

Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?

1.- Sento dire, e non è la prima volta, che l'approccio economico in antitrust è una iattura. Non è lontana l'eco di chi denunciava i guasti indotti in materia dallo 'scientismo' degli economisti, presi molto sul serio come depositari di metodi infallibili ma capaci di dare solido fondamento ed avallo a qualsiasi posizione, purché caratterizzata dalla *willingness to pay*. [Ho il vago sospetto che questo non sia un terreno di scontro davvero vantaggioso per i giuristi...].

Non c'è di che scomporsi, c'è in giro di tutto. Leggevo, neppure troppo tempo fa, un accorato appello al riscatto di un antitrust svuotato di nerbo, ridotto all'impotenza: e la ricetta suggerita era quella di fare a meno dei giudici, troppo inclini –per ragioni più o meno confessabili- a dare ingresso a dubbi garantistici e quant'altro: insomma, un paradiso per pubblici ministeri *et similia*.

Posizioni del genere sottendono, assai spesso, intenzioni più che ottime. Ma, si sa, di intenzioni buone sono lastricate vie per null'affatto commendevoli. E mi sembra che ciò valga anche nel nostro caso: un antitrust che si libera delle strettoie dell'approccio economico taglia, sì, il nodo gordiano, ma lo fa nel segno di un integralismo paradossalmente involontario, che si lascia dietro le spalle, con serafica noncuranza, falsi negativi e falsi positivi, pago però di aver recuperato la propria compattezza giuridica.

2.- L'appello contro l'approccio economico in antitrust mi sembra poco felice. Provo a mettere insieme, alla rinfusa, alcuni dei molti argomenti che sconsigliano di darvi retta. Ma non mi nascondo che, abituato come sono a rimontare la corrente di dimostrazioni impervie perché controintuitive o semplicemente difficili, questa volta ho davvero l'impressione di sparare sulla proverbiale Croce Rossa.

3.- Il primo, e più immediato, argomento è –per così dire– interno. Esiste un'elaborazione giuridica in materia di antitrust che faccia storia a sé e sia davvero sottratta all'influenza dell'argomento economico?

La risposta non può essere ricercata nella nostra esperienza giuridica, penalizzata da una letargia legislativa che ha ragioni sin troppo note e non occasionali. Occorre allora volgersi a sistemi che vantano una maggiore anzianità di servizio. E questo ci porta sull'altra sponda dell'Atlantico, in un preciso momento storico: la riscoperta della *price theory* ad opera della Scuola di Chicago. È qui che, secondo la *vulgata* corrente, andrebbe rintracciata la frattura che ha cambiato il volto dell'antitrust, aprendo il varco a fitte falangi di agguerriti economisti, fieramente intenzionati a dar corpo ad un disegno imperialistico di occupazione di settori disciplinari meno strutturati del loro.

Mentre, prima della rivoluzione *chicagoan*, l' "antitrust discourse" si svolgeva, senza cedimenti, sul solo versante giuridico.

Questo modo di presentare le cose è suggestivo, ma implausibile. Va da sé che la disciplina antimonopolistica è nata –quali che fossero le motivazioni profonde per cui il Congresso cavalcò l'ondata di pubblico risentimento nei confronti dei misfatti dei trust *à la* Rockefeller- con una qualche consapevolezza di essere deputata al governo di una matrice economica. Il contatto tra i due versanti, all'inizio persino conflittuale, era *in re ipsa*. E sarebbe davvero sorprendente che a questa contiguità non siano seguiti travasi, riversamenti ed influenze. Basta andarli a cercare, come ha fatto Hovenkamp ("Antitrust policy has been forged by economic ideology since its inception") o James May, magari con l'intento di dimostrare che la *law & economics*, nella sua versione più datata, non è nata sulle rive del lago Michigan, per trovarne ampi riscontri. Dopo tutto, la Scuola harvardiana, col suo paradigma da struttura cogente nei riguardi della condotta e, a spiovere, della prestazione e la sua inclinazione ad invocare processi di deconcentrazione, esprimeva un'impostazione di chiara impronta economica, con evidenti ricadute sul piano pratico dell'*enforcement*, come attestato dalle Merger Guidelines del 1968.

Dunque, l'approccio economico c'era anche prima, a Harvard, e più indietro nel tempo alla Columbia di New York; è sempre stato in circolo. La persistente difficoltà di comunicazione fra scienze giuridica ed economica non può oscurare la realtà di un travaso sottostante, presente anche quando non dichiarato (o, addirittura, avversato). Se mai, è mutato il suo peso specifico a livello di teoria dell'argomentazione, perché ha acquisito una centralità che, in precedenza, non gli era apparentemente riconosciuta. Accade più di frequente, oggi, che nel dipanare interrogativi spinosi – mettiamo, i profili di illiceità di pratiche non ancora pienamente metabolizzate, quali ad es. l'occupazione di spazi negli scaffali degli ipermercati o profferte unilaterali di *price matching*-- , alle prese con riferimenti normativi a dir poco nebulosi, si faccia leva sull'analisi economica. Fra tante incertezze, magari; ma la realtà è che non si dà alternativa diversa, se non quella di chiudere gli occhi e affidarsi alla proverbiale monetina. Oppure, ma non è troppo diverso, di far leva sul tradizionale bagaglio dogmatico del giurista.

Dovrebbe essere chiaro, in ogni caso, che il rilievo accordato alla "*economic authority*" non è il frutto di un'operazione autoritaria, ma della sua forza esplicativa (quanto meno a livello di lucidità delle intuizioni), assorbita dagli interpreti per capillarità ambientale. Lo straordinario successo registrato a suo tempo dalla Scuola di Chicago si deve alla congiuntura di molti fattori: fra i quali spiccava la capacità di far luce, a colpi di analisi immediatamente percettibili e semplici (semplicistiche, chioserebbero i critici), su problemi sin lì avvolti in brume inestricabili. Ma quel successo non ha impedito ai "post-Chicago developments" di fornire ricostruzioni più persuasive ed

aprirsi un varco nella coscienza degli interpreti, inducendoli –pur fra un dedalo di *intricacies* da teoria dei giochi ed elevato grado di sofisticazione-- a (divisare regole operazionali atte a) smentire le acquisizioni pregresse sullo stesso terreno su cui erano maturate, il benessere dei consumatori. A conferma, se ve n'era bisogno, che l'approccio economico sta, prospera ed eventualmente cade, in funzione della sua capacità di conquistare consenso sociale.

4.- Il secondo rilievo ha a che fare con l'eugenetica, se si preferisce la 'purezza' della scienza giuridica.

Provo a spiegarmi, tratteggiando un'idea molto accreditata, specie fra i non addetti ai lavori (ma sarebbe meglio parlare di rappresentazione favolistica: anche se c'è stato un momento storico in cui la si dava per vera e non mancano, oggi, gli irriducibili nostalgici): l'idea che i giuristi, specie quelli di *civil law*, siano votati al culto del diritto positivo. In principio era la norma giuridica; e nel suo dettato sta anche la *finis terrae*, il confine dell'universo rilevante. Una convinzione, questa, che si vuole non sia scossa neppure dai moniti di chi, come Kirchmann, denunciando la "Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft", avvertiva che un tratto di penna del legislatore bastava per mandare al macero intere biblioteche. L'evento è traumatico, ma non sconvolgente per il giurista accorsato. Vale quanto l'esplosione di una Supernova per l'astronomo; scomparsa quella, ci si volgerà ad una nuova formazione, cominciando da capo, ma portando con sé un importante bagaglio di esperienze. Le cose, si sa, non stanno così; e proprio quest'ultima annotazione risulta rivelatrice. La norma giuridica non è una monade nel vuoto; piuttosto, vive attraverso l'afflato di chi l'interpreta. Per dirla in modo estremamente riduttivo, e studiandomi di non cedere alla tentazione d'imbarcarmi in rarefatte considerazioni di teoria generale del diritto (che, però, un significato dovranno pur avere e meriterebbero, dunque, di esser studiate con attenzione quando si manipola il DNA del diritto), sarà utile tener presente che, dal punto di vista del giurista, la norma non è mai autosufficiente (gli economisti direbbero: completa). Non c'è bisogno di sortite nel de-costruttivismo giuridico per rendersi conto che il 'formante normativo' è un insieme di lemmi, un formicolio di *black letters*, che prendono vita nel momento in cui l'interprete assegna loro significato applicativo. Insomma, con le parole di un maestro del diritto, "la norma è in quanto interpretata". Non che si voglia, con questo, sminuire l'opera del legislatore (anche se la rivendicazione del primato della *iurisdictio* sulla *legislatio* vanta retaggi risalenti). Il senso dell'affermazione è tutt'altro, mira a mettere in chiaro che persino nei sistemi giuridici in cui, a livello declamatorio, si nega ogni competenza del giudice a creare le norme, ridurre la funzione giudiziale (se si preferisce, l'attività ermeneutica) a mero computo ragionieristico è impresa insensata. Ogni previsione normativa, in quanto prodotto dell'attività del legislatore, esprime di necessità una valutazione preventiva. Ma quella stessa

norma, in quanto affidata all'applicazione da parte di un qualche interprete/*enforcer* transiterà attraverso una dimensione ermeneutica, ineluttabilmente permeata dal senno di poi (rispetto all'apprezzamento compiuto in sede di emanazione del precetto).

L'oggettività della norma è dunque un mito, sgretolato dalla possibilità di letture contrapposte, che chiamano inevitabilmente in causa il retroterra culturale di chi legge la norma. L'ovvietà di quest'osservazione diventa ancora più palpabile quando la norma assuma i contorni della clausola generale (nel gergo degli economisti, *standard*, in contrapposizione alla *rule*). In questo caso, infatti, viene meno qualsivoglia possibilità di mistificazione: la norma, di per sé, non è in grado di dettare indicazioni attuative, le regole operazionali verranno modulate soltanto dalla prassi applicativa. A riprova, appunto, dell'impossibilità di separare la norma dall'interprete.

Orbene, l'antitrust è notoriamente costruito intorno a formulazioni di carattere estremamente generale (per riprendere l'esempio di Denozza, è un po' come se, nell'art. 84, comma 1, fosse scritto che il Presidente deve avere l'età "giusta") Il divieto d'intese restrittive della concorrenza non spiega se il contratto con cui mi garantisco la fornitura del combustibile per l'inverno impinge nella proscrizione perché ha l'effetto di togliermi dal mercato per la durata della sua vigenza; e quello di abuso di posizione dominante non offre lumi sulla liceità, o no, degli sconti praticati dall'impresa egemone. Anche quando le coordinate siano più precise, i margini di apprezzamento discrezionale restano, all'evidenza, amplissimi. Quanto dire che non c'è modo di lasciare fuori quadro l'interprete. E ciò chiama in causa la sua cultura. Il processo è inevitabile. E la strategia dello struzzo non vale a vanificarlo. Meglio, allora, renderlo esplicito e portarlo sul piano di ciò che è, in senso popperiano, falsificabile.

Qui il cerchio si chiude. Perché se non è dato (e nemmeno desiderabile) tagliar fuori la coscienza dell'interprete, con tutto ciò ch'essa reca seco, non si vede perché fare argine alla sua sensibilità economica, quando si tratti, come nel nostro caso, di dare disciplina ad un assetto economico. Tutto sommato, le 100 e passa leggi che, dati UNCTAD alla mano, segnano il successo e le capacità espansive del macromodello antitrust, condividono, a livello motivazionale, un nucleo comune, rappresentato da una qualche variazione sul tema 'salvaguardia/promozione della concorrenza' (salvo magari giustapporvi altre finalità, contermini o, talora, decisamente sorprendenti), dove il centro dell'attenzione va a focalizzarsi su un concetto, quello di concorrenza, che dal sostrato economico ripete in ogni caso il proprio contenuto.

5.- L'approccio economico mostra insofferenza nei confronti delle forme, privilegiando l'analisi degli effetti; mentre l'impostazione giuridica passa per qualificazioni/sussunzioni e fa del formalismo il suo cavallo di battaglia.

Prospettata così, l'antinomia porterebbe a concludere che il giurista viva di *per se rule*, che definiscono nel dettaglio gli estremi delle condotte vietate e scattano al semplice riscontro della loro sussistenza in punto di fatto. I divieti *per se* sono essi stessi frutto di opzioni interpretative; si basano su valutazioni circa l'(in)opportunità di sobbarcarsi a pesanti oneri amministrativi in presenza di pratiche talmente *egregious* da respingere al margine e rendere sostanzialmente irrilevante il rischio di errori di tipo II. D'altro canto, quand'anche fossero espresse direttamente dal legislatore –ciò che, in antitrust, di regola non avviene–, esprimerebbero la stessa logica, con la sola variante della preordinazione. Nell'un caso e nell'altro, la regola apparirebbe apprezzabile nella misura in cui si abbia modo di apprezzarne le motivazioni; ove, *re melius perpensa*, si avesse modo di scoprire che produce più inconvenienti di quanti contribuisca a risolverne, essa apparirebbe incongrua; e cambierebbero solo le tecniche con cui approdare al risultato di renderla inoffensiva. Il formalismo cieco, l'applicazione quanto più passiva della norma semplificano la vita del giurista, ma non aiutano a fare buon diritto.

L'adesione a schemi formali non è soltanto vana; talora ottunde, facendo perdere di vista la sostanza del problema. Lasciato a se stesso, il giurista si abbandona, ma solo “for want of better”, ai suoi bizantinismi impenetrabili, attivando diatribe di cui si stenta ad intravedere un qualche senso compiuto. Un esempio, per intenderci: le intese verticali. Esse posero, all'origine, un problema: se andassero annoverate fra le combinazioni illecite, posto che, per il solo fatto d'intercorrere fra soggetti operanti a diversi livelli della filiera produttiva (e, perciò, non in concorrenza tra loro), non esibivano i tratti caratteristici del cartello. Transitò in qualche modo, prima che i *Chicago boys* cominciassero la loro opera di bonifica, l'idea che esse potessero determinare *foreclosure* del mercato. Idea che, in Europa, con la complicità di una miscela ad alto rischio fra massimalismo ordo-liberale e uso improprio dell'antitrust come strumento di sostegno all'integrazione del mercato, finì col fare, del contratto di distribuzione, l'improbabile protagonista dei peggiori misfatti monopolistici. È storia risaputa, su cui non vale la pena di tornare (anche se l'isteresi delle idee sbagliate, ma dure a morire, continua a pesare a tutt'oggi: sì che il preannuncio della caduta di un pregiudizio radicato, come quello relativo alla *resale price maintenance*, recentemente preannunciato dal *brief* del DOJ in margine al caso *Leegin*, con tanto d'invocazione della regola di ragione in quanto più atta a sceverare fior da fiore, va salutato con genuino favore). Mi preme, piuttosto, sottolineare come, per questa via, l'elaborazione giuridica, perdendo di vista il suo oggetto reale, si sia imbarcata in una progressiva spiritualizzazione dell'intesa, sino a ravvisarla dove –è il caso *Bayer*, ma la situazione non è molto migliore in quello cui si riferisce una fresca sentenza del Tribunale di I° grado, resa riguardo al caso *Glaxo*-- non se ne danno tracce rilevanti. Discutere se, nell'un caso e nell'altro, i grossisti spagnoli avessero stipulato un accordo col

produttore di turno è questione alquanto metafisica. Un contratto, alla fine, lo si trova comunque. E si può persino speculare sul fatto che i grossisti a quel contratto (per loro penalizzante perché capace di sterilizzarne la propensione al commercio parallelo verso mercati nazionali più lucrosi in quanto non gravati da un sistema amministrativo di controllo dei prezzi) si siano indotti pur sempre in cambio di una contropartita vantaggiosa, ossia l'opportunità di partecipare alla distribuzione domestica dei prodotti in questione. Ma di qui a parlare di un'intesa illecita ne corre, e neppure poco. Il disegno limitativo del *parallel trade*, se c'è, sta tutto da un lato, quello del produttore: associarvi controparte è un esercizio puramente formale, quasi un modo di appuntare una bandierina sulla lavagna (con tanto di scritta "intesa restrittiva" in bella evidenza), che vale a scatenare rigori e fulmini della repressione antitrust. Già, perché il condizionamento non dichiarato di questo impervio percorso concettuale è che, se non disponessimo di quella bandierina, saremmo semplicemente disarmati, di fronte ad un comportamento unilaterale tenuto da un'impresa che non è neppure gravata dalla 'speciale responsabilità a carico dell'operatore egemone. La distorsione ottica che ne deriva ha risvolti surreali. Si guarda alla condotta di un solo soggetto, ma si sanziona l'intesa: salvo poi doversi misurare con l'imbarazzante anomalia consistente nella riconosciuta ammissibilità della richiesta di risarcimento dei danni proposta da uno dei corresponsabili del patto scellerato nei confronti dell'altro (risultato formalmente inaccettabile per chi, forte del ricordo di studi aviti e del buon senso, parta dal presupposto che "no polluted hand shall touch the fountain of justice", ma del tutto ovvio se si conviene che l'uno era vittima dell'altrui iniziativa/prepotere).

Ecco, dunque, una circostanza in cui l'approccio giuridico, rimasto padrone del campo, si avvita su se stesso, sino a straniarsi in esercizi d'inebriata vacuità. Nulla del genere accade là dove il formalismo non alligna e cede il campo, nel segno dell'approccio economico, all'analisi degli effetti. Non è un caso che, nel più recente 'simposio' statunitense sui *vertical restraints*, non ci fosse esitazione alcuna a riguardarli, analiticamente, nell'ottica della condotta individuale (lo introduceva Richard Posner, col dire: "vertical practices, or as I would prefer to call them unilateral abuses of market power.."; e i più facevano coro). Senza nascondersi che è proprio questo il terreno sul quale si registrano le maggiori difficoltà concettuali dell'antitrust attuale.

6.- L'approccio economico fa leva sull'obiettivo del *consumer welfare*, come scorciatoia, politicamente corretta (e largamente sovrapponibile), al più coeso, ma controverso parametro dell'efficienza allocativa. Gli economisti inclinano, quindi, a rivendicare l'analisi degli effetti come terreno su cui valutare la liceità delle condotte tenute sul mercato. Ciò provoca, nel giurista, autentiche crisi di rigetto, perché, preso alla lettera, questo modo di procedere porta ad un'analisi del contesto fattuale, che si risolve in una *case-by-case adjudication*: inaccettabile non solo per

l'inadeguatezza delle corti a svolgere un compito siffatto, ma soprattutto per il prezzo da pagare in termini di abdicazione al principio della certezza del diritto.

L'obiezione è sensata; ma esprime una diversità di protocolli, rispetto alla quale occorre rispondere non già in termini di incomunicabilità, ma di sforzo coerente per trovare un terreno di provvida interazione. Va da sé che, se il benessere dei consumatori dovesse essere assunto alla stregua di *yardstick* per misurare, in contraddittorio giudiziale, la compatibilità con la disciplina antimonopolistica dei singoli comportamenti d'impresa, si andrebbe alla paralisi decisionale. L'impossibilità di confrontare utilità interpersonali, la "pointlessness of Pareto" di Calabresiana memoria, ci metterebbe in ginocchio. Ma il punto è che, a volerlo traghettare sul versante giuridico, quel parametro cessa di rappresentare uno strumento operativo: diventa, più semplicemente, una finalità tendenziale, in funzione della quale, in quanto accettata, vanno 'tarate' le regole operazionali da applicare nel caso concreto. E qui riemerge l'apporto cruciale dell'interprete, sensibile alla ricostruzione economica di un problema giustappunto economico. Quest'opera di affinamento consentirà, se coronata da successo, di disporre del miglior *set* di regole utilizzabili in quel momento, quelle che, sulla base delle conoscenze disponibili e della loro forza persuasiva, promettono di meglio approssimare l'ottimo inarrivabile: insomma, il migliore dei mondi possibili per quanto è in nostro potere.

L'alternativa –la chiusura sdegnosa all'apporto della scienza economica— è già stata sperimentata in passato; e ancora stentiamo a liberarci delle scorie controintuitive ch'essa ha disseminato per strada.

7.- Dall'impostazione economica l'antitrust ha derivato una teoria 'forte' per quanto attiene ai cartelli. Nessuno dubita dell'opportunità di reprimere combinazioni orizzontali miranti a fissare i prezzi o limitare la produzione. Le difficoltà sorgono, se mai, al margine, quando, da un lato, ci s'imbatte in situazioni di 'parallelismo consapevole' da oligopolio condizionato da interdipendenza riconosciuta (dove l'economista sembra accontentarsi dell'oggettività effettuale della collusione, laddove il giurista cerca il *quid pluris* atto ad escludere che a quell'assetto si sia pervenuti sulla scorta di decisioni autonome e razionali) oppure si ha a che fare con la 'caratterizzazione' di intese che non hanno ad oggetto la limitazione della concorrenza, ma potrebbero produrre tale risultato sul piano effettuale.

Non si dà nulla di altrettanto convincente per lo scrutinio della condotta individuale. Come già si è ricordato, il tentativo di far fronte a questa debolezza ha fatto leva, di qua e di là dall'Atlantico, su un'accentuata spiritualizzazione dell'intesa e, per quanto riguarda l'Europa, sulla compressione della soglia di attenzione per l'impresa dominante. L'una e l'altra strategia appaiono, oggi,

bisognose di revisione critica. L'approccio economico dubita, evidentemente *de iure condendo*, dell'utilità di un test a due livelli, con preliminare accertamento dell'egemonia quale presupposto per la verifica dell'abuso. In apparenza, l'obiezione si risolve nella denuncia dell'inerzia del primo passaggio, posto che il secondo ha modo di materializzarsi solo per l'impresa che 'regge' il mercato (salvo dover fare i conti con l'obiezione secondo cui, dati il livello d'incertezza sulla valutazione delle condotte in questione e l'elevato rischio d'incorrere in falsi positivi, è meglio disporre di un primo filtro selettivo, atto a scongiurare gli elevati costi cui si andrebbe in conto se, mettiamo, qualsiasi impresa desiderosa di promuovere un'aggressiva strategia di ribasso di prezzo dovesse temere il contraccolpo della repressione per *predatory pricing*). Ma il punto cruciale, su cui si scaricano tutte le tensioni, è un altro: se, cioè, sia difendibile l'imposizione di una "speciale responsabilità", in forza della quale al soggetto egemone sia precluso ciò che agli altri, ai rivali è pacificamente concesso. Abituato, com'è, alla mistica della dominanza, il giurista non si lascia turbare più di tanto dal rilievo, di sapore tutto giuridico, che una condotta è normalmente lecita, o non, a prescindere dai tratti fisionomici di chi la pone in essere; e neppure dall'obiezione secondo cui se, come comunemente si conviene, acquistare potere di mercato -magari perché si è semplicemente più bravi- non è peccato, riesce difficile capire perché al primo della classe vadano tarpate le ali. Ma resta, e pesa, l'ombra di un comportamento individuale, sempre lo stesso, riguardato volta a volta come efficiente o distorsivo, al variare di un'inezia percentuale di quota di mercato. L'approccio economico cerca il bandolo di una matassa tanto intricata nella rilevazione degli effetti, che è un po' come procedere a tentoni, nel segno della massima cautela. In attesa, si direbbe, del guizzo intuitivo, che valga a fondare una trama concettuale soddisfacente.

In altre parole, quello che manca, e si cerca affannosamente di assemblare, non è tanto un set di regole operazionali, che rimane prerogativa del giurista, quanto un impianto teorico persuasivo, un'*economic wisdom* cui ispirarsi per divisare coordinate appropriate, capaci di incidere dov'è davvero opportuno farlo (almeno per quanto ci è dato capire, sulla base del bagaglio di conoscenze di cui disponiamo). Ciò non significa, beninteso, consegnare un segmento dell'esperienza giuridica a nuovi sacerdoti, che ripetono da altri saperi una legittimazione arbitraria. Implica, piuttosto, l'abbandono di comodi preconcetti e sillogismi formali, alla ricerca di una disciplina che non abbia, dalla sua, i soli crismi della liturgia, ma miri con sagace umiltà a fare autentica giustizia (economica).

Questa provincia dell'antitrust è un cantiere aperto. Ed è bene che rimanga tale.