

LIBERTÀ DI CONCORRERE E BENESSERE. UN CONTRIBUTO DI STORIA DELLE IDEE SULLA RELAZIONE FRA ECONOMIA E DIRITTO*

Ernst-Joachim Mestmäcker**

Abstract: La libertà di concorrenza e il benessere economico (*welfare*) possiedono i medesimi fondamenti economici. Questi concetti si sono tuttavia differenziati l'uno dall'altro nel momento in cui sono divenuti oggetto della scienza economica e del diritto, di sistemi filosofici o di narrazioni di probabili o inevitabili sviluppi storici. L'articolo considera la persistente influenza diretta o indiretta sulla nostra attuale comprensione dei concetti di competizione e di benessere economico esercitata da alcune fra le più autorevoli concezioni filosofiche. Vengono percepite e accolte come particolarmente degne di nota le interpretazioni antinomiche della concorrenza intesa come condizione del benessere economico, come diritto individuale, come strumento di organizzazione economica o come scopo di regole dirette contro la restrizione della competizione. Per ciò che attiene la rilevanza del diritto della concorrenza, il problema cruciale è l'incertezza della relazione causale fra condotta competitiva o anti-competitiva e i suoi effetti sul benessere economico. Le difficoltà teoriche e pratiche nella verifica degli effetti di benessere economico sono superati considerando la concorrenza come un processo di coordinazione economica decentrata e la libertà di competizione come un principio di governo della società di diritto privato.

Keywords: Concorrenza, competizione, teoria del benessere, *welfare*, Michel Foucault, ordoliberalismo, Adam Smith, *homo oeconomicus*, Immanuel Kant, diritto della concorrenza, Unione Europea.

1. Posizione del problema

Nelle scienze economiche il nesso fra la concorrenza perfetta e l'equilibrio fra domanda e offerta che da essa scaturisce definisce l'armonia perfetta nell'utilizzo di risorse scarse: nella teoria economica

* Pubblicato in tedesco come: E. J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsfreiheit und Wohlfahrt. Ein ideengeschichtlicher Beitrag zum Verhältnis von Ökonomie und Recht*, in: *Ordo – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 63, pp. 429-448; traduzione a cura di Raffaele Mele, Università G. d'Annunzio, Chieti-Pescara.

** Prof. Ernst-Joachim Mestmäcker, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

del benessere le azioni dell'*homo oeconomicus*, le sue motivazioni, così come le conseguenze delle sue azioni sono tutte riferite al c.d. ottimo paretiano. Il processo economico guidato dal mercato conduce a un risultato che non può essere più modificato senza arrecare uno svantaggio a qualcuno. Il fascino di questo modello valutabile nei suoi presupposti e nei suoi effetti matematicamente è caratteristico, nonostante molteplici modificazioni, dei principi fondanti della moderna teoria del benessere. Essa fa affidamento in linea di principio sulle razionalità concordanti di tutti gli attori economici: sia degli individui che si lasciano guidare dalle proprie preferenze, sia delle autorità politiche e giuridiche le cui decisioni si orientano o dovrebbero orientarsi al benessere generale della società. La pretesa della teoria utilitaristica del benessere è stata fin dal principio quella di poter dare spiegazione alla razionalità e prevedere le conseguenze dell'azione sia individuale che collettiva. Questa teoria presume che le azioni dei singoli determinati da preferenze individuali possano essere valutate nelle loro conseguenze sulla base dei risultati che producono in termini di benessere¹. Tutte le azioni devono essere valutate rispetto ai propri effetti sul benessere economico in base ai criteri della *rational choice* e del *consequentialism*.

Nell'assumere la razionalità come criterio determinante dell'agire individuale si giudica contemporaneamente sulle qualità essenziali della persona. In essa si sintetizza la somma delle preferenze individuali mentre le particolarità della persona singola vengono tralasciate: "Anche nella fase post-utilitaristica dell'economia del benessere, con la concentrazione sull'efficienza e sull'ottimo paretiano, non viene riconosciuto ai diritti la propria importanza. Questa è una caratteristica di ogni tipo di teoria del benessere"². *Rational choice* e *consequentialism* si estendono alla valutazione di tutte le variabili considerabili, comprese le regole applicabili e le istituzioni che ne garantiscono l'applicazione. Amartya Sen ha riassunto le conseguenze che derivano da un simile atteggiamento per l'analisi economica dei diritti soggettivi e delle istituzioni giuridiche in questo modo: diritti e istituzioni diventano unità di calcolo. Se c'è una posizione che è comune ai sostenitori della teoria e della politica dell'ordinamento (*Ordnungstheorie und Ordnungspolitik*), essa consiste invece nell'opinione che l'economia senza il diritto conduce al feudalismo capitalistico e che il diritto senza l'economia conduce a un arbitrio astratto e apparentemente neutrale.

L'interesse attuale per le connessioni che la teoria del benessere intrattiene con la libertà di concorrenza, sorta come libertà di iniziativa

¹ A. SEN / B. WILLIAMS 1999, 4.

² A. SEN 1987/2005, 49.

economica, deriva dal fatto che la libertà di concorrenza appartiene ai diritti soggettivi che presuppongono e rendono possibili gli ordinamenti economici. La dirimente attualità teorica della questione riguarda le politiche di concorrenza che dovrebbero garantire con gli strumenti del diritto una competizione non falsata anche contro l'interesse proprio degli stati e delle imprese che prendono parte alla competizione economica. Ci si riferisce principalmente, per quanto riguarda l'attuale situazione mondiale, alla politica di concorrenza europea basata sulle regole della concorrenza dei Trattati UE e alla politica antitrust degli USA fondata sullo *Sherman Act* del 1890.

Le questioni giuridiche intorno alle quali si è acceso il dibattito teorico riguardano lo scopo delle norme antitrust e con ciò la definizione del contenuto antigiusuridico del comportamento delle imprese. Se il diritto deve garantire innanzitutto i presupposti di una concorrenza effettiva, allora il punto d'attacco deve essere la libertà di concorrenza. Se il diritto deve primariamente garantire il benessere economico generale oppure il benessere dei consumatori, allora il punto di attacco è rappresentato dal buono o cattivo risultato economico. Si tratta di elaborare dal punto di vista teorico e pratico la responsabilità dell'impresa che realizza limitazioni della concorrenza, responsabilità che deve fondarsi su principi giuridici ed essere declinata in un quadro di procedure legali. Vengono in conflitto le leggi economiche fondate sul sapere della scienza economica e la responsabilità giuridica dell'impresa che deve essere fondata su rapporti causali e di imputabilità. Deve decidersi, ad esempio, se con una fusione oppure con una associazione di imprese venga esercitata una politica dei prezzi che, paragonata a quella di concorrenza, danneggi i consumatori. Oppure occorre valutare se un'associazione di imprese, determinando un mutamento della struttura del mercato, pregiudichi la libertà di concorrere di altre imprese. Tutte queste questioni emergono nel momento in cui bisogna decidere sul carattere abusivo (o meno) del comportamento delle imprese dominanti oppure quando ci si chiede se accordi o comportamenti concordati limitino la concorrenza. Gli uni pongono la questione della efficienza delle transazioni e si chiedono se esse contribuiscano coi loro risultati al benessere economico; gli altri pongono il problema della struttura economica e degli effetti sul processo di concorrenza, elementi in base ai quali deve decidersi se si è in presenza di un pregiudizio per l'uguale libertà di concorrere delle altre imprese.

Nel sistema del diritto dell'unione europea questa dibattito riguarda non solo l'applicazione delle regole della concorrenza. Essa si ripropone sistematicamente negli stessi termini nell'applicazione di quelle

prescrizioni del trattato le quali, insieme con le libertà fondamentali degli stati, costituiscono il mercato comune. La dimensione più ampiamente politica e giuridico-costituzionale di questo problema fondamentale si è presentata alla coscienza comune sotto il segno della crisi finanziaria.

2. Antinomie

La complessità del nostro tema è resa manifesta da concetti che in parte sono diventati *slogan* e che suggeriscono reazioni positive o negative; essi si presentano pertanto come antinomie da superare.

- La 'mano invisibile' è la quintessenza di un sistema economico caratterizzato dalla concorrenza economica in uno spazio privo di diritto?
- La massima felicità del maggior numero legittima e dirige gli scopi corrispondenti dei singoli, della società e delle sue istituzioni?
- Lo stato della società civile non rappresenta il superamento dello stato dei bisogni e dello stato di ragione?
- Lo spontaneo processo di concentrazione sussume nel suo svolgimento lo stato e il diritto?
- La libertà del singolo è il risultato del silenzio della legge oppure della vigenza di regole generali?

Le domande appena poste possono essere qui sintetizzate anche con le parole di Hegel, chiedendoci cioè se la storia universale, che è il giudice del mondo³, abbia lasciato tracce di libertà che permettano di discutere la concorrenza e il benessere economico in una connessione comprensibile sotto il profilo giusteorico e fondabile sotto il profilo filosofico⁴. Queste domande sono fin dall'Illuminismo anche le domande relative alla razionalità delle azioni che si tratta di comprendere o giudicare.

Le reazioni al paradosso della libertà – al fatto cioè che essa deve essere garantita attraverso la sua stessa limitazione – si fondano sulle antinomie su cui ho richiamato l'attenzione. I principi giuridici ed economici che servono a tutelare la libertà devono essere tali da non distruggere la libertà che essi intendono rendere possibile. La

³ F. W. HEGEL, 1955, § 340.

⁴ La teoria del diritto si occupa della validità delle norme che sono da ricondurre a un legislatore legittimato oppure a una *Grundnorm*. La filosofia del diritto ha a che fare con la possibilità di fondare regole giuridiche cogenti in una società di uomini liberi.

controversia relativa alla libertà di concorrere e al benessere economico è stata accompagnata da alcune questioni di principio. Il diritto dei cartelli distrugge la libertà di contrarre? Il divieto di abuso per le imprese in posizione dominante si traduce in un limite dei contributi vantaggiosi che ci si può attendere proprio da queste imprese sotto il profilo della efficienza economica e del progresso tecnologico? Le 'libertà fondamentali negative' del mercato comune si dirigono contro la responsabilità sociale degli stati membri? Una risposta provvisoria è che il diritto materiale e le sanzioni devono essere tali da non impedire alle imprese appena considerate di esercitare legittimamente i diritti fondamentali di cui pure sono titolari. Sia la libertà di concorrere sia il benessere economico, intesi come scopi delle norme di diritto della concorrenza, non sono immuni dai pericoli che derivano da interventi sbagliati. Tuttavia, il benessere economico ha un potenziale conflittuale particolare perché non prende in considerazione l'opposizione fra libertà di azione soggettiva e benessere economico generale. In questo caso, laddove si accertino danni imputabili sotto il profilo del diritto della concorrenza, intervengono sanzioni e rimedi il cui scopo diretto o indiretto è obbligare le imprese a un comportamento che sia al servizio del benessere generale. Nell'Unione Europea l'opposizione fra libertà di concorrere e benessere economico riguarda anche il conflitto fra politica della concorrenza e politica industriale. Fra le c.d. iniziative 'fiore all'occhiello' che devono contribuire a migliorare la competitività internazionale dell'UE e che sono previste nell'agenda della Commissione Europea 2020⁵ vi è quella di una 'politica industriale' per l'era della globalizzazione. Essa prevede il collegamento reciproco di diversi strumenti politici, ad esempio "*regolazione intelligente, appalti pubblici modernizzati, regole della concorrenza e standardizzazione*". In queste ipotesi si esprime con chiarezza la concezione strumentale della competizione e delle regole della concorrenza.

3. Interdipendenze

Il rapporto fra libertà di concorrenza e benessere economico caratterizza una parte del sempre più rilevante problema del rapporto fra diritto ed economia. Questo rapporto forgia la struttura degli ordinamenti economici. Secondo Michel Foucault gli ordoliberali tedeschi sono gli unici studiosi che non prevedono che il processo economico nei sistemi liberali sia abbandonato a se stesso. La loro idea sarebbe vincolare i processi economici a regole poste a garanzia della

⁵ Bruxelles, 3.3.2010 Commissione (2010).

concorrenza⁶. Gli autori ai quali Foucault si richiama sono Walter Eucken, Franz Böhm e Friedrich A. von Hayek. Walter Eucken ha formulato il nesso fra diritto ed economia nei sistemi di mercato concorrenziale come un nesso di interdipendenza fra ordinamento giuridico e sistema economico⁷. La necessità di rendere concreto questo nesso implica il superamento del modo strumentale, maggioritario nelle scienze economiche, di comprendere il diritto. Niklas Luhmann ha ripreso questo principio nella sua teoria dei sistemi nel senso del collegamento strutturale fra diritto ed economia⁸. È la corrispondenza strutturale di economia di mercato concorrenziale e sistema di diritto privato a far sì che *"i piani e le azioni di uomini liberi ed autonomi si armonizzino reciprocamente e che quindi possano essere guidati e influenzati indirettamente"*⁹. Queste connessioni diventano concrete nel diritto europeo mediante un sistema di diritti soggettivi posto a fondamento del mercato comune e del sistema della concorrenza non falsata.

Alla luce dell'attuale crisi economica bisogna richiamare l'attenzione su ciò che è da considerarsi sempre come un presupposto degli ordinamenti economici decentralizzati e liberi: la stabilità della moneta. Essa non può essere garantita semplicemente attraverso i diritti soggettivi e il processo democratico. Ciò spiega il ruolo centrale delle istituzioni indipendenti: nella tradizione della Repubblica Federale, la banca di emissione indipendente e la corte costituzionale; nell'Unione Europea, la Banca Centrale Europea (art. 130 TUE) e la Corte di Giustizia (art. 19 TUE). I conflitti fra libertà di concorrere e benessere economico qui trattati caratterizzano in varie forme anche la posizione di queste istituzioni nel loro rapporto con il processo politico.

4. Le esperienze europee

La teoria del diritto e la filosofia del diritto elaborano le proprie domande e i propri problemi muovendo dall'osservazione delle esperienze sociali. Ciò vale, contrariamente a una opinione ampiamente accolta soprattutto nell'area di lingua inglese, anche per le filosofie definite deontologiche, in particolare per la teoria del diritto di Immanuel Kant. Quando Kant riflette sulla possibilità di una pace perpetua¹⁰, il

⁶ M. FOUCAULT 2006, 225-259.

⁷ W. EUCKEN 2004, 332 e ss.

⁸ N. LUHMANN 1993, in particolare 440 e ss. Si veda anche a questo riguardo E.-J. MESTMÄCKER 2008, 185 e 189 e ss.

⁹ F. BÖHM 1980, 105 e 115.

¹⁰ I. KANT 1912/1968, 343-386.

punto di partenza della sua analisi è il principio del diritto, la cui cogenza non è rivendicata soltanto per i singoli individui ma anche per gli stati. Tuttavia, la speranza che la tesi della pace perpetua, al tempo ampiamente precorritrice, possa dimostrarsi anche realistica è ricavata da Kant dalla considerazione della 'natura dell'uomo' e dell'esperienza storica e sociale. Egli fa riferimento in questo senso, sul piano statale, alla libertà di iniziativa economica e, sul piano internazionale, al commercio fra i diversi popoli (I. KANT 1912/1968, 364). Oggi l'attualità giuridica e il significato mondiale di questa problematica è dimostrata proprio dalle esperienze europee. Soprattutto lo sviluppo dell'integrazione europea avvalora le riflessioni condotte in modo particolare da Kant sull'esperienza esemplare della guerra.

In Europa la libertà di concorrere e il benessere economico rinviano concettualmente alla connessione fra stato e società e nel contempo alla concorrenza come strumento di divisione del lavoro transnazionale. Nell'uso comune la relazione fra concorrenza e impresa e quella fra benessere economico e stato è ampiamente presupposta come ovvia. All'unità sistematica della questione non corrisponde però alcuno sviluppo storico. La concorrenza e la libertà di concorrere inizialmente erano aspetti della generale libertà di azione autorizzata oppure tollerata dallo stato o dalle corporazioni. La libertà di concorrere divenne, nella forma della libertà di mestiere, un diritto soggettivo protetto contro l'intervento dello stato. Il principio di ordinamento che da ciò deriva, principio per il quale anche le imprese sono vincolate in quanto titolari di diritti di libertà economica, appartiene ad epoche più tarde e fra loro differenti. Le imprese sono diventate destinatarie di norme giuridiche poste a divieto delle limitazioni della concorrenza innanzitutto negli USA mediante le leggi antitrust. In Germania furono i già citati ordoliberali a fondare la libertà di iniziativa economica e la libertà di concorrere non soltanto come posizioni giuridiche protette contro l'intervento dello stato, ma anche come principi di ordinamento da realizzarsi mediante norme poste a divieto delle limitazioni della concorrenza.

Il principio della concorrenza è stato accolto a livello europeo prima con il trattato istitutivo della CECA del 1952, poi con il trattato di Roma del 1958. Da allora l'applicazione delle regole della concorrenza da parte della Commissione UE e dei tribunali europei e degli stati membri ha dato l'*imprinting* allo sviluppo del diritto della concorrenza. Il significato universale e globale delle regole della concorrenza deriva in particolare dal fatto che esse, secondo il principio di territorialità, sono applicabili anche alle imprese straniere che agiscono sul mercato comune, comprese le imprese americane. L'applicazione delle regole europee

sulla concorrenza alle grandi imprese americane spiega perché la discussione americana sugli scopi delle normative antitrust sia stata esportata in Europa.

L'attuale discussione europea è stata innescata dal "more economic approach" della Commissione UE¹¹. Lo scopo di questa politica introdotta circa 10 anni fa consisteva nel riformare un approccio criticato come giuridico e formale attraverso l'adozione di un "*approccio più decisamente economico*". Questo mutamento produce conseguenze per il divieto dei cartelli, per il controllo delle fusioni, e per l'abuso di posizioni dominanti. L'effetto di questa politica che sembra necessario discutere è consistito nell'adozione, in forma modificata, in ambito europeo dell'approccio di teoria del benessere all'interpretazione delle leggi antitrust inaugurato negli USA dalla Scuola Chicago. La tesi di questa scuola è che l'unico scopo legittimo delle leggi antitrust debba essere la promozione del benessere economico. Una diversità di opinioni sussiste negli USA semmai circa il tipo di benessere che deve essere assunto a fondamento delle leggi antitrust (il benessere generale oppure il benessere dei consumatori?) e il tipo di rapporti causali che devono essere presi in considerazione in funzione dell'efficienza produttiva, allocativa o dinamica. In questa discussione i diritti individuali che erano ancora al centro della prima giurisprudenza della Corte Suprema, nella letteratura americana vengono citati soltanto fra virgolette. L'autocomprensione dell'economia come scienza esatta, sul modello delle scienze naturali, esclude il diritto e la morale come dimensioni prescientifiche. In questa discussione le 'questioni filosofiche' sono assunte come questioni di scarso rilievo.

5. Il mercato comune

Il peso che nell'attuale discussione è attribuito alle questioni di diritto della concorrenza non esaurisce i rapporti rilevanti di diritto europeo. Devono essere inclusi i diritti di libertà del mercato comune di fronte agli stati membri: libera circolazione delle merci, dei servizi, degli uomini e dei capitali. Nella giurisprudenza europea queste libertà assumono il carattere di diritti fondamentali. Le libertà fondamentali determinano una europeizzazione della libertà di iniziativa economica e della libertà di concorrere. Esse vincolano pertanto sia gli stati membri che l'Unione. La loro straordinaria importanza pratica deriva dalla loro diretta applicabilità, cioè dal fatto che dette libertà, in quanto costituiscono il diritto soggettivo a partecipare alla circolazione economica trans-nazionale, sono attivabili nei confronti degli stati membri e davanti ai

¹¹ Una panoramica in U. IMMENGA / E.-J. MESTMÄCKER, 2012, Introduzione B-D.

tribunali nazionali. Le libertà fondamentali inoltre fondano anche il diritto e le procedure di assegnazione degli appalti pubblici che vincolano alla concorrenza l'attività dello stato e delle sue organizzazioni¹².

Nei negoziati per il Trattato di Roma nessuno aveva tenuto conto di questo effetto giuridico delle libertà fondamentali. La ragione più rilevante di ciò consiste nel fatto che le libertà fondamentali possono escludere l'applicabilità delle leggi nazionali. L'applicabilità astratta e generale delle leggi ai conflitti futuri esclude fin dall'inizio il calcolo dei loro effetti positivi o negativi sul benessere sulla base di una comparazione fra la presenza o l'assenza di un divieto.

Per l'interpretazione delle regole della concorrenza è di importanza fondamentale la connessione sistematica fra libertà fondamentali e regole della concorrenza. Secondo la giurisprudenza una correzione attraverso un 'more economic approach' è esclusa fin dal principio nei casi in cui accordi, comportamenti concordati oppure comportamenti delle imprese dominanti siano diretti contro l'apertura dei mercati. Solo la considerazione di questi nessi rende accessibile la dimensione della nostra problematica: essa è una questione teorico-giuridica nel quadro dell'ordinamento giuridico indipendente dell'Unione e della sua integrazione nell'ordinamento giuridico degli stati membri; si tratta di una questione filosofica relativa alla fondatezza dei diritti soggettivi posti a garanzia della libertà di azione nella concorrenza transnazionale e a limitazione delle prerogative sovrane.

6. I diritti dell'uomo

I diritti dell'uomo introdotti con la Rivoluzione Francese e che avrebbero dovuto ispirare l'ordinamento della società futura sono divenuti sinonimo di diritti soggettivi. Essi non poterono, tuttavia, sottrarsi alla controversia di principio circa la loro legittimazione e i loro limiti. Già nell'epoca della loro nascita i diritti dell'uomo furono bollati da Jeremy Bentham¹³ e Edmund Burke¹⁴, con ragioni completamente diverse, come contraddittori dal punto di vista teorico-giuridico e la loro introduzione fu considerata pericolosa dal punto di vista politico. Nella storia del pensiero predominano le interpretazioni olistiche del diritto, della società e dell'economia ispirate dai diritti umani. La critica di Jeremy Bentham non si dirigeva però contro i diritti dell'uomo ma contro i diritti soggettivi in quanto tali. Nella sua teoria si incontrano tutte le più

¹² Cfr., E.-J. MESTMÄCKER / H. SCHWEITZER 2004, § 2 IV.

¹³ J. BENTHAM 1973. Più approfonditamente a riguardo cfr., E.-J. MESTMÄCKER 1984b.

¹⁴ E. BURKE 1803, 27 e ss.

importanti ragioni a partire dalle quali vengono rifiutati, messi in questione oppure ignorati i diritti soggettivi: *“Lo scopo ultimo di tutte le norme come massimizzazione utilitaristica del benessere generale; la teoria positivista del diritto, che riconduce tutto il diritto al legislatore, così che i diritti individuali sono solo un riflesso del diritto oggettivo; la teoria imperativistica del diritto, secondo la quale tutto il diritto è da ricondurre al comando e all’obbedienza”*¹⁵. La teoria di Bentham era contemporaneamente una teoria economica che attraverso James Mill e John Stuart Mill ha influenzato profondamente lo sviluppo delle teorie economiche¹⁶. Le difficoltà che gli economisti anche oggi incontrano nel concepire la libertà di concorrere come un diritto soggettivo divengono spiegabili con il riferimento a questa tradizione. In essa sembra che non si diano diritti soggettivi. Essi sono considerati, in ogni caso, irrilevanti dal punto di vista teoretico se non addirittura contraddittori.

Ciò che divide lo spirito e le scuole di pensiero è il concetto di soggetto di diritto, con i relativi diritti e libertà di azione ad esso ricondotti. Lascio da parte gli ordinamenti economici che riservano allo stato le attività economiche più rilevanti e che riconoscono perciò soltanto allo stato e alle sue organizzazioni la posizione di soggetti dell’azione economicamente rilevante e giuridicamente vincolante. Rispetto a ciò, l’economia pianificata socialista ha tratto dalla critica di Marx al capitalismo le conseguenze più radicali. Tuttavia Marx è stato anche un critico teoricamente molto profondo e come tale ha esercitato un’influenza che è indipendente dal ‘socialismo realmente esistente’. Egli è con Jeremy Bentham il più influente critico dei diritti dell’uomo e dei diritti soggettivi di libertà economica.

Nella sua critica della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo Marx distingue i diritti economici dai diritti politici. Soltanto i diritti politici sarebbero emancipativi: *“Il diritto umano della proprietà privata è dunque il diritto di godersi il proprio patrimonio e di disporre di esso in modo arbitrario (à son gré) senza relazione con altri uomini, in modo indipendente dalla società, il diritto dell’utile individuale. Quella libertà individuale, e la sua stessa applicazione pratica, costituiscono il fondamento della società borghese. Essa fa sì che ogni uomo trovi nell’altro uomo non la propria realizzazione, ma il limite della propria libertà”*¹⁷. L’uomo, spiega Marx, non verrebbe reso libero dal diritto di

¹⁵ E.-J. MESTMÄCKER 2008, 1197 e 1208.

¹⁶ J. S. MILL 1985. Su utilitarismo e morale cfr. p. 21; sull’ipotetico utilitarismo dello ‘spettatore imparziale’ cfr. p. 30; sulla giustizia intesa come interesse generale dell’umanità cfr., p. 91.

¹⁷ K. MARX 1958, 347 e 365.

proprietà privata; egli riceverebbe semmai la libertà di essere proprietario. L'uomo non sarebbe liberato perciò dall'egoismo dell'impresa economica privata, ma guadagnerebbe piuttosto la libertà di iniziativa economica.

La tesi che i diritti di libertà economica non possano costituire la base di una comunità politica e il fondamento della libertà politica assume nel contesto della storia delle idee una certa importanza. Essa ha contribuito in modo essenziale a screditare i diritti di libertà economica. Caratteristica del programma di ricerca di Jürgen Habermas è l'idea che la società civile e il suo diritto non contribuiscano all'emancipazione ma soltanto al godimento di una sfera di privatezza impolitica. La libertà di contrarre e il diritto di proprietà privata, appartenenti insieme alla concorrenza alla medesima libertà che si esercita nella società di diritto privato (Böhm), vengono interpretati e screditati da Habermas come 'valore d'uso delle libertà civili' a beneficio dell'autonomia privata. Per la libertà delle persone che esercitano le proprie libertà economiche come decisori razionali deve valere, pertanto, 'un concetto di persona normativamente ridotto'¹⁸. È quindi conseguente con queste premesse il fatto che Habermas veda nell'integrazione economica europea un difetto congenito non emendabile. Concorrenza e benessere economico sono, in se stessi, scopi egualmente insufficienti oppure semplici strumenti dell'integrazione europea.

Foucault fa un uso del tutto diverso dell'eredità marxiana. La riflessione di Foucault è particolarmente stimolante perché, sulla scia di Marx, pone al centro della propria critica quegli autori il cui pensiero è rappresentativo per un modello di ordinamento economico e giuridico nel quale il diritto e la libertà non costituiscono i termini di una opposizione ma si presuppongono reciprocamente: Immanuel Kant, David Hume e Adam Smith. La politica governamentale è secondo la buona tradizione francese il banco di prova per la possibilità della politica in generale. La sua sfida più importante e uno dei suoi elementi costitutivi è l'economia. La tesi centrale recita: al diritto non è mai riuscito di ordinare l'economia secondo principi giuridici e ciò vale anche per gli autori ordoliberali. L'integrazione europea viene menzionata da Foucault solo di sfuggita e in connessione con la politica agricola. Foucault intravede il motivo centrale dell'impossibilità del progetto ordoliberale nel fatto che la politica ordinamentale (*Ordnungspolitik*) orientata al mercato e alla concorrenza si trasforma improvvisamente in una specie di economia di piano. Più importante è però la tesi per la quale la teoria economica fondata da Adam Smith e David Hume e

¹⁸ J. HABERMAS 1998, 142.

svilupata dall'economia americana moderna sia incompatibile con una vera statualità e con il diritto. Foucault distingue accuratamente fra lo sviluppo prognosticato in Europa, che dovrebbe seguire al principio della concorrenza, e le conseguenze teorico-giuridiche di questo sviluppo.

Foucault raffigura il principio organizzativo della concorrenza come un sistema di reciproco arricchimento. L'Europa diventerà o tutta ricca o interamente povera. Non vi sarebbe più alcuna torta da spartire¹⁹. Diversamente da quanto accaduto nel sistema del mercantilismo, ci si troverebbe davanti a un gioco che non è più a somma negativa. Ad esso non si chiede più di produrre l'equilibrio. L'apertura di un mercato globale eviterebbe certamente gli effetti conflittuali di un mercato chiuso, tuttavia il gioco si svolgerebbe in Europa e la posta in gioco sarebbe il mondo²⁰. Noi leggiamo questa speculazione storica, alla luce della crisi finanziaria, con una nuova attenzione. Tuttavia rimane sostanzialmente immutata la questione della addomesticabilità di una concorrenza effettiva anche sul piano globale. Questa è la questione della possibilità e dell'efficacia del diritto.

Foucault prepara la sua critica del diritto muovendo da una interpretazione del trattato sulla pace perpetua di Kant²¹. Poiché Kant vedeva nel commercio internazionale un argomento su cui fondare il possibile effetto pacificatore del diritto anche fra gli stati, Foucault lo associa agli economisti. Tuttavia, al centro della critica foucaultiana c'è l'*homo oeconomicus*. Questi rappresenterebbe la sola piccola isola di razionalità possibile all'interno di un processo economico il cui carattere incontrollato non si contrappone alla razionalità del comportamento atomistico dell'*homo oeconomicus*, essendo invece fondato su di esso (M. FOUCAULT 2006, 347). La rivoluzione realizzata dall'empirismo inglese consiste secondo Foucault nell'aver fatto emergere per la prima volta un soggetto determinato unicamente da decisioni riconducibili a nient'altro che a se stesso. L'*homo oeconomicus* è quindi l'uomo che obbedisce al proprio interesse (M. FOUCAULT 2006, 371). Egli sarebbe il soggetto o l'oggetto del *laissez faire* e come tale, ma solo come tale, egli sarebbe suscettibile di essere governato (M. FOUCAULT 2006, 372). Questo soggetto è il soggetto di interessi (*Interessensubjekt*), contrapposto al soggetto giuridico (*Rechtssubjekt*) e distinto da esso sul piano categoriale. Il soggetto di interessi possiede una preminenza insuperabile rispetto al soggetto giuridico, esso non è suscettibile di sovrapposizione alcuna.

¹⁹ M. FOUCAULT 2006, 85.

²⁰ M. FOUCAULT 2006, 87.

²¹ M. FOUCAULT 2006, 88 e ss.

Foucault basa l'ipotesi dell'incompatibilità fra il soggetto di interessi e il soggetto giuridico sui riferimenti economici rinvenibili nelle teorie del diritto di David Hume (M. FOUCAULT 2006, 376) e Immanuel Kant (M. FOUCAULT 2006, 88). Si tratta qui della mano invisibile di Adam Smith, dalla quale soprattutto Foucault si lascia guidare nella sua critica dell'economia liberale. A questo scopo egli si basa sulla seguente citazione: *"Finché il singolo non viola la legge, gli si lascia piena libertà, in modo che egli può conseguire il proprio interesse a modo suo"* (M. FOUCAULT 2006, 386). Questo sarebbe il principio del *laissez faire*. L'economia sottrarrebbe in questo modo la guida del processo economico al soggetto sovrano, al soggetto che esercita le prerogative sovrane nello stato (M. FOUCAULT 2006, 387). Al fine di assicurare l'utile collettivo, di raggiungere il maggior benessere del maggior numero, sarebbe indispensabile che ogni attore economico agisca senza considerare gli interessi generali (M. FOUCAULT 2006, 388-389).

Queste citazioni sono rappresentative dell'errata interpretazione giuridica ed economica a cui la teoria di Adam Smith è stata continuamente esposta nella storia del pensiero. Si intende dimostrare che sistemi economici liberi, ordinati razionalmente e decentralizzati sono in ultima analisi impossibili. Tuttavia, la libertà di seguire il proprio interesse individuale è posta da Adam Smith sotto la condizione della vigenza di leggi. Questa precisa condizione non viene citata da Foucault ed è rimasta inosservata nel suo significato fondamentale da molti studiosi prima di lui. L'errore interpretativo si spiega a partire dalla supposizione che in Adam Smith la riflessione sul diritto e sulla legge conduca sempre alla critica dell'intervento dello stato nelle 'libertà naturali'. L'elemento costitutivo degli ordinamenti economici di mercato, cioè l'ordinamento di diritto privato e la concorrenza, rimangono invece fuori da ogni considerazione.

Altrettanto fuorviante e infondata è l'identificazione della mano invisibile con il massimo benessere del maggior numero, dunque con l'utilitarismo. Questo errore interpretativo è probabilmente quello più ampiamente diffuso in economia e nella teoria del diritto. Adam Smith, infatti, ha argomentato dettagliatamente l'opposizione sussistente fra la propria teoria economica e giuridica e quella dell'utilitarismo²². L'opera di John Rawls *A Theory of Justice* (J. RAWLS 1973) mostra quanto sia ancora diffusa l'equiparazione delle teorie di Adam Smith e di David Hume con l'utilitarismo. Rawls è certamente uno dei più influenti critici dell'utilitarismo e coglie il nocciolo della questione con la constatazione

²² A. SMITH 1974, 179 e ss. Sul punto anche E.-J. MESTMÄCKER 1984, 126.

che l'utilitarismo trascura le differenze fra le persone²³. Tanto più sorprendente è perciò il fatto che Rawls interpreti la figura smithiana dello spettatore imparziale come un osservatore utilitarista²⁴. La critica rawlsiana all'utilitarismo concorda invece in gran parte con quella di Adam Smith e David Hume. Entrambe sono dirette contro la corrispondenza presupposta in via di principio fra razionalità dell'individuo e degli attori collettivi e la loro capacità di conoscere e realizzare la massima felicità del maggior numero.

Si tratta della presunta corrispondenza di ragione strumentale (*means utility*) e di fini di benessere (*end utility*) che Hayek in collegamento con David Hume ha respinto come *constructivist fallacy*²⁵. Questa ipotesi conduce all'assunto per il quale lo scopo di ogni regola e di ogni istituzione debba essere definito in termini di benessere economico. Nella teoria della concorrenza e nel diritto della concorrenza detta ipotesi può esprimersi dicendo che l'efficienza e il suo riferimento agli effetti economici generali sul benessere debbano essere i più importanti criteri di valutazione.

Le teorie del diritto di David Hume e Adam Smith si oppongono in via di principio a questi esiti teorici. David Hume supera l'opposizione teorica fra interesse individuale e regole giuridiche tramite la 'la virtù artificiale della giustizia'. Secondo Hume l'inevitabile opposizione fra l'amor proprio del singolo e l'istinto sociale fa sì che le passioni e gli interessi egoistici dei vari individui siano costrette ad adattarsi le une alle altre e che da questo processo di adattamento sorga un sistema di comportamenti e di relazioni sociali. Letteralmente: "*Questo sistema comprende l'interesse di ogni singolo ed è situato perciò al contempo nell'interesse pubblico; nonostante ciò questo scopo non appartiene alle intenzioni di coloro i quali lo producono*"²⁶. Il filosofo del diritto inglese Haakonssen ritiene che questa sia la tesi più audace della storia della filosofia del diritto²⁷. In essa è racchiusa l'idea che la mano invisibile dell'economia sia al contempo la visibile mano del diritto²⁸. La pubblicazione delle *Lectures on Jurisprudence*²⁹ ha reso possibile

²³ J. RAWLS 1973, 187.

²⁴ J. RAWLS 1873, 186.

²⁵ F. A. VON HAYEK 1976, 17. Su David Hume cfr., D. HUME 1986/1964, 237 e ss.

²⁶ D. HUME 1964, 296.

²⁷ K. HAAKONSSSEN 1981/1999, 20.

²⁸ Cfr., E.-J. MESTMÄCKER 1984, 104 e ss.

²⁹ A. SMITH 1978.

l'individuazione degli aspetti fondamentali della teoria del diritto di Adam Smith³⁰. I suoi più importanti elementi sono i seguenti:

- Un sistema di diritti soggettivi³¹;
- Lo *spettatore imparziale* come osservatore sopra le parti preposto alla definizione dei diritti soggettivi e perciò deputato alla decisione circa la legittimità o meno delle aspettative;
- La spiegazione economica delle conquiste civilizzatrici nel sistema della divisione del lavoro che emerge a partire dalle 'libertà naturali'.

La teoria dello spettatore imparziale è rappresentativa, nelle sue diverse declinazioni, della morale e della teoria del diritto di Adam Smith, in particolare nella sua applicazione all'economia. Lo spettatore imparziale è l'istanza morale preposta all'agire del singolo: noi ci vediamo come osservatori del nostro proprio comportamento al fine di constatare come sarebbe giudicare con gli occhi degli altri³². Nel diritto lo spettatore imparziale agisce come giudice che interpreta le norme e la situazione degli interessi delle persone coinvolte. Lo spazio della politica scaturisce dai limiti del diritto. Nella politica lo spettatore imparziale è, a livello nazionale come a livello internazionale, l'istanza critica che reclama il rispetto dei principi del diritto. Da ciò consegue per la legislazione la necessità di ispirarsi alla 'legge dinamica della società' che scaturisce dalle libertà naturali e che si estrinseca nei mercati concorrenziali. L'esigenza critica si spinge oltre: a livello nazionale essa si rivolge contro la schiavitù, sul piano internazionale contro l'arbitrio delle potenze europee nelle loro colonie. La teoria del diritto di Adam Smith, fondata sulla teoria dei diritti soggettivi, si presenta come il fondamento della sua più tarda teoria del mercato e della divisione del lavoro³³.

Amartya Sen basa il suo lavoro apparso nel 2009 *The Idea of Justice* sulla teoria morale e giuridica implicita alla teoria smithiana dello spettatore imparziale³⁴. A ciò egli connette il rifiuto delle teorie del benessere che dovrebbero garantire le libertà individuali e la

³⁰ Fondamentale oggi sulla questione è J. PETERSEN 2012. Sull'influsso esercitato su Kant e Hegel cfr., 32 e ss.

³¹ Cfr., A. SMITH 1974, 179; fondamentale sul punto K. HAAKONSSSEN 1989, 99-134.

³² A. SMITH 1974, 12.

³³ K. HAAKONSSSEN 1996, 147.

³⁴ A. SEN 2009, 44-46.

massimizzazione economica sulla base di risultati economici generali³⁵. In alcune parti della filosofia del diritto contemporanea, tuttavia, permane ostinatamente l'idea che la mano invisibile sia un prodotto della fede religiosa di Adam Smith³⁶.

7. I diritti soggettivi nel diritto comunitario europeo

Nella teoria positivista e utilitaristica del diritto, nella tradizione di Thomas Hobbes e Jeremy Bentham, non vi è spazio per i diritti soggettivi: nessun diritto di fronte allo stato e nessun diritto nelle relazioni reciproche fra cittadini, tranne che come riflesso della legislazione. Kant ha fondato la possibilità e la necessità categorica di diritti soggettivi in polemica con Thomas Hobbes³⁷. La teoria del diritto di Kant offre un indicatore del ruolo centrale che i diritti soggettivi acquisiscono negli ordinamenti giuridici e costituzionali, all'interno dei quali l'autonomia dei singoli è concepita come un bene supremo e contribuisce alla limitazione del potere statale e sociale. La felicità (*pleasure and pain*) non può valere come criterio della legislazione. Ad essa si oppone il principio: "*Nessuno può obbligarmi ad essere felice a suo modo – secondo l'idea di benessere che egli si fa anche rispetto agli altri uomini*". Ciò vale per lo stato, così come per gli altri membri della società o per una maggioranza di essi. Qui non ci si occupa della natura del contratto sociale che Kant, in contrapposizione con Hobbes, interpreta non come patto di assoggettamento ma come fondamento del principio giuridico. I diritti inalienabili di cui l'uomo non può privarsi neanche volendolo fondano l'autonomia del cittadino nelle relazioni con lo stato e con gli altri cittadini. È la legge generale della libertà che

³⁵ La critica rivolta da Amartya Sen alla teoria del diritto di John Rawls in *Justice as Fairness* è diretta contro la limitazione al sistema del diritto vigente posta a base della teoria della 'posizione originaria'. Sen definisce la 'posizione originaria' come un 'modello chiuso' (p. 124). In confronto si fa notare che anche Adam Smith tiene presenti i limiti di diritto e politica nel loro rapporto reciproco.

³⁶ Così R. BRANDT, 2010, 209; in altri punti diversamente (cfr. p. 168). W. Kersting (W. KERSTING 2009, 145-146) aggiunge la presunta cupidigia dell'uomo alla fede religiosa come spiegazione dell'ordine naturale delle cose. Per uno dei nostri maggiori interpreti di Kant la vicinanza di questi ad Adam Smith appare inimmaginabile. Sui 'temi kantiani nel pensiero di Smith' si veda Knud Haakonssen (K. HAAKONSSSEN 1996, 148 e ss.). Per una differenziazione accurata fra Kant e Smith cfr. F. FULDA 2003, 201 e 219.

³⁷ Cfr., I. KANT, Über die Gemeinspruch *Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in I. KANT 1912/1971, 276.

regola gli effetti e i contro-effetti dell'arbitrio dei singoli e che li armonizza reciprocamente in modo da renderli compatibili con l'eguaglianza giuridica. Nonostante la sua costruzione trascendentale questa teoria, come mostra il titolo di questo saggio, si riconnette in grande misura alla realtà pratica della società. La tesi viene confermata dai diversi contesti in cui Kant prende in considerazione la natura degli uomini in società. Ciò vale per la sua antropologia, così come per le sue riflessioni filosofiche e storiche. Si può negare a queste riflessioni ogni pretesa teoretica, ogni forza esplicativa o previsione descrittiva³⁸. Dovrebbe essere, tuttavia, incontestabile che ai diritti di libertà appartengano anche i diritti di libertà economica, i quali contribuiscono concretamente all'economia di mercato³⁹. E l'integrazione europea appartiene alle esperienze che contribuiscono in modo essenziale a che in Europa l'equilibrio dei poteri non crolli – come la casa di Swift in Kant – al semplice poggarsi di un passero.

Nella tradizione continentale dello stato che permea il diritto europeo i diritti soggettivi rivestono all'interno dell'ordinamento positivo due funzioni principali: in quanto diritti fondamentali essi limitano i poteri sovrani dello stato; in quanto diritti soggettivi posti a fondamento nel diritto privato della libertà di contrarre essi sono il *medium* che rende possibile la società di concorrenza. La tradizione dei diritti fondamentali inaugurata dai tribunali degli stati nazionali è stata proseguita dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione. Anche gli atti di sovranità dell'Unione sono impugnabili davanti al giudice per il giudizio di compatibilità con il diritto dell'unione. Infatti, sia l'interesse pubblico rappresentato dal titolare della sovranità politica, sia l'interesse individuale del singolo attore devono essere ponderati nel solco di questa tradizione. Le libertà fondamentali nell'UE sono caratterizzate invece da un quadro di interessi di tipo diverso. Qui la tutela dell'interesse pubblico di fronte agli attori privati non spetta né allo stato né all'Unione, ma sono gli attori privati che con i propri diritti soggettivi a partecipare al mercato comune impongono l'interesse dell'Unione contro gli stati membri.

Nella società di concorrenza i diritti soggettivi non standardizzano lo *status* giuridico del loro titolare ma lo pongono in condizione di fare uso della propria autonomia secondo i propri scopi. Se egli esercita la sua autonomia a scopi economici e nel rispetto degli uguali diritti dei terzi,

³⁸ Così W. KERSTING 2004, 167.

³⁹ Così R. BRANDT 2010, 147; parla di 'orientamenti approssimativi' sul fatto che Kant concepisca la società dello stato nella forma dell'economia di mercato liberale.

allora nasce la concorrenza. Nella concorrenza le relazioni giuridiche e patrimoniali si adattano continuamente alle mutate situazioni economiche. Contro le limitazioni della concorrenza poste in essere dalle imprese e dagli stati che agiscono come imprese, sono dirette le regole della concorrenza. Esse trovano applicazione sia grazie all'azione delle autorità, sia sul piano del diritto privato mediante azioni giudiziali per il risarcimento del danno.

Con le libertà fondamentali del mercato comune la concorrenza transnazionale e la divisione internazionale del lavoro acquistano una nuova dimensione. Innanzitutto, le libertà fondamentali europeizzano le libertà commerciali negli scambi fra stati. Esse vietano pertanto agli stati membri di limitare la concorrenza negli scambi esteri sulla base del singolo interesse pubblico. Si tratta di limitazioni dirette contro l'accesso ai mercati nazionali mediante restrizioni delle importazioni. Le esportazioni possono essere favorite mediante sovvenzioni o cartelli di imprese esportatrici oppure limitate mediante divieti di esportazione. L'obbligo di non intervento è giuridicamente ed economicamente imputabile agli stati membri perché esso è parte del divieto generale di intervento degli stati membri nel mercato comune. Le ritorsioni sovrane usualmente praticate negli scambi economici internazionali a compensazione di svantaggi nella competizione internazionale sono escluse all'interno dell'Unione. Altrettanto vietati sono gli aiuti distorsivi della concorrenza. Il benessere nazionale come massima auto-fondata dell'agire dello stato sovrano è parzialmente superata dal diritto dell'Unione. Ciò vale nonostante correzioni radicali rese necessarie dalla crisi finanziaria.

Le libertà fondamentali puramente negative hanno inoltre in comune con i diritti fondamentali il fatto che esse sono dirette contro determinati mezzi di limitazione degli scambi economici interni all'Unione. Niente impedisce agli stati membri di perseguire gli scopi caratteristici dello stato sociale attraverso strumenti diversi dall'intervento negli scambi transnazionali. Diversamente da quanto sostenuto nella letteratura economica, il 'more economic approach' non può essere preso in considerazione nell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali.

8. Il diritto della concorrenza

L'interpretazione delle norme giuridiche improntata ai principi teorici dell'economia del benessere determina conseguenze profonde soprattutto nell'ambito del diritto della concorrenza. Questo vale per il diritto antitrust americano e per la regolamentazione europea della concorrenza. In entrambi gli ordinamenti giuridici la conseguenza del

'more economic approach' è consistita nel fatto che si è andati oltre lo scopo di contribuire a una migliore e più efficace applicazione del diritto antitrust e delle norme della concorrenza – ammesso che lo scopo originario sia stato veramente questo ⁴⁰.

(A) USA

I paradossi presenti nel diritto antitrust descritti da Robert H. Bork, avvalorano i paradossi della *welfare economics* nella sua applicazione ai rapporti giuridici⁴¹. Bork si pone il compito di giustificare e di rendere comprensibili le normative antitrust al legislatore, alla giurisprudenza, alle autorità e alle imprese con l'aiuto di criteri facilmente comprensibili anche a non-economisti. Il punto di partenza è il seguente: "Il benessere dei consumatori è massimo se le risorse economiche sono utilizzate in modo da far sì che i bisogni dei consumatori possano essere soddisfatti nel modo più completo possibile tenuto conto dei limiti tecnologici. Il benessere dei consumatori in questo caso non è altro che un altro modo di intendere la ricchezza della nazione"⁴². Il filo conduttore per questo programma è individuato da Bork nel modello teorico dei prezzi di concorrenza perfetta, presupposta nella sua forma semplice. Il modello è simile a quello di una equazione che esprime il modo in cui vengono a combinarsi alcuni elementi chimici. Esso non contiene alcuna affermazione sulle disposizioni psicologiche degli elementi chimici e non implica l'impossibilità della presenza di fattori di ostacolo alla reazione⁴³. Le *limiting conditions* così definite dovrebbero essere sufficienti per riconoscere le tendenze effettive, nonostante le ipotesi fondate sul modello teorico dei prezzi non siano realizzate⁴⁴. Bork ricava questa certezza soprattutto dalla ricerca del profitto d'impresa. Quanto più durevolmente le imprese di un settore industriale riescono a massimizzare il proprio profitto, tanto più efficacemente esse si avvicinano alla massimizzazione del benessere dei consumatori, quando non sia data anche la possibilità di limitare la produzione⁴⁵. Su questa base Bork analizza l'interazione di efficienza allocativa e produttiva. L'interazione di queste efficienze, formalizzata secondo modello di Williamson, costituirebbe il criterio-guida per ogni corretta applicazione

⁴⁰ R. PITOFKY 2008.

⁴¹ R. H. BORK 1978/1993. Su ciò in modo critico già I. SCHMIDT / J. B. RITTALER 1986.

⁴² Ivi, p. 90.

⁴³ Ivi, p. 95.

⁴⁴ Ivi, p. 95.

⁴⁵ Ivi, p. 97.

delle leggi antitrust. La comparazione fra perdite e guadagni in termini di benessere economico indicherebbe se una fusione oppure una certa pratica sul mercato aumentino il benessere oppure no e quali vantaggi o svantaggi derivino per i consumatori.

Il paradosso dell'approccio teorico del benessere deriva dal fatto che la connessione di effetti del modello teorico dell'economia del benessere, anche nell'opinione di Bork, non è suscettibile di verifica e, di conseguenza, non è nemmeno suscettibile di essere dimostrata nell'ambito di un procedimento antitrust. Ciò vale soprattutto per l'efficienza produttiva. Ciò che resta è la possibilità di un controllo sugli esiti di una fusione - cioè se essa renda o meno possibile una limitazione della produzione - e del motivo della massimizzazione del profitto. L'efficienza è la conseguenza del motivo della massimizzazione del profitto. George Stigler ha generalizzato questo criterio: si potrebbe ipotizzare che le imprese si comportino come se conoscessero la connessione di effetti contenuta nel modello. A integrazione Stigler richiama l'attenzione sulla funzione di mercati di capitali pressoché perfetti. La concorrenza su questi mercati sarebbe particolarmente efficace perché il capitale e l'accesso al credito sono le risorse più facilmente sostituibili, movimentabili e divisibili⁴⁶.

Le tesi di Bork e Stigler erano parte di uno spirito del tempo che considerava il fallimento dello stato come la regola e il fallimento del mercato come una rara eccezione. Per ciò che attiene il diritto antitrust Bork deduce che esso, nei casi controversi, non debba trovare applicazione poiché limitazioni della concorrenza privata sarebbero meno dannose di un'applicazione erronea delle regole del diritto; egli deduce inoltre che, prescindendo dai casi facili, debba essere data la priorità alla libertà e non alla costrizione giuridica⁴⁷. In questa analisi non vi è più posto per il punto di partenza storico del diritto antitrust americano, cioè per il controllo del potere economico così come di quello politico.

La lista delle fattispecie che gli esponenti della scuola di Chicago intendevano sottrarre al diritto antitrust è lunga. La conseguenza più profonda che ha avuto la teoria di Bork è stata che il governo degli USA ha rinunciato in gran parte all'applicazione amministrativa delle leggi antitrust. Tuttavia, anche la gran parte dei critici di 'Chicago' non mette in discussione l'approccio teorico dell'economia del benessere, ma rinvia alla necessità di correggere l'approccio della Scuola di Chicago mediante l'analisi empirica di casi particolari.

⁴⁶ Citato in R. H. BORK 1993, 147.

⁴⁷ Ivi, p. 133.

(B) Regole della concorrenza

Una interpretazione delle regole della concorrenza orientata alla libertà di concorrere deve salvaguardare i presupposti di una concorrenza efficace mediante il divieto di pratiche anti-competitive. Un diritto della concorrenza orientato all'efficienza e al benessere dei consumatori deve valutare e correggere le pratiche anti-competitive muovendo dalla valutazione dei loro esiti. Da ciò possono derivare differenze di vasta portata nel rapporto fra fattispecie e conseguenze giuridiche. Una interpretazione del diritto orientata a risultati di benessere economico ipotizza che dal comportamento oggetto di valutazione possano sorgere esiti negativi. Se alla violazione deve seguire una sanzione e l'esclusione della sua reiterazione, allora gli esiti valutati negativamente dovrebbero essere corretti mediante divieti di determinate pratiche. La conseguenza sarebbe la regolamentazione dei prezzi a partire da valutazioni connesse ai prezzi di concorrenza. Tuttavia il diritto dell'Unione Europea prevede una simile possibilità con l'articolo 102 soltanto nel caso di imprese che abusino della propria posizione dominante attraverso la pratica di prezzi iniqui. Detta possibilità viene peraltro evitata il più possibile, data la nota inevitabile mancanza della possibilità di un controllo dei prezzi. Una interpretazione dei divieti normativi ispirata alla libertà di concorrenza, invece, rende possibile una comprensione differenziata, che consideri gli scopi e gli effetti delle strutture di mercato e dei comportamenti contrari alla concorrenza.

La riduzione che si è qui rappresentata delle situazioni giuridiche soggettive ad unità di calcolo sul modello dell'economia del benessere corrisponde nel diritto vigente al ricorso ad una razionalità caratteristica dell'economia del benessere. Essa si orienta prioritariamente all'efficienza e al benessere del consumo e trascura l'autonomia economica delle diverse fattispecie previste dalle regole della concorrenza. Un esempio rappresentativo è l'interpretazione del divieto delle unioni di imprese e delle pratiche concordate volte a limitare la concorrenza previsto dall'articolo 101 del Trattato UE. Il conflitto – che mi accingo a descrivere – fra l'interpretazione del divieto accolta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e la linea di riferimento opposta seguita dalla Commissione non deve essere inteso come la conseguenza dell'opposizione fra una interpretazione formalistica e una economica delle medesime previsioni normative antitrust. Il conflitto in parola deriva piuttosto da una interpretazione contrastante circa gli scopi economicamente rilevanti.

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea relativa alle norme sulla concorrenza viene attribuito un significato rilevante alla struttura del mercato, alla protezione della concorrenza in quanto tale e al libero accesso ai mercati nazionali⁴⁸. L'unità sistematica di libertà fondamentali e mercato comune permea anche l'interpretazione dell'articolo 101 del Trattato UE. Secondo la giurisprudenza il divieto degli accordi che limitano la concorrenza e la loro nullità nel caso di violazione del divieto sono indispensabili per la realizzazione dei compiti della Comunità e per il funzionamento del mercato comune⁴⁹. La Corte ha dedotto da ciò che il singolo è legittimato ad appellarsi a tale divieto (punto 24) e a esigere il risarcimento nel caso in cui dalla violazione del divieto gli sia derivato un danno (punto 25). L'autorizzazione all'azione giudiziale spetta, in presenza di determinati presupposti, persino a colui il quale era parte di un simile accordo (punto 29-35).

La giurisprudenza conferma ancora una volta il ruolo centrale che spetta ai diritti soggettivi per l'interpretazione e per l'applicazione delle regole della concorrenza. La funzione anche economica del divieto si esprime nel c.d. postulato dell'autonomia. Esso si oppone a ogni coordinazione dei soggetti economici "a cui segue la sostituzione del rischio di concorrenza con un agire concordato"⁵⁰. La giurisprudenza tiene così conto della concorrenza intesa come meccanismo di scoperta. Essa conferma la necessità e la possibilità di porre in risalto il contenuto economico delle norme di diritto della concorrenza indipendentemente dalla considerazione dei criteri dell'economia del benessere. La Commissione vuole far passare il suo 'more economic approach' con l'aiuto, in particolare, dello strumento delle direttive. Ciò conduce ad una interpretazione dell'articolo 101 che è incompatibile con il testo della previsione normativa e con l'interpretazione vincolante della Corte di Giustizia.

Nelle direttive la Commissione sostituisce l'effetto visibile degli accordi fra imprese sul piano del mercato e della concorrenza con un risultato collusivo (*Kollusionsergebnis*). Si verifica un risultato collusivo quando un accordo ha ripercussioni visibilmente negative almeno su un parametro dell'efficacia della concorrenza, ad esempio sul prezzo, sulla quantità prodotte, sull'innovazione. La Commissione assegna tuttavia

⁴⁸ Da ultimo la sentenza della Corte di Giustizia del 17.02.2011, causa C 52/09 *TeliaSoveraSverige*.

⁴⁹ Corte di Giustizia 20.09.2001, causa C-453/99 *Courage & Crehan*, *Racc.* 2001 p. I-6314, punto 20-21.

⁵⁰ Corte di Giustizia 20.11.2008, *Beef Industry Development Society*, causa C-209/07, *Racc.* 2008 p. I-8624, punto 34.

importanza centrale per un esito negativo al potere di mercato e al suo abuso. Parallelamente al divieto di abuso previsto dall'articolo 102 del Trattato UE, viene trasposto nell'interpretazione dell'articolo 101 un grado minore di potere di mercato e del suo abuso. Il potere di mercato viene definito come la capacità di tenere i prezzi oltre un certo periodo di tempo e in modo lucroso al di sopra del livello della concorrenza oppure di tenere la quantità, la qualità, la varietà della produzione, oppure l'innovazione per un certo periodo di tempo e in modo lucroso al di sotto del livello della concorrenza. Una conseguenza consiste nel fatto che le strutture dei costi dell'impresa e la loro rendita diviene rilevante. Ci sarebbe anche da tener presente se le parti siano in condizione singolarmente o in comune di mantenere o di rafforzare mediante l'accordo il proprio potere di mercato, oppure di sfruttare il proprio potere di mercato. Il mantenimento o il rafforzamento di un potere di mercato potrebbe dar luogo a una chiusura anti-concorrenziale del mercato e tradursi inoltre nell'aumento dei costi per i concorrenti, in modo da limitare la loro capacità di entrare in concorrenza con i soggetti economici che aderiscono al contratto. Questi criteri non presentano più alcuna connessione con l'unica prova rilevante, cioè se accordi o pratiche concordate pregiudichino direttamente o indirettamente la libertà di azione concorrenziale delle parti. Il 'more economic approach' conduce in questo caso alla sostituzione di un divieto chiaro e semplice con una fattispecie di abuso, trasponendo così le difficoltà di applicazione del divieto di abuso al comportamento di singole imprese anche al giudizio sulle limitazioni concordate della concorrenza.

Riassumo le mie risposte alle antinomie cui ho fatto cenno all'inizio.

Adam Smith costituisce con la mano invisibile e con lo spettatore imparziale i fondamenti giuridici ed economici di una società liberale ordinata in modo decentrato.

La massima felicità del maggior numero postulata a fondamento sia dell'ambito giuridico che economico da Jeremy Bentham ha contribuito alla mancata considerazione nella moderna economia del benessere della rilevanza economica dei rapporti giuridici.

La società civile può andare oltre lo stato del bisogno e della ragione di Hegel contrapponendo al sistema dei bisogni un sistema di diritti soggettivi che includa la libertà di concorrere.

La libertà, contrariamente a quanto pensava Hobbes, non nasce dal silenzio della legge ma dall'ordinamento giuridico. Esso garantisce la libertà dei singoli sotto il presupposto della uguale libertà di tutti gli altri in un quadro di regole generali e la perfeziona attraverso l'interpretazione della legge positiva.

Bibliografia

Agenda Commissione Europea, Bruxelles 3/3/2010 COM (2010) Europa 2020.

BENTHAM JEREMY, 1973, *A critical Examination of the Declaration of Rights*, in: BHIKHO PAREKH (Hg.), *Bentham's political Thought*, London, 257-290.

BÖHM FRANZ, 1980, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in: ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER (Hg.), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden, 105-168.

BORK ROBERT H., 1978/1993, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself*, New York.

BRANDT REINHARD, 2010, *Immanuel Kant – was bleibt?*, Hamburg.

BURKE EDMUND, 1803, *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings of certain Societies in London relative to that Event: In a Letter Intended to have been sent to a Gentleman in Paris*, in: EDMUND BURKE (Hg.), *The Works of the Right Honourable Edmund Burke: A New Edition*, Vol. V, London, 27-438.

Commissione Europea, Comunicazione 14/01/2011.

Corte di Giustizia 20.09.2001, causa C-453/99 Courage & Crehan, *Racc.* 2001 p. I-6314, punto 20-21.

Corte di Giustizia 20.11.2008, Beef Industry Development Society, causa C-209/07, *Racc.* 2008 p. I-8624, punto 34.

Corte di Giustizia del 17.02.2011, causa C 52/09 *TeliaSoveraSverige*.

EUCKEN WALTER, 2004, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 7 Aufl., Tübingen.

FOUCAULT MICHEL, 2006, *Die Geburt der Biopolitik: Geschichte der Gouvernementalität II: Vorlesungen am Collège de France 1978/79*, Frankfurt am Main.

FULDA FRIEDRICH, 2003, *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, München.

HAAKONSSON KNUD, 1996, *The Science of a Legislator: The natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge.

HABERMAS JÜRGEN, 1998, *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, 5 Aufl., Frankfurt am Main.

HAYEK FRIEDRICH A. VON, 1976, *Law, Legislation and Liberty, Vol. 2: The Mirage of Social Justice*, Chicago.

HEGEL GEORG FRIEDRICH WILHELM, 1955, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, hg. V. Johannes Hofmeister, 4. Aufl., Hamburg.

HUME DAVID, 1886-1964, *The philosophical Works, Vol II: A Treatise of human Nature and Dialogues concerning natural Religion*, hg. V. T. H. Green und T. H. Grose, London.

IMMenga ULRICH / MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM (Hg.) 2012, *Wettbewerbsrecht, EU Teil I Kommentar zum europäischen Kartellrecht*, Bd. 1, 5. Aufl., München.

KANT IMMANUEL 1724-1797, *Zum ewigen Frieden. Ein pholosophischer Entwurf*, in: *Königlich-Preußische Akademie der Wissenschaften* (Hg.), *Kants Werke: Abhandlung nach 1781*, Bd. 8, Berlin und New York, 341-386.

KERSTING WOLFGANG, 2004, *Kant über Recht*, Paderborn.

KERSTING WOLFGANG, 2009, *Verteidigung des Liberalismus*, Hamburg und Neumünster.

LUHMANN NIKLAS, 1993, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main.

MARX KARL, 1818-1883, *Zur Judenfrage*, in: *Marx-Engels-Gesamtausgabe, Karl Marx Friedrich Engels Werke*, Abteilung I, Bd. 2, Berlin.

MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, 1984a, *Die sichtbare Hand des Rechts: Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem bei Adam Smith*, in: ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER (Hg.), *Recht und ökonomisches Gesetz: Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*, 2. Aufl., Baden-Baden, 104-135.

MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, 1984b, *Merheitsglück und Minderheitsherrschaft. Zu Jeremy Benthams Kritik der Menschenrechte*, in: E.-J. MESTMÄCKER (Hg.), *Recht und ökonomisches Gesetz: Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*, 2. Aufl., Baden-Baden, 158-174.

MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, 2008a, *Systembezüge subjektiver Rechte*, in: G. BITTER et al. (Hg.) *Festschrift für Karsten Schmidt: zum 70. Geburtstag*, Köln, 1197-1217.

MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, 2008b, *Wettbewerbsfreiheit und unternehmerische Effizienz: Eine Erwiderung auf Schmidtschen*, *ORDO*, Bd. 59, 185-208.

MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM / HEIKE SCHWEITZER, 2004, *Europäischer Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., München.

MILL JOHN STUART, 1806-1873, *Der Utilitarismus*, Übers., Anm. U. Nachw. V. Dieter Birnbacher, Leipzig.

PETERSEN JENS, 2012, *Adam Smith als Rechtstheoretiker*, Berlin.

PITOFKY ROBERT (Hg.), 2008, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford.

RAWLS JOHN, 1971-1973, *A Theory of Justice*, Oxford.

SCHMIDT INGO/JAN B. RITTALER, 1986, *Die Chicago School of Antitrust Analysis: Wettbewerbstheoretische und -politische Analyse eines Credos*, Baden-Baden.

SEN AMARTYA, 2009, *The Idea of Justice*, Cambridge.

SEN AMARTYA/BERNARD WILLIAMS (Hg.), 1999, *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge.

SMITH ADAM, 1759-1974, *The Theory of Moral Sentiments*, hg. v. David D. Raphael und Alexander L. Macfie, Oxford Text.

SMITH ADAM, 1978, *Lectures on Jurisprudence*, hg. v. Ronald L. Meek, David D. Raphael und Peter G. Stein, *Glasgow Edition of the Works and Correspondence (1762-1766)*, Vol. 5, Oxford und New York.