertà di iniziativa economica e, dall'altro lato, la libera espressione della personalità, anche del lavoratore. Il discrimine tra ciò che lecito e ciò che è illecito è dettato dalla segretezza: se l'informazione è dotata di una forte caratterizzazione di segretezza, allora l'ex dipendente non potrà avvalersene nello svolgimento delle mansioni presso il nuovo datore di lavoro. In tal modo,

²⁴⁴ Così art. 99 cpi.

²⁴⁵ Cfr. VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 115.

²⁴⁶ Cfr. VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 112-115.

²⁴⁷ Cfr. VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 115.

si rimarca quanto scritto in *incipit*, ossia che si ha segreto industriale quando l'informazione sia protetta con particolari cautele per inibirne l'accesso e, quindi, la conoscenza da parte di terzi non autorizzati ²⁴⁸.

Quanto esposto è lo *status quo* del diritto industriale.

La sottoscrizione di segreti industriali ha una qualche rilevanza penale?

La risposta è positiva grazie alla fattispecie della rivelazione di segreti scientifici o industriali, di cui all'art. 623 cp, che punisce chiunque riveli o impieghi a proprio o ad altrui profitto notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali, di cui sia venuto a conoscenza per ragione del suo stato o ufficio o della sua professione o arte ²⁴⁹.

Nel dettaglio, per comprendere a pieno se possa essere davvero uno strumento, che consentirebbe una forte tutela del concorrente, bisogna interrogarsi sul bene giuridico protetto ²⁵⁰.

L'uso del verbo *interrogarsi* non è mai stata così appropriato poiché si registra una controversia in ordine all'individuazione del bene giuridico protetto ²⁵¹.

Infatti, per un primo orientamento, l'oggetto di tutela risiederebbe nella *libertà individuale della ricerca scientifica e nella riservatezza dei suoi risultati*, stante la collocazione della fattispecie nel Capo dedicato ai delitti contro la libertà individuale; al contrario, ad avviso di un secondo orientamento, la disposizione incriminatrice tutelerebbe *l'interesse patrimoniale allo sfruttamento economico esclusivo*

²⁴⁸ Cfr. VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 116.

²⁴⁹ Sul reato di rivelazione di segreti scientifici ed industriali, si vedano diffusamente MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, 1979, 1 ss. e, più recentemente, GIAVAZZI, *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, 2012, 1 ss.

²⁵⁰ In senso favorevole, si esprimono FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume 2*, cit., 278, che opinano in tal senso, affermando anche che ciò sia raramente palesato in letteratura.

²⁵¹ Sulle questioni, circa il bene tutelato dalla norma si vedano: LAGO, *art. 623 cp*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., III, 714-715, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume 2*, cit., 278-279, COCCO, *Tutela penale delle creazioni intellettuali*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale industriale*, cit., 261-262, LOTIINI, *I delitti contro l'inviolabilità dei segreti*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Torino, XI, 692-693.

dell'innovazione, sfruttamento, che, a sua volta, troverebbe il suo fondamento e referente costituzionale nella libertà di iniziativa economica e nella tutela della proprietà di cui agli artt. 41 e 42 Cost.²⁵².

Quale, quindi, la posizione da avallare?

La circostanza che la norma faccia espresso riferimento alla scoperta o all'invenzione scientifica o all'applicazione industriale fa razionalmente propendere per il secondo orientamento, che a sua volta conduce all'esercizio indisturbato dell'attività industriale.

Non pare che avallare il secondo orientamento sia un esercizio mentale complesso volto ad ancorare il bene giuridico proprio a quell'art. 41 Cost., che è il fondamento implicito della libertà di concorrenza?

Il bene giuridico sarebbe naturalmente quello della concorrenza, nell'accezione individuale delineata, e ciò rispecchierebbe anche la circostanza secondo cui un sistema di tutela del segreto industriale è indispensabile per stimolare gli imprenditori all'innovazione, la quale, a sua volta, consente di renderli più competitivi rispetto agli altri, ossia più concorrenziali.

In coerenza con una visione industriale, il soggetto attivo è non a caso colui che sia venuto a conoscenza di notizie sui segreti industriali o scientifici in ragione del suo stato o ufficio o della sua professione o arte. In altre parole, il delitto richiede che il soggetto attivo sia proprio colui che, inserito nell'organismo aziendale per l'espletamento dei relativi compiti, sia venuto così a conoscenza della notizia²⁵³. In tal modo, è così pacifico che detto agente sia tanto il lavoratore dipendente, legato da un rapporto di subordinazione, quanto il libero professionista, al quale è stato affidato un incarico, fino a ricomprendervi, nella

²⁵² Cfr. LOTTINI, *I delitti contro l'invulnerabilità dei segreti*, cit., 693, GARGIULO, art. 623 cp, in LATTANZI, LUPO (a cura di), *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2005, 736-737 e AMATO G., art. 623 cp., in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 3570.

²⁵³ In relazione a ciò si vedano: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume 2*, cit., 279; AMATO G., art. 623 cp, cit., 3572-3573; ROSSI A., art. 623 cp, in MARINI, LA MONICA, MAZZA (a cura di), *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, 3080; LAGO, art. 623 cp, cit., 715-717; COCCO, *op. ult. cit.*, 285 e GARGIULO, art. 623 cp, cit., 738.

formulazione, ogni attività lavorativa, intellettuale o manuale, con o senza vincolo di subordinazione, purché caratterizzata dalla professionalità del rapporto ²⁵⁴.

La coerenza con una visione industriale e concorrenziale del fenomeno si palesa anche per quanto riguarda le condotte sanzionate, che consistono nella rivelazione - ossia nella comunicazione a terzi, di *notizie relative al segreto scientifico-industriale* da parte di un soggetto che non rivesta alcuna delle qualifiche contemplate dalla norma - o nell'impiegare le stesse notizie a proprio o altrui profitto ²⁵⁵.

L'analogia con la corrispondente fattispecie civilistica è innegabile e quasi al limite della doppia rilevanza, civile e penale, del medesimo fatto.

A conferma di ciò si sottolinea che le notizie, rivelate o impiegate, sono e devono essere anch'esse permeate dalla segretezza: il loro destino è quello di rimanere segrete.

Quando una notizia è segreta?

L'interesse primario della segretezza alla notizia dell'imprenditore non può tuttavia coincidere con il suo arbitrio, ma essere sostenute da apprezzabili ragioni ²⁵⁶. Serve un *quid pluris*: le notizie devono essere dotate di novità estrinseca, devono essere prive di notorietà; occorre quella difficoltà di reperimento, che caratterizza i segreti industriali, secondo il lessico del diritto industriale.

²⁵⁴ In proposito, si ricorda che, in modo inopportuno, si era sostenuto che l'applicazione dell'art. 623 cp fosse limitata ai soli lavoratori dipendenti. Sul punto, ampiamente, *cf.* ALESSANDRI, *Diritto penale industriale*, cit., 1468 ss. *Cfr.*, altresì, AMATO G., *art. 623 cp*, cit., 3573, che rammenta come, malauguratamente, sia assente, nel nostro ordinamento, una previsione di reato per il cosiddetto spionaggio industriale, fenomeno realizzato da persone prive di alcun rapporto qualificato con la persona offesa, alla quale vengono sottratti i segreti.

²⁵⁵ Sulle condotte e sul loro oggetto si vedano: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume 2*, cit., 279; LAGO, *art. 623 cp*, cit., 717-723 e COCCO, *op. ult. cit.*, 266 e 272.

²⁵⁶ Sulla nozione di segreto *cf.* COCCO, *op. ult. cit.*, 269-272 e GARGIULO, *art. 623 c.p.*, cit., 739-741, che, in ordine all'estensione della tutela della ricerca scientifica, ricorda come vi sia dibattito se essa riguardi solo i risultati della ricerca scientifica o dell'attività inventiva pervenuti ad un certo livello di completezza ed organicità, espresso dalle locuzioni *scoperte e invenzioni* o anche quelli ancora ricompresi nella fase di studio e progettazione iniziale. Si può affermare che non vi rientrano le fasi iniziali della ricerca e dell'abbozzo delle idee inventive, dovendo le stesse aver raggiunto un apprezzabile livello di interesse sia pur minimo, che le faccia ritenere meritevoli di tutela, sulla base di un accertamento da effettuarsi in concreto.

Qual è l'oggetto della notizia segreta?

Le *notizie segrete* devono riguardare, come testualmente recita la norma, scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali: per l'esattezza, la scoperta scientifica è la conoscenza di un fenomeno o di una sua parte, prima ignoto, l'invenzione scientifica è l'acquisizione di nuovi rapporti causali per ottenere un determinato risultato riproducibile indefinitamente sulla base delle cognizioni già note, mentre l'applicazione industriale, infine, è l'industrializzazione delle scoperte o invenzioni scientifiche, non essendo così autonomamente concepibile da queste ultime ²⁵⁷.

Le notizie segrete in ordine a scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali sono segreti industriali, ossia informazioni dal contenuto, prevalentemente di natura tecnica, o concernenti il mercato non facilmente accessibili ai terzi?

L'esatta perimetrazione di questi concetti è essenziale e funzionale alla positiva affermazione dell'aspetto della concorrenza sleale in esame. In primo luogo, si può escludere che i segreti industriali possano essere ricondotti alle scoperte e alle invenzioni scientifiche. Infatti, appare evidente che simili scoperte o invenzioni possano essere oggetto di privativa industriale, di richiesta di brevetto, ma difettino del requisito dell'industrialità. Residuano, così, le applicazioni industriali: la parte di dottrina, preoccupata di un'eccessiva estensione della tutela penalistica a pratiche, che non possono essere ricondotte al concetto di applicazione industriale, reputa che l'applicazione industriale non possa che essere l'industrializzazione delle scoperte o invenzioni scientifiche, non essendo così autonomamente concepibile da queste ultime ²⁵⁸. A tale orientamento restrittivo, se ne contrappone un altro, che riconduce

²⁵⁷ LOTTINI, *I delitti contro l'invulnerabilità dei segreti*, cit., 699.

²⁵⁸ GARGIULO, *art. 623 c.p.*, cit., 740-741, che rammenta come sia controverso, in dottrina e in giurisprudenza, l'aspetto del se la ricerca e l'innovazione debbano essere caratterizzate anche dal requisito implicito dell'industrialità, cioè dall'idoneità di applicazione industriale; una parte della dottrina si è espressa in senso favorevole, alla luce dell'interesse *pro-concorrenziale* che si vuole tutelare; per un'altra parte della dottrina, invece, ciò esulerebbe dall'interpretazione letterale; infine, per una posizione intermedia, sono tutelate dall'art. 623 cp anche le invenzioni, da cui ci si attende un risultato industriale anche se non immediatamente attuabile.

all'applicazione industriale tutte le conoscenze attinenti al processo produttivo; in particolare, si annovera tutta l'amplessima gamma di innovazioni o accorgimenti che, anche se non idonei a conferire all'inventore una privativa industriale, migliorano o contribuiscono al miglioramento ed all'aumento della produzione, come le invenzioni non brevettabili, i c.d. segreti di fabbrica o le pratiche manuali ²⁵⁹.

Inteso in questo modo il segreto industriale, è pacifico ormai che la tutela ai sensi dell'art. 623 cp sia estesa anche al cosiddetto *know how* ²⁶⁰. Con questo termine, si fa riferimento alla circolazione delle invenzioni non brevettate in contratti atipici, coperti da grande riserbo, che prevedono a carico del cedente degli obblighi di istruzione, preparazione ed assistenza, al fine di instaurare un rapporto di collaborazione duratura tra le parti. Ai *know how* accede normalmente un obbligo di segretezza, che è elemento naturale del contratto quindi presente anche se non pattuito esplicitamente ed anche se non presentino i presupposti dell'esperienze tecnico-industriale, comprese quelle commerciali ²⁶¹. In altri termini, si tratta di un insieme di informazioni, indicazioni, rimedi e perfezionamenti tecnici non brevettati né brevettabili, ma che, al contempo, neppure appartengono al dominio comune, necessari per lo svolgimento o il miglioramento del processo produttivo ²⁶². Dalla rilevanza penale, alla stregua

²⁵⁹ Cfr. sempre, GARGIULO, *art. 623 c.p.*, cit., 740-741.

²⁶⁰ Sulla possibilità di riconduzione della tutela *know how* all'art. 623 cp, si vedano: FOLLA, *Sulla tutela penale del know how aziendale*, in *Riv. it. proc. pen.* 2001, 1097 ss, FRANCHINI STUFLER, *Il know how*, in *Dir. fall. Soc. comm.* 2002, 1006 ss, LEINER, *Nota a Cass.*, 18 maggio 2001, *Pipino*, in *Foro It.*, 2002, II, 116 ss, SVARIATI, *Il delitto di rivelazione di segreti industriali e la tutela del know how aziendale in una recente ed interessante sentenza della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 1004. In particolare, quest'ultima è relativa alla vicenda di due dipendenti di un'azienda operante nel campo della realizzazione di progetti *software* che, abbandonato l'impiego, erano passati alle dipendenze di altra ditta, a cui avevano conferito le loro specifiche conoscenze per la realizzazione di un macchinario a raggi x destinato all'industria alimentare, realizzato con modalità e caratteristiche essenziali analoghe a quello prodotto nella prima azienda. Per un'ampia disamina di tutti i profili, che vengono in rilievo in tema di *know how*, cfr. BONA, CAMUSSO, OLIVA, VERCELLI, *La tutela del know-how*, *Diritto Industriale, del lavoro, penale e responsabilità civile*, Milano, 2012, 1 ss.

²⁶¹ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 488-490.

²⁶² GARGIULO, *art. 623 c.p.*, cit., 736.

dell'art. 623 cp, del *know how* esulano invece i segreti commerciali, come la situazione economico finanziaria dell'azienda, la qualità della materia prima lavorata, prezzi di vendita, e così via, intendendo, pertanto, per segreto commerciale ciò che attiene ai rapporti e ai movimenti generali di affari, alle pratiche commerciali aventi comunque carattere negoziale ²⁶³.

È evidente, in modo pacifico, che il segreto industriale, oggetto di protezione da parte del diritto industriale, sia un aspetto penale della concorrenza sleale, riconducibile al reato di rivelazione di segreti scientifici o industriali.

²⁶³ GARGIULO, *op. ult. cit.*, 746, che precisa che per il segreto commerciale trovano applicazione a seconda dei casi gli artt. 621 e 622 cp.

e) L'art. 513 c.p. e l'annosa questione se l'atto di concorrenza sleale possa rappresentare un mezzo fraudolento idoneo ad impedire o a turbare l'esercizio di un'industria o di un commercio.

Il delitto di turbata libertà dell'industria o del commercio, di cui all'art. 513 cp, cela una controversa questione che si pone nei seguenti termini: *gli atti di concorrenza sleale possano rappresentare un possibile mezzo fraudolento del reato in esame?* ²⁶⁴

La triste sorte di questa questione - triste, poiché, annosa, irrisolta e poco conosciuta - va di pari in passo con quella della fattispecie genitrice, che pare destinata inesorabilmente all'oblio ²⁶⁵.

La verità è diversa dalla triste realtà, poiché, mutuando le parole, pubblicate oltre mezzo secolo fa, dal grande maestro Bricola, la «norma è tutta da scoprire» ²⁶⁶.

Il primo passo della riscoperta prende le mosse ancora dall'oggettività della fattispecie ²⁶⁷.

²⁶⁴ La dottrina ha mostrato nel complesso scarso interesse per la questione in esame, spesso affrontata implicitamente. A tal riguardo, *cf.* BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 772 ss, SVARIATI, *Turbativa di un'industria e commercio e ricettazione*, in *Giur. merito*, 1989, II, 1180 ss, BELLOTTO, *La riscoperta dell'art. 513 c.p.*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1993, 1081, PERSICO, *Riscrivere l'art. 513 c.p. per l'era mediatica*, in *Giust. pen.*, 2000, 254 ss.

²⁶⁵ Sul delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio si vedano in dottrina: BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 722 ss, PERSICO, *Riscrivere l'art. 513 c.p. per l'era mediatica*, cit., 256, BELLOTTO, *La riscoperta dell'art. 513 c.p.*, cit., 1081; SVARIATI, *Turbativa di un'industria e commercio e ricettazione*, cit., 1180, RICCHIELLO, *Osservazioni sull'art. 513 c.p. e riproduzione illecita di musicassette*, in *Dir. aut.*, 1976, 109, PEZZINI, *L'art. 513 c.p.: la tutela penale della libertà dell'industria e del commercio dal Codice penale toscano al Codice Rocco*, in *Indice pen.*, 2002, 1125, PEDRAZZI, *Turbativa della libertà dell'industria o del commercio*, in *Enciclopedia del Diritto XLV*, Milano, 1992, 284, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1984, 203, RUGA RIVA, *Turbata libertà dell'industria e del commercio*, in *Digesto delle Discipline Penali*, Torino 1999, XIV, 414, CANDIAN, *Considerazioni sulla tutela penale dell'azienda*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 27.

²⁶⁶ Così BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 767. L'espressione è ripresa da RICCHIELLO, *Osservazioni sull'art. 513 c.p. e riproduzione illecita di musicassette*, cit., 109.

²⁶⁷ Sull'interesse tutelato si vedano: SALCUNI, *art. 513 c.p.*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte Speciale, vol. V*, Torino, 2010, 845-847, ZUCCALÀ M. A., *art. 513 cp*, in CRESPI, ZUCCALÀ, FORTI (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2014, 2143-2144, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 649, MACCARI, *art. 513 cp*, in MARINI, LA MONICA, MAZZA (a cura di), *Commentario al Codice Penale*, cit., 2526, GUIDA, PALOMBI, PICA, *Impresa-Società-Patrimonio*, in PALOMBI, PICA (a cura di), *Diritto penale dell'economia e dell'impresa*, Torino 1996, 55-56, CESQUI, *art. 513*

Qual è il bene giuridico del delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio?

In un primo momento, è stato individuato nell'ordine economico nazionale, stante la collocazione della fattispecie tra i delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio.

Ben presto, tuttavia, il bene giuridico è stato circoscritto alla salvaguardia del diritto individuale al libero svolgimento dell'attività commerciale o industriale, poiché la precedente visione *sovraindividuale* mal si concilia con la previsione della procedibilità a querela ²⁶⁸ e con lo stesso dato testuale, che fa riferimento ad

cp., in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 2964, RUGA RIVA, *Turbata libertà dell'industria e del commercio*, cit., 415-416, BACCAREDDA BOY, *art. 513 cp.*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 2507-2508, PEDRAZZI, *Turbativa della libertà dell'industria o del commercio*, cit., 284, CONTI, *Industria e commercio (Attentati all')*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1968, 619, PEZZINI, *L'art. 513 c.p.*, cit., 1125, RICCHIELLO, *Osservazioni sull'art. 513 c.p. e riproduzione illecita di musicassette*, cit., 112, SVARIATI, *Turbativa di un'industria e commercio e ricettazione*, cit., 1180, BELLOTTO, *La riscoperta dell'art. 513 c.p.*, cit., 1081.

²⁶⁸ La querela è legittimamente presentata dal titolare dell'attività industriale o commerciale, il cui normale esercizio è turbato dalla condotta del soggetto attivo. Su tale condizione di procedibilità nel delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio, in dottrina, si vedano: SALCUNI, *op. ult. cit.*, 850-852, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 649, MACCARI, *art. 513 cp.*, cit., 2528, CESQUI, *art. 513 c.p.*, cit., 2966, BACCAREDDA BOY, *art. 513 cp.*, cit., 2510, PEDRAZZI, *Turbativa della libertà dell'industria o del commercio*, cit., 284, CONTI, *op. ult. cit.*, 619, DE LUCA, *Il termine per la querela - la turbativa della libertà di commercio - l'abuso innominato di atti d'ufficio*, in *Nuovo dir.*, 1974, 537, BELLOTTO, *La riscoperta dell'art. 513 c.p.*, cit., 1083-1084, BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 770, VISCONTI, *Turbativa di industria e diritto di querela dei soci di minoranza*, in *Foro it.*, 1995, II, 248, RUGA RIVA, *Turbata libertà dell'industria e del commercio*, cit., 419-420, GUIDA, PALOMBI, PICA, *op. ult. cit.*, 56, i quali reputano che la previsione della querela sia un nonsenso nell'ottica di un'efficace salvaguardia della libertà individuale, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale, II*, Milano 2008, 179-180, MANZINI, *Trattato*, cit., 205, MAZZOCCO, *Commento a Cass.*, 2 febbraio 1995, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1996, 674. In giurisprudenza si vedano: Pret. Crema, 26 luglio 1974, in *Nuovo dir.*, 1974, 531, che ha affermato che l'esame nel merito era precluso a causa della mancanza della querela, la quale è condizione di procedibilità; Cass. pen. Sez. III, 2 febbraio 1995, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1996, 674; Pret. Bologna, 28 novembre 1992, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1993, 1082 ss., il quale ha affermato la legittimazione a proporre querela ai soci di minoranza, qualora la società sia danneggiata dal comportamento degli esponenti della maggioranza. Questa affermazione di principio non è stata confermata in sede di appello. Sul punto, *cfr.* App. Bologna, 13 luglio 1994, in *Foro it.*, 1995, II, 248, la quale Corte ha stabilito che la legittimazione a proporre querela spetta unicamente alla società parte offesa mediante decisione dell'assemblea ovvero all'amministratore giudiziario nominato *ex art. 2049 c.c.* e mai ai soci di minoranza come persone fisiche. Sull'opportunità di introdurre la perseguibilità d'ufficio si vedano PEZZINI, *L'art. 513 c.p.*, cit., 1128 e PERSICO, *Riscrivere l'art. 513 c.p. per l'era mediatica*, cit., 256.

un'industria e ad un commercio, così evidenziando che l'offesa deve rivolgersi nei confronti di soggetti determinati ²⁶⁹.

Il passo logico per affermare che la fattispecie sia posta a tutela della *libertà di concorrenza* è immediato: se il diritto individuale al libero svolgimento dell'attività commerciale o industriale è garantito dall'art. 41 Cost. ed è pacificamente protetto dall'art. 513 cp e se detto diritto conduce ad un sistema imperniato sulla *libertà di concorrenza*, e in seconda istanza alla *libertà della concorrenza*, allora l'oggettività giuridica della fattispecie non può che essere rappresentata anche dalla concorrenza.

L'onestà intellettuale impone, tuttavia, di dare atto della posizione della giurisprudenza di legittimità contraria ad una ricostruzione nei termini proposti dell'oggettività giuridica. Infatti, la Suprema Corte di Cassazione afferma che: *«il delitto p. e p. ex art. 513 cp rientra nel titolo 8° del secondo libro del codice, relativo ai reati contro il c.d. ordine economico, espressione di sintesi per indicare una pluralità di interessi protetti che vanno dall'ordine del lavoro alla libertà di produzione e scambio di beni e servizi, dall'affidamento del consumatore alla libera concorrenza etc... [...] Ma il bene della libertà di concorrenza forma oggetto non dell'art. 513 c.p., bensì del successivo art. 513 bis c.p., che limita*

²⁶⁹ In tal senso, cfr. ARENA, *Il delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio*, in www.reatisocietari.it. In questi termini, si esprime pure la giurisprudenza. Cfr., *ex plurimis*, Cass. pen. Sez. III, 20 novembre 1961, in *Giust. pen.*, 1962, II, 880 (776), la quale afferma che: *«L'art. 513 c.p. pur essendo rivolto alla tutela dell'ordine economico nazionale non prescinde tuttavia dal diritto individuale al libero svolgimento della stessa attività, anzi intende garantire e proteggere tale diritto da turbative o da impedimenti come chiaramente risulta dalla subordinazione alla querela del privato offeso dall'esercizio della potestà punitiva»*. In conseguenza della portata individuale dell'interesse salvaguardato dall'art. 513 cp, alcuni autori sostengono che la fattispecie in esame dovrebbe essere collocata altrove. Sul punto si vedano: MACCARI, *art. 513 cp*, cit., 2525, PEDRAZZI, *Turbativa della libertà dell'industria o del commercio*, cit., 284, CESQUI, *art. 513 cp*, cit., 2964, CONTI, *op. ult. cit.*, 619, BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 768-769, i quali guardano al fatto che l'incriminazione era già noto sia al Codice Zanardelli, che la collocava tra i reati contro la libertà del lavoro nel libro dei delitti contro la libertà, prevedendo una perseguibilità d'ufficio, sia al Codice penale Toscano del 1853, che la collocava nei delitti contro la tranquillità pubblica. Sul punto, ampiamente, cfr. PEZZINI, *L'art. 513 c.p.*, cit., 1081 ss., la quale analizza: le prime forme di *«attentato»* all'industria ed al commercio nelle legislazioni europee; gli antecedenti storici dell'art. 513 cp nei Codici preunitari; l'art. 165 del Codice Zanardelli. In proposito, cfr. PEDRAZZI, *Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1965, 283-284, il quale si interroga sull'opportunità di collocare la fattispecie tra i delitti contro gli interessi di natura individuale e cfr. MANZINI, *Trattato*, cit., 204.

l'incriminazione alla sola alterazione di una leale concorrenza posta in essere con violenza o minaccia e non anche con mezzi fraudolenti. Dunque, nell'un caso il bene protetto è la libertà stessa di iniziativa economica nel settore dell'industria e del commercio, nell'altro la correttezza della concorrenza»²⁷⁰. Pertanto, in sintesi, la Suprema Corte afferma che il bene della libertà di concorrenza è tutelato dall'art. 513bis cp, ma non dall'art. 513 cp, il quale, invece, protegge la libertà di iniziativa economica nel settore dell'industria e del commercio.

Una simile motivazione pecca, tristemente, di illogicità, dal momento che non considera che proprio in quella libertà di iniziativa economica si ravvisano le radici della *libertà di concorrenza*. Vi è una profonda irragionevolezza nell'assunto secondo cui il delitto di turbata libertà dell'industria o del commercio tutela la libertà di iniziativa economica, ma non la concorrenza, irragionevolezza che non può che rimarcare quanto difetti una corretta ricostruzione della tutela penale della concorrenza nell'ordinamento italiano.

Nella ferma convinzione che il bene giuridico protetto dal reato in esame sia la concorrenza nell'accezione individuale delineata, ossia nella *libertà di concorrenza*, la questione - se alcuni atti di concorrenza sleale, di cui all'art. 2598 cc, possano rappresentare un mezzo fraudolento, punibile ai sensi dell'art. 513 cp - assume nuovo vigore, pur non dimenticando che «*trovato il bene e l'interesse penalmente protetto, di cui un determinato reato è l'offesa, non per questo si arresta l'indagine dell'interprete*»²⁷¹.

È comune opinione e orientamento dominante che gli atti di concorrenza sleale non possano rappresentare un mezzo fraudolento di cui all'art. 513 cp²⁷².

Qual è il perché di tanto lapidario pensare?

²⁷⁰ Così, Cass. pen. Sez. II, 1 giugno 2010, n. 2647 in www.reatisocietari.it.

²⁷¹ Così ROCCO, *Opere giuridiche*, cit., 582.

²⁷² Cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 marzo 1970, in *Cass. pen. – Massimario* 1971, 792 e in *Giust. pen.*, 1971, 200 (368), Cass. pen., 11 maggio 2010 (dep. 1 giugno 2010) n. 20647, in *Dejure* e da ultimo, Ufficio Indagini Preliminari di Milano, 17 settembre 2003, in *Foro Ambrosiano*, 2003, 458. Invero, la questione si è posta implicitamente in Cass. pen. Sez. III, 21 novembre 1959, in *Giust. Pen.*, 1960, II, 462 (548).

La ragione risiede nel dolo specifico, previsto dalla fattispecie all'inciso *per impedire o turbare l'esercizio di un'industria o di un commercio*. Per la sussistenza del reato si reputa, così, che non sia sufficiente accertare che il soggetto attivo abbia posto in essere la condotta incriminata con coscienza e volontà e neppure con la previsione o l'accettazione di un pericolo o di un danno eventuale; è necessario provare, altresì, che egli abbia agito con l'*intento* di impedire o di turbare l'esercizio dell'industria o del commercio ²⁷³. Infatti, è frequente imbattersi nella massima secondo cui l'uso di mezzi fraudolenti, *«volti semplicemente ad assicurare all'agente un utile economico, potrebbe concretare una concorrenza sleale, ma non già la particolare figura di reato prevista dall'art. 513 c.p., articolata su di un dolo specifico chiarissimamente imperniato sull'inciso per impedire o turbare, ecc...»* ²⁷⁴.

In short: il mero uso di strumenti fraudolenti atti ad assicurare all'agente un utile economico non integra il delitto in esame, ma può concretizzare, al più, l'illecito civile della concorrenza sleale ²⁷⁵.

²⁷³ Sul punto, si precisa che *«impedire l'esercizio di un'industria o di un commercio»* significa ostacolarne l'apertura, mentre con l'inciso *«turbare l'esercizio di un'industria o di un commercio»* si indica ogni modalità per mezzo della quale il regolare svolgimento dell'esercizio è impedito. In proposito, si vedano SALCUNI, *art. 513 c.p.*, cit., 849, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 180, MANZINI, *Trattato*, cit., 212 e RUGA RIVA, *Turbata libertà dell'industria e del commercio*, cit., 418.

²⁷⁴ Così Cass. pen. Sez. V, 5 marzo 1970, in *Cass. pen. – Massimario* 1971, 793 e in *Giust. Pen.*, 1971, 200 (368). Nel caso di specie, il socio accomandatario di una società editrice proponeva querela nei confronti di una concorrente società lamentando che ogni qual volta annunciasse, per mezzo di costosa pubblicità, la pubblicazione di dispense, il concorrente iniziasse, subito dopo l'annuncio, la pubblicazione di proprie dispense sullo stesso argomento. Questa condotta è riconducibile all'atto di concorrenza sleale della c.d. concorrenza parassitaria, che si realizza mediante l'imitazione sistematica delle iniziative imprenditoriali del concorrente, adottandole più o meno immediatamente e senza generare alcuna confondibilità. In senso conforme, si veda Cass. pen., 11 maggio 2010 (dep. 1 giugno 2010) n. 20647, in *Dejure*, la quale, in modo lapidario, afferma il seguente principio di diritto: *«gli atti di concorrenza illecita o sleale posti in essere con mezzi fraudolenti non rientrano nella previsione incriminatrice né dell'art. 513 c.p. né dell'art. 513 bis c.p.»*. Il caso di specie riguarda la condotta di un ex direttore generale di una società leader nel campo delle macchine automatiche per il riempimento di liquidi che si era indebitamente appropriato di una serie di disegni tecnici, progetti e numerosi altri documenti aziendali coperti da segreto e che, sfruttando il patrimonio di conoscenze da essi tratto, aveva dato vita a due società operanti nel medesimo settore merceologico della società leader. Si tratta di condotte, che, come affermato dagli stessi giudicanti, rappresentano atti di concorrenza sleale.

²⁷⁵ In tale senso, in modo non equivoco, *cfr.* sempre Cass. pen., 11 maggio 2010 (dep. 1 giugno 2010) n. 20647, in *Dejure*. In proposito, pare utile richiamare la lettera di una porzione della motivazione della sentenza, per la quale: *«[...] Nell'uno [art. 513 c.p.] l'elemento materiale consiste in un'azione impeditiva o perturbatrice dell'industria o del commercio realizzata attraverso violenza sulle cose o*

Rebus sic stantibus, è doveroso dubitare della massima del diritto vivente per scoprire e riscoprire l'art. 513 cp.

Il cammino, la ricerca non possono che iniziare interrogandosi sul significato di mezzo fraudolento e di atto di concorrenza sleale.

Il *modus ragionandi* è di tipo sillogistico, poiché si devono definire, da un lato, i mezzi fraudolenti e, dall'altro, la concorrenza sleale per poi vagliare se la seconda sia sussumibile nel primo.

Con l'espressione mezzo fraudolento, si fa riferimento ad ogni modalità di condotta atta a porre un soggetto, non necessariamente coincidente con quello passivo, in una *situazione di errore o di ignoranza*, nonché a qualsiasi *artificio, raggirio, simulazione o menzogna idonei a trarre in inganno* ovvero a quei comportamenti che tendono a *mascherare o a nascondere con l'inganno il proprio carattere di illiceità* ²⁷⁶. Da parte sua, l'atto di concorrenza sleale, astraendo dall'art. 2598 cc, è quello, la cui repressione è volta a creare una sfera di protezione che tende a far sì che i frutti del suo lavoro non gli vengano sottratti con azioni, il cui carattere comune è

mezzi fraudolenti, nell'altro [art. 513 bis c.p.] è integrato – invece- da concorrenza attuata mediante violenza o minaccia (alle persone); mentre la concorrenza consiste in uno sviamento di clientela, in quanto tale incidente sulla destinazione dell'attività economica, ovvero sul target a valle dell'attività produttiva, id est sul raggiungimento del consumatore, l'impedimento o la turbativa dell'industria o del commercio agiscono a monte, sulla possibilità stessa di produrre o scambiare beni o servizi ancor prima di arrivare alla platea dei potenziali acquirenti. Quanto all'elemento psicologico, nell'art. 513 c.p., è necessario il dolo specifico (... "per impedire o per turbare l'esercizio..."), mentre nell'art. 513 bis c.p., basta quello generico. [...] Manca, dunque, quell'essenziale nesso di teleologia) tra i mezzi fraudolenti adoperati e l'impedimento o la turbativa del commercio o dell'industria che già un'antica giurisprudenza di questa S.C. (sez. 6° n. 548 del 5,3,70, dep. 27.6.70, rv. 114717) aveva ritenuto essenziale per la sussistenza del delitto p. e p. ex art. 513 c.p. In sintesi, quel che si ascrive al capo n. 3 della rubrica non è altro che una forma di concorrenza illecita o sleale civilisticamente rilevante ex art. 2598 c.c. e ss, ma sprovvista di sanzione penale perché esterna all'area incriminatrice dei citati artt. 513 e 513 bis c.p.».

²⁷⁶ A tal proposito, si vedano, in giurisprudenza, Cass. pen. Sez. III, 21 novembre 1959, in *Giust. pen.*, 1960, II, 462 (548), Pret. Alatri, 18 gennaio 1967, in *Nuovo dir.*, 1969, 631 e in *Nuovo dir.*, 1971, 672; Pret. Arce, 1 giugno 1967, in *Temi rom.*, 1969, 786, Pret. Bologna, 11 agosto 1989, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1990, 215 (2489), Pret. Bologna, 7 luglio 1989, in *Giur. merito*, 1989, II, 1181 e Pret. Bologna, 16 dicembre 1992, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1993, 1097; in dottrina, in particolare, cfr. BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., 771, PEZZINI, *L'art. 513 c.p.*, cit., 1137, CONTI, *Industria e commercio*, cit., 619 e SALCUNI, *art. 513 c.p.*, cit., 848.

essenzialmente la falsità, intesa, anzitutto, come decettività, ossia come *attitudine ad attrarre in inganno i consumatori* ²⁷⁷.

L' idoneità ad ingannare, quindi, accomuna l'atto di concorrenza sleale e il mezzo fraudolento: se il comportamento dell'autore è fraudolento qualora sia subdolo e sleale, e cioè quando tenda a mascherare o nascondere con l'inganno il proprio carattere di illiceità, allora l'atto di concorrenza sleale è suscettibile tra i mezzi fraudolenti.

More over, è, altresì, necessario operare una cernita e selezionare tra gli atti sleali, non professionalmente corretti, quelli più ingannevoli e subdoli. Difatti, se è vero che non ogni atto di concorrenza sleale rappresenta un mezzo fraudolento è altresì vero che vi sono atti di concorrenza sleale che possono essere qualificati mezzi fraudolenti ai sensi dell'art. 513 cp.

Non sono tacciabili di indeterminatezza tanto i termini del ragionamento quanto il modo dello stesso?

La risposta non è agevole e non può esserlo a legislazione immutata.

Quello che è semplice, per dare concretezza all'astrattezza, è, invece, il riportare alla mente l'orientamento minoritario favorevole ad un'interpretazione estensiva della fattispecie, presente, per lungo tempo, esclusivamente nella giurisprudenza di merito e solo, recentemente, anche nella giurisprudenza di legittimità ²⁷⁸.

Lo studio dello stesso consente di distinguere le pronunce più risalenti, che hanno preso in considerazione condotte qualificabili come *bagatellari* ²⁷⁹, dai

²⁷⁷ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 4.

²⁷⁸ Pret. Alatri, 18 gennaio 1967, in *Nuovo dir.*, 1969, 629 e in *Nuovo dir.*, 1971, 672, Pret. Arce, 1 giugno 1967, in *Tem Rom.*, 1969, 785, Pret. Bologna, 11 agosto 1989, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1990, 207 (2489), Pret. Bologna, 7 luglio 1989, in *Giur. merito*, 1989, II, 1179, Pret. Bologna, 28 novembre 1992, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1078 e *cfr.* Pret. Bologna, 16 dicembre 1992, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1095, App. Bologna, 13 luglio 1994, in *Foro it.*, 1994, II, 248, Trib. Rovereto, 12 dicembre 2000, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 459 e *cfr.* Trib. Rovereto, 2 febbraio 2001, in *Giur. merito*, 2001, II, 405 Cass. pen., 22 dicembre 2010 (dep. 21 febbraio 2011) n. 6251, in *Dejure* e Cass. pen., 22 giugno 2010 (dep. 5 ottobre 2010) n. 35731, in *Dejure*.

²⁷⁹ *Cfr.* Pret. Alatri, 18 gennaio 1967, in *Nuovo dir.*, 1969, 629 e in *Nuovo dir.*, 1971, 672. L'illustrazione del caso di specie consente di cogliere il senso del ricorso al termine condotte

provvedimenti più recenti, che hanno riguardato, invece, veri e propri piani commerciali idonei a danneggiare l'altrui impresa concorrente, sui quali va, per l'appunto, volta e posta l'attenzione.

Così procedendo, si circoscrive l'ambito di applicazione della fattispecie a fatti che si incentrano sulla concorrenza dell'ex dipendente o dell'ex socio o dell'ex amministratore delegato, che ricostituisce una nuova società concorrente a quella madre, che pone in essere uno storno di dipendenti, che sottrae brevetti, modelli, informazioni segrete, *know how* commerciali, segreti aziendali e che inizia un'attività commerciale in concorrenza con la prima, spesso informando anche i clienti della nascita della nuova società che vende prodotti migliori ad un prezzo più vantaggioso ²⁸⁰. Si coglie un piano *subdolo, sleale e decettivo* per eliminare, per distruggere il concorrente, per toglierli la sua identità di operatore nel mercato.

bagatellari. Infatti, la vicenda concerne il titolare di un esercizio commerciale per la vendita di elettrodomestici, che lamentava che un suo acquirente di un televisore era tornato nel suo negozio, affermando di essere stato informato, dall'esercente di un'attività commerciale concorrente, di aver acquistato un modello di elettrodomestico vecchio di due anni e di aver ricevuto una fregatura, a causa del prezzo pagato. Accertata la menzogna sul televisore, il giudice reputò che l'oggettiva direzione al turbamento dell'altrui attività di commercio fosse *in re ipsa* nella condotta del concorrente e che fosse sussistente il dolo specifico. La condotta ben potrebbe venire in considerazione come un'ipotesi di denigrazione, ai sensi dell'art. 2598 n. 2 cc, nonché come fattispecie non tipizzata illecita ai sensi dell'art. 2598 n. 3 cc, essendo incontrovertibile la sua non conformità ai principi della correttezza professionale e la sua idoneità a danneggiare l'altrui azienda. Tuttavia, non si può dar atto come il caso di specie possa essere ricondotto ad una condanna per condotte *bagatellari*. In senso analogo, si veda Pret. Arce, 1 giugno 1967, in *Tem. rom.*, 1969, 785. In particolare, nel caso di specie, i titolari di un negozio di mobili lamentavano che un concorrente in più occasioni si qualificava al corriere come loro rappresentante o forniva allo stesso mendaci informazioni stradali, ottenendo, così, che un carico di mobili fosse consegnato nel proprio deposito. Il giudice ritenne gli imputati responsabili per il delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio, affermando che nella condotta del concorrente «non vi era stato l'errore incolpevole, ma il deliberato proposito prima di ricevere ciò che si sapeva ad altri destinato e poi di trattenerlo, col fine specifico di intralciare il libero movimento commerciale di mobili, essendo appunto un tale commercio basato sulla necessità di rapide e tempestive consegne ai clienti specie di mobili di uso indispensabile». Anche in questo caso che la condotta sia qualificabile altresì come atto di concorrenza sleale pare inequivocabile.

²⁸⁰ Cfr. Pret. Bologna, 11 agosto 1989, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1990, 207 (2489), il cui caso di specie involve un'azienda, avviata da *ex controller* amministrativo finanziario di una società *leadership* nazionale nella produzione di apparecchiature automatiche per l'apertura di porte e di cancelli e da alcuni dei più importanti concessionari della stessa. In particolare, l'*ex controller* amministrativo finanziario aveva sottratto alla società *leadership* tutte le persone che erano in possesso delle notizie tecniche e commerciali dell'azienda, nonché aveva inviato una serie di lettere a tutta la sua rete commerciale, asserendo che la nuova società era nata da un gruppo di *ex* dirigenti e

dipendenti della prima azienda e che aveva migliorato, notevolmente, i prodotti, praticando, inoltre, prezzi più convenienti. Infine, erano stati rinvenuti, nella sede della neonata azienda, sistemi elettronici e disegni che si sospettavano asportati dalla sede della prima società, nonché le fotocopie di documenti manoscritti appartenenti alla prima società. Le risultanze dell'istruzione probatoria dimostrarono che nei soggetti imputati vi era un *«vero e proprio disegno lucidamente concepito e perseguito per erodere alcuni dei pilastri fondamentali dell'organizzazione economica della società leadership, integrando, certamente, quel nesso teleologico tra mezzi fraudolenti e turbativa richiesto dalla giurisprudenza. Le contrarie affermazioni della difesa, che pongono l'accento sul fine di migliorare la propria capacità produttiva e sul carattere meramente ed involontariamente consequenziale dell'eventuale danno cagionato ad altri urtano contro emergenze processuali che le contraddicono. Non si può contrabbandare per innocuo cinismo un atteggiamento così insinuamente fittivo quale quello degli imputati»*.

Ancora, si veda, Pret. Bologna, 28 novembre 1992, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1078 e *cfr.* Pret. Bologna, 16 dicembre 1992, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1095. Nel primo caso, i soci di minoranza di un'azienda leader nazionale nel settore della produzione delle macchine lavasecco, presentavano querela, lamentando che gli esponenti della maggioranza avevano intrapreso attività che danneggiavano la società nel suo complesso. In particolare, questi ultimi avevano acquistato una società, operante nello stesso settore industriale, intestando le quote a familiari, persone non legate alla prima ditta. Nonostante ciò, la seconda azienda era *de facto* controllata dai succitati esponenti, i quali avevano, inoltre, conferito nella stessa disegni tecnici di macchine della prima - non coperti da brevetto e modificati in modo tale da non rilevare l'originaria provenienza - modelli per stampi e *know how* commerciali. Alla condanna in primo grado, è seguita la dichiarazione di improcedibilità in appello: ciò nonostante, la Corte ha precisato che i comportamenti posti in essere dagli imputati ben avrebbero potuto integrare la figura delittuosa in esame. Il secondo caso concerne una società operante nella produzione e nella commercializzazione di computer e dei relativi programmi applicativi e presente sul territorio con diverse filiali, in una delle quali operava un gruppo di persone rappresentante il vero punto di forza della società stante le loro competenze tecniche e commerciali e come comprovato dal fatturato. Alcuni esponenti di detto gruppo, dopo aver costituito una società concorrente alla prima, vi inserirono i componenti di tutto il gruppo. Oltre a ciò, i formati sorgente e il materiale cartaceo - incluso l'archivio clienti - vennero sottratti; la memoria dei computer venne danneggiata e i programmi vennero abusivamente duplicati. Nella motivazione del giudizio responsabilità il giudice ha avuto cura di precisare che *«Esiste un evidente nesso teleologico tra i mezzi fraudolenti, la violenza sulle cose usate e la turbativa dell'attività della prima sentenza perseguita ed in parte prodotta. Chi ha deciso di cancellare le memorie, sottrarre l'archivio dei clienti, rubare e duplicare programmi non intendeva solo perseguire un proprio utile economico, ma voleva ancor prima - già col fatto dello spossessamento - assestare un duro colpo alla competitività della società concorrente, indebolirla sul mercato, renderne precaria la ripresa, almeno nell'immediatezza»*.

Nella giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. pen., 22 giugno 2010 (dep. 5 ottobre 2010) n. 35731, in *Dejure* che concerne una vicenda, nella quale la turbativa dell'esercizio dell'industria del commercio era stata attuata da soggetti facenti capo ad una società concorrente mediante condotte fraudolente che avevano provocato uno storno di clientela a favore di quest'ultima. Come noto, lo storno di clientela è un atto di concorrenza sleale sicché alla luce dell'orientamento secondo cui l'uso dei mezzi fraudolenti, volti ad assicurare all'agente un profitto, concretizza solo un'ipotesi di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598, terzo comma, cc, il giudice di prime cure aveva escluso la rilevanza penale del fatto. In netto contrasto con quanto così statuito, il Supremo organo giudicante ha negato che l'uso dei mezzi fraudolenti volta ad assicurare all'agente un profitto concretizzi solo un'ipotesi di concorrenza sleale, visto che gli imputati hanno svolto, in maniera preordinata, una attività finalizzata a bloccare, turbare, e in ogni caso, pregiudicare l'attività commerciale della società concorrente, ben consapevoli di arrecare un danno alla società concorrente, nonché *«contestualmente, evidente utile per sé»*. Infine, *cfr.*

Non solo: accanto a piani, come quelli descritti, si rinvengono singole condotte, particolarmente subdole, come la registrazione del sito Internet dell'imprenditore presso vari motori di ricerca, mediante l'intenzionale inserimento di parole chiave, che fanno espresso riferimento ad una ditta direttamente concorrente. Lo scopo di questo comportamento è far sì che, a seguito dell'inserimento delle parole chiave per eseguire una ricerca, nella lista dei risultati figurino anche il sito dell'imprenditore stesso ²⁸¹. Il carattere fraudolento e decettivo è innegabile, non dissimile dall'arsenico, che, se assunto a piccole dosi, lentamente, conduce alla morte.

Si evince così che *concretamente* vi possono essere tanto piani quanto singoli atti subdoli, la cui finalità di turbativa appare inequivocabile, comportamenti diretti a ledere con l'inganno il diritto del singolo imprenditore ad esercitare la

Cass. pen., 22 dicembre 2010 (dep. 21 febbraio 2011) n. 6251, in *Dejure* che ha ad oggetto condotta di T.C., che, in concorso con i soci e l'amministratore delegato di una società distributrice di gpl, da un lato, aveva sostituito i serbatoi di una società concorrente con quelli dell'altra società, mentre erano pendenti i contratti di distribuzione; dall'altro lato, aveva manomesso i lucchetti di sicurezza e rotto i sigilli per rifornire i serbatoi non sostituiti. A ciò si aggiunga che T.C. aveva altresì ingannato i clienti della società concorrente, poiché aveva fatto loro credere di operare per conto di questa ultima, con la quale, invece, aveva interrotto ogni rapporto di lavoro. Investito del caso, la Corte di Cassazione rileva che indubbiamente la fattispecie contestata è contraddistinta dal fine specifico di turbare o impedire un'industria o un commercio e cioè di attentare alla libertà di iniziativa economica. Infatti, le risultanze probatorie compravano l'esistenza di un meccanismo oggettivamente fraudolento e anche mediante manomissione, con gpl proveniente da altra società, sottacendo in particolare che l'imputato non lavorava più per la società danneggiata, meccanismo che determina un turbamento dell'attività commerciale della società concorrente, stante il consistente numero di serbatoi arbitrariamente staccati o sostituiti.

²⁸¹ *Cfr.* Tribunale di Rovereto, 12 dicembre 2000, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 462 e in *Giur. merito*, 2001, II, 407-408. Il giudice, investito della causa, ha reputato che la condotta in esame integrasse il delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio. Per giungere a questa decisione ha affermato che la condotta dell'imputato, tesa a sfruttare il buon nome commerciale del concorrente e dei suoi prodotti, si pone non solo come mezzo sicuramente idoneo a turbare l'attività del concorrente, in relazione alla progressione esponenziale di Internet quale strumento di informazione, ma altresì come mezzo particolarmente subdolo, dal momento che il prodotto, legato alla parola inserita, non è reperibile presso l'imputato. Il giudice osserva, altresì, la condotta, in sede civile, potrebbe essere illecita, ai sensi dell'art. 2598 cc, sia come sfruttamento parassitario della notorietà altrui - sottolineando che nella specie si determinerebbe un rischio di associazione - sia come ipotesi non tipizzata riconducibile al n. 3 del cit. art., essendo palese la non conformità ai principi della correttezza professionale e l'idoneità a danneggiare l'azienda del concorrente.

sua attività economica scevra da condotte come quella sopra ricordate, lesivi della *libertà di concorrenza*.

Se è impossibile, quindi, escludere una sovrapposizione ²⁸², ancorché parziale, tra sleale e fraudolento, si comprende allora la ragione per la quale l'esclusione della rilevanza penale, ai sensi dell'art. 513 cp, di atti di concorrenza sleale astrattamente idonei a rappresentare un mezzo fraudolento sia fondata sul dolo specifico di turbativa o di impedimento della fattispecie.

Detta àncora è discutibile e, pertanto, criticabile: essa pecca di condurre verso il paradosso, poiché l'esclusione dell'applicazione dell'art. 513 cp, qualora l'agente sia mosso da un utile economico, porta a riconoscere che, invece, il reato sia integrato da condotte meramente dispettose, compiute al solo fine di danneggiare il concorrente e non sorrette da alcun scopo di lucro. In tal modo, non solo si giunge ad una sorta di *interpretatio abrogans* della norma incriminatrice, ma anche ci si macchia di irragionevolezza, dal momento che le forme più gravi di turbativa dell'industria e del commercio sono proprie quelle motivate da fini di lucro e la stessa finalità di turbativa è non solo usuale, ma anche finalizzata ad ottenere un illecito profitto ²⁸³.

Qual è, quindi, la strada da seguire per raggiungere la meta, ossia la soluzione della questione? È forse smarrita una retta, si deve errare all'infinito? Non c'è vento favorevole, perché si è simili al marinaio che non sa dove approdare? ²⁸⁴

²⁸² In tal senso, *cf.* Tribunale di Rovereto, 12 dicembre 2000, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 462 e in *Giur. merito*, 2001, II, 407-408, nella quale il giudice prende posizione precipua sul rapporto tra art. 513 cp e l'art. 2598 cc, affermando che: «Sul punto preme ancora solo osservare che questo giudice, con le argomentazioni sopra svolte, non intende affatto sostenere alcuna coincidenza tra la fattispecie di cui all'art. 513 c.p. e gli atti di concorrenza sleale, perché è indiscutibile una notevole maggiore estensione dell'illecito civile rispetto al reato in parola, sia sotto il profilo oggettivo non essendo necessario per integrare la concorrenza sleale l'uso di "mezzi fraudolenti", sia sotto il profilo oggettivo, essendo il reato caratterizzato da una combinazione necessaria di dolo generico (consapevolezza di porre in essere mezzi fraudolenti) e dolo specifico (fine di turbare l'impresa concorrente), ed essendo invece la fattispecie di cui all'art. 2598 c.c. del tutto svincolata sia dal dolo sia dalla colpa [...]. Ciò però non toglie che non sussista un'area di coincidenza tra i due illeciti e, precisamente, quando, come nella specie, la concorrenza sleale si estrinsechi con una condotta fraudolenta, sorretta dal dolo e con lo scopo della privativa.»

²⁸³ *Cfr.* Trib. Rovereto, 12 dicembre 2000, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 459 e *cf.* Trib. Rovereto, 2 febbraio 2001, in *Giur. merito* 2001, II, 405.

²⁸⁴ Si allude, parafrasandolo, a Seneca.

Le risposte sono negative, poiché si ha ben chiaro il porto, a cui si è diretti, e la bussola indica due direzioni per approdarvi, ma solo una è quella navigabile.

La prima veleggia vicino alla costa, poiché declina, *sic et simpliciter*, l'elemento soggettivo del reato in esame in un dolo generico ²⁸⁵.

La seconda solca i mari dell'onestà intellettuale e, preso atto che il delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio è imperniato sul dolo specifico, attracca ad un'interpretazione evolutiva, che prende il largo dallo studio del dolo specifico ²⁸⁶. Oltre che fedele al dato letterale, detta rotta è coerente con il principio di offensività, poiché è necessario che la finalità di turbativa o di impedimento dell'esercizio dell'industria e del commercio si riflettano sulla materialità del fatto ²⁸⁷. In assenza di ciò, qualsiasi mezzo fraudolento impiegato non potrebbe essere punibile, perché appunto non altererebbe il normale svolgimento dell'attività di impresa e sarebbe inoffensivo del bene giuridico: laddove non vi sia turbativa o impedimento, l'intervento penale non sarebbe giustificato.

Posto, quindi, che il dolo specifico di turbativa o di impedimento gioca un ruolo essenziale, per superare l'orientamento secondo cui l'uso di mezzi fraudolenti, coincidenti con ipotesi di concorrenza sleale e volti ad assicurare all'agente un utile economico, possono concretizzare, soltanto, l'illecito civile, di cui all'art. 2598 cc, e non già la figura di reato prevista dall'art. 513 cp, si consideri

²⁸⁵ In tal senso, *cf.* BELLOTTO, *La riscoperta dell'art. 513 c.p.*, cit., 1078 ss, il quale, prendendo atto della consapevolezza che le dimensioni raggiunte dagli abusi e dalle scorrettezze in campo commerciale ed industriale sono tali da rendere insufficiente il ricorso ai soli mezzi civilistici della concorrenza sleale, asserisce quanto sia necessario operare una lettura della figura delittuosa in esame in chiave di dolo generico, in modo tale che la turbata libertà dell'industria o del commercio, compiuta con mezzi fraudolenti, possa trovare applicazione, considerato che gli attentati contro le attività imprenditoriali possono manifestarsi con fisionomie e caratteri molto insidiosi, anche difficilmente riconoscibili. «*In questo modo – sostiene l'Autore – verrebbe rimossa una delle principali cause di disapplicazione della norma, e cioè quello strano pregiudizio che ravvisava la mancanza di un logico collegamento, quasi una sorta di incompatibilità tra l'art. 2598 c.c. e l'art. 513 c.p.*».

²⁸⁶ Sul dolo specifico, *cf.* PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 1 ss.

²⁸⁷ Sul dolo specifico e sulla sua cd. oggettivizzazione si veda PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 497-520 e 533-565.

che chi agisce turbando o impedendo l'attività di impresa è sempre sorretto da un motivo o da un movente ²⁸⁸, come, ad esempio, il desiderio di rivalsa o il proposito di una vendetta personale ovvero proprio il conseguimento di un utile economico o di guadagno.

Infatti, se è vero che sotteso ad ogni atto di concorrenza sleale vi è frequentemente una finalità di guadagno, è altrettanto pacifico che l'atto di concorrenza sleale provoca un impedimento al regolare svolgimento dell'esercizio, come si evince dalla causazione di un danno economico, con cui, invero, il regolare svolgimento dell'attività è già, *in re ipsa*, turbato. Al contempo, nel momento in cui il soggetto pone in essere determinati atti di concorrenza sleale si rappresenta e vuole turbare l'attività del concorrente; in altre parole, l'oggetto del fine richiesto dal dolo specifico entra nella rappresentazione intellettuale del soggetto agente, ancorché non esclusivamente ²⁸⁹.

D'altronde, a titolo di rafforzamento di quanto detto, si riflette, provocatoriamente, sulla circostanza secondo cui *se il bene giuridico protetto dalla fattispecie è la concorrenza, come si può sostenere che nessun atto di concorrenza sleale possa essere un mezzo fraudolento?*

In conclusione, pare che il marinaio sia non solo approdato, ma anche che abbia seguito la giusta direzione.

²⁸⁸ Sulla distinzione tra fine tipico e movente *cfr.* PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 520-532.

²⁸⁹ In tal senso, PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 570.

Sezione III

La normativa sulla corruzione nel settore pubblico e nel settore privato.

Le prime due sezioni della ricerca hanno posto in essere un parallelismo tra il diritto industriale e il diritto penale: in altri termini, si è visto se e in che misura e con quali problemi lo stesso fatto sia, al contempo, illecito civile ed illecito penale sicché la ricerca è stata condotta, partendo dal considerare, nel diritto penale, la violazione della regola civilistica; d'ora in poi, invece, si prende in esame la violazione di norme di diritto pubblico e, in particolare, di diritto penale.

Così procedendo, non si prende il largo dal diritto industriale, in quanto, la violazione di *determinate* norme di diritto pubblico costituisce, *sempre, ancora ed anche* un atto di concorrenza sleale, riconducibile all'art. 2598, n. 3, cc; ciò non significa, ovviamente, che alla violazione di ogni norma di diritto pubblico consegua, sempre e comunque, un atto di concorrenza sleale. Per circoscrivere l'ambito, in cui si ha una coincidenza tra violazione di norme pubbliche e realizzazione di un atto di concorrenza sleale, bisogna esaminare le tipologie di norme violate. In particolare, si hanno tre tipi: per l'esattezza, quelle che impongono limiti, quelle che impongono costi e quelle che impongono oneri. Tra queste, sola la violazione delle norme, che impongono limiti, si pone come atto di concorrenza sleale, mentre, per quelle che impongono costi, l'illiceità concorrenziale si determina solo nella misura in cui il risparmio di spesa, che genera un vantaggio concorrenziale, sia concretamente sfruttata nel mercato, ad esempio, praticando costi più bassi, non sostenibili dai concorrenti che rispettano le norme sui costi ²⁹⁰.

Nel novero delle violazioni delle norme di diritto pubblico, un posto a sé merita la violazione delle norme sulla corruzione e su reati analoghi, poiché l'imprenditore che si procura a scapito dei concorrenti appalti e commesse

²⁹⁰ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 111-112.

pubbliche con il versamento di tangenti si rende responsabile anche di concorrenza sleale nei confronti di chi non ricorre a questi mezzi ²⁹¹.

Rebus sic stantibus, se nelle prime due sezioni. si è vista la rilevanza penale dell'atto di concorrenza sleale, ora, si prende atto che la violazione di *determinate* norme pubblicistiche, e, più precisamente, di diritto penale, è anche un atto di concorrenza sleale.

Disegnato, nella mappa della legislazione penale vigente in tema di concorrenza e diritto penale, anche questo cammino, si prende in esame il fenomeno corruttivo.

La corruzione può essere definita, in linea di principio, come la condotta di quei soggetti che, investiti di particolari responsabilità pubbliche o private, agiscono in violazione dei propri doveri per ottenere un indebito profitto finanziario o di qualsivoglia natura, diretto o indiretto ²⁹².

Alla base delle pratiche di questo tipo vi è l'accordo tra corrotto e corruttore, sigillato da reciproci vantaggi, ancorché il prezzo di un tale patto è pagato dalla collettività intera soprattutto in termini di regole, etiche e giuridiche, e, quindi, di diritti, di libertà e di cultura civile ²⁹³.

Oltre a questo prezzo, *la corruzione presenta nel lungo termine un danno alla concorrenza, falsandola, spegnendola lentamente.*

Intuitivamente non è errato affermare che se non si premia il più meritocratico, il migliore di una competizione, non si assiste ad un progresso, ma ad una lenta involuzione, destinata a divenire regresso, poiché, poco alla volta, il vincitore non meritevole non avrà nemmeno la cura di investire energie per

²⁹¹ In tal senso, quasi testualmente, si esprimono VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 111-112.

²⁹² In proposito si veda FEROLA, *Spazio giuridico europeo e lotta alla corruzione*, in <http://www.biblio.liuc.it/liucpap/pdf/73.pdf>, 3 e Cfr. FOFFANI, *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 963.

²⁹³ In proposito cfr. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Milano 2003, 87, il quale osserva che tale accordo è una connivenza omertosa, nonché, ampiamente, DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 9 ss.

progredire, poiché sa che vincerà comunque e a prescindere dal suo merito e dai risultati ottenuti.

Non è così per puro esercizio retorico che il Preambolo alla Convenzione penale sulla corruzione, conclusa a Strasburgo il 27 gennaio 1999, reciti che la corruzione «*rappresenta una minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti dell'uomo, mina i principi di buon governo, di equità e di giustizia sociale, falsa la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico e mette in pericolo la stabilità delle istituzioni democratiche e i fondamenti morali della società*»²⁹⁴.

Non dissimilmente il Preambolo della Convenzione sulla lotta alla Corruzione dei Pubblici Ufficiali Stranieri nelle operazioni economiche internazionali²⁹⁵ afferma che: «*la corruzione è un fenomeno diffuso nelle operazioni economiche internazionali, ivi comprese le operazioni commerciali e gli investimenti, che desta serie preoccupazioni morali e politiche, mina la corretta gestione degli affari pubblici e lo sviluppo economico e altera le condizioni internazionali in materia di concorrenza*».

Come si evince dalle citate disposizioni quello che viene indicato come il fenomeno della corruzione *sconvolge e distorce*, tra l'altro, l'intero sistema economico sicché «*annullando la concorrenza, invece del lavoro ben fatto, si paga l'inefficienza*»²⁹⁶.

²⁹⁴ Così Convenzione penale sulla corruzione in <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/PDF/173-Italian.pdf> oppure in <http://www.penalecontemporaneo.it>. L'Italia, che ha firmato la Convenzione il 15 maggio 2003, non ha provveduto per lungo tempo alla ratifica della stessa, ratifica che è avvenuta ad opera della Legge 28 giugno 2012, n. 110.

²⁹⁵ La convenzione è resa esecutiva con Legge 29 settembre 2000, n. 300. In proposito, la *Transparency International* - organizzazione indipendente non governativa, *non profit*, avente come scopo la lotta alla corruzione - redige annualmente il *Progress Report* sull'applicazione della Convenzione OCSE contro la corruzione di funzionari stranieri durante le transazioni internazionali. Ad esempio, in base, al *Progress Report 2010* l'Italia presentava «*significant inadequacies in the legal framework for prohibiting foreign bribery*». A tal proposito, cfr. www.transparency.it e www.transparency.org.

²⁹⁶ Così SOMOGYI, *L'economia della corruzione*, in *Mondoperaio*, 1992, XI, 76 ss, il quale osserva che il fenomeno della corruzione incide sulla spesa per beni o servizi pubblici, nonché sul costo delle opere pubbliche. In proposito si veda anche FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione*, cit., XXIII, il quale asserisce che: «*[...] la tangente è in realtà assolutamente conservatrice e regressiva, produce immobilismo, stagnazione, visto che per sua natura afferma ontologicamente quell'elemento di totalizzante scambiabilità che abbassa e appiattisce, che attorce e ritorce fissamente su se stessi e dunque impedisce di far avanzare e innovare [...]*». Ancora cfr. DAVIGO, *Gli intatti meccanismi della corruzione sistematica*, in FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente*, cit., 177, il quale afferma che porsi a riparo dalla

Non solo: oltre a stravolgere il principio della libera concorrenza, si pone nei confronti della stessa in una situazione di assoluta incompatibilità: se gli imprenditori, nello svolgimento della loro attività commerciale, impiegano pratiche corruttive, si procurano un vantaggio competitivo illecito rispetto ai concorrenti che non ne fanno uso ²⁹⁷. Conseguentemente, il consumatore e l'utente finale non sono messi in condizione di operare una corretta selezione dei prodotti, provenienti da determinate imprese, poiché la scelta dei beni e l'attribuzione di meriti e di demeriti sono, sin dal principio, viziate dalla pratica corruttiva, la quale, ovviamente, è ignota al pubblico.

Se si considera che la situazione italiana è caratterizzata dal dilagarsi di una corruzione sistemica ²⁹⁸, nonché dal diffondersi della cosiddetta cultura della corruzione ²⁹⁹, si può dedurre che è la stessa integrità economica nazionale ad essere interamente compromessa ³⁰⁰.

«È dimostrato che la corruzione è associata alla presenza di condizioni istituzionali chiaramente riscontrabili in Italia; in particolare, la corruzione è positivamente correlata al

concorrenza è un vantaggio, che deriva dalla pratica della corruzione e FEROLA, *Spazio giuridico europeo e lotta alla corruzione*, cit., 2.

²⁹⁷ In tal senso cfr. FEROLA, *Spazio giuridico europeo e lotta alla corruzione*, cit., 4 e 15 e PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir. pen. processo*, 2008, 278.

²⁹⁸ In proposito, si consideri il *Corruption Perception Index*, redatto sempre dalla *Trasparenza Internazionale*. In particolare, l'organizzazione elabora il summenzionato Indice di Percezione della Corruzione -CPI-, che misura, da oltre un ventennio, la corruzione nel settore pubblico e politico di 176 Paesi nel Mondo, assegnando un punteggio numerico a ciascuno degli Stati e stilando, così, una graduatoria, scorrendo la quale si scoprono i paesi meno immuni alla corruzione. La ventiduesima edizione dell'Indice di Percezione della Corruzione vede l'Italia al sessantesimo posto nel mondo, migliorando di una posizione rispetto all'anno precedente, con un punteggio di 47 su 100. Analizzando il dato in una prospettiva europea, si registra come l'Italia sia il fanalino di coda, seguita solo da Grecia e Bulgaria, rispettivamente al sessantanovesimo e settantacinquesimo posto della classifica mondiale. In base ai *CPI* precedenti, si rileva che nel 2014 l'Italia era al sessantanovesimo posto, nel 2012 al settantaduesimo, nel 2009 al sessantatreesimo, nel 2006 al quarantacinquesimo, nel 2003 era al trentacinquesimo, nel 2000 al trentanovesimo e nel 1997 era al trentesimo. In altri termini, negli ultimi vent'anni, la corruzione, o meglio la sua percezione, è andata aumentando esponenzialmente, nonché diminuendo negli ultimi anni. Sul punto, cfr. www.trasparenza.it.

²⁹⁹ Sulla c.d. cultura della corruzione cfr. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione*, cit., XVI.

³⁰⁰ Cfr. FEROLA, *Spazio giuridico europeo e lotta alla corruzione*, cit., 20.

*grado di discrezionalità regolativa, alla complessità delle leggi e all'inflazione normativa, all'ammontare di risorse amministrate dallo stato, all'inefficienza dell'amministrazione pubblica, al tempo perso dalle imprese nei loro rapporti con lo stato, al carico fiscale, alla sfiducia nel funzionamento della democrazia»*³⁰¹.

Oltre a ciò, si rifletta sulla circostanza secondo la quale il ricorso a pratiche corruttive, inoltre, ha contribuito a determinare non solo l'aumento dei costi, ma anche la riduzione della qualità³⁰².

In senso giuridico penale, l'ordinamento penale prende in considerazione due tipologie di illeciti: la corruzione tra privati e pubblica amministrazione e la corruzione tra privati.

Quanto alla prima, come noto, le fattispecie penali sono state oggetto di un'importante riforma ad opera della Legge n. 190/2012, recante «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*», stante la crescente diffusione del fenomeno criminale in esame e alla sua evoluzione, che vede la perdita del tradizionale carattere duale con coinvolgimento di soggetti ulteriori destinati a svolgere funzioni di intermediazione e di filtro, che deve fare i conti con la modifica della prestazione resa dal corrotto, involgente più che l'adozione di uno specifico atto amministrativo, la generica funzione o qualità di pubblico agente e che, infine, deve misurarsi con le nuove forme di tangenti, non più limitata alla mera dazione di denaro, ma realizzata mediante meccanismi di triangolazione³⁰³.

³⁰¹ Così VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da 'mani pulite'*, in FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente*, cit., 29.

³⁰² Cfr. DELLA PORTA, VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, Bologna 1994, 174 e cfr. SOMOGYI, *L'economia della corruzione*, cit., 78.

³⁰³ Per un breve quadro sulla riforma, cfr. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it. In particolare, la riforma del 2012 ha introdotto il nuovo delitto di traffico di influenze illecite di cui all'art. 319 *quater* cp, che persegue condotte prodromiche a successivi accordi corruttivi, la corruzione per l'esercizio della funzione, riscrivendo l'art. 318 cp e consentendo la reazione dell'ordinamento penale ogni volta che si concretizzi il pericolo di asservimento della funzione ad interessi privati. La riforma ha, altresì, riscritto fattispecie incriminatrici già esistenti, come la concussione, ed ha inasprito il trattamento sanzionatorio. A tal proposito, si vedano, altresì, VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in GAROFOLI, TREU (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013, Istituto della

Ai fini della presente trattazione, si deve partire da un dato certo: il bene giuridico tutelato è la pubblica amministrazione, intesa, in senso penalistico, alla stregua di tutte le funzioni pubbliche imputabili allo Stato o ad altro ente pubblico³⁰⁴.

Una rilettura dei delitti in esame come posti a tutela della concorrenza sarebbe impropria, ancorché una tutela *mediata* della concorrenza sia innegabile. Tuttavia, il bene *immediatamente* tutelato è quello che viene declinato in imparzialità, buon andamento, decoro, correttezza, correttezza e probità imposti a funzionari.

Nel novero dei delitti, che hanno come effetto il mercimonio della pubblica amministrazione, l'attenzione, ai fini della presente trattazione, va posta sulle sole ipotesi corruttive, poiché quest'ultime si caratterizzano per il cosiddetto *pactum sceleris* tra pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio ed il privato, avente per oggetto il compimento di un atto del suo ufficio o l'esercizio delle funzioni o dei poteri nella corruzione impropria, ai sensi dell'art. 318 cp o di un atto contrario ai suoi doveri di ufficio o, ancora, il mancato compimento di un atto del suo ufficio nella corruzione propria, ai sensi dell'art. 319 cp.

È proprio la condizione di parità, che denota l'atteggiamento dell'imprenditore concorrente, che si avvantaggia rispetto agli altri, che altera il gioco della concorrenza. Allorquando, invece, come nelle ipotesi di concussione, il privato imprenditore sia vittima del sistema o si adegui all'ambiente circostante, il danno alla concorrenza è innegabile, ma l'attenzione non va posta sulla *mens* del concorrente, ma sulle *mal practices* della pubblica amministrazione o, meglio, sull'incaricato di pubblico servizio o il pubblico ufficiale.

Pertanto, alla luce delle ipotesi corruttive, la condotta incriminata consiste, per l'appunto, nella ricezione indebita, nell'accettazione della sua promessa, per sé o per un'altra persona, di denaro o di altra utilità per l'esercizio delle funzioni

Enciclopedia Italiana, Roma, 2013, 1 ss; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 227 ss.

³⁰⁴ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 206-242.

o dei poteri del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio ovvero per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio.

Una particolare attenzione va posta al settore dei pubblici appalti, poiché il generarsi di una pratica corruttiva implica che le imprese competano per cercare di vincere la diffidenza dei politici, mostrandosi, a tal fine, più *generose* negli scambi occulti ed ingenerando, così, «*un fallimento della concorrenza di mercato nel garantire, attraverso il filtro dei meccanismi di aggiudicazione degli appalti, condizioni di efficienza produttiva nella fornitura dei beni o dei servizi richiesti dagli enti pubblici*»³⁰⁵.

In questo modo, da un lato, le imprese più sensibili alla legalità sono progressivamente escluse ed abbandonano, così, il mercato cosiddetto pubblico, il quale rischia di versare in una situazione monopolistica *de facto*³⁰⁶; dall'altro lato, quelle, che si avvalgono della corruzione, vedono come poco conveniente investire nello sviluppo tecnologico - necessario, invece, in un libero mercato concorrenziale - e decidono di non destinare risorse a tale scopo³⁰⁷. Conseguentemente il bene pubblico, realizzato con pratiche corrotte, risulta essere, da un lato, più costoso, in quanto accresciuto dal prezzo della tangente, e, dall'altro lato, qualitativamente inferiore rispetto a quello che si avrebbe in assenza di tali pratiche³⁰⁸.

³⁰⁵ Così DELLA PORTA, VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, cit., 174-175.

³⁰⁶ In tal senso si vedano FEROLA, *Spazio giuridico europeo e lotta alla corruzione*, cit., 10, DAVIGO, *Gli intatti meccanismi della corruzione sistematica*, cit., 177, VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da 'mani pulite'*, cit., 67, il quale ricorda coloro che hanno osservato come, nella realtà italiana, le imprese in grado di fungere da c.d. *general contractor* - unica impresa privata, alla quale sono affidate ingenti risorse per realizzare opere pubbliche - siano al massimo due o tre. In proposito si veda, inoltre, FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione*, cit., 143-144, Nota 205.

³⁰⁷ Sul punto *cfr.* sempre DELLA PORTA, VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, cit., 200.

³⁰⁸ In proposito è stato osservato che corrotto e corruttore hanno interesse ad addebitare il costo della tangente ai bilanci pubblici, accrescendo, perciò, i propri margini di guadagno. In proposito *cfr.* DELLA PORTA, VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, 176 e VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da 'mani pulite'*, cit., 43. Ancora si veda DAVIGO, *Gli intatti meccanismi della corruzione sistematica*, cit., 178, il quale sottolinea come la corruzione nel sistema degli appalti provocasse la necessità, ogni anno, di aumentare le somme

A ciò si aggiunga che, oggi giorno, il pagamento della tangente non è più finalizzato, come in passato, all'acquisizione di una contropartita specifica, come, ad esempio, un appalto, ma è volto al conseguimento di una generica protezione politico-burocratica nei confronti di possibili problemi, ritardi, controlli fiscali e trattamenti sfavorevoli rispetto ai concorrenti ³⁰⁹.

In relazione al legame tra corruzione ed appalti pubblici, è necessario menzionare il delitto di turbata libertà ed astensione dagli incanti ³¹⁰.

Il bene giuridico protetto dalla fattispecie è *ancora indubbiamente ed immediatamente* un interesse pubblicistico della pubblica amministrazione al libero e rituale svolgimento dei pubblici incanti e delle licitazioni private.

Altrettanto indubbia, ma mediata è la tutela della libertà di concorrenza, sottesa alla fattispecie o, più precisamente, l'interesse a salvaguardare la libertà ed il regime della concorrenza nell'espletamento degli incanti.

È naturale chiedersi, ancora una volta, le ragioni, per cui si afferma che il delitto di turbata libertà degli incanti, collocato sempre all'interno dei delitti contro la pubblica amministrazione, sia posto a presidio della libertà della concorrenza, mentre ad altre fattispecie, in modo similmente corretto, viene attribuita preminenza alla tutela della pubblica amministrazione, alla sua imparzialità, e così via.

Ebbene, senza pretesa alcuna di individuare la ragione principe o la soluzione dell'enigma, sicuramente, l'interpretazione evolutiva dell'oggettività

messe a disposizione per gli appalti pubblici, in modo da permettere a chi fosse interessato di essere inserito tra le società corrotte, non denunciando così quanto accadesse.

³⁰⁹ Cfr. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, cit., 33.

³¹⁰ Sul delitto di turbata libertà degli incanti come fattispecie posta a tutela della libertà di concorrenza, si vedano MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, 1 ss e FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, I*, cit., 324. Oltre al delitto di turbata libertà degli incanti, si ricorda che nell'ordinamento italiano è presente anche il delitto di astensione dagli incanti, che punisce l'offerente che si astiene dal concorrere alle gare per denaro, dato o promesso da altri, laddove l'astensione è tenuta sia con la mancata partecipazione sia con l'omissione di alcuni atti necessari affinché l'offerta possa essere presa in considerazione. A tal riguardo, cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, I*, cit., 327-328, che ricordano che non risultano applicazioni della fattispecie incriminatrice in esame.

della fattispecie incriminatrice risiede nella riforma della stessa disciplina dei contratti pubblici, da ultimo, ad opera del d.lgs. 50/2016.

Così opinando, si sta affermando che sono lontani i tempi, in cui la legge di contabilità dello Stato del 1923 e del relativo regolamento attuativo del 1924 ponevano, come funzione dell'evidenza pubblica - ossia del procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione e attraverso il quale si forma la volontà dell'amministrazione stessa - la tutela degli interessi della stazione appaltante a stipulare il contratto alle condizioni economiche più favorevoli. Il corollario di questo principio era solo uno: l'interesse del contraente alla corretta valutazione delle proprie offerte nell'ambito di una procedura correttamente gestita era considerato un interesse non direttamente ma indirettamente tutelato, in quanto dipendente dalla sussistenza di una lesione dell'interesse della pubblica amministrazione alla conclusione del contratto ³¹¹.

La funzione esposta scompare definitivamente grazie, come noto, all'avvento della disciplina comunitaria ed alla necessità di recepire le direttive, poste in attuazione della libertà di concorrenza, consacrata nel diritto dell'Unione Europea. Questo processo si è, da ultimo, riprodotto e ripresentato con le medesime finalità con il summenzionato d.lgs. 50/2016, le cui direttive sono rette dallo spirito di una sempre maggiore tutela della libertà di concorrenza. Pertanto, a seguito dell'adeguamento del diritto interno a quello sovranazionale, l'obbligo di evidenza pubblica non è più e non tanto diretto a tutelare l'interesse finanziario dell'Amministrazione, bensì volto a salvaguardare l'interesse delle imprese al rispetto della concorrenza e quindi, di una procedura, caratterizzata dalla pubblicità e dalla valutazione comparativa di tutte le offerte presentate ³¹².

Con simili premesse, il giurista, a conoscenza di questa evoluzione, naturalmente, potrà in essere questo sillogismo: se la normativa pubblicistica è attuazione della libertà di concorrenza

³¹¹ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 683.

³¹² Sempre, CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 683-684.

di derivazione comunitaria, allora il delitto di turbata libertà degli incanti tutela la libertà di concorrenza, intesa come selezione della miglior offerta e quindi della migliore impresa concorrente.

Ancora una volta, si coglie che solo quando nel non penale, la portata della concorrenza irrompe, allora, anche nel diritto penale, fa la sua comparsa, in un modo privo di sistematicità.

Al contempo, non si può non cogliere che della libera concorrenza viene tutelato un aspetto particolare, quello di principio cardine delle gare pubbliche, di garanzia di partecipazione del maggior numero di offerenti e di scelta della miglior offerta.

Quali sono le condotte punite? Quali comportamenti sono considerati offensivi della libertà di concorrenza nell'espletamento delle gare pubbliche?

Sono penalmente rilevanti l'impedimento, il turbamento e l'allontanamento degli offerenti, laddove *per impedimento* si intende la mancata verifica della gara, anche solo temporaneamente, *per turbamento* si fa riferimento ad un'alterazione del normale svolgimento della gara, *per allontanamento* si indica il distogliere gli offerenti dalla gara o l'impedire agli stessi di parteciparvi ³¹³. La rilevanza penale è, però, condizionata ad una particolare modalità, e cioè che la stessa sia realizzata con violenza o minaccia o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti.

Qual è, quindi, la differenza tra la corruzione e la turbata libertà degli incanti, stante l'innegabile coincidenza, su un piano di conoscenza laica, dell'effetto di alterare una gara pubblica?

La diversità risiede, principalmente, nel destinatario dell'atto corruttivo, largamente inteso; più precisamente, nei delitti di corruzione, sono il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio – è la Pubblica Amministrazione, in altri termini – l'altro soggetto del *pactum sceleris*, mentre nella turbata libertà degli incanti l'accordo è tra gli offerenti, ossia tra gli stessi concorrenti. Eppure, l'effetto finale è lo stesso, eppure l'oggettività giuridica è diversa, e così via: *l'irrazionalità del sistema emerge sempre e rende impervio il cammino dell'interprete.*

³¹³ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, cit., 325.

Lo scambio, il mercimonio, l'accordo illecito, il puzzo del compromesso morale ³¹⁴ sono il leitmotiv che permea anche la corruzione privata, in relazione alla quale, per lungo tempo, si è assistito ad una lacuna nell'ordinamento ³¹⁵.

Nonostante già l'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione affermasse la necessità di adottare misure per la prevenzione della corruzione nel settore privato, introducendo, se del caso, sanzioni civili, amministrative o penali, la svolta è arrivata, solo, con la Legge Comunitaria del 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, relativa alla lotta alla corruzione nel settore privato ³¹⁶.

Al considerando n. 9 del documento normativo, da ultimo ricordato, si legge che «*Gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali ed ostacoli un corretto sviluppo economico*».

Da parte sua, l'art. 29 della legge delega contiene l'indicazione di introdurre nel libro II, titolo VIII, capo II, del codice penale una fattispecie criminosa che punisca, con la reclusione da uno a cinque anni, la condotta di chi, nell'ambito di attività professionali, intenzionalmente, sollecita o riceve, per

³¹⁴ Si allude alle parole di Paolo Borsellino, pronunciate il 23 giugno 1992 alla commemorazione di Giovanni Falcone.

³¹⁵ In proposito *cf.* MARINUCCI, ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori*, in NUVOLONE (a cura di), *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano 1971, 114 ss; FOFFANI, *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, cit., 963-966 e SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 988-993.

³¹⁶ La decisione quadro è rinvenibile in www.anticorruzione.it ed è pubblicata in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* del 31 luglio 2003. Un altro documento normativo comunitario di interesse, in relazione al tema in esame, è la *Resolution on the communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a Union policy against corruption (COM(97)0192 C4-0273/97)* in http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=51998IP0285; sempre in http://eur-lex.europa.eu/it/dossier/dossier_19.htm sono reperibili i *dossier* sulla "Lotta alla corruzione".

sé o per un terzo, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure ne accetti la promessa, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative non meramente esecutive, per conto di un'entità del settore privato, per compiere o omettere un atto, in violazione di un dovere, sempre che tale condotta comporti o possa comportare distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali ³¹⁷.

L'intenzione di incriminare la corruzione privata persegue e sottende indubbiamente lo scopo di tutelare la concorrenza sia nell'accezione individuale del bene, sia in quella collettiva: più precisamente, accanto alla tutela dei concorrenti, si assiste alla tutela della concorrenzialità del mercato, quale condizione di efficienza dello stesso e di crescita dell'economia nazionale e comunitaria, poiché senza una leale concorrenza si presenteranno come marginali i casi in cui realmente ai consumatori è consentito avere una concreta possibilità di scegliere i prodotti più convenienti ³¹⁸.

La lacuna è stata definitivamente colmata dall'art. 1, comma 76, della legge 190/2012, che ha riscritto l'art. 2635 cc, rubricandolo, altresì, «*Corruzione tra privati*».

³¹⁷ Inoltre l'art. 29 contiene l'indicazione, da un lato, di prevedere la punibilità con la stessa pena anche di colui che, intenzionalmente, nell'ambito di attività professionali, direttamente o tramite intermediario, dà, offre o promette il vantaggio e, dall'altro lato, di introdurre tali fattispecie criminose fra i c.d. reati presupposto per l'applicazione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, con la previsione di adeguate sanzioni pecuniarie e interdittive.

³¹⁸ In proposito, si vedano FOFFANI, *La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado*, in *Revista Penal*, julio 2003, 12, 61-71, FOFFANI, *La "corruzione fra privati" nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?*, in ACQUAROLI, FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma, Atti del Convegno di Jesi, 12-13 aprile 2002*, Milano, 2003, 388 ss, SPENA, *Punire la corruzione privata? Un intervento di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 828-832; PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie della corruzione privata: in attesa dell'attuazione della L. 25 febbraio 2008, n. 34*, in *Cass. pen.*, 2009, 779, SEMINARA, *Il reato di corruzione fra privati*, in *Società*, 2013, 1, 61-70, ZANNOTTI, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Indice pen.*, 2005, II, 555. Una parte della dottrina, invece, avanza dubbi sull'opportunità di incriminare la corruzione tra privati. In relazione a ciò cfr. SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., 835 e 839-842 e cfr. ZANNOTTI, *op. ult. cit.*, 555.

A seguito della novella, è penalmente rilevante, in modo speculare alla corruzione pubblicistica, la dazione o la promessa di dazione di denaro da parte di un soggetto a colui che riveste determinate cariche societarie o ne è sottoposto alla vigilanza di modo che lo stesso compia od ometta atti, in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio o agli obblighi di fedeltà, cagionando nocimento alla società.

La tutela della concorrenza è qui lampante: il soggetto corruttore non può che essere, in una normale logica di mercato, il concorrente che cerca di sabotare dall'interno la società ovvero il soggetto che, per sottoscrivere, ad esempio, un contratto di appalto o di somministrazione con la società, si avvantaggia rispetto agli altri, finendo, tuttavia, per far concludere alla stessa un accordo a condizioni, se non inique, sicuramente più sfavorevoli di quelle che la stessa avrebbe ottenuto senza l'atto corruttivo.

Invero, la tutela della concorrenza emerge anche dalle condizioni di procedibilità, previste dal quinto comma, secondo cui: *«Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi»*.

A tal proposito, lo stupore è avvertito, nuovamente, dall'interprete, che vede, come un miraggio nel deserto, il lemma concorrenza in una fattispecie incriminatrice, ma si rende subito conto che altro non è che un requisito per il mutamento della procedibilità.

Quindi, quanto tutelato con la procedibilità a querela della persona offesa non era concorrenza? Quando si ha distorsione della concorrenza?

Ancora una volta, senza voler individuare la soluzione dell'enigma, si rileva che le diverse accezioni in cui si declina il bene giuridico concorrenza appaiono risolutive. La disposizione incriminatrice, in altri termini, tutela sia la libertà di concorrenza, rimettendo al singolo imprenditore leso se presentare querela o meno, sia la libertà della concorrenza, consentendo di agire d'ufficio,

quando dalla condotta corruttiva privata derivi un pericolo di alterazione del regolare funzionamento del mercato ³¹⁹.

In conclusione, quindi, si può affermare che qualsiasi patto corruttivo - sia in un generale contesto di corruzione “pubblica”, sia nella specifica ipotesi di una gara pubblica, sia nella normale attività d’impresa - danneggia la concorrenza sicché le fattispecie incriminatrici di questi atti o fatti sono posti anche a tutela *mediata o immediata, palesemente o occultamente* della concorrenza stessa.

³¹⁹ Si pensi, infatti, al fatto che nella perimetrazione del bene giuridico concorrenza nella dimensione individuale si era posta l’attenzione non solo alla disciplina della concorrenza sleale, ma anche alle limitazioni legali e convenzionali alla concorrenza. Ciò posto, pare, pertanto, che la fattispecie, nei limiti in cui sia perseguibile a querela della persona offesa, altro non sia che un rafforzamento della tutela dell’obbligo di fedeltà. Si rinvia a quanto illustrato a pagg. 50-54.

Sezione IV

La fattispecie dell'illecita concorrenza con violenza o minaccia.

La fattispecie dell'illecita concorrenza con violenza o minaccia, di cui all'art. 513*bis* cp, rappresenta l'emblema dell'irrazionalità, che permea il rapporto tra la concorrenza e il diritto penale, insinuando nella mente numerosi dubbi.

Per la prima volta, il delitto in esame utilizza il termine *concorrenza* nel Codice Penale, in quanto l'altro uso del termine si rinviene nella fattispecie di corruzione privata, annoverata dall'art. 2635 cc e, quindi, collocata nel Codice Civile.

Per l'esattezza, nell'intero titolo VIII, il lemma concorrenza non compare mai, nemmeno in via ermeneutica; ciò nonostante, eppure, *fulmineamente*, si rinviene addirittura il termine concorrenza nella rubrica di reato e, inevitabilmente, si genera una sensazione di disorientamento.

Qual è il perché di tale smarrimento?

Il turbamento nasce, *in primis*, dalla stessa collocazione dell'illecita concorrenza con violenza o minaccia e dalla dissonanza che ne deriva e che suscita. Infatti, l'art. 513*bis* cp è stato introdotto con l'art. 8 della Legge 13 settembre 1982, n. 646 - provvedimento legislativo di contrasto al fenomeno mafioso - con il proposito di tutelare l'iniziativa economica da forme di aggressione indirizzate alla sopraffazione e all'eliminazione degli operatori stessi ed estranee ai meccanismi propri di un libero e corretto mercato rimassero impuniti ³²⁰.

³²⁰ Infatti, in precedenza, poteva determinarsi una lacuna tra la previsione dell'art. 629 c.p. e quella dell'art. 513 c.p., dal momento che per l'integrazione della fattispecie dell'estorsione occorre la prova dell'ingiusto profitto, mentre la turbata libertà dell'industria o del commercio reprime la sola ipotesi di uso della violenza sulle cose. L'osservazione è di CESQUI, *art. 513 bis cp*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2014, II, 2967-2968. In tal senso, inoltre, *cfr.* MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2528 e *cfr.* FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 651.

Per l'esattezza, il delitto «*mira a sanzionare quelle tipiche forme di intimidazione che, nello specifico ambiente della criminalità organizzata di stampo mafioso, tendono a controllare le attività commerciali, industriali o comunque a condizionarle; in tale quadro, la norma si riferisce a tutti quei comportamenti che, attraverso l'uso strumentale della violenza o della minaccia, incidono su quella fondamentale legge di mercato che vuole la concorrenza non solo libera, ma anche lecitamente attuata*»³²¹.

L'introduzione del reato in esame tra i delitti contro l'industria e il commercio, di cui al Capo II del Titolo VIII del Libro II del Codice Penale, quindi, si colloca tra le misure di contrasto della mafia e si atteggia ad un innesto, frutto di un momento storico ed economico molto distante da quello in cui sono venute alla luce le altre fattispecie incriminatrici dello stesso Titolo, poiché balza immediatamente alla mente che la norma è diretta a reprimere un tipico comportamento di stampo mafioso.

Difatti, il delitto si prefigge lo scopo di porre rimedio al fenomeno dello scoraggiamento della concorrenza mediante, ad esempio, l'esplosione di ordigni, il danneggiamento o la violenza sulle persone, nonché di arginare la gestione di attività imprenditoriali da parte delle organizzazioni criminali e del loro esercizio secondo modelli comportamentali, che caratterizzano i gruppi criminali, basati sull'uso della violenza e della minaccia.

In verità, quanto asserito è criticabile, poiché la figura delittuosa non fa menzione, nei suoi elementi costitutivi, di quel carattere mafioso dell'attività, proprio del contesto normativo, dal quale è stata promanata; pertanto, la

Sulla *ratio* dell'incriminazione si vedano: GUIDA, PALOMBI, PICA, *Impresa-Società-Patrimonio*, cit., 63-64; MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2529, MANZINI, *Trattato*, cit., 214-215, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 181, ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con violenza o minaccia*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1988, 411, il quale afferma che già una prima lettura della fattispecie in esame richiama alla mente il tema della imprenditorialità mafiosa o della cosiddetta «mafia imprenditrice» e FIANDACA, *Commento all'art. 8 della L. 646/1982*, in *Leg. pen.*, 1983, 278. Sul fatto che la mafia soffochi la libera concorrenza *cf.* FILIPPETTI, *Concorrenza in terre di mafia*, in *Il corriere del merito*, 2008, 741-742.

³²¹ Così GUIDA, PALOMBI, PICA, *Impresa-Società-Patrimonio*, cit., 63-64. In senso conforme, *cf.* Cass. pen. Sez. VI, 9 novembre 1989, in *Cass. pen.*, 1990, 610 (536).

fattispecie *dovrebbe e potrebbe* essere impiegata per reprimere manifestazioni criminali diverse da quelle per le quali è stata pensata ³²².

Al di là di questa precisazione, imprescindibile per coloro che studiano la fattispecie, prendendo le mosse dal fenomeno delle associazioni di stampo mafioso, è indiscusso che, dall'accostamento dei termini *violenza e minaccia* a quello di *concorrenza*, consegue lo *stravolgimento* del concetto di concorrenza, come normalmente inteso ³²³.

Con ciò non si vuol mettere in discussione la ragionevolezza della *ratio legis* dell'introduzione di una fattispecie, che ponga rimedio all'uso della violenza e della minaccia da parte di *clan* mafiosi nello svolgimento dell'attività economica, ma si sta affermando che l'interprete nel suo percorso deve interrogarsi sul binomio «*atto di concorrenza - violenza o minaccia*».

Dal ricordato contesto, in cui la fattispecie è stata introdotta, non si può sostenere che il legislatore abbia dato rilevanza penale all'atto di concorrenza solo se posto in essere con violenza e minaccia, poiché lo scopo perseguito dal legislatore non era arginare il fenomeno della violenta o minacciosa concorrenza, ma reprimere l'uso della violenza o della minaccia da parte delle associazioni di stampo mafioso.

Le riserve vertono sulla perimetrazione del concetto di *atto di concorrenza*: cosa si intende per *atto di concorrenza*?

Infatti, se è ben chiaro all'interprete che cosa si debba intendere per violenza e minaccia, il concetto di *atto di concorrenza* sottende un'innegabile genericità.

Il tentativo di concretizzazione genera, per di più, ulteriori problematiche: l'atto di concorrenza non può essere ricondotto nel novero degli atti di concorrenza sleale, tipizzati dall'art. 2598 cc, poiché l'utilizzo di forme di violenza

³²² Cfr. MAZZACUVA, *Illecita concorrenza e repressione penale: osservazioni a proposito del delitto di cui all'art. 513 bis c. pen.*, in *Politica del diritto*, 1983, 471.

³²³ Cfr. CESQUI, *art. 513 bis*, cit., 2967. Sul concetto di violenza o di minaccia, *cfr.* pag. 172.

o di coartazione dell'altrui attività economica esula dalla disciplina codicistica ³²⁴. Né si può ipotizzare, senza precipitare in un dirupo sofisticato, che sia possibile ricavare una nuova concezione di atto di concorrenza sleale rilevante ai soli fini della presente fattispecie.

La spiegazione, logica e razionale, è quella che interpreta l'atto di concorrenza come esercizio del diritto del singolo imprenditore a svolgere attività d'impresa libero da atti di violenza e di minaccia provenienti da associazioni di stampo mafioso; si tratta di un diritto, diverso, da quello che garantisce al singolo imprenditore concorrente di svolgere attività di impresa libero da turbative poste in essere da un altro concorrente; non si ha turbativa, non si ha un rapporto di concorrenza, si ha un'associazione criminale di stampo mafioso che si impone con violenza o con minaccia sugli operatori economici.

Una lettura ermeneutica condotta alla luce del bene giuridico della concorrenza è, forse e al più, individuabile, considerando l'accezione collettiva, la *libertà della concorrenza*, laddove, però, vi sia una prassi di violenza e di minaccia tali da minare lo svolgimento del mercato secondo una logica concorrenza, un fenomeno standardizzato idoneo a cagionare un nocimento all'economia nazionale. Anche questa tentativo, tuttavia, non convince, poiché l'assenza di violenza o di minaccia è un *presupposto del presupposto* dell'esistenza del mercato. A ciò si aggiunga che, invero, una concezione sovraindividuale esula dalla struttura della norma, che prevede come soggetto passivo il singolo esercente l'attività di commercio.

Qual è, pertanto, il bene giuridico protetto?

Nonostante la menzione del lemma *concorrenza*, il delitto non è posto a tutela della concorrenza, in quanto il bene giuridico protetto dalla fattispecie è

³²⁴ In proposito si vedano GUIDA, PALOMBI, PICA, *Impresa-Società-Patrimonio*, cit., 63, LEMME, *La repressione penale della concorrenza sleale*, cit., 49, BRICOLA, *Premessa al commento alla legge 13.9.82*, in *Leg. pen.* 1983, 242, BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis cp*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 2513-2514, MACCARI, *art. 513 bis cp*, in MARINI, LA MONICA, MAZZA (a cura di), *Commentario al Codice Penale*, cit., 2529-2530 e FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 651.

tradizionalmente individuato nella tutela dell'ordine economico, espressione con cui si indica il buon funzionamento dell'economia garantito mediante la repressione di condotte minacciose o violente in grado di eliminare i presupposti stessi della concorrenza e di consentire l'acquisizione illegittima di posizioni di predominio o di monopolio ³²⁵.

Non è, pertanto, tutelata la concorrenza?

La risposta non può che essere negativa e deve riprendere e svolgere le argomentazioni sovra esposte: dettagliatamente, se è vero che l'assenza di condotte di questo tipo sicuramente è *condicio sine qua non* di un corretto e non distorto funzionamento del mercato e della sua logica, è, altresì, vero che i presupposti della concorrenza sono notoriamente altri, come, ad esempio, un sistema di tutela di segni distintivi o l'eliminazione di barriere all'accesso al mercato.

Non si può ancora nuovamente, quasi eternamente, constatare l'irrazionalità e l'illogicità, insita nell'art. 513*bis* cp e nel *ricostruendo* quadro normativo vigente a tutela della concorrenza; nonostante tutte queste riserve, è doverosa una disamina della fattispecie, in quanto il delitto contiene il binomio *concorrenza* e *diritto penale*.

Le difficoltà non cessano nemmeno con l'individuazione del soggetto attivo del reato; infatti, coerentemente con una visione d'impresa, si dovrebbe essere in presenza di un reato proprio, poiché l'agente dovrebbe essere soltanto chi esercita una qualsiasi forma di attività economica, sia essa *commerciale o industriale o comunque produttiva*, ancorché privo dei requisiti di professionalità e di organizzazione dei mezzi di produzione, tipici della figura dell'imprenditore secondo le norme civili vigenti in materia, e in via di fatto ³²⁶. L'adesione *acritica*

³²⁵ In tal senso si vedano: BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis*, cit., 2514, MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2530 e MAZZACUVA, *Illecita concorrenza e repressione penale*, cit., 472.

³²⁶ Sul punto, si vedano: GUIDA, PALOMBI, PICA, *Impresa-Società-Patrimonio*, cit., 64, CESQUI, *art. 513 bis cp*, cit., 2968, BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis cp*, cit., 2513, MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2530-2531, ZUCCALÀ M. A., *art. 513 bis cp*, in CRESPI, ZUCCALÀ, FORTI (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, cit., 2144, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 651 e ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con violenza o minaccia*, cit., 412-413. In giurisprudenza, *cf.* Cass. pen. Sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 1089, in *Cass. pen.*, 2010, 982 (283),

a questa ricostruzione conduce ad affermare che la norma punisce l'imprenditore che fa uso della violenza o della minaccia nei confronti dei propri concorrenti.

Eppure, l'assunto non convince, nonostante la fattispecie non faccia menzione del fatto che l'autore del reato debba appartenere ad un'associazione criminale o ne sia un soggetto legato alla stessa in modo collaterale ³²⁷. *Si è certi di poter ricostruire il delitto in termini di reato proprio?* Invero, la certezza non vi è e il dubbio resta; l'illecita concorrenza con violenza o con minaccia, testualmente fa riferimento al consueto e generico *chiunque*, così permettendo di ricomprendervi non solo l'atto di concorrenza violenta o minacciosa, posta in essere tra imprenditori, ma bensì anche terzi, legati al violento o minaccioso concorrente, legato e collegato ad un'associazione di stampo mafioso, in qualità di partecipe o affiliato o come persona che ha contatti con la stessa. Non si può escludere ciò, stante il dato testuale e l'introduzione della fattispecie ad opera di un provvedimento legislativo che si prefigge lo scopo, l'intento di contrastare la mafia.

Lo scenario non muta nemmeno analizzando la condotta punibile, ossia la realizzazione di atti di concorrenza con violenza o minaccia nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque economica. In particolare, con il termine minaccia si fa riferimento alla prospettazione di un male ingiusto che può cadere tanto sulla persona del minacciato o di soggetti terzi, quanto sui loro beni o sulle loro attività e che nella progressione criminosa può precedere la violenza, la quale, a sua volta, può essere rivolta sia alle persone sia alle cose ³²⁸.

Cass. pen. Sez. II, 16 maggio 2001, n. 26918, in *Cass. pen.*, 2002, 2765-2766 (893), Cass. pen. Sez. I, 1 febbraio 1996, n. 2224, in *Cass. pen.*, 1996, 2952 (1631), Cass. pen. Sez. VI, 31 gennaio 1996, n. 7627, in *Cass. pen.*, 1997, 3418 (1858).

³²⁷ Cfr. Cass. pen. Sez. III, 15 febbraio 1995, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1401. In dottrina cfr. BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis cp*, cit., 2513-2515 e MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2532.

³²⁸ Sull'elemento oggettivo si vedano GUIDA, PALOMBI, PICA, *Impresa-Società-Patrimonio*, cit., 64, ZUCCALÀ M. A., *art. 513 bis cp*, cit., 2144-2145, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 181, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 651, ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con violenza o minaccia*, cit., 412 e 414 e MAZZACUVA, *Illecita concorrenza e repressione penale*, cit., 474. Un'attività è *industriale* qualora è diretta a produrre beni o servizi che richiedono un procedimento di trasformazione della materia; *commerciale* quando è di

Così definite la violenza e la minaccia, l'accostamento delle stesse al termine atto di concorrenza retoricamente crea un ossimoro: il ricorso alla violenza o alla minaccia sembra aver poco da spartire con la libera competizione economica sicché il loro accostamento pare paradossale ³²⁹.

Ancora una volta, si sospetta che, anziché reprimere una forma di concorrenza in sé considerata illecita, il legislatore abbia incriminato una particolare forma di violenza o minaccia.

In tale ultimo senso, pare orientata la casistica giurisprudenziale, nella quale, ad esempio, accanto ad una condanna per il delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia per colui che ha intimato il concorrente di chiudere l'attività, minacciandolo di incendiargli l'esercizio qualora avesse continuato a tenere aperto, si annovera una sentenza, con cui gli organi giudicanti hanno affermato che integra il reato in esame l'intervento *intimidatorio* di Cosa Nostra diretto a scegliere la ditta aggiudicatrice di un appalto, attraverso un accordo collusivo mirante alla fraudolenta predisposizione di offerte ³³⁰.

A titolo di rafforzamento si rileva che le condotte incriminate possono essere dirette non solo all'altrui imprenditore concorrente, ma anche a soggetti terzi, legati al primo, come clienti o collaboratori, mostrando così come la fattispecie in realtà reprima una particolare forma di violenza diretta verso coloro che operano in un'impresa ³³¹.

La convinzione trova ulteriore conferma nell'aggravante, prevista dal secondo comma, qualora gli atti di concorrenza concernano attività finanziate

interposizione nella circolazione dei beni; *produttiva* quando crea servizi senza presupporre un intervento sulla materia. In proposito, *cf.* FIANDACA, *Commento all'art. 8 della L. 646/1982*, cit., 279-280.

³²⁹ In proposito *cf.* BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis cp*, cit., 2513-2514 e *cf.* MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2531.

³³⁰ Nel primo senso *cf.* Cass. pen. Sez. III, 15 febbraio 1995, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1401; nel secondo, si vedano Cass. pen. Sez. I, 27 gennaio 2005, n. 4836, in *Cass. pen.*, 2006, 3254 (1308) e Cass. pen. Sez. II, 9 gennaio 1998, n. 131, in *Giust. pen.*, 1998, II, 721-722 e in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 485.

³³¹ In proposito *cf.* MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2531.

con il pubblico denaro ³³². Se è vero che, così operando, il legislatore ha tutelato le attività produttive che, presumibilmente, hanno un maggior rilievo sul piano sociale, godendo di finanziamenti pubblici, è altresì vero che la *ratio* dell'aggravante sembra ragionevolmente ravvisabile nella tutela del finanziamento pubblico più che della concorrenza delle imprese beneficiarie di denaro pubblico. *Se così è, allora, ancora una volta sarebbe più corretto affermare che il legislatore, con l'introduzione del delitto di illecita concorrenza con violenza o con minaccia, abbia voluto reprimere una particolare forma di violenza o di minaccia applicata all'attività di impresa.*

Altrettanto doverosa è la menzione dell'orientamento maggioritario sull'elemento soggettivo del reato, poiché, l'eliminazione e lo scoraggiamento della concorrenza devono rappresentare lo scopo o la finalità prese di mira dal soggetto agente, ravvisandogli, pertanto, in tal modo, un dolo specifico. Non solo: per l'integrazione del reato non è, quindi, necessario che la concorrenza sia eliminata, essendo sufficiente la semplice attuazione del comportamento violento o minaccioso, sorretto dal fine specifico richiesto ³³³.

Se nulla può essere eccepito al legislatore per aver costruito la fattispecie in termini di reato di pericolo, poiché sarebbe, infatti, paradossale incriminare l'atto di concorrenza, commesso con violenza o con minaccia, solo se produttivo di un danno al concorrente stesso ³³⁴, riserve si nutrono in tema di costruzione

³³² In proposito, in dottrina, si vedano: BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis cp*, cit., 2514, CESQUI, *art. 513 bis cp*, cit., 2967-2968, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 182, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 652, ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con violenza o minaccia*, cit., 415 e FIANDACA, *Commento all'art. 8 della L. 646/1982*, cit., 280.

³³³ Sull'elemento psicologico si vedano GUIDA, PALOMBI, PICA, *Impresa-Società-Patrimonio*, cit., 66, MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2532, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 652, BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis cp*, cit., 2515 e ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 182, i quali ritengono che sia sufficiente il dolo generico, risultante dalla coscienza e dalla volontà di compiere atti di concorrenza accompagnati da violenza o minaccia.

³³⁴ In proposito si vedano: GUIDA, PALOMBI, PICA, *Impresa-Società-Patrimonio*, cit., 66, CESQUI, *art. 513 bis cp*, cit., 2969, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 182, 3594, BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis cp*, cit., 2515 e FIANDACA, *Commento all'art. 8 della L. 646/1982*, cit., 279.

del dolo specifico. La finalità di eliminazione o di scoraggiamento, se sicuramente sono rispettose della prassi, sono estranee al dato letterale del delitto; le stesse, al contempo, celano gli ostacoli che si incontrano lungo questo cammino tracciato dal paradossale binomio *atto di concorrenza e violenza o minaccia*.

Infine, per evidenziare la complessità, che ha generato questa novella, è doveroso – *it must* - comprendere il rapporto con le altre figure di reato, anche allo scopo di cercare di capire ulteriormente la *ratio tutelae*.

Per l'esattezza, vengono in rilievo i seguenti reati: l'associazione per delinquere di stampo mafioso, l'estorsione, la turbata libertà dell'industria e del commercio, la violenza privata e il danneggiamento, accomunati dal *leitmotiv* della violenza o della minaccia.

In considerazione della clausola di sussidiarietà del delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio non è configurabile alcun concorso con il delitto in esame ³³⁵. Al contrario, quest'ultimo può concorrere con il delitto di cui all'art. 416-*bis* cp ³³⁶: l'illecita concorrenza con violenza o minaccia ha natura diversa rispetto al reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, dal momento che il primo è posto a tutelare l'ordine economico, mentre il secondo salvaguardia l'ordine pubblico, nonché prescinde dalla forza di intimidazione del vincolo associativo e dalla condizione di assoggettamento e omertà che ne deriva ³³⁷. Per

³³⁵ In proposito *cf.* MACCARI, *art. 513 bis*, cit., 2533 e *cf.* FIANDACA, *Commento all'art. 8 della L. 646/1982*, cit., 280, il quale pone a confronto gli artt. 513 e 513-*bis* cp, affermando che: «Tra i due delitti sussistono però differenze che analogie. Ed infatti: a) nel reato preveduto dall'art. 513 c.p., soggetto attivo può essere «chiunque», mentre in quello previsto dall'art. 513 bis c.p. può esserlo soltanto chi esercita «un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva»; b) mentre l'elemento materiale del primo delitto è costituito dall'uso di violenza sulle «cose» o di mezzi fraudolenti, nel secondo si fa riferimento alla violenza *tout court* o alla minaccia; c) il primo è perseguibile a querela, il secondo di ufficio; d) mentre l'art. 513 c.p. ha carattere «sussidiario», perché si applica «se il fatto non costituisce un più grave reato», l'art. 513 bis c.p. ha carattere principale ed autonomo».

³³⁶ Sul punto, in dottrina, si vedano: GUIDA, PALOMBI, PICA, *Impresa-Società-Patrimonio*, cit., 64-65, BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis cp*, cit., 2516-2517, MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2533 e ZUCALÀ M. A., *art. 513 bis cp*, cit., 2146. In giurisprudenza si vedano: Cass. pen. Sez. I, 10 giugno 1997, n. 7856, in *Cass. pen.*, 1998, 2010 (1128) e Cass. pen. Sez. I, 27 gennaio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 936 (531).

³³⁷ Non si può non osservare, ancorché in nota, che un'associazione *ex art. 416bis cp* potrebbe prefiggersi lo scopo di gestire con metodo mafioso una serie indeterminata di attività economiche. I danni al singolo concorrente - e, quindi, alla *libertà di concorrenza* - e al regolare

quanto concerne l'estorsione, una parte della dottrina³³⁸ reputa che essa non solo sia prevalente rispetto all'art. 513-*bis* cp, ma che debba essere applicata in modo esclusivo, in virtù del principio dell'assorbimento, poiché arricchita dal conseguimento dell'ingiusto profitto e connotata da un maggior regime sanzionatorio; di diverso avviso sono un'altra parte della dottrina³³⁹ e la giurisprudenza³⁴⁰, che ritengono che, trattandosi di norme con diversa collocazione sistematica e preordinate alla tutela di beni giuridici diversi, in base al criterio di specialità, di cui all'art. 15 cp, si determinerebbe il concorso degli stessi. Infine, la dottrina afferma che il delitto in esame assorbe quelli di violenza privata e di danneggiamento³⁴¹.

Anche dall'analisi delle questioni di concorso si evince che sono centrali gli elementi della violenza o della minaccia e non l'atto di concorrenza; ancora una volta, *pare corretto affermare che con il delitto di illecita concorrenza o minaccia si reprime una particolare forma di violenza o di minaccia applicata all'attività di impresa, non venendo in rilievo aspetti penali degli atti di concorrenza.*

Pertanto, si capiscono le ragioni per le quali alcuni esponenti della dottrina sostengono che sarebbe meglio parlare di atti «*diretti a danneggiare l'altrui*

svolgimento, secondo una normale logica concorrenziale, del mercato - e, quindi, alla *libertà della concorrenza* - sarebbero innegabili. Ciò nonostante, si avverte la sensazione che le obiezioni, sollevate in relazione al delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia, siano mutuabili anche per un'ipotetica associazione a delinquere di stampo mafioso con scopo "l'omicidio della concorrenza". In altri termini, si sta asserendo che, in una simile evenienza, invero, si stia fuoriuscendo dal bene giuridico descritto della libera concorrenza e si stia tutelando un presupposto della stessa, ossia l'assenza di associazioni criminali. Ciò non significa ovviamente sottovalutare l'importanza del fenomeno, ma prendere atto di una particolare possibile applicazione di un delitto posto a tutela *primariamente* di un altro bene giuridico.

³³⁸ In proposito si vedano: ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con violenza o minaccia*, cit., 415-416, BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis cp*, cit., 2516-2517, CESQUI, *art. 513 bis cp*, cit., 2970-2971, MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2533 e ZUCCALÀ M. A., *art. 513 bis cp*, cit., 2146.

³³⁹ In tal senso, ZUCCALÀ M. A., *art. 513 bis cp*, cit., 2146

³⁴⁰ In relazione *cfr.* Cass. pen. Sez. I, 1 febbraio 1996, n. 2224, in *Cass. pen.*, 1996, 2952 (1631).

³⁴¹ Sul punto in dottrina si vedano: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 652, ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con violenza o minaccia*, cit., 415, FIANDACA, *Commento all'art. 8 della L. 646/1982*, cit., 280 e MACCARI, *art. 513 bis cp*, cit., 2533. In giurisprudenza, *cfr.* Cass. pen., Sez. III, 15 febbraio 1995, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1400-1401.

concorrenza»³⁴² o, più precisamente, descrivere la condotta incriminata mediante una formula del tipo: «*chiunque nell'esercizio di una attività commerciale, industriale o comunque produttiva compie atti di violenza o minaccia diretti a scoraggiare l'altrui concorrenza, è punito [...]*»³⁴³.

In conclusione, la doverosa tenuta in considerazione del delitto, in virtù della menzione tanto nella sua rubrica quanto nel testo dell'espressione *atto di concorrenza*, corrobora quanto sostenuto, *costantemente ed incessantemente* fino ad ora, ossia che non si può né affermare che la *libertà di concorrenza* e la *libertà della concorrenza* siano estranee ai percorsi del diritto penale né che vi sia un cammino, ben tracciato, percorso e percorribile. Si trova conferma di *irrazionalità* e di *incoerenza*.

³⁴² Cfr. FIANDACA, *Commento all'art. 8 della L. 646/1982*, cit., 279.

³⁴³ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume I*, cit., 652 e FIANDACA, *Commento all'art. 8 della L. 646/1982*, cit., 279. In proposito, altresì, MAZZACUVA, *Illecita concorrenza e repressione penale*, cit., 474-475, il quale sostiene che una tale interpretazione correttiva non solo finirebbe per chiamare in causa una delle forme più controverse, che può assumere l'elemento soggettivo, ma cancellerebbe dall'aspetto oggettivo dell'incriminazione un requisito, che deve farne necessariamente parte, in omaggio alle precise scelte del legislatore.

Sezione V

Il delitto di autoriciclaggio.

L'art. 3 della legge 15 dicembre 2014, n. 186 ha introdotto nell'ordinamento italiano il delitto di autoriciclaggio, includendolo, altresì, nel novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti ³⁴⁴.

Previsto dall'art. 648-ter.1. cp, è doveroso, in questa sede, analizzarlo e chiedersi se lo stesso tuteli la concorrenza, in una delle accezioni intese, e, in caso di risposta affermativa, individuare la sua collocazione nel quadro legislativo delineato in armonia con quanto detto fino ad ora, se detta armonia sia rinvenibile.

Un dato è certo: la sua esistenza non può essere ignorata; l'introduzione del delitto è legata intrinsecamente alla concorrenza, poiché involge la tematica. nella sfera laica nota, come pulizia del denaro sporco.

³⁴⁴ In tema di delitto di autoriciclaggio, si vedano MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 109 ss., che, in particolare, ricorda che l'incriminazione dell'autoriciclaggio è prevista dalla Convenzione di Strasburgo sulla corruzione del 1999, ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110, al cui articolo 13 prevede l'adozione di misure legislative necessarie per prevedere come reato gli illeciti indicati dall'art. 6, par. 1, lett. a) e b), tra cui, per l'appunto, l'autoriciclaggio, della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990 e ratificata con legge 9 agosto 1993, n. 328. In modo analogo, la Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale, adottata dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001, ratificata con legge 16 marzo 2006, n. 146. Sul delitto di autoriciclaggio, *cfr.*, altresì, anche GULLO, *Autoriciclaggio, Voce per il "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, contributo che riproduce la corrispondente voce destinata alla sezione di diritto penale (a cura di G. Leo e F. Viganò) de *Il libro dell'anno del diritto 2016 Treccani* (dir. da R. Garofoli e T. Treu), Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2016; TROYER, CAVALLINI, *La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio del self-laundering: note sparse e margine di ricorrenti, astratti fuori del legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 49 ss; TROYER, CAVALLINI, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 95 ss; PIERGALLINI, *Osservazioni sull'introduzione del reato di autoriciclaggio – Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 30 luglio 2014 – Proposta di legge c. 2247 in materia di emersione e di rientro dei capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale*, in www.camera.it; SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 137 ss.

La nuova fattispecie, invero, non si atteggia nemmeno ad un fulmine a ciel sereno nel diritto penale, rappresentando la naturale evoluzione del lungo dibattito sul delitto di riciclaggio, nonché l'auspicabile scelta alla luce degli obblighi internazionali e della realtà sovranazionale, in cui emerge il favore per la rilevanza penale del cosiddetto autoriciclaggio ³⁴⁵.

Ciò detto, quindi, *qual è la struttura – oggettiva e soggettiva – dell'art. 648-ter.1. cp?*

La condotta punita consiste nell'impiego, nella sostituzione, nel trasferimento in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, di denaro, beni o altre utilità provenienti dalla commissione di un delitto non colposo.

In altri termini, la disposizione ha attribuito rilevanza penale alla cosiddetta *pulizia del denaro sporco*, per mezzo della quale il provento illecito viene genericamente utilizzato in contesti leciti, ripulito, mediante operazioni particolarmente complesse e difficilmente scopribili.

Nel dettaglio, le condotte incriminate sono le seguenti: *impiegare, sostituire, trasferire*. In particolare, *l'impiegare* allude a qualsivoglia forma di re-immissione delle disponibilità di provenienza delittuosa nel circuito economico-legale. La

³⁴⁵ MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 109-111. In particolare, quanto a naturale evoluzione del delitto di autoriciclaggio *cf.* MANES, voce *Riciclaggio e reimpiego di capitali illeciti*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5229 ss. In relazione ai profili di comparazione, MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 109-111, che ricorda che tanto nei paesi di *common law* quanto in quelle di *civil law* sono presenti fattispecie assimilabili all'autoriciclaggio: per l'esattezza, quanto ai primi, rammenta il *Money Laundering Control Act* del 1986, § 1956 (*laundering of monetary instruments*) e § 1957 (*engaging in monetary transaction in property derived from specified activity*) del sistema statunitense ovvero il *Proceed of Crime Act* del 2002, §§ 337-340 della Gran Bretagna; in relazione ai secondi, l'Autore richiama gli ordinamenti portoghesi, spagnolo e belga, che, rispettivamente, agli artt. 368-A co. 2 codice penale portoghese, 301 del codice penale spagnolo, 505 del codice penale belga annoverano disposizioni in tal senso. Infine, dà atto che al medesimo risultato sono pervenute, in via interpretativa, relativamente, le giurisprudenze francese e svizzera, a partire dall'art. 324-1 del codice penale francese e dall'art. 305 *bis* del codice penale svizzero. Infine, nonostante l'esclusione della punibilità dell'autore delle condotte illecite costituenti il reato-presupposto, ricorda l'art. 261 StGB e §165.1 codice penale austriaco. Alla luce del ricordato panorama, l'Autore ricava, correttamente, una «preponderanza netta per la scelta in favore della rilevanza penale del c.d. autoriciclaggio, al di là delle fondate rilevazioni critiche sulla diffusa difficoltà applicativa».

sostituzione e il *trasferimento* paiono ricomprendere qualsiasi modalità che sia in grado di realizzare l'effetto di sostituzione e di trasferimento.

Si può, quindi, parlare di un reato a forma libera, invero, a forma estremamente libera?

La risposta è negativa, poiché la corretta perimetrazione della tipicità della condotta richiede di prendere in considerazione la clausola modale *in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa* e la *non punibilità delle destinazioni alla mera utilizzazione e destinazione personali*.

Quanto alla clausola modale, essa richiede *re-immissione nel circuito legale e ostacolo alla tracciabilità della provenienza*.

Più precisamente, l'idoneità *concreta* all'ostacolo significa, ingannare, indurre in errore, esprime *decettività*, la quale, se certamente è causata da artifici e i raggiri, è altrettanto integrata da una difficoltosa ed obiettivo identificazione della provenienza delittuosa del bene; detta connotazione modale implica che la tipicità ricorre solo in presenza di una re-immissione nell'economia legale di beni di provenienza delittuosa, caratterizzata da un *concreto* ostacolo alla loro identificazione, e non in presenza di qualunque re-inserimento ³⁴⁶.

Così legiferando, la caratterizzazione modale della condotta svolge una duplice ulteriore funzione; due sono, infatti, i corollari che postula: da un lato, quello di rendere autonomi l'impiego, la sostituzione o il trasferimento rispetto ai delitti-presupposto, dai quali provengono i beni; dall'altro, quello di allontanare il delitto in esame dalla ricettazione.

È interessante, ai fini della presente ricerca, soffermarsi sul multiforme mondo dei possibili reati presupposto, poiché, invero, sono ascrivibili due categorie. Nel dettaglio, ai mezzi illeciti provenienti dalle attività intrinsecamente illeciti della criminalità organizzata, come produzione e commercio di sostanze stupefacenti, sfruttamento della prostituzione, commercio di organi, traffico

³⁴⁶ MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 115, che osserva come l'aggiunta dell'avverbio *concretamente* esige l'accertamento in termini oggettivi e strettamente collegati al singolo caso dell'efficienza ostacolatrice, ricordando così la pienezza del valore semantico del termine *ostacolare*.

d'armi, e così via, si affiancano quelli che si innestano in attività lecite, ma svolte con comportamenti illeciti, come le frodi fiscali o doganali o la corruzione in un pubblico appalto o l'abuso di informazioni privilegiate o la manipolazione di mercato. Detti terreni criminosi, ancorché profondamente diversi, sono equiparati dal legislatore in sede di formulazione della fattispecie: alla differente provenienza non segue sul piano oggettivo alcuna diversità in termini di lesione o esposizione a pericolo di beni protetti ³⁴⁷.

In tale maniera, si deduce che la connotazione modale segna l'autonomia rispetto ai delitti-presupposto, ma indica e racchiude il disvalore: è nella re-immissione, attraverso modalità idonee a celarne la provenienza delittuosa, nel circuito dell'economia legale, che si realizza la più profonda delle offese ³⁴⁸.

La conferma dell'offensività della fattispecie si coglie, invero ed altresì, nel quarto comma, che stabilisce la non punibilità delle condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità siano destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale.

Che significa ciò?

La speciale clausola di non punibilità o di delimitazione del tipo ³⁴⁹ definisce, delinea, meglio precisa, che l'offensività delle condotte, incriminate dal delitto di autoriciclaggio, risiede, *ancora e in modo specifico*, nella destinazione all'attività economica, finanziaria, imprenditoriale, poiché la disponibilità di mezzi economici di provenienza illecita può essere riversata tanto in ulteriori attività illecite quanto in impieghi leciti.

La disposizione, in altri termini, stabilisce che è penalmente irrilevante l'utilizzo personale, diretto all'acquisto di beni di consumo ovvero al godimento di beni immobili. A titolo esemplificativo, si pensi a colui che se con il denaro illecito acquista un bene immobile per adibirlo a propria residenza non incorre

³⁴⁷ MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 113 e 117-119.

³⁴⁸ MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 114.

³⁴⁹ Si esprime in termini di clausola di delimitazione del tipo, MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 120-122.

del delitto di autoriciclaggio, il quale verrà invece integrato nel momento in cui il bene è, ad esempio, concesso in locazione.

Non è questa la sede per interrogarsi se l'esempio paradossale corrisponda ad un errore della *mens* del legislatore ovvero ad un'elevata soglia di anticipazione della punibilità, ma certo è che, nel percorso di ricerca in tema di tutela penale della concorrenza, rileva la destinazione all'impresa che pone l'utilizzatore in una condizione di privilegio rispetto ai *competitori*, ai *competitors* rispettosi delle regole³⁵⁰.

L'utilizzo di termini come *competitori*, detto *modus ragionandi*, sottende, palesemente ed evidentemente, una tutela della concorrenza: la criminalità orientata al profitto, se applicata alla realtà d'impresa, dà luogo ad una significativa alterazione delle regole della concorrenza e del mercato³⁵¹.

In concreto e per esemplificare, si ricorda quanto messo in luce dalla miglior dottrina: si pensi ad un'impresa che commetta una serie di illeciti fiscali, che generano ingenti disponibilità occultate in qualche paradiso fiscale. Dette somme possono alterare la concorrenza attraverso due modalità: la prima è attuata, ad esempio, mediante il pagamento di una tangente per l'aggiudicazione di un importante appalto pubblico, e, quindi, integrando il reato di corruzione; la seconda è posta in essere mediante, ad esempio, l'acquisto di un'importante partecipazione societaria, ossia in attività economico finanziarie, ovvero l'acquisto di titoli sul mercato borsistico a scopo di mero investimento, e cioè in attività speculative, integrando questa apparente modalità lecita il delitto di autoriciclaggio³⁵².

Qual è, quindi, il bene giuridico protetto? Il delitto in questione è, quindi, posto a tutela di quale bene giuridico?

³⁵⁰ MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 111.

³⁵¹ MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 111.

³⁵² L'esemplificazione è sempre di MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 111.

Il delitto di autoriciclaggio è collocato tra i delitti contro il patrimonio mediante frode, collocazione impropria, come frequentemente accade, innestando nuove fattispecie incriminatrici, nella catalogazione dei beni del Codice Rocco. Più correttamente, l'art. 648^{ter}.1 cp va ricondotto nel novero dei reati contro l'amministrazione della giustizia e contro l'ordine economico e il risparmio ³⁵³.

Scendendo nello specifico, è utile prendere le mosse da quell'orientamento dottrinale secondo cui, sempre a partire dalla modalità della condotta, si deduce che se le condotte punibili sono solo quei comportamenti che sono idonei a recare ostacolo alla precedente situazione di illiceità, allo svolgimento delle indagini sulla provenienza del provento illecito, allora, l'incriminazione delle stesse è funzionale all'impedimento della consolidazione di una precedente situazione di illiceità, allo svolgimento delle indagini sulla provenienza delittuosa dei beni allo scopo di impedire la circolazione di denaro o di beni di provenienza illecita; così opinando si vuole, in ultima analisi, rimarcare la primazia della tutela dell'amministrazione della giustizia ³⁵⁴.

Invero, ancorché si muova da premesse corrette, il bene giuridico protetto pare proprio un *quid* diverso rispetto all'amministrazione della giustizia.

Infatti, se fosse prevalentemente quest'ultima il bene tutelato, la clausola di non punibilità dell'uso personale non si spiegherebbe, poiché l'interesse primario della giustizia ha interesse ad individuare anche i personali proventi illeciti congelati, senza che siano utilizzabili ed ancorché utilizzabili per uso personale.

Nemmeno convince l'affermazione secondo cui la tutela dell'amministrazione della giustizia è un bene strumentale, che funge da

³⁵³ MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 113, che precisa che non si deve intendere l'amministrazione della giustizia come un bene strumentale a presidio di altri beni giuridici, come l'ordine economico, la concorrenza, il risparmio, ecc....

³⁵⁴ PIERGALLINI, *Osservazioni sull'introduzione del reato di autoriciclaggio*, cit., passaggio, ben evidenziato, da MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 113, nota 21.

avamposto rispetto alla tutela di altri beni giuridici finali, quali l'ordine economico, la concorrenza, e così via ³⁵⁵.

È nella stessa strumentalità che si coglie che la fattispecie è posta, prima a tutela proprio dei beni finali, tra i quali non può non annoverarsi la *libertà di concorrenza*.

Le *libertà di concorrenza e della concorrenza* riemergono con vigore, si rialzano dall'*ordine economico*, concetto, più volte incontrato, ed ogni volta criticato per la sua vaghezza. Nello stesso vi si ricomprende la correttezza e la probità degli scambi e dei rapporti economici, avendo cura tanto della generalità dei consumatori quanto degli imprenditori concorrenti ³⁵⁶.

Se questa è la definizione di ordine economico, l'offesa alla concorrenza nel delitto di autoriciclaggio è, quindi, evidente: la modalità della condotta, che ne determina la specifica offensività, fa propendere che l'offensività risiede nell'utilizzo del denaro in attività economiche lecite, facendo avvantaggiare gli imprenditori utilizzatori, che non incontrano i problemi, principalmente legati al ricorso al credito, tipici delle altre imprese.

Non solo: il delitto di autoriciclaggio, in prima battuta, lede l'accezione individuale del bene giuridico della *libertà di concorrenza*, ma è potenzialmente in grado di ledere o di mettere in pericolo il bene giuridico nella sua accezione collettiva di *libertà della concorrenza* allorquando il fenomeno sia diffuso in modo dilagante.

Ponendo maggior attenzione alla dinamica concorrenziale, si può affermare che il fenomeno può investire due tipologie di operatori economici: la prima ha come punto di riferimento un'impresa che nasce in un contesto lecito e che ad un certo punto della sua storia decide di *diventare il mezzo tramite cui ripulire il denaro sporco*; la seconda, invece, è la stessa impresa che sin dal momento della sua creazione è *lo strumento con cui il denaro sporco viene ripulito*.

³⁵⁵ Sempre, PIERGALLINI, *Osservazioni sull'introduzione del reato di autoriciclaggio*, cit., ricordato da MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 113, nota 21.

³⁵⁶ Si veda quanto illustrato a pag. 98.

L'effetto finale è il medesimo: la concorrenza è falsata, è minata, in un modo tale che, in questi termini, esula dallo studio delle discipline non penalistiche, a meno di volere ricondurre l'analisi alla grande tematica del rapporto tra violazione di norme di diritto pubblico e concorrenza sleale ³⁵⁷.

Si ricorda, ancora, che, a tal proposito, si tratta di verificare se la violazione di norme di diritto pubblico costituisca atto di concorrenza sleale, riconducibile all'art. 2598, n. 3, cc, avendo presente la preoccupazione di non creare un automatismo dal seguente tenore: alla violazione di ogni norma di diritto pubblico consegue sempre e comunque un atto di concorrenza sleale. Le norme violate possono essere di tre tipi: quelle che impongono limiti, quelle che impongono costi e quelle che impongono oneri. Tra queste, sola la violazione delle norme, che impongono limiti, si pone come atto di concorrenza sleale, mentre per quelle che impongono costi, l'illiceità concorrenziale si determina solo nella misura in cui il risparmio di spesa, che genera un vantaggio concorrenziale, sia concretamente sfruttata nel mercato, come, ad esempio, il praticare costi più bassi, non sostenibili dai concorrenti che rispettano le norme sui costi ³⁵⁸.

Si rammenta, ancora e nuovamente, che nel novero delle violazioni di norme di diritto pubblico, non sussistono dubbi che la commissione della corruzione o di reati analoghi con conseguente ottenimento di un vantaggio concorrenziale porti anche ad un addebito di responsabilità a titolo di concorrenza sleale ³⁵⁹.

Eppure, ancora una volta, la sensazione che l'interprete prova è che anche il delitto di autoriciclaggio, per quanto sia possibile fornirne una lettura evolutiva *proto-concorrenziale*, contempra un'offesa alla libera concorrenza, ma che lo scopo

³⁵⁷ Si rinvia a quanto illustrato a pag. 153.

³⁵⁸ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 109-112; si veda quanto detto nel Capitolo III, Sezione III, relativo a «*La normativa sulla corruzione nel settore pubblico e nel settore privato*».

³⁵⁹ Sempre, VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 111-112; si veda quanto detto nel Capitolo III, Sezione III, relativo a «*La normativa sulla corruzione nel settore pubblico e nel settore privato*».

preso di mira dal legislatore fosse un altro ed è un altro, ossia porre rimedio all'evoluzione del fenomeno criminale che porta alla, più volte laicamente definita, pulizia del denaro sporco. In altri termini, si vuol dire che l'autoriciclaggio si spiega, partendo ed avendo presente il riciclaggio, il reimpiego di denaro e così via sicché la domanda da farsi è la seguente: *la re-immissione nel circuito legale di denaro, beni o altri proventi illeciti rappresenta un una condotta che lede o che mette in pericolo la concorrenza quale bene giuridico così come delineato?*

La risposta non è agevole: se sicuramente non si può escludere la tutela *immanente, mediata, occulta* delle libertà di concorrenza e della concorrenza non si può, per andare oltre, non considerare il soggetto attivo del reato e la sorte degli eventuali re-investimenti dei frutti delle disponibilità oggetto della prima condotta di re-immissione.

Infatti, il soggetto agente non può che essere colui che ha commesso o ha concorso a commettere il delitto non colposo, il delitto-presupposto, dal quale si traggono il denaro, i beni o le altre utilità che vengono impiegate, sostituite, trasferite nelle attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative. Detta perimetrazione si spiega con il venir meno del cosiddetto privilegio dell'autoriciclaggio, fondato sulle clausole di riserva previste dai delitti di riciclaggio e di impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita ³⁶⁰.

Il legame indissolubile tra commissione del delitto-presupposto e re-immissione nel circuito legale, previsto dalla disposizione, conferma che, nell'art. 648^{ter}.1 cp, può essere ricondotto un possibile comportamento anticoncorrenziale, ma che la *mens legis* era volta altrove, allontanando, così, l'interprete "proto-concorrenziale" dal suo percorso interpretativo.

Ancora in tal senso, si valuti, altresì, l'irrilevanza penale dell'eventuale re-investimento dei frutti delle disponibilità derivanti dalla prima re-immissione, stante l'assenza della connotazione modale della concreta difficoltà di

³⁶⁰ MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 119-120.

individuazione richiesta dalla fattispecie in esame ³⁶¹. In una dimensione di tutela, soprattutto, della *libertà di concorrenza*, i re-investimenti porterebbero sempre ad un vantaggio concorrenziale che da illecito diviene ingiusto e non corretto sicché l'indiscussa non rilevanza penale mal si concilia con una visione e dimensione di tutela della libera concorrenza.

In conclusione, per quanto sia individuabile una tutela *indiretta* delle libertà di concorrenza nel delitto di autoriciclaggio e nonostante nello stesso sia possibile sussumibile la re-immissione nell'impresa o nei progetti dell'impresa del denaro risparmiato dalla commissione di un delitto, del genere frode fiscale, non resta che prendere atto che anche questo percorso non porta l'interprete alla sua destinazione finale.

³⁶¹ MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 116-117.

CAPITOLO III

Riflessioni *de iure condendo* per un intervento penale a tutela della concorrenza con cenni di diritto comparato.

Nel principio della fine, l'interprete, dopo il suo peregrinare giuridico, si sente vicino al pensiero di Goethe, e, in particolare, alle affermazioni dell'illustre letterato secondo cui «*il dubbio cresce con la conoscenza*» e «*la felicità suprema del pensatore è sondare il sondabile e venerare in pace l'insondabile*»³⁶².

Dubbio e felicità, pertanto, dinnanzi al desiderio di sondare il sapere, ma dubbio e felicità non sono che il volto umano del pensatore, ciò che lo anima e non lo ispira, non ciò che lo guida. Qual è, quindi, lo spirito guida dell'interprete?

La risposta è solo una, operando una premessa metodologica, il cui scopo è quello di chiarire il modo con cui si percorrere il tratto finale: l'*onestà intellettuale* del pensiero e la *laicità di vedute* da qualsiasi posizione cosiddetta garantista o giustizialista. In altri termini, si sta affermando che non si vuole essere né superbi né modesti, ma che per ogni verità che si penserà di aver riconosciuto, immediatamente dopo, la si metterà in discussione, alternando i ruoli della pubblica accusa e della difesa, perché, sempre mutuando le parole di Goethe, «*la dialettica è lo sviluppo dello spirito della contraddizione, che fu dato all'uomo perché imparasse a distinguere la differenza delle cose*»³⁶³.

³⁶² Si allude a Johann Wolfgang Goethe.

³⁶³ Si allude, sempre, a Johann Wolfgang Goethe. Sia consentito rinvenire lo stesso spirito in DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in Atti del Convegno in onore di George P. Fletcher del 4 dicembre 2015, in corso di pubblicazione, il quale afferma che «*il giurista che pensi di fare qualcosa di scientifico, in quella visione, non dovrebbe attingere alle scelte di valore (ma trovarsele già predefinite), dovendosi fermare prima di restarne coinvolto emotivamente: viene qualificato come studioso del linguaggio, delle proposizioni di legge, avalutativo e lontano dalla politica che fonda le scelte parlamentari, o come logico che argomenta tra i commi. Sennonché, per chiunque svolga attività professionale, come avvocato, magistrato, o viva il diritto penale quotidianamente discusso nei mass media, questa immagine filosofica che-mai-si-occupa-dell'interpretazione è il prodotto di una vera alienazione dalla realtà, eppure è stata cultura dominante per quasi un secolo, anche se separata dalla prassi*». Sulla situazione attuale in cui versa la dottrina, cfr. DONINI, *La situazione spirituale della ricerca penalistica, Profili di diritto sostanziale*, in Cass. Pen., 2016, 6, 1853 ss.

Se questa è la premessa metodologica, non si può, *onestamente e laicamente*, affermare che ogni argomentazione sarà svolta nella sincera convinzione che non sia possibile, nello stato vigente ed attuale del sistema giuridico penale italiano, tanta *irrazionalità* ed *incongruenza* in tema di tutela penale della libera concorrenza, o *rectius* di *libertà di concorrenza e della concorrenza*, e, quindi, di tutela dell'economia.

E proprio per mettere in evidenza la summenzionata *irrazionalità* che si è deciso non la più semplice via di rileggere alcune fattispecie come poste a tutela della concorrenza, ma di riflettere sull'intera tematica del rapporto tra tutela penale e concorrenza, perché solo così facendo *è stato, è e sarà* possibile far emergere, seppure forse sommariamente, il paradosso in cui versa l'ordinamento italiano, in cui la tutela penale della concorrenza esiste, ma è paragonabile, ancora e sempre, ad una pluralità di cammini, percorsi, più o meno frequentemente, o ancora in esplorazione, senza una mappa, senza una guida.

Pertanto, *onestà intellettuale, laicità e razionalità* impongono o di non percorrere più quelle strade o di tentare di mappare il percorso per renderlo *prevedibile ed accessibile a chiunque*, mediante, *step by step*, la presa atto della non praticabilità dei cammini individuati, perché avversi e fuorvianti, nonché della possibilità di prendere in considerazione un'incriminazione, che ponga le proprie radici in quel *primo motore immobile* che Franco Bricola ha individuato, ossia la *teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico*.

In questo intento, non si mancherà di cogliere alcuni presupposti e premesse *para-giuridiche se non extra-giuridiche*, in ordine allo studio del diritto penale industriale, alla specializzazione e alla rilevanza dei dati statistici.

E da ciò si inizia a percorrere il principio della fine.

Sezione I

Essenziali premesse para-giuridiche per un corretto intervento riformatore.

Nel percorso di ricerca intrapreso, giunti a riflettere sul *de iure condendo*, si avverte la necessità di svolgere una preliminare introduzione para-giuridica, essenziale per un corretto intervento riformatore.

Si tratta di una premessa, che come tale non può che essere breve, ma, al contempo, la si avverte come un'esigenza, quasi interiore, poiché, in questa ricerca, simile ad un viaggio nel mondo del diritto, *si è sopravvissuti ad una mare senza vento*³⁶⁴, *si è camminato con la forza del cuore, quando le gambe erano stanche*³⁶⁵, *ci si è giocato anche l'ultimo frammento di cuore, perché si è pensato valesse la pena rischiare*³⁶⁶, *si è sempre sentito il dovere di guardare le cose da angolazioni diverse*³⁶⁷, *si sono trovati nell'audacia il potere e la magia di continuare*³⁶⁸.

Questo incessante ricorso a verità, rese in poche parole, è dovuto alla mancanza di una trattazione del diritto penale industriale alla stregua di una *materia vera e propria* e sottende la necessità che *il diritto penale industriale* non sia più né oggetto dello studio del diritto penale, quando si occupa anche di diritto industriale, né tema di ricerca del diritto industriale, quando si sofferma su nozioni allo stesso note dalla rilevanza penalistica.

Così opinando, non si sta affermando che non esistano contributi o materiali in tema di diritto penale industriale; invero, la dottrina cerca di definire i contorni indefiniti dello stesso, individuandoli nella repressione penale della concorrenza sleale, nella tutela penale dei segni distintivi, nonché in quella delle

³⁶⁴ Si allude all'incipit «*Pude sobrevivir a un mar sin viento*» dei *Letra 'mil tormentas* dei *Morat*.

³⁶⁵ Si allude a «*Nunca te ridas. Que cuando nuestras piernas estén cansadas, podamos caminar con la fuerza de nuestro corazón*» di *Paulo Coeblo*.

³⁶⁶ Si allude a «*E se vale la pena rischiare, io mi gioco anche l'ultimo frammento di cuore*» di *Che Guevara*.

³⁶⁷ Si allude a «*I stand upon my desk to remind yourself that we must constantly look at things in a different way*» in *Dead Poets Society*.

³⁶⁸ Si allude a «*Whatever you can do or dream to do you can, begin it; boldness has genius, power and magic in it*» di *Goethe*.

creazioni intellettuali ³⁶⁹. Al contrario, si sta sostenendo che si dovrebbe fare esattamente come Franceschelli, quando, nel 1952, nel celebre saggio di apertura della *Rivista di Diritto Industriale*, intitolato «*Contenuto e limiti del diritto industriale*», dettò i quattro settori della disciplina, a partire dai quali è oggi possibile disquisire di storia del diritto industriale ³⁷⁰.

In altri termini, sarebbe necessario concepire un *manifesto* del diritto penale industriale: difatti, questo ultimo esiste, perché si registrano disposizioni incriminatrici, che, dopo la loro ricognizione, sono state raggruppate e sono raggruppabili sotto il minimo comune denominatore di diritto penale industriale sicché, anziché chiedersi di quali interessi, valori o beni sia lecita la tutela, ci si trova dinnanzi all'incongruenze di una costruzione realizzata senza un progetto.

Non è forse un caso che la visione del Franceschelli - che, nella genialità della semplicità, individua i settori e, quindi, gli argomenti, di cui disquisire - trova largo eco nella dottrina giuridica italiana, la quale, studiando quelle linee guida, si consolida, diviene la dottrina di diritto industriale, simbolicamente consacrata dalla fondazione della Rivista di diritto industriale, che rappresenta il luogo di circolazione delle idee e di attualizzazione del pensiero di Franceschelli ³⁷¹.

³⁶⁹ A titolo esemplificativo, si vedano: BOCCHINI, LEMME, ROSSI VANNINI, COCCO, *Il diritto penale industriale*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, cit., 1 ss, i quali ricomprendono nel *diritto penale industriale* la repressione penale della concorrenza sleale, la tutela penale dei segni distintivi, nonché quella delle creazioni intellettuali; ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, cit., 979, il quale vi ricomprende i temi della tutela penale dei segni distintivi e dei *software*; ALESSANDRI, *Diritto penale industriale*, cit., 1433; PEDRAZZI, *Diritto penale*, Milano, 2003, IV, 351-416, il quale, in diversi scritti, trattando del *diritto penale dell'economia*, affronta gli argomenti della tutela penale della denominazione di origine, della tutela penale del marchio, della repressione della frode e degli aspetti penalistici del diritto d'autore; GRAMATICA, *Lineamenti di un diritto penale industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1967, I, 222, il quale, in modo originale, ricerca le norme penali che concernono l'industria sia nel Codice penale sia nelle legislazioni extra codicistiche.

³⁷⁰ FRANCESCHELLI, *Contenuto e limiti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1952, I, 7-37, che individua i seguenti quattro settori: a) la concorrenza, i monopoli e i consorzi; b) le invenzioni e i modelli industriali; c) i segni distintivi dell'imprenditore, dell'impresa e dell'azienda; d) le opere dell'ingegno di carattere creativo, che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro, alla cinematografia.

³⁷¹ BOCCHINI, *Il diritto industriale nella società dell'informazione*, cit., 3-30, che opera una breve storia del diritto industriale e rinviene tre concezioni, che si sono succedute nel tempo, ossia il

È necessario fondare e formare una *vera* materia, in cui il diritto penale industriale conosca e sia subordinato al diritto industriale, non solo per l'*extrema ratio*, che permea la materia penale, ma per garantire la coerenza del sistema, la comunicabilità tra saperi e settori talché il diritto penale, nella sua declinazione di diritto penale industriale, possa intervenire *ad adiuvando* a tutela dei valori tutelati e protetti dal diritto industriale, tra cui spicca la concorrenza ³⁷².

In questa costruzione, che unisce il diritto di altri rami, si assiste ad un passaggio dalla necessaria multidisciplinarietà alla specializzazione, che raccoglie i frutti migliori dei rami del diritto inteso in senso lato; se la storia del diritto industriale consente di evidenziare il *carattere interdisciplinare* dello stesso - che supera la tradizionale separatezza tra diritto pubblico e diritto privato - per individuare i suoi connotati nell'attività economica industriale, non si vede la ragione ostativa a che la sua storia, la sua evoluzione, si fondi con quella del diritto penale ³⁷³.

Infatti, l'autonomia di un diritto speciale può essere *giuridica, scientifica e didattica*: per l'esattezza, l'autonomia giuridica è fondata sull'esistenza di principi giuridici e fonti del diritto speciale, autonomi rispetto al diritto generale; quella scientifica si basa sull'esigenza di un metodo di ricerca caratteristico della disciplina speciale; infine, l'autonomia didattica si erige sulla mera esigenza di insegnamento. Alla luce di tutto ciò, ebbene, si pensa che il diritto penale industriale abbia il diritto e il dovere di essere considerato un autonomo diritto e come tale deve essere studiato e concepito.

Edificata la materia, sarà poi così possibile la formazione del giurista, dallo studente universitario al professionista, onde poter, a partire da solide basi,

diritto industriale come diritto dell'industria, il diritto industriale come diritto della proprietà e dei beni immateriali e, infine, il diritto industriale come diritto della concorrenza.

³⁷² In tal senso, si vedano ROMANO, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in PEDRAZZI, COCCO (a cura di), *Comportamenti economici e legislazione penale, Atti del Convegno «AREL» del 17 marzo 1978*, Milano, 1979, 201 e FLICK, *Gruppi e monopolio, nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. Soc.*, 1988, 473; ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, cit., 993 ss.

³⁷³ BOCCHINI, *Il diritto industriale nella società dell'informazione*, cit., 5.

migliore *-to improve-* la qualità degli stessi giuristi, rendendo, così, infine, un servizio alla collettività e alla società stessa, consentendo di arricchire sempre di più la ricerca e lo studio del diritto penale industriale.

Dalla teoria discenderà poi il passaggio alla pratica, nella cui *reale e attuale* situazione è enfatizzato il problema della mancanza di dati statistici, non solo per rilevare la quantità di *cases law*, che giungono all'attenzione delle aule di giustizia, ma anche per rilevare i fatti particolarmente offensivi ³⁷⁴.

E sempre in una prospettiva pratica si avverte che sarebbe necessario istituire una Sezione Specializzata presso le Procure della Repubblica in Diritto Penale Industriale, in modo simile alla civilistica Sezione delle Imprese, *ex* Sezione Specializzata in Proprietà Industriale e Intellettuale.

Ciò non sarebbe che l'ultimo tassello di un lungo percorso di studio, che deve porre la sua prima pietra nello studio della materia, nella fondazione di una *vera e propria* materia, con l'ausilio e il dialogo degli esperti del diritto, ispirati dal fine ultimo di assicurare legalità e giustizia alla collettività, per creare una specializzazione da portare dall'accademia al diritto vivente.

Nel passaggio dalla ricostruzione di una materia alla maggior specializzazione pensabile, si auspica, con riferimento alla libera concorrenza, che vi sia una Commissione istituita per vagliare un progetto di riforma per introdurre una tutela penale della concorrenza o per dare ordine all'irrazionalità, che permea questo bene giuridico, una Commissione, che sia luogo di dialogo e di scontro, non solo tra accademici, ma anche tra esponenti delle categorie degli imprenditori e delle associazioni dei consumatori.

³⁷⁴ Sia consentito, ancorché solo in nota, meravigliarsi del problema, con cui si scontra lo studioso, per rilevare i dati statistici, specialmente in settori poco conosciuti, costretto, nell'epoca della digitalizzazione della pubblica amministrazione, della "telematizzazione" dei processi e dei procedimenti, a presentare istanza di accesso al Presidente del Tribunale ai fini di poter fare ricerca. La meraviglia e lo stupore nascono dal fatto che nell'epoca della tecnologia informatica e della rete, non vi sia ancora un *software* adottato da tutte le Procure della Repubblica in grado di rilevare i soli reati ascritti, pensando così di poter continuare a riflettere riforme, senza conoscere quello che la scienza fisica definirebbe il manifestarsi di un fenomeno.

In altri termini, si sta esprimendo il desiderio che la dottrina *fondi una vera e propria materia*, esattamente come fecero non solo Franceschelli con il diritto industriale, ma anche *Klaus Tiedemann*, nel cui scritto «*Il diritto penale dell'economia: suo ambito di significato per il diritto penale e per l'economia*» di apertura del primo numero della *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, si rinvengono la presa atto della nascita del *diritto penale dell'economia* come diritto autonomo ed il magistrale sforzo di definizione e di limitazione dello stesso ³⁷⁵.

In ultima analisi, la premessa vuole chiudersi con un inno al bisogno di razionalità ³⁷⁶ di un sistema e di una materia in quanto «*non è abbastanza fare dei passi che un giorno ci porteranno ad uno scopo, ogni passo deve essere lui stesso uno scopo, nello stesso tempo in cui ci porta avanti*» ³⁷⁷.

³⁷⁵ TIEDEMANN KLAUS, *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, gennaio-giugno, 1-24.

³⁷⁶ Sulla necessità che il diritto si esprima con razionalità, *cfr.* il par. 3, intitolato «*Il ruolo della morale, dell'etica pubblica e del blame nell'identificazione del diritto penale*» di DONINI, *An impossible exchange?*, cit., in corso di pubblicazione.

³⁷⁷ Si allude, sempre, a *Johann Wolfgang Goethe*.

Sezione II

Contributo alla possibilità di un intervento penale a tutela della concorrenza con cenni di diritto comparato.

a) Il problema di una possibile accusa di interpretazione analogica *in malam partem* della ricostruita legislazione italiana penale vigente anche alla luce delle garanzie della CEDU.

Le riflessioni traggono spunto da una certezza: dall'esame della ricostruita legislazione penale vigente a tutela della *libertà di concorrenza* e della *libertà della concorrenza* si evince che non esistono fattispecie incriminatrici poste *precipuanente, specificamente e inequivocabilmente* a presidio del bene giuridico esaminato.

Nell'intenzione di voler sempre mettere in discussione ogni apparente verità riconosciuta tale, si può obiettare che, se si è riusciti a delineare un quadro normativo, allora, forse è ancora un atto di onestà intellettuale e di laicità di pensiero ammettere che esistono diversi reati che tutelano la concorrenza.

Rebus sic stantibus, quindi, qual è la soluzione al dilemma del coccodrillo?

La chiave di lettura risiede proprio nella *modalità di tutela*: più precisamente, si sta affermando che se nell'assunto «*esistono diversi reati che tutelano la concorrenza*» è dato cogliere un'innegabile verità, è, altrettanto, pacifico che la concorrenza si pone come un *bene giuridico occulto, tutelato mediamente, sempre componente, più o meno, essenziale di un altro bene giuridico* sicché la venuta alla luce della tutela penale della concorrenza, attualmente, è possibile solo grazie ad un'illuminata operazione ermeneutica di interpretazione evolutiva.

In short, quindi, da un lato, si sonda l'inesistenza di una fattispecie *espressamente* posta a tutela della libera concorrenza, dall'altro si vaglia un sistema che tutela *implicitamente* le *libertà di concorrenza e della concorrenza*.

La situazione è, quindi, rispettosa dei principi di garanzia del diritto penale?

Con tale domanda si sta insinuando il dubbio che la ricostruzione prospettata violi il principio del divieto di analogia *in malam partem* talché, per sondare la fondatezza del dubbio avanzato, si rende necessario interrogarsi sul divieto di analogia e sul suo confine con l'interpretazione estensiva.

Prima di poter riscontrare l'analogia, si deve, *in primis*, interpretare la legge sicché «*che cos'è l'interpretazione delle leggi?*»³⁷⁸.

A tal proposito, è inevitabile richiamare il *sillogismo giudiziale*, che individua la forma logica delle decisioni giudiziali, ossia lo schema inferenziale che consente di render conto della natura logico-deduttiva dell'applicazione giudiziale del diritto. In particolare, il ragionamento di tipo sillogistico permette di risolvere una controversia, mediante un sillogismo giudiziale, nel quale la premessa maggiore o giuridica è data dall'enunciato, che è la formulazione della norma generale, alla cui fattispecie sono riconducibili i fatti oggetto della controversia, la premessa minore o fattuale è rappresentata dall'accertamento e dalla formulazione dei fatti, oggetto della controversia, e la conclusione è la soluzione della controversia, espressa nel dispositivo³⁷⁹.

Vertendo in tema di *sillogismo giudiziale*, è doveroso il richiamo al Beccaria, che afferma che: «*in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza*»³⁸⁰. La concezione del Beccaria racchiude in sé un momento valutativo, non è un fatto tecnico, sottende che l'interpretazione delle leggi sia un atto di decisione, di valutazione, di volontà, è momento politico; la necessaria

³⁷⁸ Sull'interpretazione delle leggi, si veda, da ultimo, DONINI, *Interpretazione delle leggi*, in *Dir. pen. XXI Secolo*, 2014, II, 245 ss, nonché DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale, Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 13-38.

³⁷⁹ Sulla nozione di sillogismo giudiziale, *cfr.* DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 248, che afferma come sia necessario individuare un momento topico, il quale non può che essere individuato nel sillogismo giudiziale del Beccaria, dovendo, altrimenti, risalire almeno ad Aristotele.

³⁸⁰ Così BECCARIA, *Dei delitti e delle pene, IV Interpretazione delle leggi*, in FIRPO (a cura di), *Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1984, vol. 1, 36.

politicità dell'interpretazione postula che l'autorità di interpretare non possa essere attribuita al giudice, che può solo applicare la legge, ma al legislatore il solo ed unico legittimo interprete della legge. Per tale ragione, il delitto è quel sillogismo perfetto descritto, in cui la premessa maggiore è data dalla legge generale, mentre la premessa minore è data dalla condotta sicché si ha delitto se l'azione è sussumibile nella legge generale; al di fuori di questo ragionamento sillogistico, in sede giudiziale, si ha solo una conseguenza: l'incertezza ³⁸¹.

È logico, quasi naturale, che l'ideologia del sillogismo giudiziario presupponga che il giudice così come i cittadini conoscano o possano conoscere la legge prima del fatto, legge, che, pertanto, deve essere accessibile, integralmente, prima dei casi giudicati e a prescindere da essi; al contempo, ciò sottende che i casi di specie nulla dicano sulla legge stessa ³⁸².

In questo assunto si incontra anche il limite dello stesso sillogismo giudiziale del Beccaria: per capire veramente il significato della legge è essenziale, talché imprescindibile, lo studio dei casi concreti, la cui analisi consente di giungere ad una compiuta comprensione della regola ³⁸³.

Ancora, *Schmidt*, nel 1950, afferma che la funzione del giudice è quella di accertare il fatto, libero da ogni pregiudizio, da motivi soggettivi e diretto solo alla ricerca della verità; a questo passaggio, segue l'applicazione della legge mediante l'adattamento al caso di un testo, dal contenuto al fatto, allo scopo di

³⁸¹ DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 246-247.

³⁸² DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 248-249. La centralità del sillogismo è richiamata anche da CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in CONFORTINI, ZIMATORE (a cura di), *Lecture per un corso di metodologia dell'analisi casistica*, Roma, 1988, 120 ss, che individua nella sentenza un giudizio logico, risultato di un sillogismo, in un giudizio dal contenuto giuridico, che afferma l'esistenza o l'inesistenza di una volontà di legge a favore di un singolo. Di conseguenza, ad avviso del pensiero dell'illustre studioso, se un simile giudizio è la conseguenza di un sillogismo, è necessario ammettere che uno dei termini di questo sillogismo deve consistere nella nozione di tutti i casi in generale, contemplati dalla volontà della legge affermata negata nella conclusione, e l'altro nella nozione concreta di un caso che rientri tra quelli preveduti da tale volontà di legge.

³⁸³ Sempre DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 249, che ricorda, peraltro, in nota 3, anche il famoso civilista tedesco, J. Esser, nella sua opera *Grundsatz und Norm*, secondo cui «solo i commentari dicono la verità».

assicurare giustizia; così opinando, però, si finisce per presumere che ogni giudice debba arrivare alla stessa conclusione, una sorta di fungibilità del giudice stesso, la cui persona diviene irrilevante ³⁸⁴.

La concezione ricordata porta con sé anche il seguente corollario: la nuova interpretazione della legge, benché peggiorativa e generalizzante, è intesa come se fosse il contenuto di una vecchia legge immutata e, quindi, diviene passibile di una legittima applicazione retroattiva, in quanto si inserisce in un testo di legge che, di fatto, ancorché inteso in modo diverso e talora opposto, è pure sempre il medesimo ³⁸⁵.

È veramente corretto ciò?

La risposta non può che essere individuata nell'ermeneutica contemporanea, che esalta il ruolo dell'interprete ed intende l'interpretazione come un'attività fortemente orientata a risultati pratici, ottenuti partendo dal testo, che è solo il mezzo per raggiungere il fine, pura premessa. Questa nuova luce, che illumina l'ermeneutica, dà nuovo vigore al ruolo del giudice, che diviene non mero esecutore, ma interprete con ampi poteri in una relazione completamente opposta alla concezione del Beccaria, da macchina dalle sembianze umane a uomo artista ³⁸⁶. *Ergo: che resta del sillogismo giudiziale?*

La critica attuale del sillogismo giudiziale verte sul fatto che il sillogismo sia da superare, poiché è necessario *concretizzare*, non essendo possibile conoscere la legge senza studiare i casi e dovendo concepire la norma come il risultato dell'interpretazione condotta anche alla luce dei casi. Infatti, rispetto ad ogni norma, vi sono una quantità di casi che in modo scontato sono riconducibili alla stessa sicché il giudice compie davvero un sillogismo, che non può operare, invece, rispetto ai casi difficili. Muovendo da questa premessa, quindi, il

³⁸⁴ DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 250.

³⁸⁵ Sempre, DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 251, che raffronta quanto ricordato, valevole per i casi di *civil law*, con il *common law*, in cui anche il precedente assume valore puramente dichiarativo sicché il nuovo precedente si può applicare retroattivamente, poiché esprime, *dichiara*, una norma implicita già preesistente.

³⁸⁶ Sempre, DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 251-252.

sillogismo giudiziale è ancora attuale, ma va ridisegnata la sua premessa maggiore, la quale va individuata nella norma, che va distinta dall'enunciato letterale, ossa la legge, la disposizione, in quanto frutto dell'interpretazione ³⁸⁷.

Infatti, non si può negare che non vi saranno casi nuovi, mai giudicati; ciò è inevitabile, è strettamente legato all'evoluzione del sistema complessivo e finché la nuova interpretazione è *in bonam partem*, nulla osta alla stessa; anzi, la Corte Costituzionale insegna che la regola ermeneutica da seguire, per affermare la violazione dei principi di tassatività e di determinatezza di una disposizione di legge, impone la previa interpretazione della disposizione stessa sicché l'interpretazione non solo non è vietata, ma è imposta per dare contenuto alla norma ³⁸⁸.

In altri termini, si è al polo opposto del pensiero di Beccaria: non esiste un'*applicatio sine interpretatione*; affermare ciò significherebbe violare il principio di suddivisione dei poteri, che vede nel potere giudiziario, e, quindi, nel giudice e non nel legislatore, il responsabile dell'applicazione della legge ai casi con il relativo e l'imprescindibile adattamento.

Tuttavia, il pensiero di Beccaria cela una preoccupazione innegabile, ossia che il diritto penale è il diritto *delle pene* ³⁸⁹, è peculiare tanto che si pone l'interrogativo se sia necessaria un'ermeneutica penale, governata da «*massima tassatività, dunque, divieto d'interpretazione estensiva e non solo di analogia, irretroattività, riserva assoluta di legge, colpevolezza, stretta necessità ed extrema ratio, offensività e funzione rieducativa della pena etc.*» ³⁹⁰, specie, oggi, che il diritto penale può toccare tutti, chiunque, nonché si arricchisce di elementi normativi tratti da materie

³⁸⁷ DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 252-253.

³⁸⁸ Sempre, DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 254.

³⁸⁹ DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 255, che ricorda che il diritto penale «è il «diritto» della caccia alle streghe, agli untori, un tempo della caccia agli eretici ma anche agli omosessuali, e magari oggi ai pedofili, a quelli che sono puniti anche se non hanno violentato nessuno, ma «sono» devianti; è il diritto penale della tortura, della pena di morte, delle membra straziate, della ruota, dei delitti politici, di Stato, del crimine di *laesae maiestatis*, del terrorismo e della mafia, dei crimini internazionali sempre di nuovo eccettuati da legalità e irretroattività, senza arrivare all'uomo delinquente e anormale di Lombroso».

³⁹⁰ Così DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 254.

specialistiche e tecnicamente complesse e si prefigge, non di sanzionare una forma di devianza o di tipi d'autore, ma di educare, istruire, informare. In tal modo, il diritto penale è tutela di diritti fondamentali, è educatore e si normalizza con i diritti degli altri rami dell'ordinamento, invasivo, per di più, ormai da fonti extrapenali. Per quanto peculiare, il diritto penale è, oggi, pur sempre un diritto e spetta al potere giudiziario il compito di individuare e di concretizzare la legge talché l'individuazione e la concretizzazione della legge spettano al giudice, non potendo limitarsi più a fatti notoriamente illeciti ³⁹¹.

Questo approdo consente di affermare che, ai fini del presente percorso di ricerca, la ricostruzione prospettata sia pura opera di interpretazione, di tipo evolutivo, ancorché estensivo, in quanto la scelta di tutelare la libera concorrenza non muta le fattispecie stesse; non è analogia, è interpretazione estensiva, non analogica talché legittimamente sostenibile dall'interprete e nelle aule di giustizia.

Eppure, è necessario andare oltre, poiché, in tema di *interpretazione delle leggi e diritto penale*, si deve ripensare la trattazione alla luce, nuovamente, della giurisprudenza della Corte Edu e della giurisprudenza di legittimità che ha recepito la sentenza.

In particolare, si fa riferimento al principio di legalità, a cui la giurisprudenza della Corte EDU ricollega i valori dell'accessibilità – *accessibility* – della norma violata e della prevedibilità – *foreseeability* – della sanzione, con la particolarità che l'accessibilità e la prevedibilità si riferiscono, non alla semplice previsione astratta della legge, ma alla norma *vivente*, quale risultato ed applicazione dei giudici. Pertanto, la giurisprudenza ha, quindi, un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale e la prevedibilità del risultato interpretativo, cui perviene la giurisprudenza, è la *condicio sine qua non* del rispetto del principio di legalità, prevedibilità che si articola nei due corollari di precisione e di stretta interpretazione ³⁹².

³⁹¹ Così DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 256.

³⁹² A tal proposito, si vedano, da ultimo, DONINI, *An impossible Exchange?*, cit., par. 2, in corso di pubblicazione e DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 13 ss.

Così opinando, la giurisprudenza, prima sovranazionale poi nazionale, afferma che la norma vive per mezzo delle concretizzazioni che il giudice le dà; in particolare, la giurisprudenza di legittimità, secondo un'interpretazione conforme all'art. 7 CEDU ed alla sua elaborazione pretoria, recepisce i contenuti ermeneutici della sentenza Scoppola. In tal modo, il processo di conoscenza di una norma presuppone una relazione di tipo concorrenziale tra potere legislativo e potere giudiziario, poiché il vero significato di una norma, non si evince unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma dalla combinazione di quest'ultima con la prassi applicativa, con la concretizzazione della giurisprudenza ³⁹³.

È giocoforza pensare che la commissione di un fatto di reato, sul quale vi sia un orientamento giurisprudenziale granitico, sia rispettoso del principio di legalità, di cui all'art. 7 CEDU, ovvero del principio di tassatività, di cui all'art. 25 Cost. e che i mutamenti giurisprudenziali vadano trattati come mutamenti legislativi sicché se favorevoli sono suscettibili di applicazione retroattiva, se sfavorevoli sono soggetti al principio di irretroattività.

Rebus sic stantibus, quali conclusioni vanno tratte, quando, invece, non vi è un orientamento costante e consolidato o addirittura nemmeno esiste un orientamento minoritario?

La riflessione giuridica porta a pensare che sarebbe iniquo condannare una persona, che ha commesso un fatto, quando l'interpretazione giurisprudenziale era contrastante, non chiara, o, addirittura non formata; difetterebbero proprio l'*accessibility* e la *foreseeability*. Invero, a livello sovranazionale, sarebbe ipotizzabile lo scenario, descritto dalla sentenza *Contrada*, allorquando emergesse un orientamento giurisprudenziale, che incrimini gli atti di concorrenza sleale, alla luce di un'interpretazione evolutiva volta a garantire i beni giuridici della *libertà di*

³⁹³ A tal proposito, *cfr.* Cass., SS. UU., 21 gennaio 2010, 31 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 17 ss; DONINI, *Interpretazione delle leggi*, cit., 257-259, che definisce la sentenza *rivoluzionaria nella motivazione*, in quanto equipara il mutamento giurisprudenziale, intervenuto a Sezioni Unite, al mutamento legislativo, al fine della riproposizione della domanda di indulto precedentemente rigettata.

concorrenza e della *libertà della concorrenza*. In altri termini, se la rilevanza penale della libera concorrenza venisse ricostruita dalla sola giurisprudenza, in via interpretativa, si rischierebbe - ragionevolmente e probabilmente - di andare incontro alle censure che la Corte Edu ha mosso in occasione del cosiddetto caso Contrada ³⁹⁴.

Perché si afferma ciò, nonostante l'esistenza di fattispecie alle quali ancorare fatti tipici anticoncorrenziali?

La ragione è di garanzia: in un ipotetico emergere del succitato orientamento, la giurisprudenza non interpreterebbe, non concretizzerebbe, farebbe altro, e cioè compirebbe un'opera di tipizzazione di nuove figure di reato, non applicherebbe semplicemente normali regole di parte generale; in altri termini, risveglierebbe o scoprirebbe prassi giudiziali, le chiarirebbe, le consoliderebbe, nonostante la realtà normativa non sia certa ³⁹⁵.

Tutto ciò premesso che sorte può avere la ricostruzione prospettata con l'esame della legislazione penale vigente?

³⁹⁴ C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n. 3) in [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-153771"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Sul punto, si vedano, in dottrina, DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, contributo destinato agli Studi in onore di Mauro Ronco; DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 26-27; LEO, *Concorso esterno nei reati associativi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, voce destinata sezione di diritto penale (curata da G. Leo e F. Viganò) de Il libro dell'anno del diritto 2017 Treccani (dir. da R. Garofoli e T. Treu), Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2017; VIGANÒ, *Il Caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU, A proposito di C. app. Caltanissetta, sent. 18 novembre 2015 (dep. 17 marzo 2016), Pres. Romeo, Est. Tona, Ric. Contrada)* in www.dirittopenalecontemporaneo.it. A tal proposito, cfr. DONINI, *An impossible Exchange?*, cit., par. 2, in corso di pubblicazione, che osserva come la cultura del precedente si stia affermando in Europa, anche nei sistemi di *civil law*, con conseguente valorizzazione della conoscibilità del diritto e non solo della legge. Per l'esattezza, si assiste alla «nascita di una triplice dimensione della riconoscibilità oggettiva e dell'esigibilità soggettiva della legge penale, la quale richiede: 1. Conoscenza/conoscibilità della legge (art. 5 c.p., 27, co.1 e 3, Cost., 7 CEDU); 2. Conoscenza/conoscibilità del diritto (art. 2 c.p., 25 cpv. Cost., 7 CEDU), ma rectius: 3. Conoscenza/conoscibilità della qualificazione giuridica dei casi (Corte Edu). Un triplice statuto di garanzia, oggi valorizzato soprattutto dalla Corte Edu in Europa, rende dialogici i sistemi di *civil law* e di *common law* attraverso l'equiparazione tendenziale tra legge e diritto sul piano delle garanzie».

³⁹⁵ Si riportano, pressoché letteralmente, le parole di DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, cit., 18, che descrive, in tal modo, l'attività della giurisprudenza, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta.

Due sono le considerazioni possibili: la prima è che, allo stato attuale dell'evoluzione dottrinale in tema di interpretazione analogica ed estensiva, la ricostruzione prospettata non si macchia della violazione del principio di tassatività *nazionale*; la seconda è che, alla stregua delle logiche di *accessibility and foreseeability*, si incorre nel pericolo concreto che una tutela penale della concorrenza ricostruita per via giurisprudenziale segua la sorte del concorso esterno in associazione mafiosa e, quindi, si ponga in contrasto con l'accezione *strasburgese* del principio convenzionale di legalità.

Il contrasto interiore dell'interprete può essere lenito ancora una volta con la sua *onestà intellettuale* e con la sua *laicità di pensiero*: se certamente il quadro normativo individuato è sostenibile, per l'appunto, in ragione del fatto che è stato delineato, tracciato, mappato, esplorato, percorso, al contempo, lo stesso è frutto di un cammino duro ed avverso attraverso un sistema irrazionale ed incoerente.

Invero, prima e oltre, dette *onestà intellettuale* e *laicità di vedute* vogliono far proprio il *principio di tipicità penale*, che, nell'accezione più evoluta dello stesso, esprime «*il modo di essere della legislazione penale, è una categoria di scienza legislativa in funzione di garanzia: non solo il comportamento incriminato deve essere un fatto del tutto specifico con un nomen iuris, un'autonomia di disvalore oggettivo scolpito nelle modalità di lesione (disvalore d'azione e di evento) e una corrispondente cornice di pena*»³⁹⁶. In tal modo, «*gli istituti fondamentali della responsabilità penale (elemento oggettivo e soggettivo del fatto, causalità, circostanze, tentativo, concorso di reati, elementi della colpevolezza, scopi della pena, condotte riparative e benefici connessi etc.) devono dunque essere tipizzati, non semplicemente previsti dalla legge. E là dove questo compito non sia stato sufficientemente compiuto dal legislatore (salva la violazione di riserva di legge e determinatezza), spetta all'interprete attuare*

³⁹⁶ Così DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, cit., 4, che riprende ed approfondisce il significato di tipicità penale, affermando che non è un concetto sistematico e non corrisponde a quello classico della teoria del reato del Novecento, la cui eredità dovrebbe comunque essere integralmente ripensata e riscritta, poiché è nata e cresciuta sul "dogma" del fatto tipico oggettivo ristretto, il cui contenuto proprio di garanzia si è via via allargato sempre più, tanto che la tipicità è divenuta prima anche normativa, poi anche soggettiva e poi si è estesa a situazioni penali tipizzate, ma responsabilizzanti, estranee al "fatto" e all'illecito.

una tipizzazione interpretativa, nel solco della legalità e di altri principi sovra legislativi, compiendo il disegno epistemologico-garantistico di “chiusura” degli istituti penalistici alla mera discrezionalità, a un’evoluzione ermeneutica di semiosi illimitata o di autopoiesi giuridica. Il principio di tipicità penale, che dunque non è una nozione analitica della sistematica (come lo è invece il fatto tipico), vieta di trasformare i reati in illeciti innominati e atipici, di modellarli sul paradigma dell’illecito civile extracontrattuale. Come “fattispecie di garanzia”, essa impedisce di ridurre le categorie della responsabilità penale ai meri indici di discrezionalità e commisurazione della pena, e anzi al contrario a ricondurre la commisurazione a parametri tipizzati (indicazione legale di circostanze proprie e improprie) di predeterminazione delle scale sanzionatorie»³⁹⁷.

In altri termini ancora, la scelta di tutelare, in modo specifico, un nuovo bene giuridico, come quello della *libera concorrenza*, comporta un mutamento delle fattispecie, mutamento, a cui segue l’accusa di condotta analogica *in malam partem*. Pertanto, anche su questo presupposto si fonda la riflessione di una possibile ed opportuna prospettiva *de iure condendo*³⁹⁸.

Pertanto, è seguendo il proprio spirito guida che, al di là di considerazioni tecniche ed opportune in tema di rispetto dei principi fondamentali del diritto penale, si deve andare oltre ad una costruzione di un possibile quadro normativo e si deve tentare di percorrere la via che segue la «direzione di *an* e di *quomodo*»: è ipotizzabile un intervento riformatore a tutela della libertà di concorrenza e della libertà della concorrenza? Se prospettabile, come è possibile?

³⁹⁷ Così DONINI, *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale*, cit., 4-5.

³⁹⁸ Cfr. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., 4 ss e DONINI, *L’art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, cit., 95 ss.

b) La doverosità di fondare un intervento penale a tutela della concorrenza sui capisaldi della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico.

Nuovamente, irrompe, ritorna, l'insegnamento di Franco Bricola, che vede, nella Costituzione, il fondamento e non solo il limite del reato, il suo *volto costituzionale*, tanto che sono penalmente tutelabili solo i beni giuridici di *significativa rilevanza* costituzionale almeno *implicita* e contro aggressioni almeno di pericolo concreto ³⁹⁹.

In una riflessione *de iure condendo* si evince, pertanto, l'importanza dell'aver delineato il bene giuridico di rilevanza costituzionale della libera concorrenza e di averne descritto le sue accezioni, le sue declinazioni nella collettiva *libertà della concorrenza* e nell'individuale *libertà di concorrenza* ⁴⁰⁰.

Si è così constatato che la concorrenza attraversa, prima che i diversi rami del diritto, differenti scienze, *in primis*, quella economica, nella quale la microeconomia delinea un *idealtipo* – la *concorrenza perfetta* – a cui il mercato deve tendere per realizzare il fine ultimo del raggiungimento dei più alti livelli del benessere sociale, per la collettività dei consumatori e dei produttori. Si è appurato che la realtà del mercato è ben lontana da quel modello, a cui deve orientarsi, poiché la sua natura è quella dell'evoluzione verso monopoli ed oligopoli, difettando della stessa capacità di essere autoregolante, di restare in equilibrio. Si è visto che in questo risiede la necessità di un intervento normativo regolatore e si è appreso che nell'ordinamento italiano ciò è avvenuto in netto ritardo rispetto non solo agli Stati Uniti, ma anche agli altri Stati Europei e si è ricercata nella *nuova storia economica* una spiegazione, essenzialmente riducibile alla considerazione secondo cui la libera concorrenza, come *modus operandi* del mercato, richiede e presuppone che un mercato esista, condizione questa che

³⁹⁹ Da ultimo, cfr. DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo*, cit., 59.

⁴⁰⁰ Si rinvia, per la definizione dei beni della *libertà di concorrenza* e della *libertà della concorrenza*, a quanto illustrato a pag. 40.

si è verificata solo a partire dagli anni Sessanta nell'ordinamento italiano. Al contempo, si è osservato che, in precedenza, la legislazione italiana si è occupata di concorrenza, ma in una dimensione intersoggettiva, ossia di regolazione dei rapporti dell'imprenditore con gli altri concorrenti o con altri soggetti, qualora vi sia un'alterazione dello svolgimento del suo diritto di esercitare l'attività economica scevro da turbative di concorrenti, di *ex* dipendenti e così via. In altri termini, si è preso atto che la *concorrenza* presenta sia una dimensione *soggettiva* sia una portata *oggettiva* a cui corrispondono, rispettivamente, un *bene giuridico individuale* e un *bene giuridico collettivo*, e cioè la *libertà di concorrenza* e la *libertà della concorrenza*. Infine, si è visto che, mentre quest'ultima ha ad oggetto il regime di mercato, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di operatori economici, nessuno in grado di influenzare, da solo, la dinamica degli scambi, la prima concerne il diritto del singolo individuo all'iniziativa economica e, quindi, garantisce a ciascun soggetto la libertà di iniziativa economica. Ancora, si è appreso che la concretizzazione di tali beni giuridici si traduce, nell'accezione collettiva, nello studio del divieto di intese restrittive della concorrenza, degli abusi di posizione dominante e delle concentrazioni, mentre, nell'accezione individuale, nelle limitazioni legali e convenzionali alla libera concorrenza e nel divieto di atti di concorrenza sleale ⁴⁰¹.

Oltre a ciò, infine, si è verificato che *la libertà di concorrenza* e *la libertà della concorrenza* trovano un fondamento *implicito* nella Costituzione; in particolare, lo studio dei lavori preparatori della Carta fondamentale ha mostrato come sulla libera concorrenza vi sia stato un acceso dibattito nella stessa Assemblea Costituente. Ancorché abbia un fondamento implicito, non si può negare che la sua rilevanza sia *significativa*, come richiede la *teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico*; anzi, non pare francamente nemmeno esagerato sostenere che oggi non sia possibile parlare di economia, di iniziativa economica, senza pensare -

⁴⁰¹ Si veda quanto illustrato in Cap. 1, sez. II e sez. III, per l'individuazione e la descrizione del bene giuridico.

esplicitamente o implicitamente - alla concorrenza talché se la Costituzione si occupa di economia allora un'interpretazione evolutiva attualizzante non può che impattarsi con la libera concorrenza ⁴⁰².

Così facendo, si è fatta applicazione dell'insegnamento *bricoliano*, la cui fedeltà non è solo una questione metodologica, ma è anche coerente con la giurisprudenza costituzionale, e, per l'esattezza, con la sentenza 6 luglio 1989, numero 409, che ha recepito, nello specifico, la teoria di Bricola, nella parte in cui afferma che «*non sono legittime incriminazioni penali a tutela di beni non espressivi di valori costituzionalmente rilevanti*», nonché che «*il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere per quanto possibile, tenuto conto della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante*» ⁴⁰³.

In tal modo, quindi, si è superata, non solo in dottrina, ma anche in giurisprudenza, la lettura tradizionale secondo cui i principi costituzionali costituiscano solo un limite alla potestà del legislatore nella costruzione della responsabilità penale per avvallare la *lettura, forte e bricoliana*, alla stregua della quale, nel patto costituzionale, risiede il *volto costituzionale* dell'illecito penale, una sorta di Codice penale costituzionale capace di contenere le scelte fondamentali in materia penale. In altri termini e in tal modo, ogni questione di diritto penale ha avuto, ha ed avrà una rilettura costituzionalizzante, una nuova fondazione, a partire dai principi, fino a giungere ad ogni elemento della struttura del reato e della pena ⁴⁰⁴.

«*Senza il bene giuridico non si costruisce un codice e non è possibile l'interpretazione delle singole fattispecie. Senza bene giuridico non si costruisce un sistema*» ⁴⁰⁵: di tutto questo

⁴⁰² Si veda, sempre, quanto illustrato in Cap. 1, sez. II e sez. III, per l'individuazione e la descrizione del bene giuridico.

⁴⁰³ DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo*, cit., 59-62, che ricorda come la giurisprudenza costituzionale abbia recepito quasi testualmente alcuni profili centrali della teoria di Bricola, tra cui, ad esempio, Corte Cost. 23-24 marzo 1988, n. 364 sull'*ignorantia legis* e sul principio di colpevolezza.

⁴⁰⁴ DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo*, cit., 62-63.

⁴⁰⁵ Così DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo*, cit., 65-66.

sono consapevoli la dottrina e la giurisprudenza costituzionale e lo deve essere anche l'interprete, che sa che «*ragion d'essere d'un qualsiasi ipotetico obbligo (costituzionale) di tutela penale, è il bene giuridico della cui tutela si tratti*»⁴⁰⁶.

Al contempo, tuttavia, l'osservatore è, altrettanto consapevole, del rovescio della medaglia ossia che «*Ma il bene da solo non basta: può servire sia a estendere e sia a restringere l'applicazione di una norma. Esso non ha vocazione delimitativa del principio di offensività. L'intera griglia dei principi costituzionali, peraltro, non solo quello di necessaria offensività non solo quello di necessaria lesività, dovrebbe servire a delimitarne o a regolarne l'uso [...]*»⁴⁰⁷.

Pertanto, a questo punto, l'interrogativo è il seguente: *posto che la condicio sine qua non della criminalizzazione è l'esistenza del bene giuridico di rilevanza costituzionale e posto che tale condizione sussiste, è ipotizzabile un intervento penale alla luce degli altri principi costituzionali?*

La risposta va individuata nel principio di offensività, che richiama l'attenzione sul fatto che non ogni forma di offesa deve avere rilevanza penale: l'offensività «*pre-suppone*» il bene ed è in funzione della sussidiarietà, *dell'extrema ratio*, che permea il diritto penale, ne è un prodotto, insieme ai principi di materialità, di diritto penale del fatto, del divieto di un diritto penale d'autore, del principio di laicità, che tutti insieme delimitano la tutela dei beni in un significato costituzionalmente conforme⁴⁰⁸.

Strettamente legato a questo è il problema degli obblighi di criminalizzazione, questione alla quale l'interprete di questa ricerca è particolarmente sensibile, posto che la concorrenza è efficacemente tutelata dal *diritto non penale* e che i summenzionati obblighi di criminalizzazione non esistono quasi mai in termini assoluti.

⁴⁰⁶ Così, PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 497, scritto destinato agli Studi in memoria di Giacomo Delitala.

⁴⁰⁷ Così DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo*, cit., 65-66.

⁴⁰⁸ Così DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo*, cit., 71-73; in modo simile, sempre, DONINI, *Il principio di offensività*, cit., 5-6.

Il *quando si debba tutelare con il diritto penale* resta un interrogativo, a cui in concreto è difficile dare una risposta. Ciò non significa che non si abbiano delle certezze: più precisamente, si è consapevoli che non si può sanzionare penalmente comportamenti inoffensivi di un bene giuridico o privi di un bene giuridico e legittimare ciò con l'irrogazione di una sanzione simbolica. In modo speculare, non è sufficiente prevedere illeciti amministrativi con sanzioni molto afflittive, anziché fattispecie incriminatrici, per fuggire dalla *materia penale*, interrogandosi sul rapporto tra illecito e sanzione e sulla proporzione penalistica⁴⁰⁹.

Per dare una risposta al *se si deve punire*, si vuole riflettere su un duplice ordine di considerazioni proprie della logica europea, in quanto si percepisce in esse un fondamento di innegabile verità, di coerenza garantista. Per l'esattezza, in primo luogo, si fa riferimento al dovere di costruzione di obblighi penali di tutela, imposto dall'Unione Europea agli Stati membri, al fine di assicurare una maggior protezione di certi beni – o meglio di interessi dell'Unione Europea; in altri termini, l'Unione Europea pone un'equazione tra diritto penale e protezione dei beni giuridici. Oltre a questo, secondariamente, l'altro insegnamento, che si vuole far proprio, è che l'illecito amministrativo particolarmente afflittivo non sfugge alle garanzie del diritto penale sancite dalle Carte dei diritti sovranazionali, tanto la CEDU quanto la cosiddetta Carta di Nizza⁴¹⁰.

Nell'impossibilità di trovare argomenti, quindi, che ostino ad un intervento penale a tutela della concorrenza si intravede una sua possibilità sicché non resta che tentare di capire come lo stesso sia possibile e il tentativo non può che operare una distinzione tra fattispecie poste a tutela della *libertà di concorrenza* e fattispecie posta a tutela della *libertà della concorrenza*.

⁴⁰⁹ DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo*, cit., 72, a tenore del quale «Non si può sanzionare penalmente il divieto di parcheggio, neppure se si prevede una pena pecuniaria simbolica e non convertibile in pena limitativa della libertà. Non è penale. Non può essere "penale" quella violazione, anche se sarebbe proporzionata la sanzione».

⁴¹⁰ Sempre DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo*, cit., 72.

In tal modo, l'ennesimo ostacolo, che incontra l'interprete nel suo cammino, è quello della *tecnica di incriminazione*, essendo di fronte tanto ad un bene giuridico individuale quanto ad uno collettivo.

Non si può non ricordare a questo punto della trattazione il pensiero di *Klaus Tiedemann*, precursore, non solo del diritto penale dell'economia, ma dello stesso diritto penale della concorrenza. Infatti, lo stesso non solo ha sempre annoverato i «reati della concorrenza»⁴¹¹ tra gli ambiti del diritto penale economico, ma ha sempre pensato alla concorrenza come un bene giuridico *collettivo o sociale*, volto alla tutela, in primo luogo, dell'ordinamento economico statale nel suo complesso e nel settore specifico dell'economia, e, secondariamente, degli interessi individuali di chi è economicamente attivo ⁴¹². Più esattamente, nel pensiero di *Tiedemann* ricorre la differente concezione di mercato e di concorrenza nella normativa *antitrust – GWB*- e nel codicistico § 299 StGB, nel qual ultimo le nozioni di mercato e di concorrenza «si riferiscono ad un mercato concreto ed a un danno nei confronti di concorrenti attuali, mentre il *GWB* si accontenta di una concorrenza potenziale e della garanzia delle possibilità d'ingresso nel mercato di concorrenti futuri (*newcomer*)» ⁴¹³. In ultima istanza, nel pensiero di *Tiedemann* la distinzione tra bene giuridico individuale e bene giuridico collettivo è, *in primis*, un criterio razionale ⁴¹⁴.

Infine, non si può non apprezzare come il pensiero *dualista* di *Tiedemann* e soprattutto la necessità di pensare alla concorrenza come bene giuridico trovino una diffusione quasi internazionale ⁴¹⁵

⁴¹¹ Così, TIEDEMANN KLAUS, *Il diritto penale dell'economia*, cit., 3 e 10.

⁴¹² Così, TIEDEMANN KLAUS, *Il diritto penale dell'economia*, cit., 7.

⁴¹³ Così, TIEDEMANN KLAUS, *Clauseole generali nel diritto penale dell'economia – sull'esempio della slealtà nel diritto penale della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, 1-2, 7-8. Sul *GWB*, cfr. *infra* pagg. 252-253, mentre sul § 299 StGB si veda sempre *infra* pag. 290-291.

⁴¹⁴ TIEDEMANN KLAUS, *Lecciones de derecho penal económico*, cit., 31.

⁴¹⁵ CERVINI RAÚL, *Derecho penal económico. Perspectiva integrada*, in www.ciidpe.com.ar, 3-4, *catedrático* che si approccia al Diritto Penale Economico mettendo al centro il bene giuridico. In particolare, si legge, a pag. 1, che «*Debemos empezar por consignar que Concepto y Bien Jurídico en el derecho penal económico sin temas que estructural y funcionalmente se encuentran muy estrechamente vinculados.*»

c) Lineamenti per un intervento penale a tutela della libertà della concorrenza.

i. Le problematiche sottese al fenomeno delle Autorità Indipendenti e dell'AGCM e i dubbi dell'interprete nazionale.

Si prendono le mosse dalla *libertà della concorrenza*, evidenziando, sin da subito, che non si esagera nell'affermare che si è di fronte ad un *macro-bene collettivo* sicché la difficoltà di sanzionare penalmente offese dirette e immediate, per l'eccesso di indeterminatezza, è innegabile, ma non deve essere motivo per demordere dalle riflessioni di *de iure condendo*, anche per evitare che una ricostruzione avvenga per via giurisprudenziale, anziché legislativa ⁴¹⁶.

Con tali intenti, qualsiasi indagine su una prospettiva di riforma non può che muoversi dall'esame coscientemente critico del *diritto vivente* attualmente vigente.

In short, si è visto che la *libertà della concorrenza* rappresenta un bene giuridico collettivo, un interesse diffuso, volto a salvaguardare il corretto funzionamento del mercato al fine di garantire accessibilità di tutti gli operatori e di evitare la formazione di oligopoli e di monopoli con lo scopo ultimo di assicurare il regime concorrenziale del mercato, la presenza di una pluralità di operatori economici, nessuno in grado di influenzare da solo la dinamica degli scambi talché l'attenzione va posta sulla legislazione *antitrust* e sulle sanzioni amministrative pecuniarie.

Infatti, in tale settore, le fattispecie offensive della *libertà della concorrenza* sono ben individuate, dalla legge n. 287/1990, negli abusi di posizione dominante, nelle concentrazioni e nelle intese giacché sono previste sanzioni

⁴¹⁶ DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo*, cit., 70.

amministrative pecuniarie molto elevate tanto da aver sollevato problemi di compatibilità *convenzionale europea* ⁴¹⁷.

Un *onesto e laico* tentativo di pensare ad una tutela penale dell'*antitrust* non può che riflettere sull'ampio fenomeno delle autorità amministrative indipendenti, tema affrontato ampiamente dalla dottrina amministrativistica ⁴¹⁸.

La ragione di questa tappa obbligatoria è semplice ed intuibile: innanzitutto, il controllo sulle violazioni di diritto *antitrust* è riservato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e non è devoluto all'autorità giudiziaria e, secondariamente, l'Autorità in esame appartiene al più ampio fenomeno delle Autorità indipendenti.

Che cos'è, quindi, un'Autorità amministrativa indipendente?

Fornire una definizione unitaria è difficile, poiché non esiste un modello di Autorità, ma esistono molteplici Autorità istituite per contingenti esigenze di indipendenza e di neutralità, in alcuni settori, senza, quindi, che preesista una disciplina comune e organica; in altri termini, si assiste ad una serie di poteri pubblici, contraddistinti da uno specifico grado di indipendenza dal potere

⁴¹⁷ Si allude al caso Menarini, su cui si rinvia a Capitolo II, Sezione I.

⁴¹⁸ Nella dottrina di diritto amministrativo, *cf.*, *ex plurimis*, CERULLI IERELLI, *Premesse problematiche allo studio delle «amministrazioni indipendenti»*, in BASSI, MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 1-30, MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in BASSI, MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., 151-161, CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in BASSI, MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., 115-150, AMATO, *Le autorità indipendenti della costituzione economica*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 3-16, CASAVOLA, *Quale «statuto» per le Autorità indipendenti*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 17-33, ROMAGNOLI, *Autorità di garanzia e regolazione del pluralismo*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 55-68, SCHLESINGER, *Natura e limiti delle responsabilità delle Autorità*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 79-82, BIN M., *Per una limitazione, una legittimazione costituzionale ed uno statuto delle Autorità indipendenti: qualche interrogativo*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 99-105, D'ATENA, *Autorità di garanzia e qualità della legalità costituzionale*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 115-126, AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, 3, 645-664, CRISCI, *La proliferazione delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 787, D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, IV, 2001, 1 ss.

politico, dall'esercizio di funzioni neutrali in diversi settori dell'ordinamento, specialmente economici, e da un elevato grado di competenze tecnologiche ⁴¹⁹.

Si caratterizzano, pertanto, per i loro *eccentrici* profili strutturali e funzionali rispetto alla morfologia tradizionale delle Pubbliche Amministrazioni, in quanto si sottraggono al potere politico-governativo e ai relativi indirizzi, per la tendenziale equidistanza e neutralità, rispetto agli interessi, sui quali incidono, per l'alto tasso di competenza tecnica richiesta nell'esercizio delle competenze loro assegnante ⁴²⁰.

Neutralità ed *indipendenza* sono, quindi, gli elementi differenziali dell'Autorità indipendenti, rispetto agli altri soggetti pubblici, sicché vale la pena spendere qualche considerazione a tal proposito. Nel dettaglio, il concetto di neutralità va inteso come indifferenza rispetto agli interessi in gioco; esso si distingue dall'imparzialità, che è principio dell'attività amministrativa, come sancito dall'art. 97 Cost., e che impone di non effettuare arbitrarie discriminazioni. In altri termini, esula la classica comparazione di interessi pubblici propria dell'esercizio della discrezionalità amministrativa. L'indipendenza, da parte sua, postula l'assenza di qualsiasi rapporto, anche di equiordinazione, tra soggetti pubblici allo scopo di assicurare che le funzioni siano svolte senza condizionamenti; essa rappresenta l'evoluzione del principio dell'autonomia, il quale è funzionale alla garanzia dell'indipendenza. Quest'ultima è, così, attuata mediante l'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria, l'assenza di poteri di indirizzo, la mancanza di ingerenze di carattere politico, i criteri di nomina, volti ad assicurare la necessaria competenza tecnica, ed

⁴¹⁹ Sul punto, si vedano CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 289 e AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit., 658-664. Sull'erompere delle autorità indipendenti, cfr. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale, La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, 5-32.

⁴²⁰ GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 315-318.

un'investitura unitaria e neutrale, la durata e la limitata revocabilità e rinnovabilità della carica ⁴²¹.

Ad ogni modo, la definizione più accreditata qualifica le Autorità indipendenti come enti o organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal governo, caratterizzati da autonomia organizzativa, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere di direttiva dell'esecutivo, forniti di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti ⁴²².

Si assiste ad una trasposizione delle *independent regulatory agencies* statunitensi, nate, nel 1887, per la necessità di attuare un processo di regolazione pubblica dell'economia, finalizzato a disciplinare gli effetti di una industrializzazione rapida, di un'innovazione tecnologica e di una massiccia industrializzazione, ossia della nascita di un vero e proprio mercato. In particolare, alle *agencies* sono attribuite funzioni composite, di autorizzazione e di vigilanza, di normazione secondaria e di soluzione delle controversie e di decisione, volte ad assicurare il *keeping out of politics*, ossia la difesa dei diritti e degli interessi rispetto ai cosiddetti poteri forti ⁴²³.

In Europa, il fenomeno delle Autorità approda, solo negli anni Settanta, e, per l'esattezza, in Francia con l'istituzione delle *autorités administratives*

⁴²¹ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 294-295. Sulla nozione di *indipendenza* tra *neutralità*, *tecnicità*, *terzietà* ed *irresponsabilità* politica quale elemento precipuo per la creazione di un modello di autorità indipendente si veda NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale*, cit., 33-55.

⁴²² Ancora, AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit., 658-664.

⁴²³ Sempre, CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 289, che ricordano come la prima autorità viene fatta risalire all'istituzione nel 1887, negli Stati Uniti, dell'*Interstate Commerce Commissione*, denominata «*the poor man's court*», volta a disciplinare l'azione delle compagnie ferroviarie e a tutelare i diritti dei soggetti meno forti, stante il conflitto di interessi che si era aperto negli Stati Uniti in seguito allo sviluppo delle strade ferrate. Il modello statunitense si caratterizza per la delega di poteri normativi, che sono sostitutivi del potere legislativo; al fine di evitare abusi, posta l'iniziale assenza di limiti legislativi a detta funzione normativa, nel 1946, l'*Administrative Procedure Act* impone alle *agencies* il rispetto di una serie di regole procedurali, dirette alla tutela delle garanzie delle imprese soggette a tali poteri e al rispetto del contraddittorio.

indépendantes, nate con la finalità di protezione di diritti e di interessi rispetto sempre ai cosiddetti poteri forti; successivamente, lo stesso trova ampio sviluppo in altri paesi europei, come la Gran Bretagna, dove le Autorità svolgono funzioni giurisdizionali, con un ruolo sostitutivo rispetto al giudice, oltre alla titolarità anche di potestà amministrative e normative, di *delegated legislation* ⁴²⁴.

In Italia, *il primo embrione* ⁴²⁵ è individuato nella CONSOB, istituita con la legge n. 216/1974, con la funzione di vigilare sui mercati mobiliari, di proteggere gli investitori e di garantire la trasparenza informativa sul mercato e la correttezza degli operatori. A partire da questo momento e, soprattutto, negli anni Novanta, grazie anche alla necessità di adeguarsi ad obblighi comunitari, si è assistito al proliferare di Autorità indipendenti, tra cui anche quella *Antitrust*, per mezzo di diverse leggi di istituzione della singola autorità, senza, però, che sia mai stato adottato un provvedimento per una comune disciplina delle stesse e in assenza di una disposizione costituzionale di copertura ⁴²⁶.

Le Autorità indipendenti sono sicuramente espressione della cosiddetta *crisi della legge*, ossia della capacità della stessa di predefinire, sia pure nel rispetto

⁴²⁴ Cfr. ancora CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 289-290, che osservano come il modello europeo differisca da quello statunitense: più precisamente, a fronte di un intervento massiccio dello Stato nell'economia, il modello europeo non nasce con il precipuo scopo di *regulation* del mercato, scopo proprio di quello statunitense, alla luce dell'assenza di una disciplina del mercato. In altri termini, ancora una volta, si assiste ad una conseguenza dell'ideologia di politica economica adottata da uno Stato in un determinato momento storico, ossia, ancora una volta, è nella storia economica che si rinvengono risposte al fenomeno. Infatti, lo Stato, nel corso delle privatizzazioni degli anni Novanta, passa da ruolo di giocatore a quello di arbitro e regolatore in economia, rendendo necessario l'istituzione di soggettività pubbliche indipendenti, cui si è affidato il compito di evitare che le privatizzazioni dei precedenti enti pubblici economici rechi con sé la mera sostituzione al monopolista pubblico di quello privato. Sul punto, cfr., altresì, AMATO, *Le Autorità indipendenti della costituzione economica*, cit., 3-7.

⁴²⁵ Così, AMATO, *Le Autorità indipendenti della costituzione economica*, cit., 6.

⁴²⁶ Sulla nascita del fenomeno delle Autorità Indipendenti e sulla sua evoluzione in Italia, cfr. AMATO, *Le Autorità indipendenti della costituzione economica*, cit., 6-9. Senza pretesa di esaustività, si ricordano, tra le tante Autorità esistenti, il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, ora Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e, da ultimo, l'Autorità nazionale anticorruzione.

dei canoni della generalità e dell'astrattezza, un sistema completo e preciso di regole di comportamento (obblighi e divieti) tale da consentire ai destinatari della disciplina di valutare in modo autonomo ed *ex ante*, con un grado elevato di certezza, i propri e gli altrui comportamenti in termini di liceità o illiceità; in particolare, detta crisi si manifesta in modo evidente nei settori soggetti ad un'evoluzione tecnologica e di mercato rapidissima, difficilmente regolabili con legge e, quindi, esposti al rischio di una rapida obsolescenza e in questo si spiega l'attribuzione di poteri di regolazione, di *law-making*, preordinati all'emanazione di regolamenti o atti generali ⁴²⁷.

A questa esigenza corrisponde la cosiddetta funzione di *regulation*, ossia l'espressa attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri di scelta non legislativamente predeterminati; più specificamente, la funzione di *regulation* attiene non ai regolamenti, che sono espressione dell'autonomia organizzativa, ma a quelli, che sono il frutto dell'autonomia normativa, che opera nelle materie riservate alla competenza tecnica delle stesse Autorità. In altri termini, si assiste ad una sorta di delega di poteri normativi ad apparati amministrativi da parte del Parlamento, che trova la sua spiegazione nell'incapacità del legislatore di porre una disciplina legislativa completa di una determinata materia, talché, mediante l'attribuzione di tali poteri regolatori alle Autorità indipendenti, si fornisce una rapidità di adeguamento delle regole alle esigenze del mercato in settori, dove il rischio di obsolescenza è molto elevato.

Mutuando il fenomeno delle *agencies* statunitensi, però, si è finiti con il delegare un potere così ampio tanto da sollevare problemi di compatibilità con il principio di legalità in senso sostanziale: più precisamente, si deve verificare se il sistema delle fonti possa tollerare o meno l'adozione di atti normativi da parte di soggetti, che non sono muniti di legittimazione democratica e rappresentativa. L'orientamento maggioritario è volto a riconoscere la legittimità dei poteri di

⁴²⁷ CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, relazione al Convegno, *Le autorità amministrative indipendenti* in www.giustizia-amministrativa.it e CLARICH, *Le autorità amministrative tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro. amm.*, 2002, 3865 ss.

regulation, individuando, in particolare, nelle garanzie procedurali, conseguenti all'applicazione del giusto procedimento, il correttivo della perdita di legalità sostanziale e del *deficit* di legittimazione democratica ⁴²⁸.

Oltre a porre rimedio alla summenzionata *crisi della legge*, le Autorità indipendenti rispondono al bisogno che determinati settori sensibili siano scevri dal condizionamento degli organi politici e dei titolari degli interessi dei settori stessi; si denota, in questo, altresì, l'abdicazione dello Stato dall'intervento diretto nell'economia e la sua sostituzione con soggetti neutrali e tecnicamente preparati ⁴²⁹.

La necessità di provvedere a questo bisogno giustifica l'attribuzione di funzioni amministrative e contenziose; dettagliatamente, si è di fronte ad un ventaglio molto variegato di poteri: più precisamente, si passa da una mera *moral suasion* - ossia l'ausilio ai poteri pubblici, mediante relazioni periodiche al Parlamento, segnalazioni di problematiche, espressione di pareri - all'*adjudication*, e cioè l'attribuzione di poteri immediatamente incidenti sui terzi, quali quelli sanzionatori o inibitori. Questi ultimi, a loro volta, si caratterizzano per essere esercizio non tanto delle tradizionali valutazioni discrezionali amministrative, ma dell'esercizio della cosiddetta discrezionalità tecnica, a cui consegue anche il compito di contestualizzare le norme da applicare, che spesso annoverano concetti giuridici indeterminati. Infine, alle Autorità indipendenti sono assegnate funzioni definite contenziose, in cui le stesse svolgono il ruolo di arbitro di situazioni giuridiche di tipo bilaterale orizzontale intercorrenti tra soggetti privati ⁴³⁰.

Si è, così, assistito all'irruzione di «soggetti para-pubblicistici», neutrali ed indipendenti, a cui sono attribuite funzioni di regolazione ed amministrative, ivi incluse quelle sanzionatorie e contenziose.

⁴²⁸ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 295-297.

⁴²⁹ GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 321.

⁴³⁰ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 295-296.

È giocoforza pensare che l'irrompere di un simile fenomeno e la sua continua espansione generino e abbiano generato questioni problematiche, stante la mancanza di una disciplina organica del fenomeno, l'incisività dei poteri e la disomogeneità delle caratteristiche, con cui il fenomeno stesso si presenta, posto che il tasso di indipendenza assicurata varia da Autorità ad Autorità, a seconda della relativa legge istitutiva ⁴³¹.

Quali sono le generate questioni problematiche?

Codeste concernono il problema della compatibilità con la Costituzione del fenomeno in esame e la natura delle Autorità Indipendenti.

Nel dettaglio, il problema della copertura costituzionale deriva dal fatto che le Autorità amministrative indipendenti non hanno alcun riferimento nella Costituzione sicché è emersa la questione della loro compatibilità con l'attuale quadro costituzionale. I dubbi di tolleranza o meno della loro ammissibilità coinvolgono il rispetto del principio di tripartizione dei poteri, poiché le Autorità si pongono al di fuori del fondamentale insegnamento tramandatoci da *Montesquieu* ⁴³².

Per l'esattezza, in primo luogo, viene in rilievo un profilo di frizione con l'art. 95 Costituzione, poiché le Autorità non sono soggette alla disposizione citata, che sancisce la responsabilità politica dei Ministri per l'attività dei propri ministeri e del Presidente del Consiglio dei Ministri per la politica generale del Governo. Infatti, la già ricordata indipendenza, garantita alle Autorità in esame,

⁴³¹ AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, cit., 660, che stigmatizza gli approcci unitari volti a ricondurre le nuove istituzioni in un'unica categoria giuridica ricostruita, stante l'assenza di una disciplina di riferimento intesa a regolare un preciso ed omogeneo modello.

⁴³² NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale*, cit., 57-63, che verifica, per di più con particolare riferimento alla materia penale, se le fattispecie, che subordinano la sanzione penale o amministrativa all'emanazione di regolamenti, di provvedimenti o di atti delle autorità di garanzia, introducano frizioni o rotture con il principio di legalità in materia punitiva, interrogandosi sulla possibilità di rivedere significato e portata del vincolo di legalità onde adeguarne le applicazioni alle esigenze emergenti della società, nonché vagliando se non sia meglio differenziare la risposta punitiva a seconda di diversi illeciti di competenza delle Autorità indipendenti, optando per la via dell'illecito amministrativo in luogo dello strumento penale sulla base del convincimento che il primo sia sottoposto ad un vincolo meno stringente di quello operante per il diritto penale.

dal potere di indirizzo politico del Governo, se assicura un sistema di garanzie riguardanti, le nomine, le incompatibilità, i poteri, l'autonomia organizzatoria, al contempo, fa venir meno la responsabilità politica, cui è soggetto il potere esecutivo ⁴³³. In tal modo, si rischia che settori, sensibili e rilevanti, siano completamente sottratti dalla direzione e dal controllo del Governo e, per di più, siano privi di legittimazione democratica, *deficit* a cui è collegato il problema della compatibilità di poteri normativi e di regolazione alla luce del sistema delle fonti e del principio di legalità ⁴³⁴.

Il secondo aspetto di frizione con la Carta Costituzionale riguarda la funzione regolatoria e para-giurisdizionale e viene in considerazione l'art. 101 Cost., che afferma che la giustizia è amministrata in nome del popolo e che i giudici sono soggetti soltanto alla legge; più precisamente, si è osservato che la previsione costituzionale impone che sia la magistratura a dettare l'ultima parola sulle vicende conflittuali, senza che possa riconoscersi autorità di cosa giudicata a determinazioni di autorità diverse, come, per l'appunto, si verifica con riferimento alle Autorità, le cui determinazioni sono sottoposte al vaglio giurisdizionale ⁴³⁵.

A questi problemi di rilevante ordine generale non si può di certo trovare la soluzione sulla base della mera esistenza di un fenomeno, bensì si deve

⁴³³ Sull'effettivo grado di irresponsabilità delle *Authorities* rispetto al Governo e sull'intensità dei controlli che quest'ultimo può effettuare si registrano due tesi: per l'esattezza, ad avviso di un primo orientamento, non sarebbe ammissibile svincolate dalla sfera di intervento e controllo del Governo, in quanto, ancorché non gerarchicamente subordinate al Governo, sussiste l'obbligo di rendere conto degli atti compiuti, delle ragioni delle scelte e dei criteri cui complessivamente si è ispirata; a sua volta, il Governo potrebbe rispondere per *culpa in eligendo* per gli atti posti in essere dalle Autorità, conservando sempre il potere di revocare i vertici delle stesse e degli atti ai sensi dell'art. 3, secondo comma, lett. p) della legge n. 400/1988. Ad avviso, invece, di un'altra posizione, l'indipendenza da riconoscere alle Autorità deve essere la più ampia possibile al precipuo fine di assicurare l'esercizio delle funzioni di regolamentazione e tutela degli interessi collettivi sicché i controlli da parte dell'autorità politica sono inammissibili. Sul punto, *cf.* GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 346-351.

⁴³⁴ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 291-292.

⁴³⁵ GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 351-355.

affrontare la seconda questione problematica delineata, e cioè quella della natura delle Autorità indipendenti.

Più specificamente, il dibattito si incentra sul quesito se le stesse debbano essere ricondotte nell'alveo della Pubblica Amministrazione e, quindi, avere carattere amministrativo ovvero siano da assimilare al potere giudiziario, assumendo, carattere giurisdizionale o quasi giurisdizionale, stante l'indipendenza e la loro neutralità.

Non si è di fronte ad un mero problema teorico, bensì si hanno importanti implicazioni applicative in tema di ampiezza del sindacato del giudice sugli atti amministrativi. Infatti, se si reputa che le Autorità abbiano carattere giurisdizionale, allora il suddetto sindacato sarà fortemente limitato; viceversa, se si sostiene che esse abbiano carattere amministrativo, allora il controllo del giudice sarà più ampio.

L'orientamento prevalente nega la natura giurisdizionale o *quasi-judicial*, con conseguente affermazione della natura amministrativa. In particolare, una conferma della correttezza della posizione maggioritaria si rinviene nell'utilizzo dell'espressione *autorità amministrative indipendenti* ad opera del legislatore all'art. 119 del Codice del processo amministrativo. A ciò si aggiunga che anche la giurisprudenza ne sostiene la natura amministrativa, escludendo categoricamente la possibilità di riconoscere natura giurisdizionale o para-giurisdizionale alle Autorità indipendenti, affermando che l'ordinamento giuridico non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione; in particolare, la terzietà e la neutralità delle Autorità indipendenti non sono ammissibili alla terzietà del giudice sicché non si istituisce un giudice speciale, ma si attribuisce ad un organo pubblico un procedimento speciale, soprattutto, se si considera giudice solo quel soggetto pubblico, che, esercitando quel tipico procedimento, che è il processo giudiziario, dà luogo ad una decisione su diritti, suscettibile di assurgere alla definitività del giudicato, al di fuori di qualunque altro controllo da parte di altro e diverso organo o potere dello Stato. Il caso delle Autorità indipendenti non è

riconducibile alla figura del giudice così come intesa. Al contempo, la natura giurisdizionale non può discendere dalla particolare struttura del procedimento, seguito dall'Autorità, in cui è garantito il contraddittorio tra le parti, come sancito dalla legge n. 241/1990, applicabile anche ai procedimenti delle Autorità, i quali, pertanto, garantiscono la rappresentanza del soggetto privato al fine di garantire *la miglior comparazione degli interessi in gioco*. In conclusione, quindi, la tesi attuale dominante è orientata nel senso di affermare che le Autorità indipendenti hanno natura amministrativa e non giurisdizionale, differenziandosi, tuttavia, dal tradizionale esercizio di funzioni amministrative, caratterizzato dalla comparazione degli interessi in gioco e dal perseguimento dell'interesse pubblico di riferimento ⁴³⁶.

Quanto alla tutela giurisdizionale, essa risente della difficoltà di collocare nel sistema ordinamentale le Autorità indipendenti; il problema, per l'esattezza, è quello dei limiti del sindacato del giudice degli atti e, quindi, dell'attività tecnica ed altamente specialistica ⁴³⁷.

Un duplice ordine di semplici considerazioni preliminari sono d'obbligo: *in primis*, che la possibilità di impugnare dinnanzi al giudice è la logica conseguenza della qualificazione in termini amministrativi della natura delle Autorità indipendenti e, *in secundis*, che il giudice naturale deputato a conoscere del gravame è il giudice amministrativo.

⁴³⁶ Sulla natura delle Autorità *cf.* CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 292-295.

⁴³⁷ Del problema si è fatto cenno anche alle pagg. 86-89. Sul punto, si vedano, sempre, altresì, CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 301-310. In particolare, gli Autori ricordano che la problematica non esula nemmeno negli Stati Uniti, dove le *agencies* hanno fatto la loro prima comparsa, e alla stessa è stata fornita soluzione nel *leading case*, *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC* 467 U.S. 837 (1984), con cui la Suprema Corte ha affermato che i giudici possono disattendere l'interpretazione, che un'*agency* dà ad una legge, di cui ha al compito di curarne l'applicazione, solo quando questa interpretazione sia contraria alla volontà espressa del legislatore oppure sia irragionevole, sancendo, così, una forte limitazione al sindacato del giudice con riferimento, precisamente, alla funzione di *regulation*. Il testo della sentenza è reperibile in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/case.html>.

Invero, non è corretto affermare, categoricamente, che il giudice competente in ordine al controllo degli atti di tali organismi sia il giudice amministrativo, poiché la mancanza di un disegno di legge unitario ha portato ad un riparto di giurisdizione individuato, caso per caso, da singole norme di settore o dall'applicazione di disposizioni più generali. Di conseguenza, è più corretto affermare che si assiste ad una *preferenza* per il giudice amministrativo e, in particolare, della giurisdizione esclusiva di quest'ultimo, come, ora, confermato dall'art. 133, primo comma, lett. l) del Codice del processo amministrativo, che riguarda le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati ⁴³⁸.

Così individuato il riparto di giurisdizione, si deve ora, per l'appunto, affrontare la questione della natura e delle modalità del sindacato giurisdizionale. A tal proposito, si registra un'evoluzione: in primo momento, la sindacabilità era circoscritta a tutti e soli i vizi di legittimità e non di merito dei provvedimenti sicché erano giustiziabili il vizio di incompetenza, la violazione di legge e l'eccesso di potere in tutte le sue forme, verificando il giudice, in quest'ultima ipotesi, che il provvedimento fosse logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, senza ovviamente poter sostituire le sue valutazioni di merito a quelle delle Autorità. Più specificamente, nulla ostava a che l'organo giudicante valutasse, sulla base degli elementi di prova, raccolti dalla stessa Autorità, la verità dei fatti, posti a fondamento dei provvedimenti; i limiti si incontravano, invece,

⁴³⁸ Per l'esattezza, l'art. 133, primo comma, lett. l), cpa sancisce che «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: [...] i) le controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico; l) le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dagli Organismi di cui agli articoli 112-bis, 113 e 128-duodecies del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209».

nella sindacabilità dell'interpretazione della legge del settore di riferimento dell'Autorità, che, di volta in volta, veniva in rilievo, e nella qualificazione dei fatti stessi alla luce della ricostruita interpretazione. L'individuazione del parametro normativo e il raffronto con i fatti accertati erano esercizio di un'attività *discrezionale* di tipo tecnico e non amministrativo. È in tal momento del giudizio, che emergono le incongruenze dell'orientamento originario, in quanto, se la discrezionalità tecnica, in modo generale, consiste nell'applicazione di regole tecniche e scientifiche, in questi settori, in modo specifico, di solito, si ricorre a scienze inesatte ed opinabili talché si pone il problema dell'effettività della tutela giurisdizionale. Infatti, è facilmente intuibile che se al giudice è precluso conoscere e quindi sindacare sulla corretta individuazione del parametro normativo e sulla sua applicazione ai fatti del caso concreto, allora la tutela giurisdizionale è praticamente nulla o vana sicché si rende necessario un sindacato di tipo intrinseco e non estrinseco, in cui il giudice amministrativo possa sindacare la stessa analisi svolta dall'Autorità, alla stregua di un sindacato forte, pieno ed effettivo, con l'unica preclusione di un esercizio diretto del potere rimesso dal legislatore alle Autorità ⁴³⁹. In tal modo, l'estensione del sindacato si è evoluta e ciò è stato possibile grazie anche all'introduzione della consulenza tecnica, quale strumento probatorio, richiedibile dal giudice, il quale ora, come nel processo civile e in quello penale, può conoscere del sapere non giuridico, avvalendosi degli specialisti della materia tecnica ⁴⁴⁰.

Nel novero dell'impugnabilità dei provvedimenti adottati a seguito della funzione di *adjudication*, un discorso particolare è rivestito dal sindacato sulle sanzioni irrogate dalle Autorità, in quanto per esso è prevista la giurisdizione estesa anche al merito, ai sensi dell'art. 134, primo comma, lett. c) del Codice del processo amministrativo talché il giudice amministrativo, al pari di quello

⁴³⁹ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 306-307.

⁴⁴⁰ Sul punto si veda quanto detto a pagg. 86-89.

ordinario, ed, invero, con i poteri previsti dall'art. 23 della legge 689/1981, può rideterminare la sanzione ⁴⁴¹.

Con particolare riferimento all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che è quella che, al fine del presente percorso di ricerca, interessa, si osserva che alcuni dei problemi del fenomeno delle Autorità indipendenti esulano dalla stessa.

Quanto alla questione dell'assenza di copertura costituzionale, esso non si pone, poiché l'istituzione dell'Autorità *Antitrust* con legge 287/1990 ha rappresentato un adempimento dell'obbligo comunitario, poiché l'esistenza di un'Autorità con funzioni *antitrust* costituisce requisito di ammissione all'Unione degli Stati Membri ⁴⁴².

Ciò nonostante, si è pur sempre in presenza di un'Autorità, *indipendente e neutrale*, dalla natura amministrativa, secondo il generale orientamento prevalente ricordato, formatosi sul fenomeno in esame, e alla quale sono attribuite funzioni di regolazione ed amministrative.

In particolare, spiccata è anche la funzione di *moral suasion*, ossia di ausilio al potere pubblico; difatti, ai sensi dell'art. 21 della legge 287/1990, all'Autorità *Antitrust* sono attribuiti i poteri di segnalazione al Parlamento ed al Governo delle situazioni distorsive della concorrenza derivanti da provvedimenti legislativi, nonché di fornitura di pareri, ove ne ravvisi l'opportunità, circa le iniziative necessarie per rimuovere o per prevenire le distorsioni. Non solo: ai sensi dell'art. 21 *bis* della legge 287/1990, l'Autorità è legittimata ad impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti amministrativi generali, i regolamenti o i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza del mercato. In tale ipotesi, l'Autorità garante, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto, per l'appunto, in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta

⁴⁴¹ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 307-309.

⁴⁴² CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 292.

giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. La previsione di pareri obbligatori è, inoltre, prevista da norme speciali; senza pretesa di esaustività, si ricordano l'art. 4 del decreto legge n. 95/2012, che sancisce la previsione di pareri obbligatori in materia di società pubbliche, sulla verifica relativa all'impossibilità di un efficace e utile ricorso al mercato al fine di evitare lo scioglimento o l'alienazione delle società; l'art. 34 del decreto legge n. 201/2011, che prevede un parere obbligatorio sugli schemi di regolamenti finalizzati ad individuare le attività, per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione, ovvero l'art. 1 del decreto legge n. 1/2012, che disciplina i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione ⁴⁴³.

In relazione sempre alle funzioni amministrative e in modo precipuo all'*adjudication*, è spiccato il compito di contestualizzare i concetti giuridici indeterminati; in altri termini, prima di irrogare le sanzioni previste, l'Autorità garante deve definire, ad esempio, il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza e così via. Per l'esattezza, è proprio con riferimento all'impugnazione dei provvedimenti dell'*Antitrust* che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che i provvedimenti in esame sono atipici e rispecchiano il controllo svolto dall'Autorità, che si articola in quattro fasi. Alla prima, di accertamento dei fatti, segue la seconda di *contestualizzazione* della norma, la quale, però, facendo riferimento ai *concetti giuridici indeterminati*, necessita di un'esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato; dopo di che, nella terza fase, i fatti accertati sono confrontati con il concetto contestualizzato sicché è possibile passare alla quarta

⁴⁴³ GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 326-327.

ed ultima fase di applicazione delle sanzioni previste ⁴⁴⁴. In ordine al sindacato giurisdizionale del procedimento evidenziato, valgono le osservazioni generali svolte poc' anzi per tutte le Autorità garanti, considerazioni, invero, che sono state sviluppate proprio in riferimento all'*Antitrust* e alla sindacabilità dell'interpretazione fornita ai *concetti giuridici indeterminati*. A tal proposito, sussiste sempre la giurisprudenza esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito, ai sensi dell'art. 134, primo comma, lett. c), del Codice del processo amministrativo, in tema di impugnazione delle sanzioni, sicché, analogamente al giudice ordinario, quello amministrativo può rideterminare la sanzione, con i poteri previsti dall'art. 23 della legge 689/1981. Invero, quanto ora statuito dal Codice del processo amministrativo è il frutto di un orientamento consolidato, formatosi con precipuo riferimento, nuovamente, alla disciplina sanzionatoria della normativa *antitrust*, stante la presenza non solo di sanzioni afflittive, che sono dirette a punire immediatamente il comportamento illecito, ma anche di sanzioni ripristinatorie, la cui effettività è garantita dalla possibilità di infliggere sanzioni amministrative pecuniarie ed interdittive, a seconda della gravità e della perduranza dell'illecito ⁴⁴⁵.

Sempre nel novero delle funzioni amministrative, si registrano compiti marcatamente amministrativi, implicanti valutazioni tipicamente discrezionali, come il potere, ai sensi dell'art. 2 della legge 287/1990, di autorizzazione per un periodo limitato di intese o di categorie di intese vietate, purché vi siano miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato, ovvero di operazioni di concentrazione vietate qualora siano funzionali al soddisfacimento di rilevanti interessi generali dell'economia e non comportino l'eliminazione della

⁴⁴⁴ CHIEPPA GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 296 e 305; GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 374-379.

⁴⁴⁵ CHIEPPA GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 307-309, nonché quanto illustrato alle pagg. 49-50; in particolare, sulle sanzioni irrogate dall'AGCM *cf.* FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in FRATINI (a cura di), *Le sanzioni amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 785-857 e LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 2, 349-398.

concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti ⁴⁴⁶.

Negli ultimi anni, con particolare riferimento all'Autorità *Antitrust* sta emergendo un problema, dato dalla commistione tra attività di *regulation* ed attività di *adjudication*, ossia tra la regolazione, che deve avvenire *ex ante*, e gli interventi sanzionatori, che si collocano in una prospettiva *ex post*; si assiste alla mescolanza tra interventi *ex post*, con cui si colpiscono i comportamenti anticoncorrenziali e che ne pregiudicano lo sviluppo, e quelli *ex ante* dell'Autorità, che fissano le regole per il funzionamento del mercato ⁴⁴⁷. Il problema è emerso, nel dettaglio, a seguito dell'introduzione nel diritto *antitrust* della decisione di chiusura dell'istruttoria a seguito della presentazione di impegni da parte delle imprese indagate; si tratta di una decisione, che non presuppone alcun accertamento della sussistenza di una infrazione, ma che si limita a prendere atto che gli impegni sono idonei ad arrecare benefici al mercato. Tuttavia, le decisioni con impegni contengono il rischio di un uso distorto dello strumento alternativo alla sanzione, attraverso il quale le Autorità nazionali potrebbero essere spinte dalla tentazione di usare le decisioni con impegni al fine di ottenere risultati ulteriori in termini di apertura dei mercati alla concorrenza, sconfinando, però, nell'esercizio della diversa funzione regolatoria ed eccedendo l'ambito delle contestazioni oggetto dell'istruttoria ⁴⁴⁸.

Giunti a questo punto, una domanda è d'obbligo: *perché ricordare tutto ciò?*

La ragione risiede sempre in un atto di *onestà intellettuale* e di *laicità di vedute*, in quanto è doveroso aver chiaro la complessità e la problematicità del fenomeno delle Autorità indipendenti, al quale va ricondotta anche l'*Antitrust*, al fine di evidenziare che il controllo sulle violazioni delle fattispecie anticoncorrenziali è demandato ad un organismo così complesso e che i provvedimenti conseguenti

⁴⁴⁶ GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Lecce, 2015, 166.

⁴⁴⁷ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 298-299.

⁴⁴⁸ CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 298-299.

sono impugnabili davanti al giudice amministrativo con tutte le limitazioni in tema di sindacato.

Tanto nel ruolo di pubblica accusa quanto in quello di difensore gli interrogativi sono gli stessi: *è giusto che il potere di irrogare le sanzioni sia attribuito ad un'Autorità istituita come adempimento di un obbligo comunitario, ma pur sempre meteora di un fenomeno incompreso e non inquadrabile nel sistema delle fonti, scevro di una disciplina generale di riferimento, di una copertura costituzionale, di una democraticità? E, ancora, è giusto che ingenti sanzioni siano irrogate da un'Autorità, che esercita funzioni para-giurisdizionali, ma che giudice non è, in quanto amministrativa? Si è davvero di fronte ad una «magistratura della concorrenza e del mercato»⁴⁴⁹? E, ancora, è giusto che i provvedimenti conseguenti siano soggetti ai limiti della giurisdizione del giudice amministrativo? Sono sufficienti un'elevata complessità tecnica della materia e la necessità di non scadere nell'obsolescenza per attribuire tanto potere ad un'Autorità ad ordinamento invariato? Sono ancora sufficienti l'introduzione della consulenza tecnica e la sua generale ammissibilità nel processo amministrativo per affermare che la tutela giurisdizionale è reale, piena ed effettiva? Non si è forse commesso l'errore, ormai irreversibile, stante la prassi ormai accreditata, di mutuare un modello senza interrogarsi sulla sua adattabilità nell'ordinamento italiano?*

⁴⁴⁹ L'espressione è di CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 136.

ii. Le istanze garantiste della giurisprudenza della Corte EDU in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti.

Nella delimitazione dell'esame della legislazione vigente a tutela della concorrenza, si è ricordato il *leading case Menarini*, che ha consentito di rispondere a molti dei summenzionati interrogativi, affermando che la tutela giurisdizionale, assicurata dall'ordinamento italiano e, *a maiore* dopo l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio, non si limita ad un mero controllo di legalità, ma, al contrario, le limitazioni alla cognizione, operanti nel processo amministrativo, anche quelle più stringenti, non rappresentano una violazione del diritto ad un equo processo ai sensi dell'art. 6 CEDU ⁴⁵⁰.

Seguendo l'insegnamento della giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, pertanto, gli interrogativi sorti troverebbero già risposta e sarebbero *tamquam non esset*. Eppure, sempre nell'intenzione di mettere in discussione ogni verità riconosciuta, si avverte che vi sia un "quid che non torna" e si entra in sintonia con il già ricordato pensiero, espresso sempre nel *leading case Menarini*, del giudice *De Albuquerque*, ad avviso del quale si incorre in un grave pregiudizio per i principi di legalità della sanzione penale e di separazione dei poteri in presenza di un sindacato debole sulla discrezionalità tecnica, poiché l'applicabilità di una sanzione *intrinsecamente* penale è affidata, di fatto, all'amministrazione. Il giudice di Strasburgo, invero, osserva come l'ordinamento italiano abbia posto ormai rimedio a ciò attraverso la previsione di una giurisdizione di merito in materia di sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi del ricordato art. 134, primo comma, lett. c) cpa ⁴⁵¹.

E da un pensiero come questo si vuole partire ed andare oltre, in quanto, se si è ricordato in una ricerca di diritto penale questa argomentazione, è poiché la Corte Edu qualifica le sanzioni amministrative pecuniarie alla stregua di sanzioni penali.

⁴⁵⁰ Si rinvia al capitolo II, Sezione I, e, in particolare, alle pagg. 86-89.

⁴⁵¹ Si rinvia sempre a pagg. 86-89.

Se è vero che la concezione atomistica consente alla Corte di Strasburgo di non essere vincolata alla qualificazione nazionale della sanzione, è, altresì, vero il contrario, ossia che l'ordinamento e la giurisprudenza nazionali non sono vincolati, *blinded*, alla qualificazione convenzionale o unionale.

Così opinando, si sta affermando che così come non è possibile per il giudice nazionale riconoscere natura penale alle sanzioni amministrative pecuniarie, irrogate dall'*Antitrust*, sulla sola base dell'applicazione dei criteri *Engels*, al contempo, è *onesto e laico* dubitare del quadro normativo italiano, soprattutto alla luce delle evidenziate complessità e problematicità del fenomeno delle Autorità indipendenti in una sorta di *male captum bene retentum*.

Nel dubbio non si può ignorare che l'interesse della Corte EDU sulle sanzioni amministrative irrogate da Autorità amministrative nazionali, neutrali ed indipendenti, non si è limitata alla quasi "passata inosservata" *Menarini*. Infatti, maggiore attenzione ha avuto la sentenza *Grande Stevens*, non solo per la riscontrata violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, bensì per aver posto l'attenzione sul fatto che anche campi economici, come quello dei mercati concorrenziali e finanziari, devono adeguarsi gli obblighi convenzionali ⁴⁵².

Per una maggior chiarezza espositiva, si ricorda la vicenda nota come *Grande Stevens*. Il caso di specie verte sulla contestazione per l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato, di cui all'art. 187^{ter} del t.u.f. e per il corrispondente illecito amministrativo dell'ente, di cui all'art. 187^{quinquies} t.u.f., avanzata dalla Divisione mercati e consulenza economica della CONSOB nei confronti del presidente e del procuratore della IFIL Investments, poi EXOR s.p.a., della Giovanni Agnelli s.a.a., dell'avv. Grande Stevens e delle stesse società, a seguito della diffusione al mercato di un comunicato stampa asseritamente falso, con il quale le società in questione affermavano di non aver assunto alcuna

⁴⁵² NASCIMBENE B., *La sentenza Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, in <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/2014/07/Relazione.pdf>, 2. NASCIMBENE L., BARDANZELLU, *Linee Guida dell'Agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust: buona la prima (o quasi)*, in *Mercato conc. Reg.*, 2015, 3, 485-511.

iniziativa in relazione all'imminente scadenza di un contratto di finanziamento a suo tempo concesso da otto banche alle società, allo scadere del quale le banche avrebbero compensato il loro credito sottoscrivendo un aumento del capitale di FIAT, acquisendo così il 28% dello stesso, a fronte del mancato rimborso del prestito ⁴⁵³. Diversamente da quanto comunicato, invero, erano in corso le trattative, che avevano raggiunto uno stato avanzato, con una banca inglese per la conclusione di un contratto di *equity swap*, il quale, *ex post*, ha, in effetti, consentito alla FIAT di sottoscrivere essa stessa l'aumento di capitale, alla scadenza del contratto di finanziamento con le otto banche italiane, mantenendo così la propria quota di partecipazione. Alla contestazione degli illeciti era seguita l'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie tanto alle persone fisiche (cinque milioni di Euro al presidente, cinquecentomila Euro al procuratore generale e tre milioni di Euro a Grande Stevens) quanto agli enti (quattro milioni e cinquecentomila Euro alla IFIL e tre milioni di Euro alla Giovanni Agnelli s.a.s.), oltre a sanzioni interdittive per le sole persone fisiche. Avverso tale provvedimento, i destinatari proposero opposizione con ricorso depositato presso la Corte d'Appello di Torino, ottenendo la riduzione dell'entità delle sanzioni pecuniarie (seicento mila per Giovanni Agnelli s.a.s., un milione per IFIL e un milione e duecentomila per Gabetti) e della durata di quelle interdittive. A seguito del rigetto da parte della Suprema Corte di Cassazione dei ricorsi, presentati avverso la sentenza della Corte d'Appello, le sanzioni irrogate dalla CONSOB divennero definitive ⁴⁵⁴.

Fino a questo punto non parrebbe vi sia molta differenza, *mutatis mutandis*, con la vicenda *Menarini*. Invero, ciò non è esatto, poiché il Testo Unico della Finanza, diversamente dalla normativa *antitrust* prevede corrispondenti delitti,

⁴⁵³ DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.* 2014, 3-4, 201 ss; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 219 ss.

⁴⁵⁴ VIGANÒ, *Doppio binario*, cit., 221.

oltre agli illeciti amministrativi. Pertanto, parallelamente al procedimento amministrativo in capo alla CONSOB, prese avvio un procedimento penale a carico sia delle persone fisiche sia di quelle giuridiche con l'accusa di aver commesso il delitto di manipolazione del mercato, di cui all'art. 185 t.u.f., per aver diffuso il 23 agosto 2005 il comunicato stampa, già ritenuto falso dalla CONSOB, creando così un pericolo di sensibile alterazione dei prezzi delle azioni FIAT. La Corte d'Appello di Torino, in sede di rinvio, avverso il ricorso per Cassazione *per saltum* presentato dall'accusa, a seguito della sentenza di assoluzione del Tribunale di Torino, condannava le sole persone fisiche; tuttavia, detta condanna non pose fine al processo penale, il quale, per l'appunto, terminò con la sentenza della Corte di Cassazione, di impugnazione della succitata sentenza di condanna, per intervenuta prescrizione ⁴⁵⁵.

In particolare, le doglianze della difesa erano incentrate su di un profilo *euro-convenzionale* e, infatti, analogamente alla vicenda *Menarini*, tutti gli interessati presentarono ricorso alla Corte EDU, lamentando, in particolare e sempre similmente a *Menarini*, la violazione di una serie di parametri dell'equo processo, di cui all'art. 6 CEDU, nel procedimento amministrativo avanti alla CONSOB e nel successivo giudizio di opposizione avanti alla Corte d'Appello torinese. Oltre alla violazione dell'art. 6 CEDU, lamentarono la violazione del loro diritto di proprietà, di cui all'art. 1 Prot. 1 CEDU, in conseguenza dell'irrogazione delle sanzioni amministrative avanti alla CONSOB, nonché la violazione del diritto a non subire un secondo processo per il medesimo reato, garantito dall'art. 4 Prot. 7 CEDU ⁴⁵⁶. Invero, quest'ultima doglianza era quella che era stata avanzata dalla difesa nel corso del procedimento penale: dettagliatamente, la difesa chiedeva che venisse pronunciata sentenza di non doversi procedere in forza del principio del *ne bis in idem*, in quanto vi era già un provvedimento amministrativo sanzionatorio per i medesimi fatti, e, pertanto, chiedeva venisse sollevata questione di legittimità

⁴⁵⁵ VIGANÒ, *Doppio binario*, cit., 222.

⁴⁵⁶ VIGANÒ, *Doppio binario*, cit., 222.

costituzionale delle norme pertinenti del t.u.f. e dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. ed in relazione all'art. 4, Prot. 7 CEDU, poiché le disposizioni sospettate di illegittimità costituzionale hanno consentito l'esperibilità di un processo penale per i medesimi fatti già sanzionati in via definitiva dall'Autorità amministrativa. Ad un'unanimità i giudici di Strasburgo reputarono che vi fosse la violazione dell'equo processo, di cui all'art. 6 CEDU, esclusivamente in relazione al profilo del difetto di pubblicità del procedimento di opposizione all'irrogazione delle sanzioni amministrative da parte della CONSOB, svoltosi avanti alla Corte d'Appello di Torino, nonché violazione, per l'appunto, dell'art. 4, Prot. 7 CEDU, per quanto riguarda il rifiuto del Tribunale di Torino e dei successivi gradi di giudizio di porre fine al procedimento penale contro i ricorrenti, una volta divenuto definitivo il provvedimento di accertamento dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato e di irrogazione delle relative sanzioni, ingiungendo di chiudere, nel più breve tempo possibile, i procedimenti penali eventualmente in corso ⁴⁵⁷.

La narrazione nella vicenda *Grande Stevens* è funzionale ad operare un raffronto critico e costruttivo con il caso *Menarini*.

Presupposto comune alle sentenze *eurounitarie*, nonché punto di partenza è la qualificazione di sanzioni formalmente qualificate come amministrative nell'ordinamento interno, ma aventi natura sostanzialmente penale secondo i noti criteri *Engels* ⁴⁵⁸ e conseguente applicazione dei principi e delle garanzie della Convenzione EDU. *Ma vi è di più*: l'assunto cela con sé una prima censura, che coinvolge, prettamente, il *regime sanzionatorio amministrativo interno*, che viene ad essere qualificato come *intrinsecamente penale* ⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ VIGANÒ, *Doppio binario*, cit., 223.

⁴⁵⁸ Sui criteri *Engels* si rinvia a quanto illustrato a pagg. 84-87.

⁴⁵⁹ Nel senso di precisare che la ri-qualificazione compiuta dalla Corte EDU sia, in realtà, una prima censura, avente ad oggetto, il regime sanzionatorio *cf.* NASCIMBENE B., *La sentenza Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, cit., 6.

Ulteriore elemento comune è che tanto il ricorso *Menarini* quanto quello *Grande Stevens* sono i primi ricorsi presentati, in merito ai poteri sanzionatori rispettivamente di AGCM e di CONSOB, e che sono i primi aventi ad oggetto, peraltro, l'attività imparziale, autonoma e indipendente delle Autorità amministrative.

Non solo: in entrambi i casi, si è in presenza di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie dall'entità ingente, rispettivamente di 6 milioni di Euro per *Menarini* per una pratica anticoncorrenziale e di 5 milioni di Euro - la più elevata - per *Grande Stevens* per una manipolazione di mercato; i giudizi di entrambe, intrapresi avanti al giudice nazionale, civile e amministrativo, hanno avuto esito negativo, ragione per la quale è stata, per l'appunto, adita la Corte EDU per violazione, sempre in ambo i casi, dell'art. 6, par. 1. CEDU, sull'equo processo, e, in particolare, sul diritto al contraddittorio, indipendenza e imparzialità del giudice, ribadendo le doglianze della difesa, oltre ad ulteriori censure nel caso *Grande Stevens* ⁴⁶⁰.

Rebus sic stantibus, è giocoforza svolgere delle osservazioni, svolte, secondo la logica dell'esclusione, posto che la sentenza *Grande Stevens* si presta a contenere la sentenza *Menarini* in punto di diritto.

In primo luogo, esulano, allo stato attuale della legislazione penale italiana - in cui la normativa *antitrust* è priva di un apparato penale a tutela della libertà della concorrenza - i profili di illiceità euro-convenzionale, di cui all'art. 4, Prot. 7, CEDU, fondati sul sistema del doppio binario, "amministrativo-penale", in presenza di un procedimento amministrativo sanzionatorio, divenuto definitivo, e di un processo penale che verta sul medesimo fatto censurato dal provvedimento amministrativo.

Così opinando, non si sta sottovalutando l'importanza della giurisprudenza di Strasburgo sul tema del doppio binario, ma si sta affermando che *de iure condito* si deve prendere atto di ciò.

⁴⁶⁰ NASCIMBENE B., *La sentenza Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, cit., 2-3.

Il ragionamento per esclusione, invero, incontra già la sua fine, perché le altre doglianze, accolte o rigettate, ma comunque argomentate dalla Corte EDU, consentono all'interprete di dubitare della correttezza dello *status quo* italiano.

Infatti, sia nel procedimento *antitrust* sia in quello *dei mercati finanziari*, non è garantito o non è pienamente garantito il diritto al contraddittorio dei soggetti *accusati*, non vi è separazione tra l'ufficio o gli uffici, che compiono l'attività istruttoria e quelli che formulano la richiesta di sanzione, nonché l'organo che decide l'irrogazione della sanzione. In tal modo, è messo in discussione il procedimento di determinazione delle sanzioni ⁴⁶¹.

Non solo: la Corte svolge, in ordine a *Grande Stevens*, valutazioni inerenti a profili di imparzialità oggettiva e soggettiva, non condotte per *Menarini*, ma che non possono essere non trascurate in questo percorso di ricerca. Quanto all'imparzialità soggettiva - che consente di affermare che si è in presenza di un'autorità imparziale, autonoma e indipendente - essa è pacificamente positivamente affermata, considerate le modalità di designazione dei membri, la durata del mandato degli stessi, la tutela dai poteri forti, pubblici o privati che siano. Si tratta di elementi propri anche dell'Autorità *Antitrust* sicché le relative valutazioni sono applicabili anche alla stessa, nonostante la richiamata *Menarini* da *Grande Stevens* non abbia trattato questo profilo. Al contempo, non è stata vagliata nemmeno la questione dell'imparzialità oggettiva, su cui si è espressa *Grande Stevens*, e con esito negativo, poiché la sezione, che propone le sanzioni, e la commissione, che decide sulle stesse, non sono che suddivisioni dello stesso ufficio amministrativo che agiscono sempre nell'ambito della stessa Autorità e sotto la direzione dello stesso presidente. Così opinando, si sta affermando che si pone in contrasto con l'art. 6 CEDU la circostanza secondo cui la fase istruttoria e quella decisoria siano in capo allo stesso organo ⁴⁶². Tale profilo non

⁴⁶¹ NASCIMBENE B., *La sentenza Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, cit., 6.

⁴⁶² NASCIMBENE B., *La sentenza Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, cit., 11-12.

può che riguardare anche l'AGCM sicché le considerazioni critiche sono mutuabili anche per l'*Antitrust*.

La Corte Edu risolve questo contrasto, detto conflitto, sulla base della considerazione secondo cui la possibilità di proporre ricorso ad un organo giurisdizionale, che offra tutte le garanzie richieste dall'art. 6 CEDU, salva il sistema nazionale da censure di illegittimità *convenzionale*, purché il giudice, investito della cognizione della causa, abbia piena giurisdizione, potendo conoscere e giudicare di tutte le questioni di fatto e di diritto, nonché possa riformare qualsiasi punto della decisione impugnata. In particolare, nel caso *Grande Stevens*, la mancanza della discussione in pubblica udienza davanti alla Corte d'Appello torinese ha rappresentato e rappresenta una violazione dell'equo processo; in questo si rinviene una diversità rispetto al caso *Menarini*, che si era svolto in pubblica udienza ⁴⁶³.

Infine, si deve prendere in considerazione anche la doglianza relativa alla violazione dell'art. 1, Prot. 1, CEDU, relativo alla violazione del diritto di proprietà, che ricorre quando l'infrazione di pesanti sanzioni pecuniarie si traduca in un'ingerenza nel diritto delle persone sanzionate al godimento dei propri beni: più precisamente, detta pubblica ingerenza è legittima non solo se è disciplinata dalla legge, ma, altresì, se è offerta alla persona la possibilità di contestare le sanzioni, esponendo le proprie ragioni all'autorità. Ciò si traduce nella necessità di garanzie procedurali, le cui mancanze censurabili sono comunque fatte salve, nuovamente, dal controllo giurisdizionale, il quale, in *Grande Stevens*, ha portato alla rideterminazione delle sanzioni, divenute proporzionate ⁴⁶⁴. In *Menarini* queste considerazioni non sono state effettuate, ma la loro pertinenza anche al procedimento *antitrust* è innegabile.

Alla luce della giurisprudenza *euro-convenzionale*, elaborata nella vicenda *Grande Stevens* si ricava, pertanto, che il procedimento amministrativo

⁴⁶³ NASCIMBENE B., *La sentenza Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, cit.11-12.

⁴⁶⁴ NASCIMBENE B., *La sentenza Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, cit., 13-16.

sanzionatorio, condotto dalla CONSOB, nel caso oggetto di contestazione, non è rispettoso dell'equo processo, di cui all'art. 6 CEDU, ma che la garanzia di poter proporre ricorso giurisdizionale salva il sistema interno da una censura definitiva.

Si può affermare, oltre ogni ragionevole dubbio, che una sanzione qualificata come penale dalla Corte EDU, irrogata da autorità amministrative, in un procedimento, privo delle garanzie previste dal diritto processuale penale, non dia luogo ad una violazione dell'equo processo euro-convenzionale?

La risposta non può essere data, ma il dubbio resta e pare che questo punto controverso non sia sconosciuto nemmeno ai giudici di Strasburgo, investiti del caso *Grande Stevens*, in quanto si registra l'opinione dissenziente dei giudici *Karakas* e *Pinto de Albuquerque*, ad avviso dei quali vi sarebbe violazione dell'art. 1, Protocollo 1, oltre a quella dell'art. 6, Par. 1 e art. 4, Protocollo 7. Per l'esattezza, la mancanza del contraddittorio e la non parità delle armi nel procedimento davanti al Consob, nonché l'assenza di istruttoria nel giudizio avanti alla Corte d'Appello, a fronte di sanzioni pecuniarie e non, sono ritenute prive del requisito di legalità, previsto dall'art. 1, Protocollo 1, proprio per i gravi vizi procedurali. Non solo, sempre secondo l'opinione del giudice *Pinto de Albuquerque* è discutibile anche l'assimilazione delle Autorità indipendenti ai giudici nazionali, indipendenti e imparziali, rinvenendo nelle stesse degli organi quasi onnipotenti e quindi non indipendenti ⁴⁶⁵.

Le opinioni dissenzienti esaminate non sono prive di fondamento, soprattutto per l'interprete nazionale, che è conscio del problema del fenomeno delle Autorità Indipendenti, soprattutto nell'esercizio dell'*adjudication*.

Ma vi è di più: *Menarini* e *Grande Stevens* annunciano, così come tutte le altre sentenze CEDU, principi di diritto sulla base del caso di specie sicché non si è in presenza ad un'assoluzione del sistema italiano, bensì a valutazioni giuridiche che vanno considerate alla luce del caso di specie. Nulla esclude,

⁴⁶⁵ NASCIMBENE B., *La sentenza Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, cit., 18-20.

pertanto, che un *Menarini bis* o una *Grande Stevens bis* giungano a conclusioni completamente opposte.

Alla luce di tutto ciò, qual è il percorso onesto e laico tracciabile?

iii. Tre possibili interventi di riforma e la preferenza per un intervento *amministrativistico-penale* alla luce dei cenni di diritto comparato e della giurisprudenza della Corte EDU in tema di *ne bis in idem*.

Si avverte la necessità di una riforma, che, secondo un ragionamento ipotetico, può essere di tre tipologie.

La prima riforma è qualificabile come *amministrativistica*, poiché mantiene la disciplina *antitrust* all'interno del solo diritto amministrativo ⁴⁶⁶. Seguendo questa prospettiva, *in primis*, si lasciano immutate le esistenti fattispecie illecite della *libertà della concorrenza*, senza introdurre corrispondenti delitti *antitrust*; *in secundis*, resta invariato il binario “procedimento amministrativo in capo all'AGCM e impugnazione davanti al giudice amministrativo”. *In tertiis*, resta immutato anche il processo amministrativo, stante l'attuale *status quo* sulla pienezza del sindacato in tema di discrezionalità tecnica, con possibilità di disporre la consulenza tecnica d'ufficio per vagliare la correttezza della qualificazione dei concetti giuridici indeterminati e della sussunzione dei fatti, nonché alla luce della giurisprudenza estesa al merito per le sanzioni amministrative pecuniarie; in altri termini, le riforme dell'ultimo lustro del processo amministrativo consentono di poter concludere che nulla vi sarebbe da eccepire. *Quali aspetti quindi andrebbero riformati?* Il cuore della *riforma amministrativistica* dovrebbe vertere sulla modifica del procedimento amministrativo sanzionatorio in capo all'*Authority*: per l'esattezza, sarebbe

⁴⁶⁶ A tal proposito, si veda MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge “Antitrust”*, in *Leg. pen.*, 1990, 623-625, che, in un primo commento sulla neo introdotta disciplina *antitrust*, nella quale era ancora presente l'art. 29, terzo comma, in tema di sanzioni penali per l'omessa presentazione della domanda di autorizzazione per tutti i casi in cui era richiesta in tema di partecipazione al capitale di enti creditizi, si era espresso in termini favorevoli all'introduzione di illeciti amministrativi, anziché di ricorrere in modo indiscriminato allo strumento sanzionatorio criminale, assicurando in tal modo anche una maggior effettività del sistema sanzionatorio. L'Autore, inoltre, rileva come il contenuto punitivo delle sanzioni amministrative abbia una maggior deterrenza rispetto a quella di una sanzione penale, che sarebbe applicabile alle sole persone fisiche. In proposito, non si può non rilevare come la collocazione temporale del commento si cali nell'epoca in cui vigeva il dogma della *societas delinquere non potest*.

auspicabile che sia garantita proprio quella separazione tra l'ufficio, che segue l'istruttoria e formula la richiesta di sanzione, e l'organo, che decide sull'irrogazione della sanzione stessa, separazione, la cui mancanza è stato oggetto di censura da parte dei giudici di Strasburgo. Ciò equivale a creare una sorta di ufficio di indagini preliminari, una sorta di pubblica accusa amministrativistica. Si tratta, in altri termini, di fare dell'autorità un *quid* simile ad un Tribunale, ad un giudice, da *paragiurisdizionale a giurisdizionale*. In tal senso, si propende, anche, riflettendo sugli ulteriori *euroconvenzionali* profili critici evidenziati, ossia dalla mancanza del principio di parità delle armi e del contraddittorio. La sensazione, che si avverte, è che resterebbe una profonda iniquità, anche se una *riforma amministrativistica* fosse adottata, specie nell'attuale momento storico giuridico di difficile comprensione del fenomeno delle Autorità; in particolare, se si accentua la funzione para giurisdizionale, il dibattito sulla natura si riaccende e la tesi che vi rinvieni natura giurisdizionale riprenderebbe vigore con tutti i problemi di compatibilità con l'art. 102 Cost., secondo cui «*La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura*». Infine, la spada di Damocle della Corte EDU resterebbe, sempre, presente, poiché essa applica logiche e principi propri dell'equo *processo* e quindi non procedurali, ma processuali. Così argomentando, *più si rende equo il procedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni più si trasforma l'Autorità AGCM in quella magistratura della concorrenza, qualificata tale da Clarich*⁴⁶⁷.

I dubbi, che permeano la *riforma di tipo amministrativistico*, consentono di porsi questo interrogativo: *nell'ordinamento italiano, quale pubblico potere svolge indagini in funzione di un interesse generale, formula accuse, garantisce il principio di parità delle armi,*

⁴⁶⁷ Sempre, CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 136.

*assicura il contraddittorio tra le parti? Quale potere pubblico garantisce che le accuse mosse da un organo siano valutate da un altro organo che ha il compito di decidere sulle stesse? La risposta è solo una: si tratta del potere giudiziario e, in particolare, della magistratura penale. Così opinando, si sta introducendo la seconda possibile tipologia di riforma, quella qualificabile come *penalistica*. La ragione di tale aggettivazione si spiega con un intervento *de iure condendo* che trasli nel diritto penale tanto gli illeciti *antitrust* quanto il loro accertamento. La «*criminalizzazione*» delle fattispecie lesive della concorrenza porta all'introduzione di ipotesi delittuose del tutto simili a quelle che oggi sono contemplate dalla legge 287/1990 sicché, una volta divenute illeciti penali, esse seguiranno le regole del processo penale al pari di tutti gli altri reati.*

Prima di andare oltre, pensando a come dovrebbero essere formulati gli illeciti dell'intese restrittive della concorrenza, delle concentrazioni e degli abusi di posizioni dominante per farne delle fattispecie tipiche di reato, l'interprete, sempre in un atto di onestà intellettuale e di laicità di vedute, deve chiedersi se questa sia la strada giusta da percorrere. In altri termini, allo scopo di fornire le garanzie del processo penale, il massimo della tutela processuale, per non incorrere in censure euroconvenzionali, secondo i criteri dell'equo processo della Corte Edu, è giusto modificare il diritto sostanziale da amministrativo a penale?

*Seguendo questo interrogativo, non si può non guardare, in una prospettiva comparatistica, all'ordinamento statunitense, che, patria della stessa normativa *antitrust*, vanta la più lunga tradizione del relativo diritto, scritto e vivente, ivi incluso anche i *felonies*, ossia di crimini gravi, equiparabili ai delitti del diritto penale italiano: per l'esattezza, le §1 e §2 dello *Sherman Act* hanno ad oggetto, rispettivamente, «*Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty*» e «*Monopolizing trade a felony; penalty*», ossia le intese restrittive e i monopoli, illeciti anticoncorrenziali, che sono dichiarati illeciti e, pertanto, puniti con *fine* o *imprisonment* o con entrambe, ossia con sanzioni, che, nell'ordinamento italiano, sono l'equipollente della pena pecuniaria (multa o ammenda) e di quella detentiva*

(reclusione o arresto)⁴⁶⁸. Ciò consente, altresì, di evidenziare che la legge statunitense, basilare in tema di *antitrust*, semplicemente, considera offensivi della libertà della concorrenza, da un lato, le intese restrittive del commercio, e, dall'altro, il monopolio e l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni ⁴⁶⁹. Al contempo, non si può non considerare che nello stesso ordinamento preso a riferimento, in quanto promotore, solo lo *Sherman Act*, del lontano 1890, prevede l'applicazione di sanzioni di questo tipo, in quanto i successivi interventi normativi, nel 1914, in materia di *Antitrust*, ad opera del *Federal Trade Commissione Act* e del *Clayton Act* non contemplano fatti di reato ⁴⁷⁰. Ma vi è di più: nella stessa

⁴⁶⁸ Sul punto *cfr.* AREEDA, KAPLOW, EDLIN, *Antitrust analysis – Problems, Text, and Cases*, Aspen 2004, 847-849. In particolare, la § 1, «*Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty*», *Sherman Act* recita che: «*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court*», mentre la § 2, «*Monopolizing trade a felony; penalty*», *Sherman Act*, sancisce che: «*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court*». Sul punto, sempre, *cfr.* AREEDA, KAPLOW, EDLIN, *op. ult. cit.*, § 135, 45, nonché FURSE, *The criminal law of Competition in the UK and in the US, Failure and Success*, Edwards Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2012, 55-106. Infine, si ricorda che nel *Criminal law*, i reati – *crimes* o *offences*– si dividono nei più gravi *felonies* e nei meno gravi *misdemeanours*, divisione superata in alcuni Paesi di *Common Law*, come quello inglese, in favore della distinzione tra *arrestable* e *not arrestable offences*. A tal riguardo, per un'introduzione al *Criminal law*, si veda FRADDOSIO, *The Newest ELS English for Law Students*, Napoli, 2010, 28-30.

⁴⁶⁹ Non si può non concludere nel senso di una coincidenza tra fattispecie lesive della libertà della concorrenza eurocontinentali e americane, stante AREEDA, KAPLOW, EDLIN, *op. ult. cit.*, § 104, 5, che affermano che «*The basic statute, the Sherman Act, simply condemns (1) contract, combinations, and conspiracies in restraint of trade and (2) monopolization, combinations and conspiracies to monopolize, and attempts to monopolize. Although this is a statutory subject and we are concerned with statutory interpretation, the prohibition of trade restraints and monopolization in the Sherman Act is extremely vague and general. Indeed, the Act may be little more than a legislative command that the judiciary develop a common law of antitrust. Thus, while the judicial application of nearly every statute involves judicial lawmaking, such "judicial legislation" is particularly significant when the statute is as general as the Sherman Act. Although some later enactments, as we shall see, more specifically address practices, the proscriptions remain uncertain*».

⁴⁷⁰ Sul punto *cfr.* AREEDA, KAPLOW, EDLIN, *op. ult. cit.*, § 135, che affermano che «*Violations of the Clayton act and the Federal Trade Commission Act are not crimes. Violations of §1 and §2 of the Sherman Act, however, are criminal and are punishable by imprisonment up to three years and fines up to \$350,000 for an individual and up to \$10 million for a corporation. In addition, an alternative fine up to twice*

autorevole dottrina statunitense si leggono perplessità dal seguente tenore «*Are criminal penalties appropriate for the enforcement of the Sherman Act when the statutory prohibitions are vague and general and the conduct is not reprehensible that we would want to discourage businesses from even approaching the line of illegality? If criminal enforcement is often thought unfair in such circumstances, or if criminal legislation generally be weakened? There are obviously no easy answers to these questions. Suppose that a court was confronted with a Sherman Act §1 criminal prosecution involving a merger that would, in a civil case, be declared an unlawful combination because the court found the economic effects unreasonable, although it recognized that fair-minded people could reasonably conclude otherwise. Would the defendant be convicted of a crime even if acting in good faith? Would the statute be read, in its criminal aspects, to require that the defendant be shown to have criminal intent to commit an act ii knew or should have known to be unlawful? Since actual prosecutions are usually confined to flagrant case, these questions may seem unimportant in practice. Moreover, with respect to corporate antitrust defendants, criminal punishment is not necessary more severe than a civil penalty or treble damages»⁴⁷¹.*

the defendant's pecuniary gain or twice victims' pecuniary losses maybe imposed under 18 U.S.C. §3571(d)». In merito al diritto antitrust Americano, inoltre, cfr. *An FTD Guide to the Antitrust laws in* <http://www.ftc.gov/bc/antitrust/index.shtm>.

⁴⁷¹ Così, AREEDA, KAPLOW, EDLIN, *op. ult. cit.*, § 137, 46-47. Allo scopo di evidenziare l'autorevolezza dell'opinione riportata, si fa presente che Areeda e Kaplow sono Professori presso *Harvard University*, mentre Edlin riveste lo stesso ruolo presso *University of California at Berkeley*. In tema di dubbi e problemi della criminalizzazione dell'illecito *antitrust*, stante gli *Sherman Act Felonies*, si riporta, altresì, § 138, b), 48, nel quale i succitati Autori ricordano che «*The Supreme Court has recongnized the Sherman Act as "a charter of freedom" wuth "a generality and adaptability comparable to that found to be derirable in constitutional provisions". That purpose and function could never have been achieved had the courts interpreted and applied the Sherman Act in the manner of a criminal statute. And the courts have not in fact done so. They have not hesitated to expand and extend the scope and reach of the Sherman Act, notwithstanding the fact that it is a criminal statute. They have. For example, applied Sherman Act § 1 to tying and exclusive dealing arrangement with the same zeal as under the noncriminal Clayton Act §3. Section 2 has been applied to monopolists against whom criminal penalties would not likely be entertained. Although the Sherman Act state expressly only a unitary standard for violations of §1 or §2, it is not surprising that the courts have interpreted and applied it in the manner of a noncriminal enactment. This is but one of many examples presented in this book where the courts have not interpreted antitrust legislation literally, in order to achieve best what they understood to be the underlying statutory purposes. // This history does not mean that the courts have been insensitive to the usual qualms about the creation of crimes by judges rather than by legislators. Nor does this history demonstrate a judicial willingness to punish defendants who have committed no act identifiable as reprehensible or have acted reasonably with confidence that the Sherman Act did not prohibit their behaviour. The fact is that novel interpretations or great departures have seldom, if ever, occurred in criminal cases, which prosecutors have usually reserved for defendants whose knowing behaviour would generally*

È utile ora volgere l'attenzione al diritto degli altri Stati europei, ancorché con brevi cenni. In particolare, si fanno proprie le parole di *Harding* e *Joshua*, i quali, dopo aver evidenziato la sensibilità della politica statunitense di fine Ottocento e l'opzione per *the crime model*, sottolineano come l'esperienza europea si caratterizzi per un atteggiamento di tolleranza, *a culture of toleration*; per l'esattezza, affermano che: «*In contrast to the American position, the European regulation of business cartels has been achieved only gradually and the accompaniment of a good deal of debate during the course of the twentieth century. From a European perspective the Sherman Act appeared for a long time both a precipitate and controversial event. The European approach has been, and probably to an extent remains, agnostic, involving both a greater moral toleration and a greater willingness to consider economic argument in favour of a cartel activity. The energy of EC-led "prosecution" of cartels during the last thirty years has tended to obscure this underlying ambivalence of attitude, which still tends to inform some legal and commercial opinion. [...] But there remains a qualitative difference between this European framework of legal control and that established under the Sherman Act in the US. This is perhaps best expressed as a difference in moral perception since, despite a now widespread recognition of an illicit profit motive in activities such as price fixing and market sharing, cartel participants have*

be recognized as deserving of criminal sanctions. // Because they were usually dealing with civil proceeding, the courts have implicitly understood the Sherman Act as a mandate to develop a common law of antitrust – as indeed it would have to be in order to fulfil its purpose as a "charter of freedom". In the unlikely event that a prosecutor initiated criminal proceedings against one who engaged in no act that the law reprehends as such, it is probable that courts would not find a criminal violation even though they might find a civil violation. And the courts do require a criminal intent and a higher standard of proof as a prerequisite to the conviction. // The courts harmonized these concerns by implicitly divorcing the Sherman Act's criminal sanctions from its civil sweep. The Supreme Court expressly did so in its 1978 Gypsum decision. The Gypsum defendants had been convicted of price fixing although not of the ordinary sort. Rival firms had exchanged presale price quotations, allegedly to enable them to satisfy a defence in otherwise unlawful price discrimination under the Robinson-Patman Act. The Court rejected the defence in principle and the took the evidence to be sufficient to show a Sherman Act violation for the purpose of its noncriminal sanctions. Nevertheless, the Court reserved the criminal conviction, holding that criminal conviction, holding that criminality required a showing of mens rea. The Court defined the requisite mental state as knowledge that the consequences of one's conduct would be anticompetitive or a specific intent to violate the law (regardless of whether an anticompetitive result actually occurred). The last word has by no means been said on the content of the requisite intent, but the Court's explicit recognition that a civil violation is not necessarily a criminal offence was significant. It should be emphasized, however, that Gypsum offers no relief from criminal convictions from those who offend those clear standards of illegality that antitrust law sometimes provides».

not until very recently been cast as criminal conspirators. But while the American commitment to protection of the “small guy” and suspicion of concentrated power is a well-accepted cultural phenomenon, this contrasting European toleration of collusive appears to have received less attention»⁴⁷².

Corollari di tale tolleranza sono, da un lato, la diversa natura del modello di contrasto all'*antitrust*, ossia il *criminal law and judicial process* per gli Stati Uniti e

⁴⁷² Così HARDING, JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, Oxford University Press, Second Edition, 2010, 52-56, che ricordano altresì che «*The evolution of European regulation of cartels may be traced through three main phases of legal development. // During the later part of the nineteenth century and the first half of the twentieth, manufacturing cartels were a common feature of commercial life in a number of European countries (in central Europe in particular, less so in Britain). As a matter of economic and legal policy, they were for the most part tolerated or even sometimes encouraged in most European countries. Admittedly, there was always a certain amount of debate regarding their economic consequences and, especially in Germany in the 1920s, some moves towards legal regulation. But there was little support, before the 1930s, for the view that they were so harmful in either their economic or political aspects, that they should be outlawed. However, the encouragement, and then direction of cartels by totalitarian governments in Germany and elsewhere in Europe during the later 1930s and the early 1940s inevitably led to a greater polarization of argument. // In the aftermath of the Second World War, the economic and political context had changed radically. In economic terms, the fact that so much had to be rebuilt meant that many of the earlier assumptions underlying the international trading system were now open to question. In political terms, cartel activity – especially that based in Germany – had become discredited through Nazi connections. Overall, opinion shifted sufficiently to favour a degree of legal scrutiny, by means of an administrative procedure comprising a case-by-case evaluation. This approach – which evolved into the characteristic European model of legal control of cartel and other anticompetitive behaviour – was well exemplified in the policy laid down in the British Government White Paper of 1944 referred to above. This triggered the development of public interest criteria for weighing sectional industrial interests against broader consumer interests: the beginnings of what is now described in most legal systems as ‘competition law’. The important observation for purpose of the present discussion, however, relates to the method of control: regulatory rather than confrontational, administrative rather than judicial, employing economic rather than moral evaluation. // The third main phase coincided with the establishment of the European Economic Community in the late 1950s and the consequent need to protect legally the setting up and operation of common or single European markets. At that level, there was a further dimension to the regulation of competition: the complementary role of ensuring that the single market was not jeopardized by ‘private’ division resulting from market by strong European business cartels brought the latter within the regulatory firing line at European level and served to turn economic argument against such collaborative arrangements. Market sharing, export bans, and like devices were anathema to the single market and as such transformed cartel activity into a ‘classic’ infringement of Article (now Article 81) of the EC Treaty, subject to increasingly rigorous enforcement. This was not sticky speaking a criminalization, since the EC Commission evolved into a tough system of enforcement, in some respects suggestive of a criminal proceeding». Si precisa che con il termine *cartel* gli autori, come illustrato nel *Glossary of key terms*, intendono «*From the French cartel, Italian cartello and German Kartell: originally a challenge, the terms of a challenge, and then a suspensive arrangement between belligerents for the exchange of prisoners. Hence its meaning as a suspension of hostilities, a truce between combatants, analogous to the American term trust, it is helpful to understand the modern pejorative meaning of ‘cartel’ as an arrangement of truce, whereby natural rivals come together in uneasy alliance. The term remains subtle and complex, combining elements of cessation of rivalry, unnatural and therefore uncertain collaboration, and, also now, damage to another (broader public) interest.*».*

l'*administrative process* nella cultura europea ⁴⁷³; dall'altro lato che, nel momento in cui si è avvertita la necessità di reprimere il fenomeno, si è registrato un'espansione del penale ⁴⁷⁴.

Volgendo l'attenzione su alcuni Stati europei, si osserva che, nel diritto inglese ⁴⁷⁵, con l'espreso proposito di creare maggior deterrenza, con l'*Enterprise Act 2002* ("EA 02") è stato introdotto *the Cartel Offence*, che, in origine, era previsto dalle §188-202 EA 02: per l'esattezza, la *section 188* enunciava il reato, maggiormente delucidato dalla *section 189*, mentre le ss 190-191 annoveravano il sistema sanzionatorio ⁴⁷⁶. La centralità della *section 188* permane, anche a seguito della novella del EA 02, ad opera della *section 147* dell'*Enterprise and Regulatory Reform Act* del 2013⁴⁷⁷. Nel dettaglio, la disposizione inglese ricordata dispone una

⁴⁷³ HARDING, JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, cit., 56 secondo cui «*This discussion of the contrasting North American and European legal cultures of regulation of anti-competitive activity may be than elucidate the development of models od enforcement of rules against cartels in American and European jurisdictions respectively. On the hand, a predominantly political objection has inspired the deployment of criminal law and judicial process, while on the other hand a primarily economic objection has favoured a more careful and empirical method of regulation, using administrative process*».

⁴⁷⁴ HARDING, JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, cit., 342 e 343, che operano il *tracking cartel criminalisation* constatando che «*By the early years of the twenty first century cartel criminalisation had become a significant legal project in a number of European systems and legal orders elsewhere. Taking a global view, by 2010, a number of States, in addition to the US, had provision for criminal liability for companies or individuals, or both, in respect of participation in 'hard core' cartels. Within Europe a number of EU member States had provision for the use of criminal law sanctions: Austria, Cyprus, Denmark, Estonia, France, Germany, Greece, Ireland, Malta, Norway, Slovak Republic and the UK. Outside Europe a number of jurisdictions similarly criminalised cartel activity, including in particular, and in addition to the US and Canada: Australia, Brazil, Israel, Japan, Korea, and Mexico, while New Zealand and South Africa are considering proposals to criminalise. However, care should be taken in interpreting the world map of cartel criminalisation. In some cases, the criminal offence is confined to a particular type of cartel activity, as in the case of Austria and Germany which now criminalise only bid rigging, treating that as a species of fraud. Not all of these jurisdictions provide for imprisonment of cartelists – for instance, within the EU, only Estonia, Ireland, Norway and the UK generally, and Austria and Germany for bid rigging. Moreover, in some countries there has been a countervailing trend towards decriminalisation, as in the case of Austria, France, Luxembourg and the Netherlands, or a decision not to criminalise, for instance in Sweden and Switzerland*».

⁴⁷⁵ Si vedano, per il sistema inglese, HARDING, JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, cit., 286-366; FURSE, *The criminal law of Competition in the UK and in the US, Failure and Success*, cit., 107-165; HARDING, JOSHUA, *Breaking up the Hard Core: the Prospects for the Proposed Cartel Offence*, in *The Criminal Law review*, 2002, 933-944; TRIPODI, *Possibilità di un intervento penale nella disciplina antitrust*, in *Giur. comm.*, 2006, 4, nota 42.

⁴⁷⁶ FURSE, *The criminal law*, cit., 107-108.

⁴⁷⁷ *Section 188, Enterprise Act Offence* in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/part/6>, rubricato «*Cartel offence*», sancisce che: «*(1)An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of*

sanzione della reclusione e/o della multa ⁴⁷⁸, che si applica alle sole persone fisiche. Tuttavia, a differenza dell'ordinamento statunitense, essa si caratterizza per il suo linguaggio, preciso e dettagliato ⁴⁷⁹. Agli enti, si applicano solo sanzioni pecuniarie – *penalty* - dalla rilevanza non penale, ai sensi del *Competition Act* del 1998. A tale riguardo, è interessante osservare che l'*Enterprise and Regulatory Reform Act* del 2013 ha eliminato il requisito del “*to prove dishonesty*”, formula introdotta essenzialmente per assicurare che solo gli accordi dannosi – *harmful agreements* – per la concorrenza fossero sanzionati, ma, sin da subito, oggetto di critiche,

the following kind relating to at least two undertakings (A and B). // (2) The arrangements must be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would: (a) directly or indirectly fix a price for the supply by A in the United Kingdom (otherwise than to B) of a product or service, (b) limit or prevent supply by A in the United Kingdom of a product or service, (c) limit or prevent production by A in the United Kingdom of a product, (d) divide between A and B the supply in the United Kingdom of a product or service to a customer or customers, (e) divide between A and B customers for the supply in the United Kingdom of a product or service, or (f) be bid-rigging arrangements. // (3) Unless subsection (2)(d), (e) or (f) applies, the arrangements must also be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would: (a) directly or indirectly fix a price for the supply by B in the United Kingdom (otherwise than to A) of a product or service, (b) limit or prevent supply by B in the United Kingdom of a product or service, or (c) limit or prevent production by B in the United Kingdom of a product. // (4) In subsections (2)(a) to (d) and (3), references to supply or production are to supply or production in the appropriate circumstances (for which see section 189). // (5) “Bid-rigging arrangements” are arrangements under which, in response to a request for bids for the supply of a product or service in the United Kingdom, or for the production of a product in the United Kingdom: (a) A but not B may make a bid, or (b) A and B may each make a bid but, in one case or both, only a bid arrived at in accordance with the arrangements. // (6) But arrangements are not bid-rigging arrangements if, under them, the person requesting bids would be informed of them at or before the time when a bid is made. // (7) “Undertaking” has the same meaning as in Part 1 of the 1998 Act».

⁴⁷⁸ Per l'esattezza, la sanzione è prevista da § 190(1) *Enterprise Act 2002* secondo cui una persona colpevole è sottoposta a: «(a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding five years, or to a fine or both; (b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both». A tal proposito, cfr. FURSE, *The Criminal Law*, cit., 132-145. In relazione alle sanzioni in ordine al *choice of antitrust sanction* nel contesto europeo, evidenziando come in Europa siano previsti *order of prohibition*, la cui funzione è quella di *injunctive* e che sono rivolte alla *corporate*, nonché *financial penalty (including discounted penalties)* dalla spiccata funzione punitiva, *penal*, con destinatari individui e soggetti e previste tanto da illeciti amministrativi quanto da illeciti penali. Da parte sua, il sistema inglese si caratterizza per la presenza di *damages* dalla funzione di *compensatory* in capo alle *corporate*, di *disqualification and imprisonment* per gli individui, di *confiscation* per individui e società, dalla spiccata funzione punitiva. Sul punto, si veda HARDING, JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, cit., 291 e 297.

⁴⁷⁹ FURSE, *The Criminal Law*, cit., 108, secondo cui «*The first thing that a competition lawyer will be struck by when reading the statutory provisions, particularly if she is not from a common law jurisdiction, is the precision and formalism of the language used. This is at some distance from the approach taken in the TFUE, or in the UK's equivalent Competition Act 1998, and is nothing like the language used in s 1 of the Sherman Act*».

considerata alla stregua di un «*bridge a perceived weakness in the objective definition of the prohibited conduct*»⁴⁸⁰.

Infine, si deve dare atto che il sistema inglese si caratterizza per presentare una norma di chiusura: si allude all'ormai datato reato di *conspiracy to defraud*, che potrebbe essere usato per sanzionare molti comportamenti anti-concorrenziali; introdotto con *The Criminal Law Act* del 1977⁴⁸¹ alla *Section*

⁴⁸⁰ Così HARDING, JOSHUA, *The Cartel*, cit., note 8, 939. Quanto alle ragioni introduttrici del requisito della *dishonesty*, nel *Consultation Document* per l'inclusione del requisito in esame nel *EA O2* sono individuate tre motivazioni: più precisamente, «*First, to ensure that the offence did not apply to agreements that would be lawful under the civil antitrust prohibitions. [...] Including 'dishonesty'? Was a way to ensure that the offence only applies to harmful agreement that are unlikely to have countervailing benefits. Second, it was included to reduce the likelihood that conviction would depend on judgments taken on detail economic evidence. [...] Third, the 'dishonesty' element was intended to provide juries with test that they would recognise and to signal the seriousness of the offence and correspondingly weighty penalties – so as to enable the offence to have maximum deterrent effect*»; sul punto, cfr. FURSE, *The Criminal Law*, cit., 115.

⁴⁸¹ Non è possibile, nella presente trattazione, volta a delineare il possibile volto penale della tutela della concorrenza, approfondire l'*offence* di *conspiracy*. In particolare, *The Criminal Law Act* è la legge di riferimento, che ha risistemato tutta la materia, abolendo molti reati di *conspiracy* ad eccezione, per l'appunto della *conspiracy to defraud* e della *conspiracy to corrupt public morals or to outrage public decency*. Per l'esattezza, mentre la *Section 1* descrive il reato, la *Section 3* dispone le *penalties for conspiracy*: più precisamente, a tenore della *Section 1* «(1) *Subject to the following provisions of this Part of this Act, if a person agrees with any other person or persons that a course of conduct shall be pursued which, if the agreement is carried out in accordance with their intentions, either (a) will necessarily amount to or involve the commission of any offence or offences by one or more of the parties to the agreement, or (b) would do so but for the existence of facts which render the commission of the offence or any of the offences impossible, he is guilty of conspiracy to commit the offence or offences in question. (2) Where liability for any offence may be incurred without knowledge on the part of the person committing it of any particular fact or circumstance necessary for the commission of the offence, a person shall nevertheless not be guilty of conspiracy to commit that offence by virtue of subsection (1) above unless he and at least one other party to the agreement intend or know that that fact or circumstance shall or will exist at the time when the conduct constituting the offence is to take place*», mentre *Section 3* in tema di *penalties* sancisce che «(1) *A person guilty by virtue of section 1 above of conspiracy to commit any offence or offences shall be liable on conviction on indictment: (a) in a case falling within subsection (2) or (3) below, to imprisonment for a term related in accordance with that subsection to the gravity of the offence or offences in question (referred to below in this section as the relevant offence or offences); and (b) in any other case, to a fine. Paragraph (b) above shall not be taken as prejudicing the application of [F6section 127 of the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000] (general power of court to fine offender convicted on indictment) in a case falling within subsection (2) or (3) below. (2) Where the relevant offence or any of the relevant offences is an offence of any of the following descriptions, that is to say: (a) murder, or any other offence the sentence for which is fixed by law; (b) an offence for which a sentence extending to imprisonment for life is provided; or (c) an indictable offence punishable with imprisonment for which no maximum term of imprisonment is provided, the person convicted shall be liable to imprisonment for life. (3) Where in a case other than one to which subsection (2) above applies the relevant offence or any of the relevant offences is punishable with imprisonment, the person convicted shall be liable to imprisonment for a term not exceeding the maximum term provided for that offence or (where more than one such offence is in question) for any one of those offences (taking the longer or the longest term as the limit for the purposes of this section where the terms provided differ). In the case of an offence triable either way the references above in this subsection to the maximum term provided for that offence are references to*

5(2) contempla, per l'appunto, l'applicabilità della *conspiracy to defraud*, che, come novellato dalla *Section 12* del *The Criminal Justice Act 1987* punisce l'accordo tra due o più persone, sorretto dalla finalità di frode – *by dishonesty* – per privare il titolare di un diritto del diritto stesso⁴⁸².

Ciò detto per il diritto inglese, si analizza ora l'ordinamento spagnolo, che presenta similitudini con quello italiano; per l'esattezza, la disciplina *antitrust* è prevista da una legge afferente al diritto amministrativo, ossia la *Ley 15/2007 de Defensa de la competencia* e dal relativo R.D. 261/2008 *Reglamento de defensa de la competencia*⁴⁸³.

Nel dettaglio, la *Ley 15/2007* è simile alla Legge italiana n. 287/1990; nel capitolo dedicato a «*de las conductas prohibidas*» si apprende che le fattispecie illecite sono proprio quelle di *conductas colusoria*, con cui si fa divieto di «*todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto impedir, restringir e falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]*»⁴⁸⁴ e di «*Abuso de posición dominante*», con cui «*queda prohibida*

the maximum term so provided on conviction on indictment» in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45>. A tal proposito, si veda, per un'introduzione sommaria, SMITH SIR JOHN C, HOGAN BRIAN, *Criminal Law, Cases and Materials, Fifth edition*, Edinburgh, 1993, 334-337, che ricordano che «*Conspiracy was defined at common law as an agreement to do an unlawful act or to do a lawful act by unlawful means; and the word 'unlawful' included not only all crimes but also some torts, fraud, the corruption of public morals and the outraging of public decency, wheter or not the acts in question amounted to crimes when done by an individual*».

⁴⁸² In particolare, «*Charges of and penalty for conspiracy to defraud*» sono: «(1)If— (a)a person agrees with any other person or persons that a course of conduct shall be pursued; and (b)that course of conduct will necessarily amount to or involve the commission of any offence or offences by one or more of the parties to the agreement if the agreement is carried out in accordance with their intentions, the fact that it will do so shall not preclude a charge of conspiracy to defraud being brought against any of them in respect of the agreement.(2)In section 5(2) of the Criminal Law M1Act 1977, the words from “and” to the end are hereby repealed. (3) A person guilty of conspiracy to defraud is liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 10 years or a fine or both». Sul punto, cfr. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/38/section/12#reference-c379510>. Si osservi, a tal proposito, che la *conspiracy to defraud* si caratterizza proprio per quella *dishonesty*, che è stata eliminata dalla *section 147* dell'*Enterprise and Regulatory Reform Act* del 2013 in riferimento alla § 188 EA 02.

⁴⁸³ Per il testo della *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* e per il relativo R.D. 261/2008 *Reglamento de defensa de la competencia* cfr. il sito dell'Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado in https://www.boe.es/diario_boe/.

⁴⁸⁴ Così *artículo 1 «conductas colusorias», del Capítulo 1 «de las conductas prohibidas», del Título I «De la defensa de la competencia»*.

la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional»⁴⁸⁵. A ciò si aggiunga che il *Capítulo II* è interamente dedicato a «de las concentraciones económicas»: in particolare, «A los efectos previstos en esta ley se entenderà que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias emèresas como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o b) la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas. c) la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma»⁴⁸⁶; similmente alla normativa italiana sono previsti *obligación de notificación y suspensión de la ejecución*⁴⁸⁷.

Specularmente alla normativa *antitrust* italiana, è prevista l'istituzione di un'Autorità garante, la *Comisión Nacional de la Competencia*, la quale svolge i propri compiti, coordinandosi anche con *los órganos competentes de las Comunidades Autónomas*⁴⁸⁸. Nel novero delle funzioni assegnate si registra quella di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, di cui all'*artículo 63 Ley 15/2007*, dagli importi elevati⁴⁸⁹. A tal proposito, una recente ed importante *Sentencia del Tribunal Supremo*

⁴⁸⁵ Così *artículo 2 «Abuso de posición dominante», del Capítulo I «de las conductas prohibidas», del Título I «De la defensa de la competencia».*

⁴⁸⁶ Così *artículo 7 «Definición de concentraciones económica», del Capítulo II «de las concentraciones económica», del Título I «De la defensa de la competencia».*

⁴⁸⁷ Cfr., per l'esattezza, *artículo 9 de la Ley 15/2007.*

⁴⁸⁸ Cfr., nel dettaglio, *artículos 13-18 de la Ley 15/2007.*

⁴⁸⁹ Alla stregua dell'*Artículo 63*, rubricato «*Sanciones*», «1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones: a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros. 2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto. 3. En caso de que no sea posible delimitar

(STS 29 de enero de 2015) ha interpretato l'articolo 63.1 in modo diverso dalla *Comunicación* del 2009 della *Autoridad española de la Competencia*, ponendo l'attenzione sul fatto che le percentuali, sulla base delle quali parametrare l'entità della sanzione, devono essere considerate come «*el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje*»⁴⁹⁰. In altri termini, il Supremo organo di giustizia spagnolo ha richiamato

el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes: a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros. b) Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros. c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros».

⁴⁹⁰ Così DE LA VEGA GARCÍA FERNANDO, *Importante interpretación en España de las normas relativas a las sanciones derivadas de ilícitos antitrust (STS 29 de enero de 2015)*, in <http://derechoycompetencia.blogspot.it/2015/02/importante-reinterpretacion-enespana.html>, che ricorda che «*La sentencia del TS de 29 de enero de 2015 interpreta el art. 63.1 de forma totalmente distinta a esta Comunicación, lo que debe tener unos efectos muy importantes respecto a la aplicación del sistema de sanciones establecido. // De forma más concreta, el TS dispone que "los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 - denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (dejamos al margen, por el momento, el significado del adjetivo "total" aplicado al sustantivo "volumen de negocios"). // El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones. // Esta interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 que acogemos es la que "naturalmente" dimana de su tenor y del sentido de las escalas de multas máximas y mínimas, además de tratarse de la seguida en nuestro derecho sancionador tanto administrativo como (a fortiori) penal»*. Sul punto, si vedano, altresì, DE LA VEGA GARCÍA FERNANDO, *Determinación de las sanciones tras la STS de 29 de enero de 2015: entre la proporcionalidad y la disuasión (Res. CNMC de 5 de marzo de 2015)*, in <http://derechoycompetencia.blogspot.it/2015/03/determinacion-de-las-sanciones-tras-la.html>; LOZANO CUTANDA BLANCA, *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero del 2015: los porcentajes sobre el volumen de negocios del artículo 63.1 LDC son la cifra máxima de las multas de defensa de la competencia, pero se calculan sobre todas las actividades de la empresa infractora*, in *Análisis GA&P*, 2015, Febrero, 1-3 e in <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/sentencia-del-tribunal-supremo-de-29-de-enero-del-2015.pdf>; per il testo completo della sentenza cfr. http://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/STS_29_enero_2015_sobre_calculo_de_sanciones_0.pdf.

l'Autorità garante al rispetto della proporzionalità nella determinazione della sanzione stessa.

Infine, in relazione al diritto *amministrativo antitrust* spagnolo, per l'Osservatore nazionale, non si può non porgere l'attenzione sull'*artículo 3* della *Ley 15/2007*, rubricato «*Falseamiento de la libre competencia por actos desleales*», in quanto la suddetta disposizione riserva una competenza all'Autorità garante stessa a conoscere degli atti di concorrenza sleale allorquando essi siano idonei a falsare il gioco della libera concorrenza. In questo articolo si coglie il superamento della rilevanza intersoggettiva della disciplina della concorrenza sleale nel momento in cui la stessa interferisce con il pubblico interesse e, in ciò, risiede l'interesse dell'osservatore nazionale ⁴⁹¹.

Accanto al diritto amministrativo, nel diritto spagnolo, non si può escludere una qualche rilevanza, che potrebbe emergere *in concreto*, al complesso di reati, di cui agli *artículos 278-286 Código Penal*, e cioè i *Delitos relativos al mercado y a los consumidores*. In particolare, si allude all'*artículo 284*, che incrimina l'alterazione dei prezzi, che deriverebbero dalla libera concorrenza, a seguito della diffusione di notizie false o di abuso di informazioni privilegiate ⁴⁹².

⁴⁹¹ In tal senso, l'*artículo 3* della *Ley 15/2007* alla cui stregua «*La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*».

⁴⁹² Per il testo degli *artículos 278-286 Código Penal* cfr. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/1o10-1995.12t13.html. In particolare, l'*artículo 284* sancisce che «*Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que: 1. Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos. 2. Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad. 3. Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieron órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales. En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador*».

Prima di volgere lo sguardo ad altri ordinamenti, non si può non dar atto che l'ordinamento spagnolo si caratterizza per una sviluppata conoscenza e riflessione sul *diritto amministrativo sanzionatorio*, che può essere concettualizzato nel fenomeno del potere sanzionatorio in capo ad una pubblica amministrazione, permeato dalle garanzie, che nell'ordinamento italiano, sono prettamente proprie del diritto penale ⁴⁹³.

Quanto alla disamina degli altri Stati europei, si prendono, brevemente, in considerazione la Germania e la Francia.

Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, esso si caratterizza per aver adottato, sin nel lontano 1957, una legge contro le pratiche restrittive della concorrenza: si tratta della *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* o, più semplicemente, *GWB*, normativa, che ha subito nel corso della sua storia diverse modificazioni. Ancorché precorritrice rispetto alle altre discipline, essa reprime – e, quindi, considera come illecite – le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante, con sanzioni amministrative ⁴⁹⁴. La stessa è stata oggetto di diverse critiche per la tecnica normativa utilizzata, in quanto non rispettosa della determinatezza della proibizione e, probabilmente, in questo, deve essere

⁴⁹³ NIETO ALEJANDRO, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Editorial Tecnoc, 2008, 19, che sottolinea come «Hasta no hace mucho se encontraba científicamente el Derecho Administrativo Sancionador en una zona de nadie, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, abandonada por los cultivadores de ambos con el pretexto de que era más propia de los del otro bando». In effetti, non si può non osservare come uno studio ponderato del diritto amministrativo sanzionatorio sia ancora da portare a termine anche *-también-* nell'ordinamento italiano. L'opera del *catedrático* spagnolo analizza non solo l'evoluzione della specificità della materia e dell'importanza di concentrarsi sulla stessa, bensì i principi fondanti la stessa (legalità, riserva di legge, tipicità), la colpevolezza, il divieto di *ne bis in idem* e la prescrizione stessa. In altri termini, studia *el derecho administrativo sancionador* con la sensibilità e gli schemi del diritto penale e con la completezza della trattazione organica alla stregua di una vera e propria materia. Non è possibile nella presente trattazione soffermarsi sull'illecito amministrativo depenalizzato, che nell'ordinamento italiano porterebbe ad iniziare lo studio eclettico della Legge n. 689/1981, ma sia consentito riportare che il diritto penale spagnolo presenta, almeno sulla base di quanto sommariamente appreso, una sensibilità diversa rispetto a quella che emerge dallo studio della letteratura italiana, nella quale, si vedano, in particolare, sull'argomento ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo: ambito di applicazione*, Milano, 1990, 1 ss e SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 1 ss.

⁴⁹⁴ TIEDEMANN KLAUS, *Il diritto penale dell'economia*, cit., 10.

individuata la causa delle diverse riforme, che ha subito, nonché per la mancanza di fattispecie incriminatrici ⁴⁹⁵.

In modo simile per l'ordinamento francese, in cui la disposizione di riferimento era data dall'art. 17 dell'*Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986*, relativa a *la liberté des prix et de la concurrence*, che puniva, con la reclusione o con la multa, tutte le persone fisiche che avevano concorso con frode – *frauduleusement* – alla causazione di un'intesa restrittiva della concorrenza e l'abuso di posizione dominante. L'*Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986* è stata abrogata dall'*Ordonnance 2000-912 2000-09-18 art. 4 JORF 21 septembre 2000*, che ha provveduto, tuttavia, a traslare l'art. 17 nell'*Article L420-6 del Code Commerce* sicché il contenuto dispositivo è lo stesso ⁴⁹⁶.

Una tradizione molto interessante si rinviene anche nell'ordinamento peruviano, che, avendo introdotto solo nel 1991 una legge contro le pratiche restrittive della concorrenza, ha potuto così constatare e trarre ispirazione, non

⁴⁹⁵ Utili riferimenti in SENA, FRANZOSI, *Antitrust. Progetti italiani, regolamento CEE, legislazioni straniere*, Milano, 1990, 101-124 e in <http://www.antitrust.de/>. Il sistema alemanno è ben illustrato da ABANTO VÁSQUEZ MANUEL, *Introducción al derecho penal de la competencia, Análisis histórico y comparativo del decreto legislativo 701*, in <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6721>, 253-291, che ricorda i capisaldi della dottrina tedesca, ossia TIEDEMANN KLAUS, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, Colonia, 1976, 95 ss e TIEDEMANN KLAUS, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Hamburg, 1976, II, 21. Si veda, infine, TIEDEMANN KLAUS, *Il diritto penale dell'economia*, cit., 10.

⁴⁹⁶ Utili riferimenti in SENA, FRANZOSI, *Antitrust. Progetti italiani*, cit., 101-124, FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli. Public and private enforcement*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, 129 e TRIPODI, *Possibilità di un intervento*, cit., nota 42, che ricorda, altresì, la dottrina di riferimento, ossia MOUSSERON, SELINSKI, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Parigi, Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1987, 231 ss. Il testo dell'*Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence* è reperibile e sempre aggiornata in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000333548>. In particolare, l'art. 17 succitato recita che: «*Sera punie d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 500 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement toute personne physique qui, frauduleusement, aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles 7 et 8. //Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné*». L'*Article L420-6 del Code Commerce* sancisce che «*Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 500000 F le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2. Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné*».

solo dal modello statunitense, bensì anche dal sistema europeo, nella duplice dimensione di quest'ultimo, ossia quella delle disposizioni dei Trattati Europei e dell'attività della Commissione Europea, nonché quella della legislazione e della sua applicazione dei singoli Stati Membri ⁴⁹⁷.

In particolare, nel diritto peruviano, è la stessa Costituzione ad enunciare il principio di divieto di monopoli (tanto quella del 1933 all'art. 61 quanto quella del 1979 all'art. 133 ⁴⁹⁸) sicché non si reputava necessaria una legge ordinaria *antitrust* ⁴⁹⁹. Quest'ultima è stata introdotta con il *decreto legislativo 701* del 1991, rubricato «*Ley contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia*» (LPRC), la quale, a sua volta, si affianca al *Código Penal* del 1991, il cui *artículo 232* del *Título «Delitos contra el orden económico»* incrimina l'abuso di posizione monopolica od oligopolica e le intese sulla produzione che hanno lo scopo di impedire, restringere o distorcere la libera concorrenza. Per l'esattezza, la LPRC ha il merito di aver richiesto la verifica, nella struttura del reato, di un pericolo concreto o di un danno all'interesse economico generale sul territorio nazionale ⁵⁰⁰. In particolare, *los tipos penal de la LPRC* sono *el abuso de posición dominante en el mercado e las prácticas restrictivas de la competencia o acciones concertadas*

⁴⁹⁷ Sul punto *cfr.* ABANTO VÁSQUEZ MANUEL, *Introducción al derecho penal de la competencia*, cit., 253-291. Nel suo scritto, il *catedrático* peruviano, ripercorrere la genesi della normativa *antitrust*, partendo dallo *Sherman Act* statunitense, passando per la tradizione tedesca ed infine soffermandosi sull'evoluzione latinoamericana. In particolare, in quest'ultima, il primo Stato, che ha adottato una *ley antimonopolística*, è l'Argentina nel 1923, seguita, negli anni Sessanta e Settanta del Novecento dal Brasile, dalla Colombia e dal Cile.

⁴⁹⁸ L'artículo 133 della *Constitución para la República del Perú* stabilisce che «*Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes*» in <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>.

⁴⁹⁹ In tal senso, ABANTO VÁSQUEZ MANUEL, *Introducción al derecho penal de la competencia*, cit., 265. Come sottolinea l'Autore, oltre al dato costituzionale, rileva anche la storia della politica economica peruviana. Per l'esattezza, si legge che «*La política económica peruana ha cambiado continuamente de orientación, sin que se haya erigido algun vez una auténtica economía de mercado. Sea durante las dictaduras o durante gobiernos democráticamente elegidos, siempre se tendía a favorecer a determinado grupo de empresas nacionales y extranjeras*».

⁵⁰⁰ *Cfr.* ABANTO VÁSQUEZ MANUEL, *Introducción al derecho penal de la competencia*, cit., 266-269. Il testo della LPRC è reperibile in <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl701.pdf/e179e02c-be5e-4bc4-acf6-a3d2f721e7bb>.

con sanzioni amministrative pecuniarie, irrogate, a seguito di un procedimento amministrativo, radicato in capo alla *Comision Multisectoral de la libre competencia*, con raccordo tra Autorità e potere giudiziario, in quanto l'*artículo 19* sancisce che «*Si la Comisión estimara que en las infracciones cometidas el responsable actuó dolosamente, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Supremo en lo Penal*»⁵⁰¹.

I cenni comparatistici tratteggiati consentono di affermare che i dubbi d'oltreoceano sono sentiti dall'interprete nazionale e sono evidenziati, palesemente, dalle parole «*when the statutory prohibitions are vague and general*»⁵⁰² di Areeda, Kaplow e Edlin, parole che portano l'osservatore interno a chiedersi come sarebbe possibile cancellare l'amministrativo, per elevarlo a penale, assicurando il rispetto dei principi di determinatezza e di tassatività nella tipicità del fatto di reato e, quindi, della stessa legalità. Gli ostacoli del percorso della «*criminalizzazione*», tracciato da alcuni esponenti della dottrina, così opinando, sono evidenti: di fronte all'indeterminatezza e alla vaghezza dei concetti, la perplessità è esattamente la stessa mossa dalla dottrina statunitense dinnanzi ai *felonies* dello *Sherman Act*⁵⁰³.

⁵⁰¹ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ MANUEL, *Introducción al derecho penal de la competencia*, cit., 269-284.

⁵⁰² Si veda quanto illustrato poc'anzi a pag. 243.

⁵⁰³ In tal senso, nella dottrina italiana, si vedano FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., 483, a tenore del quale «*Comunque, nell'ottica penalistica, il vero nodo sembra essere rappresentato non tanto dalla risposta all'interrogativo circa la configurabilità o meno di un intervento antimonopolistico in sede penale; quanto e soprattutto dalla risposta all'interrogativo circa il mondo in cui tipicizzare le forme di tutela penale, a fronte di una realtà nella quale, notoriamente, le ipotesi di monopolio e di turbamento della concorrenza e del mercato possono realizzarsi in forme e in modi molteplici. [...] In effetti, la tematica della concorrenza e del monopolio è certamente una di quelle in cui è difficile tipicizzare le fattispecie penali sulla condotta, evitando ad un tempo il rischio di una definizione tanto onnicomprensiva quanto troppo generica, ed il rischio opposto di una definizione eccessivamente casistica, ove si ponga mente alla molteplicità e variabilità delle ipotesi di collusione e di abuso in cui può risolversi la pratica monopolistica. Né l'evitare la tipicizzazione attraverso la condotta, per non incorrere in tali rischi, consente di percorrere con maggior tranquillità la via alternativa di una tipicizzazione fondata sui risultati di turbamento delle condizioni di mercato, e sugli effetti del monopolio anziché sui possibili modi di attuazione*»; FRIGNANI, *Diritto della concorrenza*, cit., 129 e MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella L. 10.10.1990 n. 297*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 646, secondo il quale, letteralmente, «*Le descrizioni delle fattispecie in materia presentano infatti margini di vaghezza difficilmente compatibili con un rispetto non formalistico della tassatività e della determinatezza dell'illecito penale*».

Le osservazioni critiche tanto alla *tesi amministrativistica* e di dubbi su una possibile *tesi penalistica* consentono di delineare una terza tipologia di riforma, qualificabile come *amministrativistica-penalistica*. In tal modo, si riscoprono le parole di Mario Romano, scritte nel 1978, molti anni prima dell'introduzione della stessa legge *antitrust* e se ne constata l'attualità disarmante per l'interprete di oggi, che le sente così vicine al proprio stato d'animo; e così non si può non ricordare quanto scritto dall'illustre maestro: «*La parte del progetto alla quale, in ragione della sua importanza, volevo dedicare qualche sintetica considerazione, riguarda una normativa penale in materia di concorrenza. Mi rendo conto che la presenza di sanzioni in questo settore deve rimanere forse ancor più che in altri campi saldamente ancorata e subordinata ad una legislazione civilistica [ndr. antimonopolistica] che, nonostante i reiterati tentativi del passato, non è mai stata condotta in porto; ma la questione è proprio, almeno in parte, se non sia ormai giunto il momento di provvedere a colmare una non indifferente lacuna. [...] Si condivida o men questa affermazione, il ruolo fondamentale occupato dal principio della libera concorrenza in una economia di mercato esonera dalla dimostrazione del grande rilievo «ideologico» e dalla considerevole utilità ricollegabile a una legge antimonopolio e, sul presupposto della sua emanazione, dell'opportunità dell'intervento di alcune disposizioni penali: quanto alla loro strutturazione, tuttavia, ci si trova qui – come è stato recentemente ricordato – in uno dei più intricati e controversi problemi dell'intero diritto penale in materia economica. A parte talune disposizioni infatti, peraltro in se stesse di non scarsa importanza, da riservare con opportune nuove formulazioni a comportamenti sul tipo della pubblicità menzognera o genericamente riconducibili ad un campo anticipatorio rispetto alla norma generale sulla truffa; a parte una maggiore attenzione da attribuire, in funzione moralizzatrice nei confronti del malcostume commerciale non recente e non certo esclusivamente nostrano (il cui pesante effetto deprimente sul tenore degli apprezzamenti aventi per oggetto lo standard di moralità osservato nello svolgimento di altre attività politiche o sociali sarebbe però pericoloso sottovalutare), alle condotte qualificabili di corruzione economica, date dall'offerta o promessa a un dipendente o incaricato di un'impresa privata (oppure, nella forma passiva, dalla richiesta proveniente da costoro, o da una loro accettazione) di vantaggi patrimoniali per procurare illegittimamente a sé*

o ad altri con merci o prestazioni economiche un trattamento preferenziale, le difficoltà più gravi si incontrano quando ci si debba accingere alla tipizzazione dei divieti di pratiche concordate limitative della concorrenza o di fattispecie concernenti l'abuso di posizione dominante. Qui infatti la esigenza di legalità da un lato, per eccellenza commessa nella maniera più stretta alla previsione penale, e la sconfinata vastità della disciplina da trattare dall'altro, sembrerebbero contraddirsi senza alcuna possibilità di rimedio»⁵⁰⁴.

«Nonostante ciò, non si tratta [...] di difficoltà insuperabili»⁵⁰⁵ - ripartendo e riprendendo le «indicazioni singolarmente anticipatrici»⁵⁰⁶ - tanto che Romano propone un intervento penalistico, che si affianchi al diritto amministrativo, a tutela della *libertà della concorrenza*, collocandosi, così, nel pensiero della dottrina nazionale che si è posta il problema di un ricorso al penale nella disciplina *antitrust*⁵⁰⁷.

Qualsiasi prospettiva *de iure condendo* che ha intenzione di qualificare l'illiceità di uno stesso fatto, tanto alla stregua del diritto penale, quanto di quello amministrativo, è onerato dal compito di riflettere, non tanto sulle garanzie dell'equo processo, ma, piuttosto, sul *ne bis in idem* per prospettare una riforma, che preveda un doppio binario compatibile con i *dicta euro-convenzionali*.

Oltre a ciò, bisogna riflettere sul fatto che il riconoscimento delle garanzie convenzionali muove dal presupposto dell'applicazione dei criteri *Engels* alle sanzioni amministrative pecuniarie, previste dalla normativa *antitrust* italiana così come quelle previste dal testo unico della finanza, e alla loro conseguente qualificazione come *intrinsecamente* penali, rilevando, ai fini del giudizio di *pena camuffata*, in *Menarini* e in *Grande Stevens*, la gravità della sanzione, e cioè la sua ingente entità, la severità, la finalità repressiva e general preventiva⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Così ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., 200-203.

⁵⁰⁵ Sempre, così, ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., 203.

⁵⁰⁶ Così definisce le considerazioni di Romano, FOFFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 876.

⁵⁰⁷ In tal senso, ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., 183 ss, FOFFANI, *Legislazione antitrust*, cit., 870 ss; TRIPODI, *Possibilità di un intervento*, cit., 52 ss.

⁵⁰⁸ Si veda quanto illustrato a pagg. 84-87.

In altri termini, si sta affermando che le censure al procedimento amministrativo sanzionatorio, previsto dalle Autorità indipendenti – censure ricostruibili, per astrazione, dai casi specifici di *Menarini* e di *Grande Stevens* – si muovono dalla presenza di sanzioni amministrative pecuniarie così elevate tanto da essere *punitive e sanzionatorie*. Di conseguenza, pare logico pensare ad un amministrativo che sia meno afflittivo; tuttavia, ad esso deve corrispondere un diritto penale, che non si limiti ad introdurre fattispecie speculari a quelle *antitrust* con pene più elevate, ma colga una particolare offensività al bene giuridico della *libertà della concorrenza*. Così pensando di riformare, da un lato, verrebbero meno le doglianze della Corte Edu, poiché, una volta restituita la natura amministrativa al procedimento amministrativo in capo all'AGCM, mediante la previsione di sanzioni meno afflittive, verrebbero meno anche le doglianze relative all'equo processo e, dall'altro lato, con l'introduzione di fattispecie incriminatrici *antitrust* sarebbero garantite agli imputati le garanzie previste dal processo penale e, quindi, anche il diritto all'equo processo.

Nel profondo convincimento che questa tesi sia quella *onesta e laica*, si deve, innanzitutto, aver presente il problema che la giurisprudenza di Strasburgo sta mettendo in luce in relazione ai sistemi sanzionatori, a doppio binario, interni; si allude, alla questione emersa con *Grande Stevens* e ripresentatesi nelle Corti nazionali in relazione al rapporto tra gli illeciti penali di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. 74/2000 e l'illecito amministrativo di cui all'art. 13 d.lgs. 471/1997 e, tenuto in considerazione, altresì, della generale giurisprudenza delle Corti in relazione al rapporto *ne bis in idem e doppio binario*, affermata su ricorsi di altri ordinamenti, come Corte EDU (grande Camera), sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, nel prosieguo, per semplicità espositiva, *A e B c. Norvegia* ⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ In relazione a Corte EDU (grande Camera), sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, cfr. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it e VIGANÒ, *A Never-Ending Story?*, cit., in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

Invero, in tema di *ne bis in idem*, la questione è ulteriormente aggravata dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, meglio nota come Carta di Nizza, la quale, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, stante l'art. 6 § 3 TUE; è norma di diritto primario dell'Unione, sicché essa è direttamente applicabile nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 11 Cost, ossia è idonea a produrre *effetto diretto* negli ordinamenti degli Stati membri, con carattere di *primazia* rispetto ad eventuali norme nazionali contrastanti. In particolare, l'art. 50 CDFUE, rubricato «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato», recita che «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è stato già assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge» talché, per l'interprete ed osservatore italiano, l'interrogativo che sorge è se il *ne bis in idem* “con effetto diretto” abbia la stessa portata del *ne bis in idem* “senza effetto diretto”. In soccorso, interviene la stessa Carta di Nizza, che all'art. 52 § 3 dispone che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». È pacifico che il riferimento alla CEDU sia da estendersi anche ai suoi Protocolli e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo cosicché l'art. 50 CDFUE contiene almeno l'insieme delle garanzie enucleate dalla Corte di Strasburgo in sede di interpretazione dell'art. 4, Prot. 7 CEDU e, come tale, dovrà essere applicato dal giudice nazionale ⁵¹⁰.

In tal modo, la questione diviene e ritorna la seguente: *qual è il significato eurounitario del ne bis in idem?* La Corte Edu tutela l'individuo contro la possibilità

⁵¹⁰ VIGANÒ, *Doppio binario*, cit., 234. A tal proposito, si osserva che qualsiasi prospettiva di riforma, che prenda in considerazione un doppio binario, non può non vagliare l'impatto che la stessa avrebbe, allorquando venga presentato ricorso alla Corte Edu, posto che, mediante l'art. 649 cpp ovvero attraverso la diretta applicazione, che sottende la non applicazione della norma interna contrastante, dell'art. 50 CDFUE, gli effetti sull'ordinamento interno sarebbero inevitabili.

non solo di non essere sanzionato due volte per lo stesso reato, ma ancor prima di essere sottoposto una seconda volta a processo per un reato per il quale è già stato giudicato, non importa se con esito assolutorio o di condanna. Non si tratta di una garanzia sconosciuta al diritto nazionale, che, anzi, al contrario all'art. 649 cpp, rubricato «*divieto di secondo giudizio*», impone che sia pronunciata immediatamente sentenza di proscioglimento, in ogni stato e grado del giudizio, ogniqualvolta vi sia già stata una sentenza definitiva per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze. Tuttavia, nell'ordinamento italiano, si tratta di un principio, enunciato da una disposizione del Codice di procedura penale, e, pertanto, scevro di copertura costituzionale, mentre nell'ordinamento convenzionale ha natura di diritto fondamentale dell'individuo, non derogabile, nemmeno in tempo di guerra o in situazioni di emergenza. *Non solo*: le logiche nazionali attengono alla qualificazione, che di un fatto fornisce la legge sicché un giudice interno non potrebbe mai *riqualificare* un fatto non previsto dalla legge come reato ed attribuirgli valenza penale. Viceversa, le logiche sovranazionali e convenzionali si fondano sulla concezione autonomista condotta secondo i criteri *Engels*. Non solo, la Corte EDU va oltre la qualificazione interna o nazionale, nonostante l'Italia abbia formulato, all'atto della ratifica, riserve con lo scopo di circoscrivere la portata del principio alla sola presenza di un previo procedimento qualificato come *penale* secondo l'ordinamento italiano ⁵¹¹.

Quando, quindi, si ha un idem? Il punto di riferimento è dato dalla sentenza *Zolotukhin* della Grande Camera della Corte EDU, che modifica la propria giurisprudenza precedente, affermando che sussiste l'*idem* quando diverse disposizioni convergono sul medesimo fatto materiale, ancorché non sulla base

⁵¹¹ VIGANÒ, *Doppio binario*, cit., 224 e 234, che ricorda che Germania, Belgio, Paesi Bassi e Regno Unito non hanno ratificato il Protocollo 7, il cui art. 4 annovera il principio del *ne bis in idem*, mentre altri Stati, come quello italiano, hanno formulato riserve, all'atto di ratifica, del tipo di quelle interne, ossia volte a limitare la valenza del principio nei soli casi di procedimento qualificato come penale secondo l'ordinamento italiano.

della diversa descrizione delle fattispecie astratte prese in considerazione. Pertanto, non è sufficiente, per evitare una censura di *ne bis in idem*, che, traendo esempio dai casi esaminati, sussistano diversità tra gli elementi costitutivi di una fattispecie amministrativa funzionale all'accertamento di eventuali imposte e disponente sanzioni amministrative pecuniarie e una penale rilevante per evasioni dolose e fraudolenti e comportanti sanzioni privative della libertà personale. La nozione di *idem* è ancora indiscussa sicché esso è legato alla commissione di un unico fatto materiale, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica ⁵¹².

Appurato cosa debba intendersi per *idem*, il secondo *step* logico è chiedersi quale regola debba essere seguita per accertare la violazione del *ne bis in idem*. La soluzione è agevole alla luce della recente *A e B c. Norvegia*, nella quale, la Corte, facendo chiarezza nella sua giurisprudenza, pone la regola del *sufficiently close connection in substance and time* ovvero della *connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta* ⁵¹³.

Quanto alla connessione cronologica, si fa riferimento alla possibilità che l'art. 4, Prot. 7, CEDU precluda soltanto procedimenti *consecutivi* o osti anche a procedimenti *paralleli* per il medesimo fatto. Ad avviso della Corte di Strasburgo, in altri termini, è rilevante la “*mancata connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*” tra il procedimento amministrativo e il processo penale per l'accertamento della violazione. In modo speculare, ciò significa che le garanzie convenzionali sono applicabili anche ai procedimenti paralleli per il medesimo fatto, una volta che uno di essi si concluda con un provvedimento definitivo. La Corte in *A. e B. c. Norvegia* va oltre e precisa che l'art. 4, Prot. 7, CEDU non impedisce agli Stati membri di apprestare legittimamente un sistema di risposte, ivi incluso anche un doppio binario, a condotte socialmente offensive, mediante procedimenti distinti;

⁵¹² VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, Corte EDU (*grande Camera*), sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2. Per la disamina della giurisprudenza eurounitaria ed essenziale in tema di *ne bis in idem* prima di *A. e B. c. Norvegia*, cfr. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., 204-209.

⁵¹³ VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit., 3.

ciò che è vietato è il cumulo delle sanzioni in modo tale da cagionare un sacrificio eccessivo per l'interessato talché la Corte vaglia, per l'appunto, che il sistema sia il frutto di una strategia unitaria concepita in modo tale che i diversi aspetti dell'illecito siano posti in essere in maniera prevedibile e proporzionata. Più precisamente, la Corte precisa che, per evitare censure eurounitarie ad un sistema del doppio binario, sia necessaria *«la previsione di un meccanismo di unificare, in qualche stadio della procedura, i due procedimenti sanzionatori, in modo tale da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni da parte di un'unica autorità e nell'ambito di un unico processo»*⁵¹⁴. Con maggior sforzo di dettagliazione, la Corte, nella valutazione della *“connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta”* prende in considerazione le seguenti circostanze: *«se i procedimenti previsti per la violazione abbiano scopi differenti, e abbiano ad oggetto – non solo in astratto ma anche in concreto – profili diversi della medesima condotta antisociale; se la duplicità dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile della condotta; se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare “per quanto possibile” ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una “adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento e, infine, se la sanzione imposta nel procedimento che si concluda per primo sia tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena»*⁵¹⁵.

Rebus sic stantibus, si prende atto, ai fini della presente ricerca, che una riflessione *de iure condendo* su una possibile introduzione di un doppio binario non incontra un veto assoluto da parte della giurisprudenza di Strasburgo, ancorché non si possa non condividere l'opinione dissenziente del Giudice *Pinto De Albuquerque*, espressa proprio nel caso *A. e B. c. Norvegia*; in particolare, la succitata decisione stravolge la nozione di *bis* fornita da *Zolotukhin*, mediante la valorizzazione del criterio della *«connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta»* tra i due procedimenti, in

⁵¹⁴ Così VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit., 4.

⁵¹⁵ Così VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit., 4.

quanto detta connessione è un criterio vago e, pertanto, arbitrario, rilevato da circostanze suscettibili di diverse interpretazioni ⁵¹⁶.

Eppure, non si può *onestamente e laicamente* sostenere che un sistema del doppio binario sia in sé e di per sé, in quanto tale, illecito; ne sono la prova, infatti, le tradizioni giuridiche di molti Paesi Europei che conoscono la coesistenza e la cooperazione tra procedimenti formalmente amministrativi e processi penali, senza che le stesse siano mai state considerate contrarie alle rispettive Carte Costituzionali ⁵¹⁷.

Se così non fosse, si dovrebbe arrivare alla conclusione secondo cui un sistema di doppio binario non è più possibile secondo la Corte Europea con la conseguenza che, per assicurare le garanzie procedurali, si dovrebbe relegare il diritto penale per la tutela ai soli beni quali la vita, eliminandolo da tutti i settori, in cui trova terreno fertile il doppio binario, sostituendolo, in essi, con un diritto amministrativo che deve tingersi delle garanzie processuali propri del diritto processuale penale, ivi inclusa anche la cognizione delle fattispecie alla stessa magistratura penale. Così ragionando, si sta affermando che se la Corte EDU arriverà ad imporre, volente e nolente, un'unica sanzione a fatti offensivi di beni giuridici per il diritto penale, si arriverà ad esiti paradossali, ma, soprattutto, ciò lederà indirettamente la riserva di legge in materia penale, che copre anche la sanzione penale; *si finirà nel paradosso, secondo cui, per assicurare il massimo delle garanzie, si commetterà un'ingiustizia, ossia l'omicidio della riserva di legge, dimenticando il proprio deficit*

⁵¹⁶ VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit., 3, che ricorda le parole sull'opinione critica e dissenziente del giudice *Pinto De Albuquerque*: «*Dopo aver messo sottosopra la ratio del ne bis in idem, la sentenza di oggi apre la strada a una politica punitiva del moderno Leviatano, basata su procedimenti multipli, strategicamente connessi e posti in essere con lo scopo di raggiungere il massimo effetto repressivo possibile*». «*Una politica*» – prosegue *Pinto* – «*che potrebbe risolversi in una storia infinita di due o più procedimenti condotti progressivamente o successivamente contro lo stesso individuo sulla base degli stessi fatti*» (§ 79), *subordinatamente all'unica condizione di "un simulacro di proporzionalità" della sanzione complessiva, secondo un approccio bollato come "assai distante dalle note radici storiche del ne bis in idem e dalla sua consolidazione come principio del diritto internazionale consuetudinario"*. Di più: «*dopo aver certificato la morte del doppio binario sanzionatorio in Grande Stevens, la maggioranza resuscita ora, secondo Pinto, questa tecnica normativa*».

⁵¹⁷ VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit., 2.

di democraticità delle istituzioni europee ed eludendo così la ratio illuministica sottesa al principio di legalità, ponendo in essere il machiavellico brocardo, secondo cui il fine giustifica i mezzi, senza però che sia chiaro all'osservatore nazionale quale sia questo fine: imporre il diritto convenzionale sopra ogni diritto nazionale?

Si deve, pertanto, consentire agli Stati membri di prevedere un sistema sanzionatorio *amministrativistico-penalistico*, si deve rammentare loro di non effettuare duplicazioni, bensì di reprimere diverse offensività, originate dal medesimo fatto storico. Una sorta di *libero arbitrio*, che non è, invero e per di più, estraneo allo stesso legislatore europeo. Si allude, per l'esattezza, alla Direttiva 2014/57/UE ed al Regolamento UE n. 596/2014 in tema di abusi di mercato, materia che, come già evidenziato nella trattazione di *Grande Stevens*, si caratterizza per la presenza di un doppio binario sanzionatorio, nel quale il procedimento amministrativo è gestito dalla CONSOB. La Direttiva è volta a garantire l'integrità dei mercati, ovviamente finanziari, alla luce dell'inadeguatezza delle misure, adottate dagli Stati membri per recepire la precedente direttiva 2003/6/CE, e consistenti, essenzialmente, in misure amministrative. L'intenzione del legislatore europeo è proprio quella di dare preminenza alle sanzioni penali, senza impedire agli Stati membri di introdurre, altresì, sanzioni amministrative, come espressamente sancito dal *considerandum* 22, secondo cui gli obblighi, imposti dalla stessa Direttiva, di introdurre pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche, non esonerano gli Stati membri dall'obbligo di contemplare, negli ordinamenti nazionali, sanzioni amministrative per le violazioni previste nel Regolamento UE n. 596/2014 in tema di abusi di mercato, salvo che gli Stati abbiano deciso di prevedere esclusivamente misure di tipo penale. Ma vi è di più: il *considerandum* 23 individua la modalità per evitare possibili violazioni del *bis in idem*, precisando che le condotte illecite commesse con dolo dovrebbero essere punite conformemente alla Direttiva, almeno nei casi gravi,

con sanzioni penali, mentre le violazioni del Regolamento lasciano spazio a misure amministrative, non richiedendo il dolo e stante la minor gravità⁵¹⁸.

Alla luce della breve disamina di diritto sovranazionale, si può affermare che una riforma *de iure condendo*, volta ad introdurre sanzioni penali in materia di *antitrust*, non incontrerebbe un veto assoluto dinnanzi tanto alla Corte EDU, per violazione dell'art. 4, Prot. 7, CEDE, né una diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE⁵¹⁹.

*Il quesito è solo uno, giunti a questo punto: come punire? Utili risposte sono rinvenibili nel pensiero della dottrina, che si è occupata del tema sicché l'interprete è agevolato in questa sua ultima tappa del percorso di riforma di introduzione di un intervento penale in materia di antitrust, e, quindi, di tutela del bene giuridico della libertà della concorrenza*⁵²⁰.

Infatti, a distanza di poco tempo dall'introduzione della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, la dottrina aveva evidenziato l'assenza, nella disciplina, «di norme

⁵¹⁸ DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., 209-210.

⁵¹⁹ Ancorché in nota, sia consentito far proprie, perché ugualmente avvertite, le considerazioni della dottrina emerse in tema di *ne bis in idem*, ossia come sia disorientante l'incertezza della giurisprudenza di Strasburgo su questo tema, che spesso arriva a valutare situazioni analoghe tra diversi Stati in modo diverso. Si consideri, per l'appunto, la differenza tra *A. e. B. c. Norvegia e Grande Stevens* oppure la circostanza che vi siano atti normativi del legislatore europeo che ammettano un doppio binario. Non che il legislatore nazionale debba fare realmente i conti con la giurisprudenza di Strasburgo; tuttavia, non si può continuare a negare che abbia un qualche efficacia, destinata, alla luce dell'evoluzione degli ultimi anni, ad impattare sempre di più sullo stesso ordinamento. Pertanto, è buon senso, *in primis*, in una prospettiva *de iure condendo*, prevenire anziché curare. In senso critico e scettico sulle influenze del diritto sovranazionale sul diritto interno, *cfr.*, *ex plurimis*, VALENTINI, *La ricombinazione genica*, cit., in www.dirittopenalecontemporaneo.it. Invero, forse, sarebbe necessario che la Corte EDU recuperasse quell'azione armonizzatrice, che ha avuto la Corte di Lussemburgo in tema di sanzioni amministrative irrogate dalla Commissione in settori quali quello agrario, tanto che le è riconosciuto il merito di aver fondato una sorta di parte generale completa del diritto penale amministrativo. L'osservazione è di TIEDEMANN KLAUS, *L'Europeizzazione del Diritto Penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1 (gennaio-marzo), 13.

⁵²⁰ Sull'opportunità di introdurre fattispecie incriminatrici in materia di concorrenza per colmare una *non indifferente lacuna* si veda, sempre, ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., 201, che, precedentemente all'introduzione della legge n. 287/1990, già rinveniva nel vincolo degli obblighi comunitari, assunti con l'adesione ai Trattati istitutivi della CEE, una ragione sufficiente per attivarsi con solerzia, anche in questa direzione. Oltre a ciò, l'Autore individuava nelle legislazioni antimonopolio, presenti nella maggior parte delle democrazie occidentali, lo stimolo per colmare la lacuna, nonché affermava che anche alla luce della Costituzione italiana si dovesse intervenire per attuare e garantire la conservazione della sostanziale competitività di base della libertà di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41, primo comma, Cost.

*penali poste a presidio della veridicità e completezza delle svariate comunicazioni e informazioni che le imprese sono tenute a fornire all’Autorità nel corso delle istruttorie di cui agli artt. 14 (in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante) e 16 (in materia di operazioni di concentrazione), nonché di fattispecie incriminatrici dell’ostacolato esercizio delle funzioni dell’organo pubblico»*⁵²¹.

Ciò che desta una sensazione di piacevole stupore è che l’irrilevanza penale di comportamenti di tale tipo desta perplessità non solo nella dottrina del diritto penale dell’economia, ma anche negli autori di diritto industriale, i quali, a fronte dell’assenza di sanzioni penali nella normativa *antitrust*, affermano che «*in effetti, un qualche corredo sanzionatorio penalistico potrebbe utilmente completare il quadro, colpendo, ad esempio, le violazioni (almeno le più gravi) degli obblighi di comunicazione delle imprese all’organo di controllo»*⁵²².

Prima di definire quale direzione *de iure condendo* sia da intraprendere, è opportuno aver chiaro il quadro normativo *antitrust* in tema di sanzioni amministrative pecuniarie. Per l’esattezza, vi sono tre tipologie di violazioni a cui seguono sanzioni amministrative pecuniarie: si tratta, in particolare, di condotte legate alle fasi dell’istruttoria, della vera e propria commisurazione della sanzione per l’infrazione *antitrust* e dell’inottemperanza ai provvedimenti dell’Autorità⁵²³.

⁵²¹ Così FOFFANI, *Legislazione antitrust*, cit., 871, ripreso da TRIPODI, *op. cit.*, 18, Nota 73. Sul punto, *cf.* sempre ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., 203-204, secondo cui, posta la difficoltà, non insuperabile, di tipicizzare i divieti di pratiche concordate limitative della concorrenza o di fattispecie concernenti l’abuso di posizione dominante, prospetta o l’introduzione di un’unica norma di ampia portata, che, nella concretizzazione del comportamento penalmente rilevante, espliciti la natura degli effetti provocati dall’accordo o dalla loro misura di rilevanza ovvero l’introduzione di un’Autorità, sulla base del modello della *Federal Trade Commission* statunitense o della *Monopolies Commission* inglese, con poteri di controllo e di intervento, con la contestuale introduzione dell’ordinamento di una sanzione per l’ipotesi di inosservanza di provvedimenti da esso esaminati.

⁵²² Così VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 582.

⁵²³ A tal riguardo, si veda MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge “Antitrust”*, cit., 609 ss, il quale, in particolare, riflette su come, in assenza di un qualunque dato normativo, i criteri ai quali l’Autorità dovrà attenersi per la commisurazione delle sanzioni non potranno che essere quelli dettati in via generale dall’art. 11 della legge n. 689/1981, nei limiti di quelli adattabili a persone giuridiche, con esclusione quindi dei profili soggettivi dell’illecito. Infatti, l’art. 11, a sua volta, assurge a modello l’art. 133 cp, con tutte le difficoltà dell’adattabilità delle stesse alle persone giuridiche, sicché il legislatore avrebbe dovuto dettare nella legge 287/1990 canoni precisi per

Nel dettaglio, la prima è prevista dall'art. 14, quinto comma, legge 287/1990, si applica a tutti gli illeciti *antitrust* (intese restrittive, abusi di posizione dominante e concentrazioni) e *salvaguardia la correttezza dell'istruttoria*, poiché consente di applicare ai soggetti - tenuti a fornire gli elementi necessari per l'istruttoria - una sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquanta milioni di lire se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti ovvero una sanzione amministrativa pecuniaria fino a cento milioni di lire se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri, oltre alle altre sanzioni previste dall'ordinamento vigente.

La seconda tipologia di sanzioni pecuniarie rappresenta, invece, la conseguenza per la commissione dell'illecito *antitrust*: più precisamente, ai sensi dell'art. 15, primo comma, della legge n. 287/1990, in caso di intesa restrittiva della concorrenza e di abuso di posizione dominante, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, è disposta l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida; in modo analogo, ai sensi dell'art. 19, primo comma, della legge *antitrust*, in caso di accertamento di un'operazione di concentrazione illecita, sia essa originariamente tale ovvero divenuta tale per mancato rispetto delle indicazioni dell'Autorità, sono irrogate sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori all'uno per cento e non superiori al dieci per cento del fatturato delle attività di impresa oggetto della concentrazione.

La terza tipologia di sanzioni è prevista, per le intese restrittive e per l'abuso di posizione dominante, dall'art. 15, secondo comma, legge 287/1990, e,

vincolare l'esercizio del potere discrezionale delle Autorità. Al contempo, non si può, comunque, osservare che le imprese, prima di porre in essere una fattispecie lesiva della concorrenza, guardino alla convenienza della stessa: precisamente se i guadagni supereranno l'ammontare delle sanzioni pecuniarie sarà, comunque, vantaggioso porle in essere. Oltre a ciò, le stesse non escluderanno l'eventualità di fare ricadere quanto pagato, per l'operazione illecita, sui consumatori finali. In tal senso, *cf.* VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 582.

per le concentrazioni, all'art. 19, secondo comma, legge 287/1990, e concernono, da un lato, l'inottemperanza alla diffida per le eliminazione delle infrazioni di intese restrittive e di abuso di posizione dominante con conseguente applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi, in cui sia già stata applicata una precedente sanzione, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione irrogata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato; dall'altro, l'inottemperanza, agli obblighi di comunicazione preventiva, previsti in caso di operazioni di concentrazione, è sanzionata mediante l'irrogazione alle imprese stesse di sanzioni amministrative pecuniarie fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione in aggiunta alle sanzioni eventualmente applicabili a seguito della stessa infrazione.

Rebus sic stantibus, la prima osservazione concerne le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla commissione di un'infrazione *antitrust*. Ipotizzare un intervento penale in questo ambito significa introdurre dei delitti *antitrust* corrispondenti agli illeciti *antitrust*, impattando, nuovamente, con tutti i problemi di vaghezza e di indeterminatezza della tipizzazione della formulazione alla luce del principio di tassatività e, quindi, del principio di legalità. Non si tratta di una scelta impraticabile: si dovrebbe, *in primis*, ridurre i poteri sanzionatori dell'*Antitrust*, escludendo le sanzioni amministrative pecuniarie, per evitare il formarsi di un doppio binario incompatibile con i diritti *europolitari*; *in secundis*, si dovrebbe introdurre un reato, sia esso un delitto o una contravvenzione, dal seguente tenore: «L'impresa che, a seguito di provvedimento definitivo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, abbia posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, un abuso di posizione dominante o un'operazione di concentrazione, vietate ai sensi della normativa *antitrust* nazionale o comunitaria, è punita con la multa dall'ammontare pari al X% del fatturato». È giocoforza che dovrebbe essere previsto uno strumento di raccordo tra il procedimento amministrativo e l'avvio del processo penale, che potrebbe essere rappresentato da una modifica del già

vigente art. 21 *bis* della legge 287/1990, in tema di legittimazione ad agire in giudizio da parte dell'Autorità avverso gli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza ⁵²⁴. In alternativa, ferma la necessità di detto ultimo strumento di raccordo, si potrebbe pensare di differenziare a seconda della gravità dell'infrazione commessa: per l'esattezza, si dovrebbe ipotizzare un illecito amministrativo *antitrust* per le infrazioni che non superano un certo volume di affari con conseguente irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria dall'ammontare meno ingente di quello attuale ed un illecito penale *antitrust*, dalla tipicizzazione del tutto simile a quello prospettato, ma destinato ad essere applicato in presenza di una soglia di punibilità, data, sempre, dal superamento di un certo volume di affari e dalla particolare insidiosità con cui è stata messa a punto. Una simile prospettiva consentirebbe, altresì, di ricomprendere, i delitti, tra i c.d. reati presupposto per l'applicazione della responsabilità amministrativa degli enti con conseguente applicazione anche dell'istituto della confisca. Non si vede, invece, il senso di una pena detentiva in capo ai rappresentanti delle imprese, essendo più afflittiva la temporanea interdizione dall'ufficio ⁵²⁵.

⁵²⁴ L'art. 21 *bis* legge 287/1990, rubricato «*Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*» sancisce la legittimazione ad agire in giudizio all'AGCM avverso i gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato, nonché ad emettere pareri qualora ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato e presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, in caso di mancata ottemperanza al parere da parte della pubblica amministrazione. Sul punto, *cf.* CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1147-1148.

⁵²⁵ Invero, la tematica sarebbe veramente di ampio respiro e dovrebbe interrogarsi sulla funzione della pena e sulla sua evoluzione verso la giustizia riparativa. Infatti, verrebbe da ipotizzare che sarebbe necessario pensare ad una riparazione, che veda coinvolte tanto le associazioni dei consumatori, associazioni, che per l'appunto, rappresentano i consumatori, ossia coloro che sono le vittime, in quanto le pratiche vanno ad incidere sui prezzi, quanto quelle della categoria di concorrenti o dal concorrente danneggiati dall'infrazione *antitrust*. Per un inquadramento della problematica della concezione della pena si veda, *ex plurimis*, DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, 56, 1162 ss. Si interroga, invece, precipuamente sulla possibilità di introdurre sanzioni penali individuali detentive alle condotte di inottemperanza all'esercizio del potere precettivo dell'Autorità, limitando la protezione penale al potere precettivo innescato da una lesione già accertata, TRIPODI, *Possibilità di intervento*, cit., 56.

La seconda riflessione *de iure condendo*, che sorge, apre la via ad un intervento penale più facilmente percorribile e prospettato dalla dottrina ⁵²⁶. Infatti, le sanzioni delle altre due tipologie attengono, pur sempre, all'inosservanza di obblighi di comunicazione, previsti dalla legge 287/1990, ancorché una sia destinata ai soggetti, che devono fornire informazioni, e limitata alla fase dell'istruttoria, e, pertanto, all'ostacolo all'esercizio delle funzioni dell'organo. Un segnale in questa direzione pare esser proprio dato dalla stessa legge *antitrust*, che contiene in tali ambiti una clausola di salvezza dell'applicabilità di altre sanzioni previste dall'ordinamento ⁵²⁷. Così ragionando, pertanto, si dovrebbe, in vista sempre di assicurare le garanzie sovranazionali in tema di *ne bis in idem*, abrogare le ingenti sanzioni amministrative pecuniarie per l'ostacolo all'esercizio delle funzioni dell'AGCM, nonché, da un lato, introdurre un meccanismo di segnalazione, di presentazione di denuncia e di querela sulla falsariga del già ricordato art. 21 *bis* legge Antitrust, garantendo, in tal modo, anche la *sufficiently close connection in substance and in time* e, dall'altro lato, illeciti penali a presidio dell'osservanza dell'attività e di vigilanza e dei provvedimenti dell'Autorità garante.

Prospettando questa via, l'interrogativo è solo uno: *con l'introduzione di fattispecie incriminatrici volti a garantire le funzioni di vigilanza e di controllo dell'Autorità si sta tutelando il bene giuridico della libertà della concorrenza, come descritto, o si sta tutelando un altro tipo di offesa?*

Il dubbio non è, di certo, passato inosservato, poiché si è, infatti, evidenziato che un intervento penale, che non abbia ad oggetto direttamente le

⁵²⁶ Si fa sempre riferimento a ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., 183 ss; FOFFANI, *Legislazione antitrust*, cit., 870 ss; MILITELLO, *La tutela della concorrenza*, cit., 647; TRIPODI, *Possibilità di intervento*, cit., 52 ss.

⁵²⁷ In tal senso, FOFFANI, *Legislazione antitrust*, cit., 872-875, che si interroga sull'applicabilità dell'art. 2621 n.1 cc e si chiede se con detta clausola di rinvio il legislatore abbia inteso inviare all'interprete una sorta di segnale normativo di controtendenza ovvero abbia sancito una sorta di apertura di credito a favore dell'illecito penale-amministrativo, ritenuto sufficiente strumento di garanzia contro i comportamenti di omessa collaborazione con l'Autorità o di intralcio dell'attività istruttoria da questa avviata.

fattispecie vietate, ma l'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità, sottende uno spostamento dell'oggetto dell'incriminazione, che consente di rispettare il principio di legalità e dei suoi corollari nella determinazione delle fattispecie ⁵²⁸.

In altri termini, ancora, qual è l'offesa penalmente rilevante della libertà della concorrenza?

Ancora una volta, è la riflessione sul bene giuridico che indica, se non la via, un cammino interpretativo: più precisamente, si è visto come la *libertà della concorrenza* sia il regime di mercato che deve essere seguito, ossia quello teso verso l'idealtipo della *concorrenza perfetta*, descritta dalla scienza economica; ciò è la ragione per cui, mediante la legislazione *antitrust*, si evita che la libertà economica e la competizione tra le imprese volgano verso atti o comportamenti che ledano o mettano in pericolo la struttura concorrenziale del mercato. Conseguentemente la vera offesa consiste nella violazione della stessa legge *antitrust*, che mette al sicuro il mercato dai pericoli di monopoli, oligopoli e così via, e, per l'esattezza, nell'intralcio all'attività dell'organo deputato ad applicare la legge *antitrust*, ossia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Così opinando, si sta affermando che non si ha uno spostamento di tutela dalle fattispecie all'attività di vigilanza e di controllo, ma che un intervento penale a tutela di quest'ultima è, forse, quello che coglie la maggior offensività possibile, posto il substrato normativo che permea l'accezione collettiva del bene giuridico in esame ⁵²⁹.

⁵²⁸ MILITELLO, *La tutela della concorrenza*, cit., 647, che sottolinea come un intervento penale a presidio dell'osservanza dei provvedimenti dell'Autorità garante possa, in concreto, essere meno incisivo di quello amministrativo. Ancora, però, l'Autore si colloca temporalmente nel contesto storico penalistico, antecedente all'introduzione della legge 287/1990, poiché ancora la minor effettività al principio di irresponsabilità penale delle persone giuridiche.

⁵²⁹ Ancorché con un diverso percorso interpretativo, giunge a tale conclusione TRIPODI, *Possibilità di un intervento*, cit., 57, che afferma che «*la tutela penale della concorrenza significa essenzialmente difesa penale di uno statuto normativo, di una scelta di politica economica storicamente condizionata; significa presidiare attraverso la sanzione più severa un determinato assetto del mercato e, quindi, il protrarsi nel tempo di tale assetto. Ergo: la tutela penale del mantenimento di una determinata forma di mercato può risolversi nella protezione giuridica degli "strumenti" all'uopo creati. Pertanto, la scelta più "immediata", considerato anche l'impianto della legge 10 ottobre 1990 n. 287 incentrata sull'attività dell'Autorità garante, sarebbe quella di prevedere fattispecie penali che sanzionino l'inosservanza di prescrizioni e di richieste all'Autorità garante: tutela, quindi, di una funzione sul modello di quella garantita ad altre istituzioni pubbliche titolari di corrispondenti poteri in altri specifici settori dell'economia. Anzi, in chiave storica,*

Pertanto, nell'ambito di un intervento di questo tipo, si deve distinguere tra *false comunicazioni alle Autorità di vigilanza* ed *omessa o ritardata o parziale comunicazione non fraudolenta alle Autorità di vigilanza*, in quanto alla stessa corrisponde una diversa offensività tanto che potrebbe sostenersi di sanzionare penalmente la sola comunicazione fraudolenta, stante la sua maggior incisività di distorcere l'andamento dell'istruttoria finalizzata all'accertamento delle situazioni pregiudizievoli per gli interessi protetti ⁵³⁰. In tal modo, si sottende che dovrebbero essere ricondotte al modello amministrativo, salvo ovviamente rinvenire un profilo di frode, tutte le ipotesi di *omissione*, di *ritardo* o di *parzialità della comunicazione*, della notificazione o della trasmissione di dati, di informazioni o di notizie dovute per legge alle Autorità indipendenti o da queste stesse richieste nell'espletamento della funzione. Il ricorso all'amministrativo si spiega alla luce della circostanza secondo cui, in detta evenienza, si ha un rallentamento dell'istruttoria, senza uno sviamento della stessa ⁵³¹.

*sorprende che, a fronte della "emersione nella società ad economica mista di nuovi beni giuridici ...", il legislatore del 1990 non si sia allineato con le precedenti scelte di criminalizzazione compiute a difesa delle attività di controllo della Consob e della Banca d'Italia». L'incongruenza sistematica del mancato allineamento, con le scelte di criminalizzazione, compiute a difesa delle attività di controllo della Consob e della Banca d'Italia, è stata denunciata subito da FOFFANI, *Legislazione antitrust*, cit., 872-875, ripreso da TRIPODI, *Possibilità di un intervento*, cit., 55 ss.*

⁵³⁰ NOTARO, *Autorità Indipendenti e norma penale*, cit., 331-334, che ricorda, invero, come, ad eccezione proprio del settore della concorrenza, ai sensi dell'art. 14, quinto comma, legge 287/1990, si distingue il rilievo penale delle ipotesi di mendacio. In particolare, osserva che «*Il trattamento afflittivo dei comportamenti decettivi non è più "omologato" a quelli di mancata o incompleta risposta dei soggetti vigilati alle richieste o agli ordini di esibizione dell'autorità garante: gli uni e gli altri sono ordinati lungo una scala di gravità decrescente che attraversa l'antigiuridicità penale e quella amministrativa. Ed in effetti (rispetto alle forme di "inottemperanza" al controllo dell'ente di vigilanza) il tipo criminoso in oggetto denota un disvalore ulteriore, incentrato nella particolare tendenziosità ed «insidiosità» delle manovre fraudolente volte ad eludere il controllo amministrativo. E benché ritornino qui i noti problemi che affliggono l'individuazione dell'oggetto giuridico dei reati di falso e la loro consistenza offensiva, la riconduzione nell'ambito della sfera penalmente rilevante delle condotte di mendacio elusive dei poteri di controllo delle autorità di vigilanza risponde ad un'opzione politico-criminale avvertita da tempo».*

⁵³¹ NOTARO, *Autorità Indipendenti e norma penale*, cit., 332, che rileva che il modello amministrativo dovrebbe essere applicato alle inottemperanze agli *ordini di esibizione* di documenti impartiti dalle autorità ai soggetti vigilanti. Anche in tali caso la menomazione si riserva sulla speditezza procedurale delle incombenze delle autorità e dunque sui profili istituzionali di funzionamento degli organi. In tali casi il modello extra-penale sarebbe proprio quello ricordato dall'art. 14, quinto comma, legge 287/1990.

Giunti a tal punto, non si può non ricordare, a quadro normativo immutato, che, nell'ambito di quella che è stata delineata come la seconda tipologia di sanzioni, ossia quella prevista dall'art. 14, quinto comma, legge 287/1990 - applicabile ai soggetti, che, tenuti a fornire gli elementi necessari per l'istruttoria, rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, o forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri - è possibile trovare uno spazio d'applicazione all'art. 2638 cc, rubricato «*Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*», eventualità non preclusa dallo stesso art. 14 legge *antitrust* che fa salve le altre sanzioni previste dall'ordinamento vigente.

Il reato in esame chiude il catalogo delle fattispecie incriminatrici, previste dal libro V del Codice Civile, in tema di disposizioni penali in materia di società e di consorzi. Tuttavia, si è in presenza di una discussa fattispecie, stante l'improprietà della sua collocazione tra gli illeciti societari, ancorché sia priva di agganci con la previgente e con l'attuale disciplina societaria e trovi i suoi antecedenti nella disciplina settoriale data dal testo unico bancario e dal testo unico della finanza. Le problematicità sono state ben evidenziate, *in primis*, nella circostanza secondo cui il substrato normativo di riferimento è dato dalle varie normative di istituzione e di regolazione delle Autorità sicché è estraneo agli illeciti penali societari del Codice Civile e, quindi, è avulso dal diritto societario propriamente detto. Ma vi è di più: la mancata opera di razionalizzazione e di coordinamento della disciplina previgente all'introduzione della novella in tema di art. 2638 ha, così, originato «*una fattispecie incriminatrice di inusitata latitudine e dai contorni indefiniti, totalmente carente di indicazioni circa il suo effettivo campo di applicazione, la cui delimitazione è lasciata di fatto alla piena discrezionalità dell'interprete*»⁵³².

⁵³² FOFFANI, art. 2638 cc, in PALAZZO, PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 2553 ss. Per l'esattezza, i precedenti sono gli abrogati art. 134 tub, rubricato «*tutela dell'attività di vigilanza bancaria e finanziaria*» e 171 e 174 tuf, rispettivamente, «*tutela dell'attività di vigilanza*» e «*false comunicazioni e ostacolo alle funzioni della CONSOB*». Sul punto, cfr., da ultimo, ROSSI A., *L'art. 2638 c.c.: problematici dati normativi e problematiche applicazioni giurisprudenziali*, nota a Cass. sez. V pen. 22 febbraio 2016, n. 6884, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1485-1489.

Nonostante ciò, non si può non ricordare che il reato punisce gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci, i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, che rendono false comunicazioni, anche mediante l'occultamento con altri mezzi fraudolenti, ovvero ne ostacolano le funzioni ⁵³³.

Ancorché, *prima facie*, sia una fattispecie perfettamente idonea sanzionare, altresì, con la pena detentiva, anche i soggetti obbligati, secondo la normativa *antitrust* di fornire le informazioni nel corso dell'istruttoria, la stessa tutela direttamente le funzioni di vigilanza e solo indirettamente l'oggettività, protetta dalla stessa normativa di settore dell'Autorità che, di volta in volta, viene in rilievo. Il limite risiede, per l'appunto, nel fatto che interessi, sottesi dalla normativa di settore, non penetrano nella concreta oggettività dell'art. 2638 cc, non giocano un ruolo nell'interpretazione dei suoi elementi costitutivi ⁵³⁴.

⁵³³ Per la disamina dell'art. 2838 cc *cfr.* FOFFANI, *art. 2638 cc*, cit., 2553 ss e STAMPANONI, BASSI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: problematiche in tema di concorso di reati, La natura giuridica dei reati previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 2638 c.c., nota a sentenza a Sez. IV, 12/11/2015 (dep. 22/2/2016), n. 6884*, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3405-3417, nonché utili riferimenti in SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 3, 269-276.

⁵³⁴ FOFFANI, *art. 2638 cc*, cit., 2555; si veda, altresì, NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale*, cit., 334-340, che afferma che la fattispecie di ostacolo alle funzioni di autorità va tenuta distinta dal modello di illecito amministrativo a protezione di potestà di istruttorie di vigilanza; rileva, in particolare, che «l'ampiezza e l'indeterminatezza della nozione di "ostacolo" finiscono col rimettere all'interprete uno strumento in grado di conferire rilevanza penale a comportamenti d'intralcio alle autorità, purché capaci di cagionare qualunque pregiudizio non irrilevante alle funzioni amministrative. Perciò la previsione del capoverso dell'art. 2638 cc si espone ai vizi tipici dell'indeterminatezza e della mancanza di tassatività del precetto (virtualità espansive dell'incriminazione ed irragionevolezza del trattamento comune di ipotesi di importanza effettive): vizi amplificati dalla propensione della norma a porsi quale termine di chiusura del sistema di tutela e ad equiparare la pena alle ipotesi di ostacolo consistenti all'invio di false comunicazioni e nel nascondimento di dati alle autorità.[...] Non meno della consistenza offensiva del fatto deve essere misurata la compatibilità della formulazione normativa con i canoni di legalità, prima di profilare l'intervento di fattispecie incriminatrici a tutela delle attribuzioni di vigilanza della a.i. Ad un tal onere preliminare pare essere venuto meno il legislatore nel qualificare come delitto l'"ostacolo" tout court alle funzioni degli organi di vigilanza, con l'art. 2638, comma 2, c.c. Se almeno per la previsione incriminatrice di mendacio delineata dal primo comma della norma del codice civile, l'apporto qualificativo a.i. (tramite la predisposizione di prospetti, formulari cui si debbano attenere le imprese) alla composizione del reato pare di secondaria importanza nell'economia della fattispecie, lo stesso non può dirsi per la disposizione del capoverso dell'art. 2638 c.c., la quale in non pochi casi fa dipendere i termini dell'incriminazione dalle deliberazioni (ancora una volta in prospetti o formulari) delle

Una simile riflessione non può essere fatta propria dall'interprete di questa ricerca: il reato non è preordinato tanto alla tutela della concorrenza e del mercato, ma piuttosto alla garanzia dell'efficienza e dell'affidabilità del mercato finanziario ⁵³⁵. Ancora una volta, *si incappa, quasi si inciampa* in una disposizione, che nulla ha a che vedere con una *mens legis de iure condendo* a tutela della *libertà della concorrenza* sicché il delineato intervento di riforma del legislatore sembra necessario, nonostante la presenza dell'art. 2638 cc ⁵³⁶.

autorità destinatarie delle comunicazioni che si pretendono non conformi. Auspicabile sarebbe, invece, che il legislatore selezionasse con la fonte primaria situazioni e modalità della condotta cui riservare la sanzione penale».

⁵³⁵ Sul punto *cfr.* sempre FOFFANI, *art. 2638 cc*, cit., 2555.

⁵³⁶ Di diverso avviso, TRIPODI, *Possibilità di un intervento*, cit., 7 ss., il quale reputa, invece, che le condotte di inadempimento dell'obbligo informativo e di quelle di inottemperanza al potere precettivo dell'Autorità possano essere ricondotte all'art. 2638 cc, norma che dà «*impressione di essere in grado di assicurare alla predetta Autorità una tutela penale ad ampio raggio*».

d) Lineamenti per un intervento penale a tutela della libertà di concorrenza: la riconduzione a razionalità del quadro normativo individuato e la centralità degli artt. 2635 cc e 513 cp con riscrittura del delitto di turbata libertà dell'industria o del commercio.

Percorso, in tal modo, il cammino di un intervento penale a tutela della *libertà della concorrenza* non resta che intraprendere quello per tracciare la via penalistica della *libertà di concorrenza*, prendendo le mosse dall'interrogativo: *dove si era rimasti?*

Si è visto che sono individuabili aspetti penali della concorrenza sleale al punto che addirittura è possibile individuare per ogni atto di concorrenza sleale una corrispondente fattispecie incriminatrice – specifica o in concreto tale - in una sorta di funzione biunivoca tra la concorrenza sleale e il delitto penale.

Si è constatato che esiste la *concorrenza penale sleale confusoria*, ponendo in relazione l'art. 2598, n. 1, cc con gli artt. 473, 474, 514 cp, reati che compongono un microsistema di difficile comprensione ed esposizione. Si è evidenziato che si può individuare un'*escalation offensiva*, passando dalla tutela della fiducia che il pubblico indeterminato dei consumatori ripone nella genuinità dei segni distintivi ovvero del discusso interesse dell'imprenditore titolare del segno distintivo, di cui agli artt. 473 e 474 cp, all'indefinibile ordine economico, di cui all'art. 514 cp. In particolare, si è intravisto in essi una tutela *indiretta* della *libertà di concorrenza* e della *libertà della concorrenza*. Al contempo, si è vista anche un'*escalation offensiva* nelle condotte, che raggiungono il culmine nel momento in cui il prodotto contraffatto viene messo in vendita o altrimenti in circolazione. Si è osservato che, nonostante il giudizio di confondibilità *civile* e quello *penale* siano identici, non si assiste ad un'applicazione costante di queste fattispecie, individuando, così, l'*ennesima contraddizione logica di un sistema irrazionale*, che culmina nel gigantismo strutturale apocalittico richiesto dal nocumento all'industria nazionale.

Si è, altresì, indagato sulla *rilevanza penale della concorrenza sleale denigratoria*, in un *sofistico esercizio di retorica* avente ad oggetto quell'onore del delitto di diffamazione, la cui difficile esegesi ha consentito di intravedere, comunque, una luce guida per una positiva affermazione che la personale reputazione commerciale dell'imprenditore - ovvero la reputazione della persona nella sua espressione lavorativa - sia ricompresa nella dignità sociale, con la quale si definisce oggi l'onore. Successivamente, si è proceduto alla disamina dell'oggetto dell'offesa, che può riguardare la persona stessa dell'imprenditore o la sua attività o i prodotti e i servizi offerti, ponendosi la questione se la denigrazione di prodotti o di servizi del concorrente siano sempre riconducibili alla reputazione di una persona, senza poter fornire una risposta certa, riflettendo solamente sul fatto secondo cui, in una dimensione imprenditoriale, non si può escludere che l'asserita comunicata scarsa qualità offerta dall'imprenditore sia traslata sulla sua stessa persona. Ancora, alla luce dell'art. 595, terzo comma, cp, si è analizzata la denigrazione attuata mediante la pubblicità commerciale per ritrovare gli stessi identici dubbi conclusivi posti prima, nonostante vi sia una disciplina civilistica aggiuntiva a quella prevista dall'art. 2598, n. 2, cc.

Ancora, si è appreso che l'appropriazione di pregi costituisce un *altro aspetto penale della concorrenza sleale* e che la sua rilevanza penale è rappresentata dall'art. 517 cp, riproponendosi il solito quesito del problema di oggettività, ossia se sia possibile un'interpretazione evolutiva come reato posto a tutela della libera concorrenza. Al contempo, però, si è sentito il dovere di dare atto del *de iure condendo*, in un atto di rispetto del sapere accreditato presso la comunità scientifica, ossia del disegno legge recante «*Nuove norme in materia di reati agroalimentari*», che modifica profondamente anche l'art. 517 cp, ponendolo a tutela della fiducia dei consumatori, a tutela del definito *patrimonio agroalimentare*.

Inoltre, si è studiato l'art. 623 cp e si è ricondotto allo stesso l'ipotesi, di cui all'art. 2598 n. 3, cc, di sottrazione di segreti industriali o aziendali, dopo un'indagine sul bene giuridico protetto dal reato di rivelazione di segreti scientifici

e industriali, nonché sulla nozione di notizie segrete in ordine a scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali fino al *know how*, conclusasi con l'affermazione secondo cui si intravede una tutela della *libertà di concorrenza*.

E, di nuovo ancora, si è studiata, capillarmente, l'insoluta ed annosa questione se l'atto di concorrenza sleale possa integrare un mezzo fraudolento idoneo ad impedire o a turbare l'esercizio di un'industria o di un commercio di cui all'art. 513 cp.

Non solo: si è andati oltre gli *aspetti penali della concorrenza sleale*, percorrendo quel terzo cammino, rappresentato da quei reati, che non sono posti a tutela della concorrenza, in modo espresso, ma che racchiudono nel loro testo il lemma *concorrenza* o che fanno propri schemi e logiche concorrenziali e, *in primis*, all'interno di questi, i delitti di corruzione tanto tra privati e pubblica amministrazione quanto tra privati. Più precisamente, si è visto che l'allarme per il danno alla concorrenza, derivante dal dilagare del fenomeno corruttivo, è avvertito anche a livello sovranazionale. Tuttavia, con riferimento alla corruzione tra privati e pubblica amministrazione, l'onestà ha imposto di non operare una rilettura delle fattispecie come delitti posti a tutela della concorrenza, sostenendo che quest'ultima sia *mediatamente* protetta, ma non si può negare che la tutela della pubblica amministrazione dal suo mercimonio abbia la precedenza, anche in relazione a fattispecie come il delitto di turbata libertà degli incanti, il quale ha mostrato una verità assoluta, ossia che una rilettura dello stesso come reato, posto a tutela della libera concorrenza, avviene nel momento in cui nel *diritto non penale* irrompe la tutela della concorrenza per poi diffondersi naturalmente anche nel *diritto penale*. Si è, poi, posta l'attenzione sulla corruzione tra privati, di cui all'art. 2635 cc, e, in particolar modo, sulle ragioni per cui il termine *concorrenza* appaia solo per mutare la procedibilità, individuando, nuovamente, una possibile risposta a seconda dell'accezione con cui si intenda la libera concorrenza. Difatti, la corruzione tra privati è innegabilmente posta a tutela della *libertà di concorrenza*, anche allorquando la procedibilità sia a querela di parte, sicché la procedibilità

d'ufficio pare spiegarsi in presenza di una lesione che vada oltre il diritto del singolo.

Nel novero di quei reati, che non sono posti a tutela della concorrenza, in modo espresso, ma che racchiudono nel loro testo il lemma *concorrenza* o che fanno propri schemi e logiche concorrenziali, si sono messi in luce l'incongruenza e il senso di smarrimento, generati dall'art. 513 *bis* cp, dal delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia, evidenziando come dall'accostamento dei termini *violenza e minaccia* a quello di *concorrenza* consegua lo stravolgimento del concetto stesso di concorrenza, come normalmente inteso. Oltre a ciò, si sono segnalate le riserve in ordine alla perimetrazione della nozione di *atto di concorrenza* e si è concluso affermando che il delitto tutela, invero, un *quid* diverso dalla delineata libera concorrenza, in quanto è volto a garantire l'esercizio del diritto del singolo imprenditore di svolgere l'attività d'impresa senza atti di violenza e di minaccia, provenienti da associazione di stampo mafioso.

Infine, non si è ignorata l'esistenza del delitto di autoriciclaggio, di cui all'art. 648-*ter*.1. cp, poiché lo stesso è volto alla re-immissione nel circuito legale, dell'industria o del commercio, del cosiddetto denaro sporco con modalità tali da ostacolarne la tracciabilità della provenienza; si è data per certa una tutela immanente, mediata e occulta della *libertà di concorrenza*, si è ravvisata una *potenziale offesa alla libertà della concorrenza*, qualora l'autoriciclaggio diventi un fenomeno seriale, ma, al contempo, si è onestamente ammesso che la sensazione avvertita è che la *mens legis* fosse davvero diretta a completare il quadro normativo del riciclaggio, del reimpiego di denaro, *mens* scevra da una tutela *delle libertà di e della concorrenza*.

Ebbene, ora, in queste riflessioni de iure condendo, si intende pensare ad una riforma, ad una riconduzione a razionalità, che abbia ad oggetto la tutela della libertà di concorrenza, quale bene individuale, che nasca con questa finalità.

A tal riguardo, se è vero che ritornano le considerazioni già svolte in ordine alla circostanza secondo cui incriminare un bene giuridico *individuale*, un

interesse differenziato è più semplice che incriminare un interesse *diffuso*, un macro-bene collettivo, è altrettanto vero che si è di fronte ad uno scenario diverso da quello delineato per l'accezione *collettiva* del bene giuridico della *libertà della concorrenza*, in quanto per la *libertà di concorrenza* si registra la succitata legislazione penale.

In tale ambito, si è di fronte così ad un paradosso: più precisamente, mentre per la *libertà della concorrenza* è possibile davvero porsi il quesito *se sia opportuno o meno un intervento penale*, in relazione alla *libertà di concorrenza* si può solo *giungere ad un bivio del cammino intrapreso, decidendo in una relazione di aut aut di «non punire» o di «riformare»*.

Una così drastica soluzione è inevitabile, poiché si sta affermando che non è concepibile che vi sia un sistema legislativo così *irrazionale e incongruo* sicché o lo si riconduce a *logicità, anche con riforme de iure condendo*, ovvero si abbandona la via di un'interpretazione evolutiva delle fattispecie incriminatrici alla luce del bene *concorrenza*. *È un atto dovuto, è un atto di onestà intellettuale, è coscienza civica e giuridica, è rispetto di un principio di non contraddizione*.

Al contempo, si è convinti che sia possibile fornire una *razionale e logica chiave di lettura del sistema esistente e di azzardare la proposta di introduzione di una fattispecie tipica posta a tutela della libertà di concorrenza*.

*Alea iacta est*⁵³⁷, una serie di considerazioni possono essere svolte.

In primis, devono essere espunti da una rilettura *proto-concorrenziale* gli *aspetti penali della concorrenza sleale*, di cui agli artt. 473, 474 e 514 cp, in quanto, ancorché vi sia una coincidenza tra condotta penale e atti di concorrenza sleale, si deve rammentare quanto detto a proposito dell'opportunità e della doverosità di prendere in considerazione, ai fini della descrizione del bene giuridico *concorrenza*, la tutela di segni distintivi, brevetti e marchi. La risposta negativa fornita fa leva sulla circostanza secondo cui il riconoscimento dei cosiddetti diritti di privativa

⁵³⁷ Si allude a *Svetonio, De vita Caesarum*, 32, al momento del passaggio del Rubicone da parte di Cesare.

industriale non sono che *un presupposto* del diritto del singolo imprenditore, del singolo concorrente, di esercitare l'attività economica libero da turbative che non siano quelle del gioco della concorrenza; si è in presenza, in altri termini, di un *quid*, che precede, favorisce la concorrenza soggettivamente intesa, affine, invero, ad un diritto patrimoniale funzionale allo svolgimento del diritto della concorrenza, ma non di una caratteristica del bene giuridico individuale ⁵³⁸.

Dette considerazioni valgono *a maiore* in queste riflessioni *de iure condendo*, che si pongono come obiettivo di analizzare una tutela *diretta in modo univoco e non equivoco alla protezione della libertà di concorrenza*, e conducono ad affermare che le fattispecie ricordate sono dirette a garantire il *diritto del titolare del segno distintivo* alla stregua di un diritto di proprietà, di un diritto patrimoniale. Ciò è ovviamente funzionale alla tutela della concorrenza, che viene così tutelata *indirettamente*, ma l'oggettività giuridica va individuata nel *presupposto* dello svolgimento del libero esercizio dell'attività economica.

In una simile prospettiva di tutela della proprietà dovrebbe correttamente interpretato anche il delitto di sottrazione dei segreti industriali, di cui all'art. 623 cp; se, infatti, non vi è dubbio che la sottrazione di segreti industriali rappresenti, nel diritto industriale, un comportamento contrario alla lealtà della concorrenza e quindi sia un atto illecito ai sensi dell'art. 2598 n. 3) cc, nel presente percorso di ricerca, volto a prospettare una tutela penale *specificamente della concorrenza, riconducendo a razionalità un sistema*, si deve riflettere sul fatto che la difesa degli stessi, in modo analogo a quanto avviene per la tutela dei segni distintivi, sia *immediatamente* diretta a garantire il diritto di proprietà del segreto industriale, *presupposto della libertà di concorrenza*, la quale ultima riceve una tutela *mediata*.

Ma vi è di più: nemmeno l'appropriazione di pregi, atto di concorrenza tipico, ai sensi dell'art. 2598 n. 2) cc, è diretto a tutelare il bene giuridico individuale, in quanto, in una riflessione *de iure condendo*, non si può non dare atto della *de lege ferenda* esistente, ossia dallo schema di disegno di legge recante «*Nuove*

⁵³⁸ Sul punto, si rinvia a quanto illustrato a pagg. 60-64.

*norme in materia di reati agroalimentari», stante l'elevata qualità, la multidisciplinarietà, il dialogo, il confronto, dei lavori della Commissione Caselli e della volontà del legislatore di accogliere i risultati della stessa, ancorché non ancora in atto. In potenza, è innegabile che lo schema, come si evince dalla relazione di accompagnamento, racchiude esiti, che hanno il consenso della comunità scientifica sicché non si può, non si deve, non si vuole discostarsene. È così che, unendosi a tale consenso, si afferma che l'atto di concorrenza sleale dell'appropriazione di pregi dovrebbe tutelare il patrimonio agroalimentare⁵³⁹. Sia consentito nel lemma *patrimonio* rinvenire un indizio, ancorché minimo, della fondatezza della ricostruzione prospettata in chiave di tutela patrimoniale, "pre-concorrenziali", ma non ancora concorrenziali della tutela dei segni distintivi e del segreto industriale.*

E nemmeno diretto a ledere direttamente e incisivamente la libertà di concorrenza può essere la lettura prospettata del delitto di diffamazione, semplice o aggravata, di cui all'art. 595 cp. La ragione non risiede tanto negli svariati dubbi avanzati - dalla nozione di onore, alla riconduzione alla dignità sociale delle reputazione della sfera commerciale dell'individuo nella sua dimensione imprenditoriale, alla sostenibilità che l'offesa a prodotti o servizi dello stesso possa tradursi in un'offesa alla persona, che produce quei prodotti o fornisce quei servizi - ma al fatto che, nel diritto penale industriale, sia tutelato non tanto il diritto del singolo allo svolgimento dell'iniziativa economica, ma la stessa reputazione del singolo nella sua accezione imprenditoriale. Pertanto, di nuovo, si è di fronte, forse, ad un ulteriore presupposto della libertà di concorrenza, presupposto che resta, sullo sfondo, se si ragiona in termini di comunicazione a due o più persone, ma che esplose in tutta la sua potenza se si pone alla mente al fenomeno pubblicitario e all'ipotesi aggravata del delitto di diffamazione. Qual è questo presupposto? Si tratta della lealtà della comunicazione aziendale⁵⁴⁰, lealtà che, nell'attuale contesto socio economico, è posto a tutela di un ulteriore presupposto non tanto

⁵³⁹ Sul punto, si veda quanto illustrato a pagg. 124-131.

⁵⁴⁰ Si veda l'incipit di Capitolo II, Sezione II, paragrafo b), intitolato «L'art. 595 cp e la concorrenza sleale denigratoria», secondo cui «un regolare svolgimento della concorrenza presuppone una comunicazione aziendale leale», a pag. 107.

della *libertà di concorrenza*, ma della *libertà della concorrenza*, in quanto presidia il diritto dei consumatori ad una corretta informazione. Ciò non deve stupire: nel momento in cui un mezzo di comunicazione è talmente potente da essere in grado di raggiungere tutti i possibili destinatari di un prodotto o di un servizio, si fuoriesce dalla logica *soggettiva o interpersonale dell'accezione individuale del bene "concorrenza"* e si fa ingresso nel *corretto funzionamento dell'assetto concorrenziale del mercato, e cioè della libertà della concorrenza*. A conferma di simili prospettive intuitive, si ricorda che, sempre nel succitato schema di disegno di legge recante «*Nuove norme in materia di reati agroalimentari*», elaborato dalla Commissione Caselli, si prevede la riformulazione dell'art. 444 cp in «*Informazioni commerciali ingannevoli pericolose*» al fine di tutelare il consumatore e la sua sicurezza dalla pubblicità falsa e decettiva.

Giunti a questo punto, il naturale interrogativo che sorge nell'interprete è solo uno: «se gli aspetti penali della concorrenza sleale sono esistenti, ma non sono volti a tutelare direttamente e precipuamente la libertà di concorrenza, allora quando la concorrenza sleale lede l'accezione individuale del bene giuridico concorrenza?».

Ebbene, la risposta è celata nella questione se gli atti di concorrenza sleale possano integrare uno dei mezzi fraudolenti del delitto di turbata libertà d'industria e del commercio, di cui all'art. 513 cp, fattispecie che già potrebbe essere interpretata ed applicata come posta a tutela della *libertà di concorrenza*, ma che potrebbe essere concepita come direttamente posta a tutela del bene giuridico analizzato, se riformata.

Fino ad ora, si è analizzata non la *concorrenza sleale complessivamente considerata*, ma il *singolo atto di concorrenza sleale* e lo si è posto in relazione con il Codice Penale per scoprire che la concorrenza è tutelata penalmente, ancorché in modo irrazionale, incongruo ed occulto, e, infine, per riflettere che non si risolve l'enigma, che non si trova la chiave di lettura del sistema, che non si traccia il cammino, alla luce dei principi fondanti il diritto penale, affermando la primazia del bene giuridico della libertà di concorrenza. Tutto ciò sarebbe machiavellico, non garantistica, sarebbe retorica sofisticata, non sarebbe fedele a quell'onestà

intellettuale e a quella laicità di vedute, che, come Virgilio e Beatrice, hanno condotto Dante in Paradiso.

Se il singolo atto, invero, tutela solo mediatamente la concorrenza, allora non vi è una vera offesa alla libertà di concorrenza? Esiste un bene giuridico per il quale non è possibile individuare, onestamente e laicamente, un'offesa penalmente rilevante? Si deve prendere atto, in nome del principio dell'extrema ratio del diritto penale, che a questo ultimo si deve esseri fedeli e si deve riconoscere che la concorrenza sleale ha solo una rilevanza civile?

La risposta è negativa: l'offesa esiste e sussiste e può essere, razionalmente, congruamente e palesemente individuata, volgendo lo sguardo ad una pluralità di atti di concorrenza sleale posti in essere in esecuzione di un piano volto a eliminare, danneggiare il concorrente.

Scendendo nel dettaglio, non è un caso che fino ad ora si sia fatto menzione che si tuteli, in realtà, un singolo presupposto della stessa concorrenza. In relazione, invece, al delitto di turbata libertà dell'industria o del commercio si è constatato con un'interpretazione evolutiva che l'autentica oggettività giuridica è la libertà di concorrenza⁵⁴¹. Si è di fronte, per la precisione, ad una tutela *inespressa* e soprattutto non presente nella *mens* del legislatore del Codice Rocco, come si evince dalla collocazione tra i delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio; ciò spiega, difatti, i primi commenti volti a vedere la fattispecie come posta a tutela dell'ordine economico nazionale. Ben presto, si è evidenziata l'incongruenza di questa impostazione, alla luce della procedibilità a querela e del dato testuale, che fa riferimento ad *un'industria* e ad *un commercio*, denotando un'offesa a soggetti determinati e si è individuato il bene giuridico protetto nel diritto individuale al libero svolgimento dell'attività commerciale o industriale, garantito dall'art. 41 Cost. Ora, si sostiene che il passo è breve per affermare che *l'autentica oggettività giuridica sia proprio la libertà di concorrenza.*

Nonostante non vi sia molta letteratura in proposito ed ancorché non abbondino la giurisprudenza, si sente la sostenibilità del porsi in netto contrasto con

⁵⁴¹ Si veda quanto esposto a pagg. 140-142.

l'orientamento – comunque delineabile e delineato come *dominante*– secondo cui l'uso dei mezzi fraudolenti, volti semplicemente ad assicurare all'agente un utile economico, potrebbe concretare una concorrenza sleale, ma non il reato, di cui all'art. 513 cp, in quanto quest'ultimo è imperniato sul dolo specifico della finalità di impedire o di turbare. In altri termini, se il concorrente ricorre a mezzi decettivi per un fine di lucro, è esclusa la finalità di turbativa o di impedimento. Si è visto che ciò è *irreale*, nel senso letterale del termine, ossia lontano dalla prassi, portando alla conseguenza paradossale che sono punibili comportamenti dispettosi e bagatellari e non *veri e propri piani aziendali o commerciali volti a danneggiare irreversibilmente l'altro concorrente*. In questo si coglie lo scempio del principio di offensività. È più opportuno, pertanto, uscire dal ragionamento di incompatibilità tra finalità di lucro e finalità di turbativa, prendendo atto che la prima è sottesa alla seconda, in quanto i profitti *lucrati* sono quelli sottratti al concorrente e, pertanto, è innegabile ravvisare, già, in ciò soltanto, una turbativa.

Alla luce di tutto ciò, una domanda è lecita: «perché se tutto pare risolvibile in via di interpretazione si avverte la necessità di una riflessione de iure condendo?».

Una rilettura del delitto in esame come *posto a tutela della libertà di concorrenza* incontra, invero, un problema di tassatività e di determinatezza nella concretizzazione della nozione di *mezzi fraudolenti*, che si enfatizza nel cercare di selezionare quali atti di concorrenza sleale, di cui all'art. 2598 cc, siano dotati del carattere di *decettività*. La soluzione non è agevole, nonostante sia altrettanto innegabile ammettere un'*almeno parziale sovrapposizione*. Invero, dall'esame della giurisprudenza, si è evinta la fraudolenza di piani *subdoli, sleali e decettivi*, posti in essere magari da un ex dipendente o da un ex amministratore, che costruisce una nuova società, che opera uno storno di dipendenti, che sottrae brevetti, *know how*, e così via, nonché di particolari atti, riconducibili alla clausola aperta, di cui all'art. 2598, n. 3) cc, che, grazie all'avvento della tecnologia, sono particolarmente *subdoli, sleali e decettivi* ⁵⁴².

⁵⁴² Si veda quanto esposto a pagg. 143-150.

A tal proposito, si precisa che la descrizione del bene giuridico della *libertà di concorrenza* ha consentito e consente di affermare, in un percorso di ricerca come questo, che se si parla di concorrenza si fa riferimento al complesso di norme poste a tutela dell'obbligo di fedeltà del concorrente e alla disciplina della concorrenza sleale⁵⁴³. Fedeli alla volontà di operare un dialogo tra diritto industriale e diritto penale industriale, non si colgono valide motivazioni per non pensare alla rilevanza che la disciplina civilistica della concorrenza sleale possa avere alla luce del delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio.

In questa prospettiva, si avverte che nulla osterebbe ad un mutamento di giurisprudenza, almeno a livello di interpretazione, qualificazione e sussunzione della realtà commerciale, della concorrenza sleale, nell'art. 513 cp; ciò nonostante, si avverte la necessità di una riforma del reato esaminato, in un atto di rispetto dei principi fondanti la materia penale, *in primis*, quello di tipicità.

Non solo: la scelta di tutelare, in modo specifico, un nuovo bene giuridico, come quello della *libera concorrenza*, comporta un mutamento delle fattispecie, mutamento, a cui segue l'accusa di condotta analogica *in malam partem*, non più riconducibile ad un'esegesi ermeneutica. Pertanto, anche in ciò, si ravvisa l'opportunità di una prospettiva *de iure condendo*⁵⁴⁴.

Il delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio dovrebbe divenire la fattispecie *precipua*mente diretta alla tutela della libertà di concorrenza, garante del diritto dell'imprenditore di svolgere la propria attività d'impresa libero da turbamenti ed impedimenti, particolarmente subdoli, sleali e decettivi.

A tal fine, la condotta incriminatrice *dovrebbe essere* non tanto il singolo atto di concorrenza sleale, che, frequentemente, invero, tutela un presupposto della stessa concorrenza e che si pone come un *quid che pre-suppone, che precede* il cuore della concorrenza, ma dovrebbe aver ad oggetto una pluralità di atti di

⁵⁴³ Si veda quanto detto a pagg. 50-60.

⁵⁴⁴ Si veda quanto detto a pagg. 195-204.

concorrenza sleale, *un programma o un piano di concorrenza sleale posto in essere da un concorrente per appropriarsi della posizione commerciale dell'altro concorrente.*

Non si può infatti non osservare che il sistema civilistico di tutela della concorrenza sleale è efficiente ed efficace sicché per la rilevanza penale è doveroso cogliere una particolare offensività nel comportamento del concorrente, offensività che va individuata quando si è in presenza di un vero e proprio piano di concorrenza sleale.

Non solo: l'insegnamento *bricoliano* impone di incriminare fatti che raggiungano la soglia del pericolo concreto o del danno; ebbene, consci dell'efficienza della tutela civilistica e del principio di offensività, si pensa che, *sul piano oggettivo*, la riforma dovrebbe esprimersi in tema di *danno*, ossia della lesione massima al bene giuridico; per l'esattezza, si potrebbe pensare a soglie di rilevanza penale paramtrate sulla base del calo percentuale del fatturato ⁵⁴⁵. Ancora, *sul piano oggettivo*, si *dovrebbe* pensare a pene pecuniarie, interdittive, anche alla luce del fatto che l'art. 513 cp è già nel novero dei reati per la responsabilità degli enti, di cui al d.lgs. 231/2001.

In quest'ultima prospettiva, si rifletta sulla portata preventiva che potrebbe avere una riscrittura dell'art. 513 cp, quale norma, posta a tutela della *libertà di concorrenza*, che sanziona una condotta *anticoncorrenziale*, in quanto obbligherebbe gli enti a predisporre le opportune cautele nel modello organizzativo per andare esente da responsabilità.

Quanto al piano soggettivo, l'incriminazione non potrà che essere sorretta dal dolo, e, per l'esattezza, *si vuole non ritenere sufficiente il mero dolo generico*, ancorché siano espunte l'*indeterminatezza* e la *genericità della nozione di mezzi fraudolenti e tipizzata la condotta sulla commissione di una pluralità di atti di concorrenza sleale*. Più precisamente, si sta pensando ancora ad un *dolo specifico* imperniato sulle finalità di *turbare lo svolgimento della leale attività di impresa in una libera concorrenza e di trarre profitto ingiusto*,

⁵⁴⁵ DONINI, *Modello di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in DONINI, CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 326-331.

poiché si vuole dare rilevanza all'offensività anche sotto il profilo prettamente psicologico. È giocoforza constatare che una volta tipizzata la condotta in termini concorrenziali, costruito il dolo specifico in questi termini, sicuramente non ricorreranno ancora le conclusioni paradossali basate su un'incompatibilità ontologica tra finalità di lucro e quella di turbativa.

Se può essere forse discutibile la reale portata *offensiva* di un dolo specifico così ricostruito, sicuramente è certo che la colpa non può rientrare in un'incriminazione della *libertà di concorrenza*, si è appreso che la colpa dovrebbe, in settori paragonabili a questo, come quello della sicurezza alimentare, essere più correttamente punita in sede amministrativa ⁵⁴⁶. Nella tutela penale del bene giuridico *individuale* della concorrenza, la colpa è già sufficientemente sanzionata nel diritto industriale stesso. Il penale *può e deve intervenire in presenza di programmi anticoncorrenziali, posti in essere con dolo e dannosi dell'altrui impresa*.

A livello sistematico, si vuole sottolineare anche l'importanza della centralità della collocazione di una disposizione di questo tipo nel Codice Penale, senza ricorrere a legislazione *extra codicem*, al sistema legislativo penale complementare ⁵⁴⁷.

Pertanto, alla luce di quanto esposto, la riflessione *de iure condendo* sfocia in questa riforma: l'art. 513 cp dovrebbe mantenere invariata la propria collocazione, ma dovrebbe rubricato «*Turbata libertà di concorrenza*» e dovrebbe avere il seguente tenore letterale «*Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, l'imprenditore, che, direttamente o indirettamente, pone in essere due o più atti di concorrenza sleale al fine di turbare il regolare svolgimento dell'attività d'impresa di un concorrente e al fine di trarre un ingiusto profitto, è punito, a querela della persona offesa, con la multa da 'x' a 'y' se dalla condotta deriva un danno al concorrente pari ad un 'z%' dell'ultimo bilancio*».

Due precisazioni: la prima è che si sente comunque la necessità di porre una clausola di sussidiarietà espressa, in una logica precauzionale, non potendo

⁵⁴⁶ DONINI, *Modello di illecito penale minore*, cit., 330.

⁵⁴⁷ DONINI, *Modello di illecito penale minore*, cit., 328.

avere certezza che la prassi dei rapporti commerciali possa portare in luce comportamenti, fatti, che risultano tipici alla stregua di un'altra più grave ipotesi delittuosa. La seconda precisazione riguarda la doverosità di espungere definitivamente ed in modo inequivoco l'uso della violenza dalla nozione di concorrenza così come delineata dagli altri rami del diritto.

Tale specificazione consente di svolgere un ulteriore passo in avanti nella *riconduzione a razionalità* del sistema legislativo inquadrato.

Nel dettaglio, espungendo la violenza dalla prospettiva di riforma dell'art. 513 cp, non si sta affermando che la violenza applicata all'attività d'impresa sia penalmente irrilevante; si sta riconducendo la stessa alla sua naturale fattispecie esistente, ossia il delitto di *Illecita concorrenza con violenza o minaccia*, di cui all'art. 513 *bis* cp. L'intenzione di dare congruità all'incoerenza si traduce nel rimarcare che la disposizione citata non ha represso una forma di concorrenza in sé lecita, ma ha incriminato una particolare forma di violenza o minaccia applicata all'attività d'impresa, coerentemente con la *ratio legis* introduttrice della fattispecie incriminatrice. La genesi della stessa nel contesto della lotta alla criminalità mafiosa non incide sulla possibilità di ricondurre alla stessa condotte violente poste in essere da un imprenditore *non mafioso*, ma *violento*, in quanto il metodo mafioso non è richiesto dalla condotta del delitto stesso. In fondo, si pensi a colui che pone in essere, direttamente o indirettamente, un sabotaggio sui beni strumentali e aziendali di un concorrente; non si può negare che quest'ultimo, invero, si stia comportando esattamente come coloro che eseguono gli ordini di un *clan mafioso* al fine, ad esempio, di estorcere il pizzo. L'art. 513 *bis* cp, invero, tutela non la *libertà di concorrenza*, ma anch'esso un *presupposto*, una *condizione* della stessa *libertà di concorrenza*, ossia l'assenza di comportamenti e di contesti violenti

548.

⁵⁴⁸ Si veda quanto esposto a pagg. 167-177.

La *reformulazione* dell'art. 513 cp, al fine di dare rilevanza penale alla concorrenza sleale, assume un *valore di razionalità* se si pone alla mente al delitto di corruzione tra privati, di cui all'art. 2635 cc.

Qual è il fondamento di tale assunto?

L'osservazione pone l'attenzione su questo ragionamento: la corruzione tra privati tutela invero l'obbligo di fedeltà, il quale, a sua volta, si è appurato essere l'altra componente del bene giuridico della *libertà di concorrenza*⁵⁴⁹ sicché esso protegge l'accezione *individuale* della concorrenza, ancorché la sua formulazione possa essere migliorata, soprattutto chiarendo l'utilizzo del *lemma concorrenza ai soli fini della procedibilità d'ufficio*.

Non si nega che sarebbe opportuno collocare la corruzione tra privati nel Codice Penale, e, per l'esattezza, successivamente all'art. 513 cp stesso. Tutto questo, però, avrebbe un senso, una logica, solo se si pensasse all'introduzione di un Capo, intitolato della «*Dei delitti contro la libertà della concorrenza e la libertà di concorrenza*», dedicato a comporre o ricomporre un sistema, i cui lineamenti, se sono stati forse tracciati in questo percorso di ricerca, richiedono una Commissione di Riforma, in cui possa dialogare la comunità scientifica.

La riforma dell'art. 513 cp e la lettura dell'articolo 2635 cc consentirebbero di affermare la rilevanza penale del bene giuridico della *libertà di concorrenza*.

Volgendo verso la meta di questo percorso di ricerca non resta che *dare un senso razionale-sistematico* ai delitti di corruzione tra privati e pubblica amministrazione e al delitto di autoriciclaggio.

Quanto ai primi, si ribadisce che una rilettura degli stessi, come posti a tutela della concorrenza, non sarebbe corretta: è indubbio che essi garantiscono in modo *mediato* la concorrenza, ma è altrettanto innegabile che l'oggettività giuridica va individuata nella tutela del buon funzionamento della pubblica amministrazione dal suo mercimonio. E simili considerazioni sono le stesse che

⁵⁴⁹ Sempre si rinvia a pagg. 50-60.

possono essere svolte per il delitto di autoriciclaggio, di cui all'art. 648^{ter}.1 cp, riaffermando che se una tutela *mediata e occulta* della libertà di concorrenza è innegabile, la sua difficile oggettività della stessa non può che essere individuata in altro.

Giunti al termine della presente trattazione non si può non ricordare che l'incriminazione della concorrenza sleale non è estranea ad altri ordinamenti, come quello tedesco, nella cui legge contro la concorrenza sleale, la § 12 contiene disposizioni contro la *corruzione economica*, mentre la § 17 annovera i reati di *tradimento e spionaggio di segreti commerciali e industriali* ⁵⁵⁰. In particolare, il requisito della *slealtà* è centrale e viene ancorato proprio alla § 299 StGB sulla *corruzione economica*, disposizione che eleva a reato un'offensività simile a quella della *corruzione tra privati dell'ordinamento* italiano ⁵⁵¹. Non si possono, così, non far proprie le parole di *Tiedemann*, secondo cui il requisito della *slealtà* «*come elemento tipico nel diritto penale (fino al 1997 nel diritto penale complementare, § 12 UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: legge contro la concorrenza sleale – vecchia formulazione) ha un fascino speciale per chi è abituato a percorrere i confini del diritto penale*» ⁵⁵²; «*la clausola generale della slealtà si riferisce alla morale in economia (etica dell'economia) e va ristretta [...] a valori generalmente riconosciuti, e dunque maneggiata in ambito penale, [...] in modo limitato (restrittivamente)*» ⁵⁵³, ma è *laico, onesto e doveroso* provare a tracciare un percorso di criminalizzazione della concorrenza sleale.

Con queste ultime riflessioni, si conclude il presente percorso di ricerca con la convinzione di aver mostrato che la tutela penale della concorrenza sia già *iure condito*, collocata in un sistema irrazionale, con la speranza di aver dato una coerenza al quadro normativo esistente e *con l'augurio* di aver correttamente

⁵⁵⁰ TIEDEMANN KLAUS, *Il Diritto penale dell'economia*, cit., 10.

⁵⁵¹ TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell'economia*, cit., 3-18 e TIEDEMANN, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin, LK-Bearbeiter, 2002, § 299. Il testo della § 299 StGB è reperibile in https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_299.html.

⁵⁵² Così TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell'economia*, cit., 3.

⁵⁵³ Così TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell'economia*, cit., 7.

riflettuto *de iure condendo*, prospettando i lineamenti di una riforma per un intervento a tutela della concorrenza.

BIBLIOGRAFIA

- ABANTO VÁSQUEZ MANUEL, *Introducción al derecho penal de la competencia, Análisis histórico y comparativo del decreto legislativo 701*, in <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6721>, 253-291;
- ABBAGNANO, FORNERO, *Filosofi e Filosofie nella Storia*, Torino, 1992, 185-186 e 243-245;
- ABRIANI, *I segni distintivi*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, II, 1-168;
- ABRIANI, COTTINO, *I brevetti per invenzione e per modello*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, II, 171-268;
- ABRIANI, COTTINO, *La concorrenza sleale*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, II, 271-334;
- ALAIN LESOURD, GERARD, *Storia economica dell'Ottocento e del Novecento*, Torino, Istituto Editoriale Internazionale, 1973;
- ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con violenza o minaccia*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1988, 411 ss;
- ALESSANDRI, *Diritto penale industriale: orientamenti giurisprudenziali negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1979, 1431 ss;
- ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 979 ss;
- ALESSANDRINI, PASSARELLI, *Economia politica*, II, Milano, 2004;
- AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, 3, 645-664;
- AMATO, *Le autorità indipendenti della costituzione economica*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 3-16;
- AMATO G., *art. 623 cp.*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2014, II, 3570 ss;

- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983;
- ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 3 ss;
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale, II*, Milano, 2008;
- ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 97-128;
- ANTONELLI, CAINELLI, DE LISO, LEONCINI, MONTRESOR, *Economia*, Torino, II, 2004;
- ARE, *Alle origini dell'Italia industriale*, Napoli, Giuda editore, 1974;
- ARE, *Industria e politica in Italia*, Roma-Bari, Gius. Laterza & Figli Spa, 1975;
- *Atti dell'Assemblea Costituente, vol. II - Assemblea, CXXIII*, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1668;
- AREEDA, KAPLOW, EDLIN, *Antitrust analysis – Problems, Text, and Cases*, Aspen, 2004;
- ARENA, *Il delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio*, in www.reatisocietari.it;
- AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Industriale e Concorrenza*, Torino, 2016, 1 ss;
- BACCAREDDA BOY, *art. 513 cp*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 2507 ss;
- BACCAREDDA BOY, *art. 513 bis cp*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 2513 ss;
- BALLESTRERO, DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, Torino, 2015, 359-373;
- BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966;
- BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *AIC*, 4, 2011;
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene, IV Interpretazione delle leggi*, in FIRPO (a cura di), *Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1984, vol. 1, 36;
- BELLOTTO, *La riscoperta dell'art. 513 c.p.*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1993, 1078 ss;

- BENACCHIO, CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea, Atti del Convegno biennale Antitrust Trento, 18-19 aprile 2013*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014;
- BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 4, 673 ss;
- BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, anno X, n. 1, 3-16, riedito in BETTIOL, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, 318-329;
- BETTIOL, PETTOELLO, MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, Padova, 1986;
- BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. con.*, 2014, 3-4, 288-302;
- BIN M., *Per una limitazione, una legittimazione costituzionale ed uno statuto delle Autorità indipendenti: qualche interrogativo*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 99-105;
- BIRNBAUM, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, 149 ss;
- BOATO, *Dalla parte dei consumatori – storia del movimento consumerista in Italia*, Libri dei Consumatori, Fondazione ICU, Venezia, 2015;
- BOCCHINI, *Il diritto industriale nella società dell'informazione*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale industriale*, V, Padova, 1993, 3-30;
- BONA, CAMUSSO, OLIVA, VERCELLI, *La tutela del know-how, Diritto Industriale, del lavoro, penale e responsabilità civile*, Milano, 2012;
- BOSSHARD, *La tutela dell'aspetto del prodotto industriale*, Torino, 2015;
- BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, I, 99-135;
- BRICOLA, *Premessa al commento alla legge 13.9.82*, in *Leg. pen.*, 1983, 242 ss;
- BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1965, 722 ss;

- BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss.dig.it.*, Torino, XIX, 1973, 7 ss;
- BUFFONI, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 2003, 345 ss;
- CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in CONFORTINI, ZIMATORE (a cura di), *Lecture per un corso di metodologia dell'analisi casistica*, Roma, 1988, 120 ss;
- CAMALDO, *Una recente pronuncia della Cassazione sul «falso grossolano» nella contraffazione di marchi: un orientamento criticabile*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, 209 ss;
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, 1. Diritto dell'impresa*, in CAMPOBASSO M. (a cura di), *Diritto commerciale*, Torino, 2006;
- CANDIAN, *Considerazioni sulla tutela penale dell'azienda*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 27 ss;
- CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, X, 2016;
- CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926;
- CASAVOLA, *Quale «statuto» per le Autorità indipendenti*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 17-33;
- CASSANO, *La concorrenza* in CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, I, Torino, 2005, 38 ss;
- CERULLI IERELLI, *Premesse problematiche allo studio delle «amministrazioni indipendenti»*, in BASSI, MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 1-30;
- CERVINI RAÚL, *Derecho penal económico. Perspectiva integrada*, in www.ciidpe.com.ar;
- CESQUI, *art. 513 cp*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2014, II, 2964 ss;
- CESQUI, *art. 513 bis cp* in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2014, II, 2967 ss;

- CESQUI, *art. 514 cp*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2014, II, 2972 ss;
- CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012;
- CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, relazione al Convegno, *Le autorità amministrative indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- CLARICH, *Le autorità amministrative tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro. amm.*, 2002, 3865 ss;
- CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in BASSI, MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 115-150;
- COCCO, *Tutela penale delle creazioni intellettuali*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Padova, 1993, IV, 233-397;
- CONTI, *Industria e commercio (Attentati all')*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1968, 618 ss;
- CRISCI, *La proliferazione delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 787 ss;
- CUOMO ULLOA, *artt. 2599-2600 cc*, in MARCHETTI, UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016, 2375-2402;
- D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, IV, 2001;
- D'ALBERTI, voce *Concorrenza* in CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 1140-1151;
- D'ATENA, *Autorità di garanzia e qualità della legalità costituzionale*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 115-126;
- DAVIGO, *Gli intatti meccanismi della corruzione sistematica*, in FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Milano, 2003, 177 ss;

- DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.* 2014, 3-4, 201 ss;
- DE BENEDETTO, *Il principio della concorrenza nell’ordinamento italiano*, in www.rivista.ssfe.it;
- DE LA VEGA GARCÍA FERNANDO, *Determinación de las sanciones tras la STS de 29 de enero de 2015: entre la proporcionalidad y la disuasión (Res. CNMC de 5 de marzo de 2015)*, in <http://derechoycompetencia.blogspot.it/2015/03/determinacion-de-las-sanciones-tras-la.html>;
- DE LA VEGA GARCÍA FERNANDO, *Importante interpretación en España de las normas relativas a las sanciones derivadas de ilícitos antitrust (STS 29 de enero de 2015)*, in <http://derechoycompetencia.blogspot.it/2015/02/importante-reinterpretacion-en-espana.html>;
- DE LUCA, *Il termine per la querela - la turbativa della libertà di commercio - l'abuso innominato di atti d'ufficio*, in *Nuovo dir.*, 1974, 537 ss;
- DELLA PORTA, VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, Bologna, 1994;
- DELLI PRINSCOLI, *La concorrenza – giurisprudenza*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/Laconcorrenza.pdf;
- DI AMATO, *La tutela penale dei segni distintivi*, in *Cass. pen.*, 1986, 838 ss;
- DI CATALDO, *I segni distintivi*, Milano, 1993;
- DI TULLIO, *art. 2596 cc*, in MARCHETTI, UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016, 2293-2313;
- DI TULLIO, *art. 2598 cc*, in MARCHETTI, UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016, 2316-2375;

- DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 589 ss;
- DOMINEDO, *Atti dell'Assemblea Costituente, vol. II - Assemblea, CXXIII*, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1669;
- DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del consumo*, Torino, 2007;
- DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Atti del Convegno in onore di George P. Fletcher del 4 dicembre 2015*, in corso di pubblicazione;
- DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1-26, contributo destinato agli Studi in onore di Mauro Ronco;
- DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale, Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 13-38;
- DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Modena, 2014, 9 ss;
- DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 4, 4-43;
- DONINI, *Interpretazione delle leggi*, in *Dir. pen. XXI Secolo*, 2014, II, 245 ss;
- DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998, 95 ss;
- DONINI, *L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 51-74;
- DONINI, *La situazione spirituale della ricerca penalistica, Profili di diritto sostanziale*, in *Cass. Pen.*, 2016, 5, 1853 ss;
- DONINI, *Modello di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in DONINI, CASTRONUOVO (a cura di), *La*

- riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 201 ss;
- DRAGONI, *Invenzioni e modelli industriali*, in BORRONI (a cura di), *Questioni di diritto industriale*, Napoli, 2014, 15-186;
 - EINAUDI in *Atti dell'Assemblea Costituente, vol. II - Assemblea, CXXIII*, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1666-1668;
 - FEROLA, *Spazio giuridico europeo e lotta alla corruzione*, in <http://www.biblio.liuc.it/liucpap/pdf/73.pdf>;
 - FERRARI, *Marchio, marchio collettivo ed altri segni distintivi*, in BORRONI (a cura di), *Questioni di diritto industriale*, Napoli, 2014, 191-332;
 - FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, vol VIII, Milano, 1961, 532 ss;
 - FIANDACA, *Commento all'art. 8 della L. 646/1982*, in *Leg. pen.*, 1983, 278 ss;
 - FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007;
 - FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume 1*, Bologna, 2008;
 - FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, II*, Bologna, 2008;
 - FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene Editore, 1985, 3-56;
 - FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, 161 ss;
 - FILIPPETTI, *Concorrenza in terre di mafia*, in *Il corriere del merito*, 2008, 737 ss;
 - FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 91-110;
 - FLICK, *Gruppi e monopolio, nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. Soc.*, 1988, 472 ss;
 - FOFFANI, *art. 2638 cc*, in PALAZZO, PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 2553 ss;
 - FOFFANI, *La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado*, in *Revista Penal*, julio 2003, 12, 61-71;

- FOFFANI, *La "corruzione fra privati" nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?*, in ACQUAROLI, FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma, Atti del Convegno di Jesi, 12-13 aprile 2002*, Milano, 2003, 388 ss;
- FOFFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 871 ss;
- FOFFANI, *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 958 ss;
- FOLLA, *Sulla tutela penale del know how aziendale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2001, 1097 ss;
- FORTE, *Manuale di Politica Economica*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, I, 1970;
- FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Milano, 2003, 87 ss;
- FRADDOSIO, *The Newest ELS English for Law Students*, Napoli, 2010;
- FRANCESCHELLI, *Contenuto e limiti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1952, I, 7-37;
- FRANCHINI STUFLER, *Il know how*, in *Dir. fall. Soc. comm.*, 2002, 1006 ss;
- FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenze e del Mercato*, in FRATINI (a cura di), *Le sanzioni amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 785-857;
- FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli. Public and private enforcement*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, 111 ss;
- FURSE, *The criminal law of Competition in the UK and in the US, Failure and Success*, Edwars Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2012;

- FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, Nota a Trib. di Milano, Sez. I Penale, ord. 6 dicembre 2016, Pres. Fazio, Giud. Curami e De Luca, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- GALANTINO, *Diritto del lavoro, Editio Minor*, Torino, 2014;
- GALGANO, art. 41 Cost., in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982;
- GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore*, Bologna, 2006;
- GARGIULO, art. 623 cp, in LATTANZI, LUPO (a cura di), *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2005, 736 ss;
- GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Lecce, 2015;
- GAROFOLI, *Compendio di diritto penale, parte speciale*, Lecce, 2015;
- GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Lecce, 2016-2017;
- GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte speciale, II*, Lecce, 2016;
- GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Lecce, X;
- GHERA, GARILLI, GAROFOLO, *Diritto del Lavoro*, Torino, 2015;
- GHEZZI, OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2013;
- GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale, Innovazione-Concorrenza-Benessere dei Consumatori-Accesso alle informazioni*, Milano, 2008;
- GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e Costituzione Economica*, Padova, 1976;
- GIAMPIERETTI, art. 41 Cost., in BARTOLE, BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 403 ss;
- GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e Società*, 2003, 4, 439 ss;
- GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1992;
- GIAVAZZI, *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, 2012;
- GIRALDI, *Profili penali in materia di tutela dei marchi*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 15 ss;

- G.N. VON TUNZELMANN, *La nuova storia economica. Una valutazione econometrica* in RALPH L. ANDREANO, *La nuova storia economica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1975, 221-251;
- GRAMATICA, *Lineamenti di un diritto penale industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1967, I, 211 ss;
- GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952;
- GUALTIERI, *art. 473 e 474 cp*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 2235 ss;
- GUALTIERI, *art. 517 cp*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 2555 ss;
- GUALTIERI, *art. 517 quater cp*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 2574 ss;
- GUIDA, PALOMBI, PICA, *Impresa-Società-Patrimonio*, in PALOMBI, PICA (a cura di), *Diritto penale dell'economia e dell'impresa*, Torino, 1996, 55 ss;
- GULLO, *Autoriciclaggio*, *Voce per il "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- HARDING, JOSHUA, *Breaking up the Hard Core: the Prospects for the Proposed Cartel Offence*, in *The Criminal Law review*, 2002, 933-944;
- HARDING, JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, Oxford University Press, *Second Edition*, 2010;
- IACOVIELLO, *Diffamazione*, in LATTANZI, LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2000, 393-475;
- KENNETH GALBRAITH, *Storia della Economia*, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 2001;
- LAGO, *art. 623 cp*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 714 ss;
- LANCE E. DAVIS, *«E non sarà mai letteratura»: Critica della nuova storia economica*, in RALPH L. ANDREANO (a cura di), *La nuova storia economica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1975, 99-117;

- LEINER, *Nota a Cass., 18 maggio 2001, Pipino*, in *Foro It.*, 2002, II, 116 ss;
- LEMME, *La repressione penale della concorrenza sleale*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Padova, 1993, IV, 33-54;
- LEO, *Concorso esterno nei reati associativi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, voce destinata *sezione di diritto penale (curata da G. Leo e F. Viganò) de Il libro dell'anno del diritto 2017 Treccani (dir. da R. Garofoli e T. Treu)*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2017;
- LEO, *Utilizzazione «seriale» del marchio in funzione decorativa del prodotto e norme penali sulla contraffazione*, in *Cass. pen.*, 1987, 1876 ss;
- LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1979, 361 ss;
- LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in AA. VV., *Concorrenza e Autorità Antitrust – Un bilancio a dieci anni dalla legge*, 2001, 69 ss;
- LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, 469 ss;
- LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2, 1429 ss;
- *Linee guida per lo schema di disegno di legge recante “Nuove norme in materia di reati agroalimentari”*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 2, 349-398;
- LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1888, 138 ss;
- LISTZ, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1905;
- LOTTINI, *I delitti contro l'inviolabilità dei segreti* in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Torino, XI, 692-693;

- LOZANO CUTANDA BLANCA, *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero del 2015: los porcentajes sobre el volumen de negocios del artículo 63.1 LDC son la cifra máxima de las multas de defensa de la competencia, pero se calculan sobre todas las actividades de la empresa infractora*, in *Análisis GA&P*, 2015, Febrero, 1-3 e in <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/sentencia-del-tribunal-supremo-de-29-de-enero-del-2015.pdf>;
- LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983;
- MACCARI, *art. 513 cp*, in MARINI, LA MONICA, MAZZA (a cura di), *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, 2525 ss;
- MACCARI, *art. 513 bis cp*, in MARINI, LA MONICA, MAZZA (a cura di), *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, 2528 ss;
- MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012;
- MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana*, Padova, 2009;
- MANCA, *La pubblicità commerciale denigratoria tra intervento penale e tecniche civilistiche ed amministrativistiche di tutela*, in <http://rivista.ssef.it/site.php?page=20041108085308796&edition=2006-05-01>;
- MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it;
- MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005;
- MANES, *voce Riciclaggio e reimpiego di capitali illeciti*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico, V*, Milano, 2006, 5229 ss;
- MANTOVANI, *Delitti contro la persona, vol.1*, Torino, 2016;
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1984;
- MARINUCCI, *Relazioni di sintesi*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene Editore, 1985, 327-364;

- MARINUCCI, ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori*, in NUVOLONE (a cura di), *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, 114 ss;
- MAZZACUVA, *Illecita concorrenza e repressione penale: osservazioni a proposito del delitto di cui all'art. 513 bis c. pen.*, in *Politica del diritto*, 1983, 471 ss;
- MAZZACUVA F., *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU, C. eur. dir. uomo, seconda sezione, sent. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ric. n. 17475/09*, in www.penalecontemporaneo.it;
- MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, 1979;
- MAZZOCCO, *Commento a Cass., 2 febbraio 1995*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1996, 674 ss;
- MENEGATTI, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato*, Padova, 2012;
- MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in BASSI, MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 151-161;
- MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella L. 10.10.1990 n. 297*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 641 ss;
- MORONE, *Contraffazione di marchio ed oggetto della tutela penale*, in *Giur. it.*, 2005, 1697 ss;
- MOUSSERON, SELINSKI, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Parigi, Litec, Libraire de la Cour de Cassation, 1987;
- MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 295-314;
- MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "Antitrust"*, in *Leg. pen.*, 1990, 609 ss;
- MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 109 ss;
- MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974;
- NASCIMBENE B., *La sentenza Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, in <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/2014/07/Relazione.pdf>;

- NASCIMBENE L., BARDANZELLU, *Linee Guida dell'Agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust: buona la prima (o quasi)*, in *Mercato conc. Reg.*, 2015, 3, 485-511;
- NEPPI MODONA, *Interesse alla produzione e interesse al consumo nell'art. 517 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 796 ss;
- NIETO ALEJANDRO, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Editorial Tecnoc, 2008;
- NIRO, *art. 41 Cost.*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 851 ss;
- NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010;
- OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 309 ss;
- PACE, *Libertà «del mercato» e «nel» mercato*, in *Politica del diritto*, 1993, 327 ss;
- PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 952 ss;
- PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, II, Milano, 1965, 389 ss;
- PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 227 ss;
- PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice Pen.*, 1986, 35 ss;
- PAPA, *La vendita di prodotti con marchi contraffatti: spunti sui rapporti tra ricettazione e norme disciplinanti la circolazione di «cose illecite»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 715-759;
- PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza, Profili sostanziali*, Torino, 2007;
- PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Digesto disc. pen.*, Torino, 1990, IV, 64 ss e ripubblicato in PEDRAZZI, *Diritto penale*, Milano, 2003, I, 147-179;
- PEDRAZZI, *Diritto penale*, Milano, 2003, IV, 315 ss;

- PEDRAZZI, *Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965, 278 ss;
- PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene Editore, 1985, 293-309;
- PEDRAZZI, *Turbativa della libertà dell'industria o del commercio*, in *Enciclopedia del Diritto XLV*, Milano, 1992, 284 ss;
- PEDRAZZI, voce *Economia pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XIV;
- PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir. pen. processo*, 2008, 278 ss;
- PERINA, BELLIGOLI, *Il rapporto di agenzia, aggiornato al nuovo AEC del 30 luglio 2014*, Torino, 2015;
- PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie della corruzione privata: in attesa dell'attuazione della L. 25 febbraio 2008, n. 34*, in *Cass. pen.*, 2009, 769 ss;
- PERSICO, *Riscrivere l'art. 513 c.p. per l'era mediatica*, in *Giust. pen.*, 2000, 254 ss;
- PEZZINI, *L'art. 513 c.p.: la tutela penale della libertà dell'industria e del commercio dal Codice penale toscano al Codice Rocco*, in *Indice pen.*, 2002, 1081 ss;
- PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993;
- PIERGALLINI, *Osservazioni sull'introduzione del reato di autoriciclaggio – Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 30 luglio 2014 – Proposta di legge c. 2247 in materia di emersione e di rientro dei capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale*, in www.camera.it;
- PINDYCK S., RUBINFELD L., *Microeconomia*, Bologna, 2006;
- PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene Editore, 1985, 131-189;
- PULITANÒ, *Due approcci opposti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. con.*, 2015, 2, 318 ss;

- PULITANÒ, *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale*, in *Foro it.*, 1998, V, 288 ss;
- PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss;
- RALPH L. ANDREANO, *Prefazione* in RALPH L. ANDREANO (a cura di), *La nuova storia economica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1975;
- RICCHIELLO, *Osservazioni sull'art. 513 c.p. e riproduzione illecita di musicassette*, in *Dir. aut.*, 1976, 109 ss;
- RICOLFI, *Antitrust*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, II, 521-855;
- RICOLFI, *I segni distintivi*, Torino, 1999;
- ROBERT L. BASMANN, *Il ruolo dello storico economico nella verifica predittiva di presunte «leggi scientifiche»*, in RALPH L. ANDREANO (a cura di), *La nuova storia economica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1975, 27 ss;
- ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, I, 497 ss. e ripubblicato in ROCCO, *Opere giuridiche*, III, Roma, 1933, 263 ss;
- ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1913;
- ROMAGNOLI, *Autorità di garanzia e regolazione del pluralismo*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 55-68;
- ROMANO, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in PEDRAZZI, COCCO (a cura di), *Comportamenti economici e legislazione penale, Atti del Convegno «AREL» del 17 marzo 1978*, Milano, 1979, 183 ss;
- RONCAGLIA, *Capacità distintiva e confondibilità ai fini della tutela penale*, in *Dir. ind.*, 2007, 97 ss;
- ROSSI A., *art. 623 cp*, in MARINI, LA MONICA, MAZZA (a cura di), *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, 3080;

- ROSSI A., *L'art. 2638 c.c.: problematici dati normativi e problematiche applicazioni giurisprudenziali*, nota a Cass. sez. V pen. 22 febbraio 2016, n. 6884, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1485 ss;
- ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo: ambito di applicazione*, Milano, 1990;
- ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Padova, 1993, IV, 55-231;
- RUGA RIVA, *Turbata libertà dell'industria e del commercio*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1999, XIV, 414 ss;
- RUINI, *Atti dell'Assemblea Costituente, vol. II - Assemblea, CXXIII*, seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, 1668-1669;
- SALCUNI, *art. 513 c.p.*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte Speciale, vol. V*, Torino, 2010, 845 ss;
- SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983;
- SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro subordinato L'identificazione della fattispecie*, in SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Privato e pubblico*, Torino, 2014, 39-40;
- SCHLESINGER, *Natura e limiti delle responsabilità delle Autorità*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, 79-82;
- SCUFFI, FRANZOSI (a cura di), *Diritto Industriale Italiano*, Padova, 2014, I;
- SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 3, 269-276;
- SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 951 ss;
- SEMINARA, *Il reato di corruzione fra privati*, in *Società*, 2013, 1, 61-70;
- SENA, *Il diritto dei marchi. Marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, 2007;
- SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, Milano, 2011;

- SENA, FRANZOSI, *Antitrust. Progetti italiani, regolamento CEE, legislazioni straniere*, Milano, 1990;
- SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autorinciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 137 ss;
- SHEPARD B. CLOUGH, *Storia dell'economia italiana dal 1861 ad oggi*, Rocca San Casciano-Bologna, Cappelli Editore, 1965;
- SIRACUSANO, voce *Ingiuria e Diffamazione*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993;
- SIROTTI GAUDENZI (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza, Opere dell'ingegno e diritti di proprietà industriale*, Torino, 2010;
- SMITH SIR JOHN C, HOGAN BRIAN, *Criminal Law, Cases and Materials, Fifth edition*, Edinburgh, 1993;
- SOMOGYI, *L'economia della corruzione*, in *Mondoperaio*, 1992, XI, 76 ss;
- SPENA, *Punire la corruzione privata? Un intervento di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 805 ss;
- STAMPANONI, BASSI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: problematiche in tema di concorso di reati. La natura giuridica dei reati previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 2638 c.c., nota a sentenza a Sez. IV, 12/11/2015 (dep. 22/2/2016), n. 6884*, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3405-3417;
- STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 1 ss;
- STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, 309 ss;
- SVARIATI, *A proposito della fattispecie prevista e punita dall'art. 473 c.p. con particolare riguardo al giudizio di confondibilità tra simboli ai fini di una corretta valutazione del «grado» di contraffazione del marchio registrato*, in *Giur. merito*, 1989, 935 ss;
- SVARIATI, *Contraffazione di marchio e vendita di prodotti con segni mendaci*, in *Giur. merito*, 1991, 845 ss;

- SVARIATI, *Il delitto di rivelazione di segreti industriali e la tutela del know how aziendale in una recente ed interessante sentenza della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 1004;
- SVARIATI, *Turbativa di un'industria e commercio e ricettazione*, in *Giur. merito*, 1989, II, 1179;
- TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010;
- TIEDEMANN KLAUS, *Clausole generali nel diritto penale dell'economia – sull'esempio della slealtà nel diritto penale della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, 1-2, 3 ss;
- TIEDEMANN KLAUS, *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, gennaio-giugno, 1-24;
- TIEDEMANN KLAUS, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, Colonia, 1976, 95 ss;
- TIEDEMANN KLAUS, *L'Europeizzazione del Diritto Penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1, gennaio-marzo, 1 ss;
- TIEDEMANN KLAUS, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, PPU S.A, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., 1993;
- TIEDEMANN KLAUS, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin, LK-Bearbeiter, 2002, § 299;
- TIEDEMANN KLAUS, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Hamburg, 1976, II;
- TRIPODI, *Possibilità di un intervento penale nella disciplina antitrust*, in *Giur. comm.*, 2006, 4, 52 ss;
- TROYER, CAVALLINI, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 95 ss;

- TROYER, CAVALLINI, *La “clessidra” del riciclaggio ed il privilegio del self-laundering: note sparse e margine di ricorrenti, astratti fuori del legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 49 ss;
- TUCCILLO, *Pubblicità ingannevole e comparativa (art. 2, D. Lgs. 2.8.2007, n. 145)*, in CATRICALÀ, TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Milano, 2010, 1891;
- VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da ‘mani pulite’*, in FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da ‘mani pulite’*, Milano, 2003, 1 ss;
- VANZETTI (a cura di), *Codice della Proprietà Industriale*, Milano, 2013;
- VANZETTI, *La nuova legge marchi*, Milano, 1993;
- VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2009;
- VIGANÒ, *A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- VIGANÒ, *Il Caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU, A proposito di C. app. Caltanissetta, sent. 18 novembre 2015 (dep. 17 marzo 2016), Pres. Romeo, Est. Tona, Ric. Contrada*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. con.*, 2014, 3-4, 277-287;
- VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. con.*, 2014, 219 ss;
- VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. pen. con.*, 2015, 2, 333-343;

- VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, Corte EDU (grande Camera), sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in GAROFOLI, TREU (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2013;
- VIGANÒ, GATTA, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? riflessi sostanziali e processuali*, in www.penalecontemporaneo.it;
- VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2008;
- VISCONTI, *Turbativa di industria e diritto di querela dei soci di minoranza*, in *Foro it.*, 1995, II, 248 ss;
- ZANNOTTI, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessioni su un dibattito in corso*, in *Indice pen.*, 2005, II, 531 ss;
- ZIRULIA, *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni "penali" dell'AGCM è conforme ai principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione EDU*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- ZUCCALÀ M. A., *art. 513 cp*, in CRESPI, ZUCCALÀ, FORTI (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2014, 2143 ss;
- ZUCCALÀ M. A., *art. 513 bis cp*, in CRESPI, ZUCCALÀ, FORTI (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2014, 2144 ss.

RINGRAZIAMENTI

Alla fine di questo percorso, non trovo parole per esprimere il mio amore e la mia riconoscenza ai miei genitori, che mi hanno sempre sostenuto, in ogni possibile forma, durante gli anni del dottorato, anni che sono corsi paralleli a quelli dedicati alla preparazione del concorso in magistratura e non ancora terminati.

Desidero ringraziare sentitamente il Professor Luigi Foffani per avermi trasmesso, sin da studente, la passione per il Diritto Penale dell'Economia e per la ricerca, nonché per avermi concesso, da dottoranda, l'assoluta libertà di ricerca fino al punto di lasciarmi non solo intraprendere percorsi molto difficili, ma anche incoraggiandomi a percorrerli.

Desidero ringraziare sentitamente il Professor Massimo Donini per avermi aperto la sua porta, sin dal giorno successivo all'ingresso nella Scuola Penalistica Modenese, per avermi sempre ascoltato, per essere stato sempre presente, ricordandomi costantemente l'importanza della ricerca, del suo metodo e della serietà della stessa.

Ad entrambi, sono grata per la loro profonda umanità e per la loro spiccata capacità di comprensione mostratami in tutti questi anni.

Desidero ringraziare, con affetto, la Professoressa Caterina Pongiluppi per avermi coinvolto nell'avventura del diritto penale minorile: la sua fiducia in me è un'impagabile gratificazione.

Desidero ringraziare i miei amici più cari per aver allietato tutti questi anni, per il supporto, per il divertimento e per aver sempre creduto in me.

Un particolare ringraziamento è per mio fratello, non solo per avermi sempre incoraggiato a seguire i miei sogni, ma per essere stato un esempio unico di vita, di dedizione al lavoro e di passione per la ricerca: «A te, che sono certa continuerai a scrivere pagine importanti della letteratura medica, dedico questa ricerca».