

L'antitrust e la sua imposizione "privata"

Un punto di vista liberale

di Anthony de Jasay

Moralità e convenienza

Questo scritto esaminerà, dal punto di vista liberale, la moralità e la convenienza delle recenti proposte dell'Unione Europea miranti a incentivare quello che l'Unione indica come "l'enforcement privato" delle leggi sulla concorrenza. L'intenzione di queste proposte è quella di indurre le presunte vittime di violazioni delle leggi in materia a cercare di ottenere un risarcimento nel tribunale competente. Il termine "privato" viene usato con una certa libertà, in quanto, sebbene l'azione legale venga intentata da interessi privati, il meccanismo di applicazione della legge – dalla sentenza alla sua esecuzione – è interamente pubblico. La parte civile non porta ad esecuzione la sentenza, ma funge da assistente dell'autorità pubblica nell'individuazione e nella sanzione delle violazioni di legge.

La legislazione in materia di concorrenza, come ogni altro genere di legislazione, non necessariamente è conforme ai precetti della moralità. Quando non lo è, si può presumere che si ispiri a considerazioni di convenienza e opportunità.

La moralità liberale, come ogni altro concetto di moralità, si fonda su principi assiomatici e irriducibili, ossia su principi che non derivano o si poggiano su un principio più elevato. I principi fondamentali del liberalismo non sono rivelati dall'autorità divina, né scoperti dall'intuizione degli individui, né tanto meno decretati dal legislatore in accordo con determinati regimi di scelta collettiva, quali la democrazia o la dittatura. Nella sua essenza, la moralità liberale è convenzionale (o consuetudinaria), ossia consiste di una gamma di regolarità di comportamento che esibiscono variazioni minime da gruppo a gruppo, risultando considerevolmente stabili sia tra epoche storiche diverse, sia tra diverse culture. Chi segue una consuetudine lo fa per il motivo che una parte considerevole degli altri membri del gruppo a cui appartiene fa lo stesso e perché, se la gran parte dei membri del gruppo di riferimento segue le convenzioni, la coesistenza con il prossimo è più appagante di quanto non sarebbe altrimenti. In altri termini, se tutti i membri del gruppo – o una sostanziale maggioranza di essi – seguono la convenzione, essa aumenta l'utilità di ciascuno di essi.

Seguire una convenzione crea un equilibrio, vale a dire che la sua applicazione avviene automaticamente. Ciò può avvenire per due motivi. Il primo motivo è che adottare un comportamento convenzionale va a beneficio di ciascun individuo quando la maggioranza degli altri segue un comportamento analogo, con la conseguenza che deviare da esso va di per sé a svantaggio del deviante.

Anthony de Jasay è uno dei maggiori pensatori liberali viventi ed è autore di importanti testi di filosofia politica quali The State (1985), Social Contract, Free Ride (1989), Choice, Contract and Consent (1991), Against Politics (1997), e Justice and Its Surroundings (2002). Di Anthony de Jasay l'Istituto Bruno Leoni ha già pubblicato I principi della giustizia sociale (Occasional Paper n. 15).

Parlare la stessa lingua o guidare sul medesimo lato della strada sono esempi classici di questo principio. L'altro motivo è che, quand'anche deviare dal comportamento convenzionale fosse particolarmente vantaggioso per un singolo individuo, a patto che tutti gli altri continuino ad adottare il comportamento consueto, il fatto è che non sarebbe ragionevole attendersi che ciò possa accadere. È estremamente probabile, anzi, che gli altri membri del gruppo cerchino di punire il deviante (ad esempio con azioni di rappresaglia, di discriminazione o di esclusione), oppure che smettano di seguire la convenzione, con la conseguenza che non vi sarebbe più un comportamento dal quale deviare (gli esempi classici in questo caso sono il free riding o altri tipi di comportamento parassitario che fanno sì che la convenzione scompaia non appena le vittime di un comportamento parassitario seguono le orme del deviante originario). Possiamo ritenere che le convenzioni che si applicano automaticamente per questo secondo motivo comprendono – oltre al comportamento uniforme “autoimposto” in oggetto – un comportamento “contingente” adottato da alcuni, se non tutti, i membri del gruppo in risposta alle deviazioni altrui dalla norma. Questo secondo comportamento punisce o rende inefficace la deviazione e pertanto tende a scoraggiare quest'ultima in modo sufficientemente energico e frequente da tutelare e conservare la convenzione.

La maggior parte delle convenzioni consiste in “norme negative” e si possono raggruppare nelle tre classi, in ordine di rigore decrescente, di norme contro gli illeciti, norme contro le molestie e norme contro le scortesie.

Le norme contro gli illeciti vietano di uccidere e causare lesioni o dolore ad altre persone, di impedire a queste ultime l'esercizio delle proprie facoltà o la libertà di movimento (con l'intesa che questi atti possono essere esentati dalla norma qualora vengano eseguiti come punizione di precedenti violazioni della norma stessa o, più in generale, a tutela della convenzione). Altresì questo genere di norme proibisce i reati contro la proprietà, quali la violazione di domicilio o lo sconfinamento, il furto, la rapina, l'uso abusivo di beni o la frode, la coercizione realizzata minacciando il ricorso ad atti illeciti e la violazione di impegni contrattuali. Uno dei principi fondamentali, forse il più importante di essi, della moralità liberale consiste nel rispetto delle norme contro gli atti illeciti.

Tale principio, tuttavia, non si estende ad atti di altro genere e certamente non include, come vorrebbe J.S. Mill, quegli atti che “arrecano danno ad altri”. In caso contrario, la norma non avrebbe alcun limite d'applicazione e non presenterebbe una divisione netta tra danni che non possono essere inflitti e danni che possono essere tollerati o, meglio ancora, impedirebbe di distinguere tra atti che propriamente arrecano danno e quelli che non lo fanno. Il numero degli illeciti non è infinito: con un po' d'attenzione essi possono essere enumerati senza lasciare spazio a divergenze d'opinione. Nel caso degli atti dannosi o svantaggiosi per gli altri, invece, ciò non è possibile: il danno è una questione di valutazione soggettiva e può presentarsi in una infinita gamma di varianti.

Questa distinzione è pertinente all'esame delle leggi sulla concorrenza. Qualora due o più imprese attive nel medesimo settore non cerchino di strapparsi a vicenda i rispettivi clienti, ciò può effettivamente creare un'esternalità negativa che arreca danno ai consumatori, i quali vengono privati della convenienza di acquistare a minor prezzo il prodotto delle aziende in questione. È perfettamente possibile che tali imprese stiano violando le leggi sulla concorrenza ma, a differenza di quanto credono numerosi giuristi interessati alla questione, queste aziende non stanno commettendo un delitto e non hanno alcuna colpa morale. Eventualmente, la legislazione in base alla quale esse

possono essere perseguite può essere giustificata esclusivamente sulla base di considerazioni di convenienza.

Basarsi sul principio di opportunità o convenienza, inoltre, può condurre all'adozione di una norma di responsabilità oggettiva, in modo che le due ditte in questione potrebbero venire perseguite per "patto di non concorrenza" esattamente come se facessero parte di un cartello, anche nel caso in cui il fatto di vendere un determinato prodotto al medesimo prezzo non scaturisse da un accordo formale stretto tra di esse. Nella giustizia liberale nessuno può essere ritenuto responsabile delle conseguenze di azioni commesse senza l'intento di nuocere e senza alcuna negligenza. Infliggere una pena in assenza di responsabilità, quindi, è un atto ingiusto e potrebbe rappresentare un prezzo troppo alto da pagare in cambio della convenienza di avere una norma di responsabilità oggettiva, anche nel caso in cui tale valutazione avvenisse interamente sulla base di considerazioni di convenienza.

Dal fondamentale principio liberale di rispetto degli impegni reciproci deriva un'importante conseguenza, particolarmente pertinente per una valutazione delle leggi sulla concorrenza, ossia il concetto di libertà di contratto. Il principio in questione stabilisce che, a patto che la trattativa sia esente da coercizione o frode, due parti possono liberamente stipulare qualsiasi impegno reciproco secondo i termini concordati, purché l'esecuzione dell'impegno non comporti un atto illecito. In altri termini, la promessa di assassinare una persona in cambio dell'impegno a versare una somma all'omicida non rientra nell'ambito legittimo della libertà di contratto. Se, tuttavia, il rispetto degli impegni reciproci così stipulati genera un'esternalità negativa per un terzo, il contratto rimane valido, anche se l'esternalità in questione è grave, sempre che, come già detto, gli atti previsti nel contratto non siano atti illeciti. L'accordo con il quale due aziende attive nel medesimo settore stabiliscono di non danneggiarsi a vicenda rientra nella libertà di contratto, anche se può essere deplorato e vietato per motivi di convenienza. Un accordo mirante a "truccare" un'asta o ad accordarsi sottobanco in una gara d'appalto, viceversa, sarebbe fraudolento e quindi non è contemplato dal concetto di libertà di contratto.

Anche quando non comporta il sacrificio della moralità, valutare la convenienza di un determinato atto è alquanto problematico. Per amor di discussione, supponiamo che la concorrenza possa essere favorita per legge senza violare i principi morali liberali. Il termine stesso "concorrenza" ha una forte connotazione "migliorista": vedendolo, capiamo quasi istintivamente che la concorrenza è cosa buona e che la sua assenza è un male. Tuttavia, per quanto sia facile cadere in questo perdonabile errore, è pur sempre sbagliato credere che, siccome la concorrenza è un bene, allora la legislazione sulla concorrenza debba essere quanto meno opportuna. In realtà, vi sono numerose forme di concorrenza la cui assenza non può assolutamente essere rimediata per via legislativa. Ad esempio, non si può imporre per legge ad un'azienda di inventare, innovare, migliorare la qualità dei prodotti o del servizio ai clienti e al tempo stesso di ridurre i costi, non foss'altro per il motivo che sarebbe impossibile imporre il rispetto di una legge siffatta. L'unico tipo di concorrenza suscettibile di essere favorita per legge è forse la concorrenza sui prezzi (anche se, per i motivi che verranno esposti più avanti, la concorrenza sui prezzi non è un concetto facile da trattare).

In generale, l'idea che la concorrenza sui prezzi sia nell'interesse pubblico, ossia che sia opportuno e conveniente adottare una legislazione che garantisca la sussistenza di questo genere di concorrenza, viene ritenuta di per sé evidente: in altri termini, si ritiene che sia superfluo addurre una qualsiasi argomentazione a sostegno di questa tesi.

Ciò equivale a ritenere che sia di per sé evidente che l'interesse dei consumatori sia più importante dell'interesse dei produttori ed è molto vicino al dare per scontato che il consumo debba essere favorito a spese del risparmio. Dico "molto vicino" perché, per quanto di norma sia vero che le imprese risparmiano una parte del proprio reddito maggiore di quanto non sia il caso per i singoli individui, nondimeno questa non è una verità eterna. Non è assolutamente ovvio che favorire un'alternativa rispetto ad un'altra vada a vantaggio del pubblico interesse. Per usare la terminologia delle scienze sociali, semplicemente le due alternative non sono confrontabili secondo il criterio di Pareto. È certamente possibile preferire l'una o l'altra a seconda delle circostanze, ma questa non è una base abbastanza solida per giustificare una legge.

Price leadership, selezione dell'equilibrio ed entrata

Prendiamo in considerazione un certo numero di aziende contraddistinte da un'elevata elasticità della possibilità di sostituzione dei rispettivi prodotti, mentre l'elasticità della sostituzione tra i loro prodotti e quelli di aziende estranee al loro gruppo è decisamente inferiore. Ciò significa che, a meno che ciascuna di queste aziende non venda i propri prodotti allo stesso prezzo (a parità di qualità) praticato dalle altre, la ditta che propone i prezzi più alti perderà clienti a favore di quella che pratica i prezzi più bassi. Possiamo considerare questo gruppo di aziende come un settore economico o industriale. Assumiamo inoltre che i rendimenti di scala siano costanti o decrescenti e che l'entrata in questo settore sia preclusa, sebbene sia sempre possibile uscirne.

Una delle condizioni d'equilibrio per questo settore è un solo prezzo comune, vale a dire una situazione nella quale ciascuna azienda vende i propri prodotti al medesimo prezzo (a parità di qualità). Questo prezzo si situa nell'intervallo il cui margine superiore è rappresentato dal prezzo che si avrebbe se le aziende del settore si fondessero in un monopolio, mentre l'estremo inferiore equivale al livello al quale la ditta al margine riesce a malapena a compensare i propri costi di investimento, mentre le aziende entro il margine godono di una quasi-rendita. Tuttavia, qualsiasi prezzo compreso tra l'estremo superiore (monopolio) e quello inferiore (livello di concorrenza perfetta) rappresenta un possibile equilibrio.

Il motivo è che, per qualsiasi determinato prezzo, se una azienda aumentasse il prezzo di vendita dei propri prodotti, vedrebbe ridursi il proprio giro d'affari, a meno che tutte le aziende concorrenti non aumentassero in pari misura i rispettivi prezzi. Analogamente, se una delle aziende del settore riducesse i propri prezzi, dovrebbe attendersi che le altre ne seguissero le orme al fine di evitare una riduzione delle proprie vendite. Ovviamente, per "riduzione delle vendite o del giro d'affari" dobbiamo intendere una "riduzione sostanziale delle vendite".

Questa situazione è analoga a quanto si verifica nella teoria dei giochi quando il dilemma del prigioniero viene reiterato all'infinito. In una situazione siffatta, per un qualsiasi determinato livello di cooperazione, nessun giocatore può accrescere il proprio vantaggio se non cooperando esattamente nella stessa misura degli altri. Tuttavia, nel nostro esempio, una delle aziende può decidere di allontanarsi dal prezzo comune a rischio di peggiorare le proprie condizioni. Aumentare il prezzo praticato ai consumatori può risultare una cattiva mossa se le altre aziende non adeguassero i propri, ma può essere una mossa azzeccata per la prima azienda che decidesse di aumentare il prezzo, nonché per tutte le altre qualora decidessero di seguire le orme della prima.

Sembrerebbe quindi che, di tutti i possibili punti d'equilibrio, quello effettivamente esistente venga stabilito dalla prima azienda che decide un prezzo. Questa scelta dipende dalla probabilità che le altre aziende del settore seguano il suo esempio, ade-

quando i propri prezzi a quello stabilito dalla prima. Presumibilmente, quest'ultima tenderebbe ad avvicinarsi al prezzo teorico di monopolio, ma questa tendenza verrebbe contrastata dal rischio crescente che le aziende concorrenti non ne seguano le orme al progressivo crescere del prezzo. Il lettore può osservare come il punto d'equilibrio (ossia la situazione in cui tutte le aziende praticano il medesimo prezzo) venga raggiunto esclusivamente sulla base di un calcolo razionale da parte di ciascuna di esse, senza che intervenga un accordo (palese o segreto) di cartello.

Se l'assunto di impossibilità di entrata nel mercato viene scartato, lo scenario di price leadership appena tratteggiato cambia nel risultato finale, ma non nelle modalità di esecuzione. Se l'accesso al mercato è possibile, è probabile – se non pressoché certo – che, quando il membro al margine del settore ottiene una quasi rendita superiore ai propri costi d'investimento (come avverrebbe qualora il price leader stabilisse un prezzo superiore a quello corrispondente ad una situazione di concorrenza perfetta), vi siano nuove aziende che decidano di entrare in questo particolare settore di attività e che l'entrata continui finché il nuovo entrante al margine riesca a coprire appena i propri costi d'investimento. A seconda delle rispettivi funzioni di costo, è possibile che alcuni nuovi entranti particolarmente efficienti riescano a obbligare qualche azienda preesistente al margine ad uscire dal settore.

È ragionevole ipotizzare che, in condizioni di libera entrata nel settore, il price leader stabilisca un prezzo che riduca al minimo la possibilità di entrata di nuovi concorrenti e che il resto delle aziende del settore segua la sua decisione. In tal caso, un eventuale livello di prezzo superiore non riuscirebbe a perpetuarsi spontaneamente, in quanto si esporrebbe alla concorrenza dei nuovi entranti. Un prezzo superiore potrebbe essere mantenuto in modo non spontaneo, tramite accordi di cartello palesi o segreti, in virtù dei quali le ditte preesistenti e i nuovi entranti nel settore si spartirebbero il mercato e tutte le aziende del settore, vecchie e nuove, praticerebbero il medesimo alto prezzo, ossia un prezzo superiore a quello corrispondente ad una situazione di concorrenza perfetta, e limiterebbero le proprie vendite alla quota di mercato concordata. Per le aziende iniziali del settore, tuttavia, adottare un accordo di tal fatta sarebbe una scelta praticabile e razionale solo se il numero e le dimensioni dei potenziali nuovi entranti fosse strettamente limitato e se si potesse contare sul mantenimento di tale limite per un periodo prolungato di tempo. Nella realtà dei fatti, sarebbe estremamente difficile soddisfare questa condizione, a meno di non ricorrere all'intervento deliberato dell'autorità politica.

Barriere all'entrata

Dallo schema, per quanto piuttosto astratto, appena tratteggiato della concorrenza sui prezzi e sull'instaurazione spontanea di un prezzo di equilibrio per un determinato settore, appare evidente che il punto d'equilibrio è determinato esclusivamente dalle condizioni che governano l'entrata nel mercato.

Se i costi d'entrata coincidessero con i costi d'investimento, a rigore di termini si potrebbe affermare che non sussiste alcuna barriera all'entrata e che il settore in oggetto è conforme all'ideale neoclassico di concorrenza perfetta. Nel mondo reale, dove di norma esistono due tipi di barriere all'entrata in grado di innalzare i costi d'entrata al di sopra dei costi d'investimento, ciò non avviene mai, o quasi mai. I due tipi di barriere sono rispettivamente endogeni ed esogeni.

Le barriere di tipo endogeno vengono create dalle aziende già operanti nel settore come conseguenza della concorrenza in campi diversi dai prezzi. Tra di esse, possiamo menzionare la reputazione di un'azienda, il favore che raccoglie tra i consumatori, lo

sviluppo di tecniche di proprietà esclusiva, la disponibilità in esclusiva di canali di distribuzione o all'esistenza di accordi di lungo periodo che garantiscono un accesso privilegiato a tali canali, e così via. Da un punto di vista formale, questi fattori possono essere considerati alla stregua di beni intangibili che amplificano l'effetto del capitale utilizzato dall'azienda, facendo sì che apparentemente non si producano redditi da capitale superiori a quelli desumibili da condizioni di concorrenza perfetta. In realtà, tuttavia, il reddito ottenuto dall'azienda al margine dal proprio capitale intangibile rappresenta l'entità della barriera endogena all'entrata che ogni potenziale nuovo arrivato deve superare. Si tratta di una barriera perfettamente compatibile con i principi liberali: essa, infatti, non deriva da alcun atto illecito e non viola la libertà di contratto. Basta un po' di buon senso per non trovare alcunché di eccezionale nel fatto che ogni azienda si sforzi di accumulare il favore dei consumatori o di sviluppare tecnologie in proprio. Per quanto riguarda l'accesso privilegiato alla distribuzione, il problema riguarda la concorrenza in quest'ultimo settore. Se un grossista o un distributore vengono indotti da qualche fornitore privilegiato a discriminare gli altri fornitori, così facendo favoriranno l'entrata nel mercato di altre ditte che si offriranno di distribuire i prodotti degli esclusi senza discriminare nessuno. Il problema è in tutto e per tutto analogo a quello che affrontano le aziende produttrici quando devono stabilire il livello dei prezzi d'equilibrio. La possibilità di entrata di nuovi concorrenti spinge il costo dei beni (e i margini della distribuzione) verso il livello di concorrenza perfetta (pur senza necessariamente raggiungerlo). Se un produttore o un distributore ignora questa considerazione, lo fa a suo rischio e pericolo.

Fin qui il nostro esame si è occupato di una situazione in cui i rendimenti di scala sono costanti o decrescenti. Quando tali rendimenti sono invece crescenti, la situazione presenta problemi particolari, che nascono dall'indivisibilità di importanti macchinari o funzioni di costo che iniziano ad avere effetti non appena le dimensioni di un'azienda superano una determinata soglia. La conseguenza è che questa azienda ottiene un vantaggio in termini di costi nei confronti delle aziende che non hanno raggiunto la medesima soglia dimensionale. Se, come spesso avviene, mano a mano che l'azienda continua a crescere e supera successive soglie dimensionali le indivisibilità si moltiplicano, il vantaggio diviene cumulativo. In tal caso, l'azienda in questione potrebbe massimizzare i profitti vendendo i propri prodotti ad un prezzo fortemente inferiore a quello della concorrenza, a patto di essere certa che così facendo amplificherebbe considerevolmente la propria fetta di mercato, potrà approfittare di notevoli economie di scala e che i risparmi realizzati sui costi supereranno le perdite derivanti dalla vendita sottocosto. Alla lunga, le aziende più piccole e meno capaci potrebbero venire estromesse da un settore di attività che potrebbe finire con il comprendere una sola azienda. Dal punto di vista liberale, questo esito sarebbe accettabile, particolarmente nel caso in cui non vi fossero evidenti motivi di opporsi sulla base di considerazioni di opportunità e convenienza. La legislazione in materia di concorrenza, tuttavia, tende a ritenere che, permettendo alle economie di scala di far sì che una sola azienda finisca con il "dominare" un dato settore, si leda il pubblico interesse. Di conseguenza non si deve permettere ad alcuna azienda di avere una fetta di mercato superiore ad un certo limite. Di fatto, sarebbe facile mettere in caricatura lo *Sherman Act* [La legge promulgata negli Stati Uniti nel 1890 con l'intento di vietare ogni concentrazione di potere in grado di interferire con il commercio e diminuire la concorrenza in campo economico. NdT] e le pratiche antitrust seguite dal Dipartimento della Giustizia degli Stati Uniti, dicendo che le autorità attaccano la concorrenza e impongono condizioni di non-concorrenza per il bene della concorrenza stessa.

In epoca moderna, le barriere esogene all'entrata sono sostanzialmente dovute alla volontà delle autorità politiche. Tariffe, quote e normative di ogni genere (anche se certamente non tutte le normative) sono l'espressione del tentativo di particolari interessi nella società di ottenere tramite mezzi politici quello che non hanno saputo guadagnarsi con mezzi economici. Queste barriere assumono solitamente la forma di proibizioni (ad esempio vietando l'importazione di un determinato bene a meno che non venga pagato un diritto doganale, oppure imponendo che un certo prodotto non possa contenere più di una determinata quantità di un ingrediente essenziale).

Tuttavia, l'idea che le proibizioni che vanno a incidere su un insieme di possibilità (altrimenti prive di vincoli) di produrre e scambiare beni facciano sì che in generale prevalga la libertà di contratto è relativamente moderna. Nelle epoche passate, il caso generale era esattamente l'opposto, vale a dire, produzione e scambio rappresentavano casi particolari, privilegi conferiti dal ceto del beneficiario e creati dal potere politico. In epoca medievale le corporazioni innalzavano e mantenevano forti barriere all'entrata. In Europa occidentale la loro influenza, un tempo preponderante, iniziò a declinare già a partire dal sedicesimo secolo, parallelamente al sorgere dello Stato sovrano. Senza voler trarre alcuna conclusione in merito al legame tra causa ed effetto, si può osservare che nel medesimo periodo iniziava ad imporsi in modo saldo e indiscusso l'assunto che, per potersi dedicare alla produzione e al commercio, fosse necessario ottenere un permesso. Di qui la proliferazione di licenze, patenti e brevetti regi che autorizzavano a produrre beni da vendere e ad acquistare beni da rivendere a terzi. Com'è facile capire, questo sistema non era solo uno strumento di politica estera e un mezzo per orientare le attività e lo sviluppo di un Paese, ma anche una preziosa fonte di protezione e di entrate per la Corona, oltre che una grande comodità per i beneficiari di licenze e simili, che potevano servirsene per sventare la minaccia posta dalla libera entrata di nuovi concorrenti nei rispettivi settori d'attività. Inutile aggiungere che l'idea che talune attività non possano essere svolte a meno di non avere il permesso esplicito delle autorità non è completamente scomparsa. Questa idea sopravvive, ad esempio, nel cosiddetto licenze Raj in vigore in India, ossia di quel pervasivo regime di concessione di licenze che oggi, fortunatamente, sta gradualmente scomparendo, ma che trova ancora risoluti paladini negli interessi commerciali costituiti, nei funzionari sottopagati e negli intellettuali del Paese asiatico.

È stato il graduale imporsi del pensiero liberale che ha indebolito l'idea che "è proibito tutto quello che non è specificamente permesso" e che ha svolto un ruolo primario nella diffusione dell'idea opposta, ossia che ogni attività possa essere svolta liberamente, a meno che non violi una norma specifica (il pensiero liberale, ovviamente, pone inoltre una serie di condizioni alla legittimità delle norme, come abbiamo accennato all'inizio di questo scritto). Nella sfera economica, questo assunto ha certamente favorito il concetto di libertà di contratto, ma non è mai riuscito ad impedire che lo Stato violasse tale libertà in seguito alle pressioni esercitate di interessi particolari o per il raggiungimento degli scopi, non di rado sconsiderati, della politica nazionale. Le norme stabilite dallo Stato erano interdizioni pure e semplici (come avviene nel caso di normative, quote o embarghi), oppure divieti accompagnati da esenzioni ottenute in cambio di un pagamento (delle tariffe doganali e delle accise, oppure corrompendo un funzionario per ottenere una licenza).

A onor del vero, per quanto appaiano ripugnanti ad uno spirito liberale, le barriere all'entrata del giorno d'oggi non sono neppure lontanamente paragonabili al regime di corporazioni e licenze e brevetti concessi dalla Corona, o ai regimi socialisti, che rifiutano interamente il concetto di libertà di contratto o lo accettano solo in casi particolari, spinti da considerazioni "pragmatiche". È chiaro che molta strada è stata fatta

a partire dalla metà del ventesimo secolo, specialmente nel campo delle barriere agli scambi con l'estero. Nondimeno, se le autorità si preoccupano seriamente di favorire la concorrenza, è sulle barriere esogene all'entrata che dovrebbero concentrarsi, giacché è in questo campo che hanno maggiori probabilità di sortire effetti positivi e minori probabilità di sprecare tempo e fatica, o addirittura causare involontariamente i danni prodotti da uno zelo mal riposto.

I pericoli dello zelo eccessivo

Alcuni commentatori in vena di cattiverie hanno paragonato l'ultimo Commissario europeo alla concorrenza a Savonarola. Su questa base, il suo successore potrebbe far venire in mente Torquemada. La sua inflessibilità nel perseguire chi viola le leggi europee sulla concorrenza, buone o cattive che siano, è il segno caratteristico del funzionario modello e deve essere considerata con rispetto. Tuttavia, su stimolo della Commissaria Kroes, la Direzione Concorrenza sta esaminando alcune proposte miranti a spingere taluni interessi privati a collaborare nel tentativo di ottenere un risarcimento per i danni subiti a causa di pratiche lesive della concorrenza. Proprio come avviene nel caso della legislazione in materia di concorrenza, alcune di queste recenti proposte possono solo turbare chi condivide un punto di vista liberale e, nel loro complesso, esse potrebbero legittimamente allarmare perfino chi ha una mentalità illiberale.

Il Libro Verde della Commissione¹ prevede che, tra le varie possibilità, gli imputati di reati contro la concorrenza siano obbligati a mettere a disposizione della parte civile tutti i documenti che possano avere una qualche attinenza con la causa in corso. Senza alcun dubbio, questa sarebbe una chiara violazione del principio che esenta ogni accusato dall'obbligo di presentare prove a suo carico. Si sostiene che la violazione di questo principio non può che contribuire a far prevalere la giustizia e che questa considerazione debba essere ritenuta decisiva. Bisogna dunque credere che il principio secondo il quale nessun accusato abbia l'obbligo di auto-incriminarsi sia stato adottato al fine di ostacolare la giustizia?

Un'altra proposta altrettanto strabiliante è che il tribunale non debba rivalersi sui querelanti qualora essi dovessero perdere la causa. È giocoforza chiedersi chi, in tal caso, debba sostenere le spese processuali. Si tratta di una proposta grossolanamente iniqua, che rappresenta una chiara istigazione ad adire le vie legali, senza curarsi troppo della fondatezza delle proprie ragioni. In tal modo si crea una situazione da "testa, vinco io, croce, perdi tu" e si incentivano le cause legali intentate per pura leggerezza. Se prendesse piede, in ogni caso la giurisprudenza in materia farebbe aumentare enormemente il volume delle cause per presunte violazioni della concorrenza, fondate o meno.

La più preoccupante delle idee prese in considerazione dalla Direzione Concorrenza riguarda gli indennizzi e le cause collettive (*class action*). Secondo questa proposta, al fine di incentivare le cause per violazione delle norme antitrust, i risarcimenti dovrebbero eccedere considerevolmente i danni effettivamente sofferti dai querelanti. Si tratta di una proposta che offende anche l'uso corretto della lingua: per definizione, un risarcimento non può eccedere l'ammontare dei danni subiti: qualsiasi somma superiore a questi ultimi va propriamente considerata un'ammenda. Questa, tuttavia, è un'obiezione di poco conto, destinata a incontrare il favore dei soli pedanti della logica e della lingua (tra i quali va annoverato l'autore di questo scritto). Di gran lunga più seria sarebbe la conseguenza di trasformare le cause per danni in un'attività mirante a ottenere un profitto, per di più di considerevole entità.

Tale profitto deriverebbe dal fatto che il risarcimento decretato dal tribunale includerebbe danni immaginari mai sofferti dal querelante. Certo, si potrebbe controbattere che l'indennizzo in eccesso compenserebbe il querelante per la beffa che l'imputato ha aggiunto al danno effettivamente causato. Per quanto grottesca, questa obiezione potrebbe avere un senso, a patto che il risarcimento in sovrappiù fosse determinato da regole precise. In realtà, invece, i primi (per quanto cauti) passi in direzione dell'introduzione di azioni collettive risarcitorie adombrano l'assimilazione della legislazione antitrust europea al diritto americano per danno civile (*tort law*) e sarebbero inevitabilmente destinati a produrre indennizzi tendenzialmente illimitati e inverosimili.

Quand'anche si decidesse di proibire o regolamentare la pratica di legare l'onorario dei legali all'ammontare del risarcimento, la combinazione di indennizzi in eccesso e di azioni collettive (per non parlare della tesi che le violazioni della normativa antitrust siano assimilabili a veri e propri delitti) finirebbe con il "truccare" il sistema, facendo balenare enormi poste in gioco e la possibilità di enormi guadagni. La conseguenza sarebbe che il comportamento dei querelanti e dei loro legali si adatterebbe alle mutate condizioni secondo modalità assolutamente prevedibili, in quanto il sistema tenderebbe a massimizzare le loro vincite complessive, anche nel caso in cui la divisione delle spoglie fosse soggetta a vincoli giuridici. Le conseguenze della creazione negli Stati Uniti di incentivi aventi potenzialità tanto enormi sono ben note: i costi imposti alle attività produttive dal diritto per danno civile sono abbastanza ben documentati da superare l'incredulità che un comune cittadino potrebbe provare dinanzi alle somme di cui si parla. In particolare, vale la pena riflettere su due conseguenze del sistema americano. La prima è che, per quanto l'assurdità e i costi assolutamente rovinosi del sistema siano ampiamente riconosciuti, gli interessi costituiti che esso ha creato sono talmente forti da essere riusciti fino ad oggi a sventare ogni proposta di legge mirante a riformarlo. L'altra è che la maggior parte delle class actions viene composta per via stragiudiziale: si tratta di una conseguenza di difficile interpretazione e che nasce dalla valutazione che querelanti e imputati fanno delle rispettive probabilità di ottenere un esito più favorevole accordandosi fuori dal tribunale piuttosto che affrontando il processo.

A dispetto del chiaro interesse dimostrato dall'autorità europea sulla concorrenza affinché la legislazione antitrust dell'UE operi in modo analogo al diritto per danno civile vigente negli Stati Uniti, non è scontato che si verifichi l'ipotesi peggiore: per l'immediato futuro, i due ordinamenti resteranno ancora diversi. Nondimeno, nelle proposte attualmente all'esame della Commissione vi sono elementi sufficienti a far temere che la loro eventuale adozione condurrebbe ad una costosa vessazione dell'industria al solo scopo di ottenere un risultato che, in generale, potrebbe essere ottenuto più facilmente in un altro modo. Grazie al semplice espediente di abbattere le barriere all'entrata, infatti, si avrebbe l'insorgere spontaneo di quegli esiti favorevoli alla concorrenza che le autorità sostengono di desiderare. Certamente, lo scetticismo in merito alla validità dello zelo eccessivo con cui le autorità stanno cercando di arruolare il settore privato al fine di imporre il rispetto delle leggi sulla concorrenza si fonda su considerazioni di opportunità più che di principio. I principi entrano nel dibattito quando si afferma quanto sia pericoloso e infausto il deliberato tentativo di gettare i semi di una "cultura" del contenzioso e del ricorso alla giustizia che, una volta messe radici, fanno sì che una società diventi irreversibilmente più piagnucolosa e meno liberale.

CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.