

La libertà di contrarre nella tutela della concorrenza: l'evoluzione della giurisprudenza antitrust americana

di Leonardo Stiz

Abstract: *Antitrust regulation and Freedom of Contract: the evolution of antitrust case law in the United States* – This essay aims at highlighting and analyzing, in a historic perspective, the particular clash between antitrust regulation and freedom of contract, focusing on the evolution of American antitrust law. In particular, this essay focuses on how the courts, from the pre-Sherman Act era to the recent developments, carried out the delicate balancing between the economic freedom of enterprises and the protection of competition and economic opportunity. The relationship between antitrust law and freedom of contract is highly influenced by the idea of economic freedom adopted by the decision maker, and the opinion about the role that antitrust law plays for the market, the society and the Constitution.

363

Keywords: Antitrust law; Supreme Court of the US; Sherman Act; Freedom of contract; Restraints of trade.

1. Introduzione: libertà di contrarre e libertà di competere nel diritto della concorrenza

Nel diritto della concorrenza si incontrano due differenti aspetti della libertà economica degli individui. Vi è la libertà di contrarre, la possibilità per un individuo di stringere accordi con chi desidera in maniera autodeterminata nella misura in cui egli lo ritenga necessario per svolgere la propria attività e perseguire i propri obiettivi. Vi è poi la libertà di competere¹, che consiste nella possibilità di svolgere una determinata attività sul mercato a parità di condizioni rispetto ai concorrenti, senza dunque incontrare ostacoli diversi da quelli posti in via naturale dal mercato stesso.

Entrambe le libertà sono pilastri portanti di un sistema di libero mercato, essenziali per la sua realizzazione e il suo funzionamento.² Nel corso della presente

¹Una definizione di “*freedom to compete*” viene proposta da M. Steiner in *Economics in Antitrust Policy*, Dissertation.com, 2007: *Freedom to Compete vs. Freedom to Contract*: «The freedom to compete [...] results from the absence of non-market obstacles which prevent firms and entrepreneurs from entering, staying, or participating in the markets they choose to buy or sell quantities at prices of their choice».

²Così si espresse F. Von Hayek in *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, «The case for a free system is not that any given system will work satisfactorily where coercion is confined by general rules, but that under it such rules can be given a form that will enable it to work. If there is to be an efficient adjustment of the different activities in the market, certain minimum requirements must be met; the more important of these are, [...], the protection of property and the enforcement of contracts, and the recognition of equal

analisi, che si colloca in una prospettiva storica a partire dalle origini del diritto della concorrenza, si vedrà come, in alcune circostanze, tale disciplina abbia tuttavia sollevato dei conflitti tra libertà contrattuale e libertà di competere. Nello svolgere la propria attività economica, infatti, le imprese dimostrano una naturale tendenza a preferire mercati altamente competitivi laddove devono procurarsi le materie prime, al fine di minimizzare i costi, e, in molti casi, mercati il più possibile chiusi alla concorrenza laddove devono vendere i propri prodotti, al fine di massimizzare i profitti.³ Di conseguenza, in via naturale, gli attori economici hanno la tendenza a restringere la concorrenza nei mercati in cui sono attivi, servendosi della propria libertà contrattuale per stipulare accordi anticoncorrenziali – ad esempio condizionando i prezzi, dividendo i mercati, unendosi in un'unica entità con i rivali – in modo tale da diminuire la competizione, ostacolare l'attività dei concorrenti e impedire l'ingresso di nuove imprese. Tali accordi sollevano tratti problematici allorché si scontrano con la libertà di competere in capo agli altri operatori: essi infatti ergono ostacoli diversi e ulteriori rispetto a quelli posti di per sé dal mercato, facendo sì che non tutte le imprese abbiano la possibilità di giocare con le stesse regole e alle stesse condizioni delle altre.

Con uno sguardo rivolto soprattutto alla dialettica che ha caratterizzato la prima stagione del diritto della concorrenza, dalla nascita fino agli anni Settanta, è possibile inquadrare il nodo del conflitto considerando da una parte la tutela della libertà contrattuale in capo ai soggetti economici deboli, vittime dell'esercizio del potere di mercato, e dall'altra la tutela della medesima libertà contrattuale in capo ai soggetti forti, che esercitano tale potere. Tradizionalmente infatti, nell'esperienza statunitense, il pensiero liberale⁴, nel rivolgere particolare attenzione ai soggetti deboli del mercato, tradiva l'idea che i rivali più grandi e potenti agissero necessariamente a danno dei primi. Il dibattito dunque si caratterizzava, tendenzialmente, da una scelta di campo spesso netta in base ai soggetti dei quali si voleva tutelare l'interesse. A ciò fanno da sfondo, rispettivamente, due possibili diverse concezioni della libertà economica: quella positiva, associata ad un maggior interventismo pubblico in materia antitrust, e quella negativa, la cui tutela è associata invece a maggiori limitazioni d'intervento nelle dinamiche di mercato.⁵

rights of all individuals to produce in whatever quantities and sell at whatever prices they choose», p. 200.

³Sul punto si veda Steiner, *cit.*, p. 3. Tale comportamento degli attori economici è stato sottolineato da numerosa dottrina, *in primis* si veda A. Smith, *The Wealth of Nations*, W. Strahan, T. Cadell, 1776: «The interest of dealers, however, is always in some respects different from, and opposite to, that of the public. To widen the market and to narrow the competition is always in the interest of the dealers. To widen the market may frequently be agreeable enough to the interest of the public; but to narrow the competition must always be against it, [...]», p. 339.

⁴ Negli Stati Uniti, le posizioni più liberali in materia antitrust sostenevano la necessità di intervenire a tutela dell'opportunità economica dei soggetti più piccoli contro le manifestazioni di potere di mercato da parte dei soggetti più potenti. In Europa, tale approccio fu adottato dalla scuola ordoliberal. Per una panoramica si veda J. V. Coniglio, *Antitrust and Economic Liberty: A policy Shift from the Trump Administration?*, Competition Policy International, January 2018, pp. 2 – 3. Si veda inoltre W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, G. Fisher, 1940.

⁵ A ciò si richiamano le politiche conservatrici in materia antitrust, basate sulle teorie economiche del *laissez faire* e adottate, tra gli altri, dalla Scuola di Chicago statunitense. Si

L'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza americana in materia antitrust mostra come a seconda della sensibilità del decisore e dell'interpretazione della libertà contrattuale che quest'ultimo adotta di caso in caso, alla luce della distinzione appena delineata, sia possibile giungere a decisioni radicalmente diverse nell'ambito del diritto della concorrenza. Quest'ultimo risente fortemente dell'idea di libertà contrattuale adottata dal decisore, e si pone come chiave risolutiva del bilanciamento relativo agli interessi contrastanti di cui i soggetti sul mercato sono portatori con riferimento alla loro libertà.

2. Libertà contrattuale e accordi restrittivi nella common law

Nel quadro prospettato, il ruolo del diritto della concorrenza si profila dunque molto delicato. Già in un periodo di molto antecedente all'introduzione della prima legge antitrust federale statunitense, lo Sherman Act del 1890, le corti anglosassoni si occuparono per lungo tempo degli accordi restrittivi della concorrenza, delineando alcuni standard di common law con l'obiettivo di trovare il giusto assetto nel tutelare la libertà contrattuale degli imprenditori. A fare da motore all'evoluzione della giurisprudenza in materia di accordi restrittivi fu un fondamentale conflitto di base: da una parte il diritto di ogni membro della comunità di svolgere liberamente un'attività economica, senza ostacoli e nella maniera che più corrisponde ai suoi interessi. Dall'altra la libertà di contrarre, nella misura in cui implica la libertà di stringere accordi restrittivi che escludano alcuni soggetti del mercato da un determinato segmento del commercio, nonché la libertà di stipulare accordi coi quali le parti decidono di limitare la loro stessa libertà di azione, andando a incidere direttamente sulle dinamiche della concorrenza.⁶

La tradizione di common law già arrivò a definire una regola generale in tema di accordi restrittivi, frutto di un bilanciamento tra questi due aspetti conflittuali della libertà di contrarre, con l'intento dunque di definire una misura della sua tutela. Il test di validità degli accordi restrittivi secondo la common law venne espresso con chiarezza nel caso *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunitions Co.*,⁷ del 1893, in cui il giudice riassunse in modo efficace un principio ormai sedimentato in quasi due secoli di giurisprudenza. In via principale, si affermò che le interferenze con la libertà individuale di esercitare liberamente un'attività economica erano contrarie sia all'interesse della comunità sia a quello della persona, e dunque illecite. Per tale motivo, gli accordi restrittivi, “*if there is nothing more*” – ossia, se l'elemento restrittivo è l'unico scopo del contratto – erano da ritenersi nulli.⁸ Tuttavia, si prevede un'eccezione al divieto generale di accordi

veda H. Hovenkamp, *The Opening Of American Law: Neoclassical Legal Thought, 1870-1970*, Oxford University Press, 2014.

⁶Così in R. O. Wilberforce, A. Campbell, N. P. M. Elles, *Restrictive Trade Practices and Monopolies*, Sweet & Maxwell Limited, London, 1957, pp. 53 - 54.

⁷[1894] A.C. 535.

⁸ «The public have an interest in every person carrying on his trade freely: so has the individual. All interferences with the individual liberty in action in trading, and all the restraints in themselves, if there is nothing more, are contrary to the public policy, and

restrittivi, laddove questi ultimi fossero giustificati da circostanze specifiche, da valutare caso per caso. La giustificazione sussisteva laddove, sulla base delle circostanze, la restrizione del commercio apparisse “ragionevole” in relazione agli interessi delle parti e del pubblico, ossia nel caso in cui fornisse un’adeguata protezione agli interessi della parte a favore della quale l’accordo è stipulato, senza pregiudicare gli interessi della comunità.⁹

Secondo i principi di common law dunque, la libertà contrattuale poteva arrivare a interferire con la libertà individuale di azione economica solo nel caso in cui tale limitazione rispondesse ad un canone di ragionevolezza, da valutare sulla base degli interessi in gioco. Tale “*rule of reason*” come parametro di valutazione della legittimità degli accordi restrittivi fu per la prima volta formulato nel caso *Mitchel v. Reynolds*¹⁰, del 1711, sul quale la decisione del caso *Nordenfelt* poggia le basi.

Mitchel v. Reynolds inaugurò un’analisi che diventerà la regola – appena vista – generalmente applicata nel contesto di common law. Nello specifico, gli accordi restrittivi vennero classificati in due categorie, quella degli accordi generali e quella degli accordi particolari. Per le stesse ragioni sopra menzionate, fu stabilito il divieto assoluto degli accordi restrittivi cosiddetti “generali”, chiamati anche “*bare restraints of trade and no more*”, ossia quelli che avevano come unico obiettivo a sé stante quello di restringere il commercio, senza che tale restrizione fosse contingentata ad un territorio e fosse legata ad uno scopo particolare e meritevole di tutela.¹¹ Il principio che venne enunciato è quello secondo cui un individuo non può disporre completamente della sua libertà – “*no man can contract not to use his trade at all*”¹² – né tantomeno può stipulare accordi che restringano la propria libertà economica in tutto il territorio dello Stato – “*where the restraint is general not to exercise a trade throughout the kingdom [...] it must be void*”¹³ –.

Al contrario, la decisione ammise che gli accordi restrittivi cosiddetti “particolari” potessero essere ritenuti leciti, in presenza di alcune circostanze. Nello specifico, gli accordi particolari erano tali con riferimento alle persone coinvolte o al territorio interessato, ed erano validi solo se sostenuti da una causa apprezzabile, che li rendesse “*proper and useful*”¹⁴, sulla base di un delicato bilanciamento tra gli interessi delle parti e quello della comunità. Da qui nacque,

therefore void». *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunitions Co*, si veda alla nota precedente.

⁹ «Restraints of trade and interference with individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. [...] it is the only justification if the restriction is reasonable [...], reasonable that is, in the interest of the parties concerned and reasonable in the interest of the public, so framed [...] as to afford adequate protection to the party in whom favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public», *cit.* alla nota 5.

¹⁰ 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 347.

¹¹ La decisione dispone graniticamente che “*General restraints are all void*”, 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 349.

¹² 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 349.

¹³ 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 351.

¹⁴ «Where a contract for restraint of trade appears to be made upon a good and adequate consideration, as to make it a proper and useful contract, it is good», 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 349.

dunque, il canone di ragionevolezza menzionato in precedenza, che funge da parametro di validità.

Secondo la common law, il principio della libertà di contrarre costituiva un valore da tutelare in via quasi assoluta e il più possibile diffusa, nella sua accezione positiva, vicina al concetto di libertà di competere riferito a tutti gli individui che compongono la comunità. Le limitazioni pattizie della libertà contrattuale, sebbene siano a loro volta espressione di quest'ultima, erano trattate in maniera molto rigida. L'approccio agli accordi anticoncorrenziali nella common law aveva un'impronta contrattualistica: in *Mitchel v. Reynolds* infatti, l'argomento degli accordi restrittivi fu introdotto sottolineando come la validità di questi andasse valutata sulla base della loro causa contrattuale. In virtù di ciò, tali accordi erano generalmente ritenuti dei contratti senza causa¹⁵, privi di una ragione sociale apprezzabile e dunque nulli. In particolare, gli accordi generali erano sempre e comunque considerati tali. Quelli particolari, invece, potevano essere validi o invalidi a seconda che fossero dotati di una causa apprezzabile o no, ossia, a seconda che fossero o meno “*reasonable and useful*”, sulla base delle specifiche circostanze del caso.¹⁶

Tali circostanze si verificavano ogni qualvolta l'accordo restrittivo era necessario per tutelare un valido interesse delle parti o di una di esse, senza comportare un danno alla comunità, provocato dalla perdita di produttività, dalla diminuzione della concorrenza, dall'aumento dei prezzi e dall'esposizione ai mali di un potenziale monopolio.¹⁷ Nel concreto, la common law arrivava a ritenere conformi al principio di ragionevolezza così declinato, e dunque dotati di una valida causa, soltanto i cosiddetti “*ancillary restraints*”, ossia gli accordi restrittivi ancillari ad un contratto principale, come per esempio un patto di non concorrenza a seguito della compravendita di un esercizio commerciale.¹⁸ Tali accordi, infatti, erano gli unici, tradizionalmente, ad essere ritenuti dotati di una causa apprezzabile, poiché limitati nello spazio e nelle persone colpite dal vincolo alla libertà contrattuale. Ciò solo alla condizione, tuttavia, in cui tale vincolo risultasse ragionevolmente necessario e proporzionato a proteggere l'interesse di una parte, ad esempio l'acquirente, nonché l'interesse dell'ordinamento alla circolazione dei beni e dei servizi nel mercato, tutelando ad esempio il valore dell'avviamento di

¹⁵ Gli accordi restrittivi senza causa erano invalidi, quelli che invece presentavano una ragione sociale apprezzabile potevano essere ritenuti leciti: «The true distinction of this case is [...] between contracts with and without consideration». 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 348.

¹⁶ «All contracts, where there is a bare restraint of trade and no more, must be void; but this taking place only where the consideration is not shewn can be no reason why, in cases where the special matter appears so as to make it a reasonable and useful contract, it should not be good», 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep., p. 351.

¹⁷ In un caso del 1837, la Corte Suprema del Massachusetts parlò dei pericoli generati dagli accordi restrittivi per la comunità scrivendo: «They tend to deprive the public of the services of men in the employments and capacities in which they may be most useful to the community as well as themselves. They discourage the industry and diminish the products of ingenuity and skill. They prevent competition and enhance prices. They expose the public to the evils of monopoly», *Alger v. Thacher*, 19 Pick. 51, 54, 1837.

¹⁸ Tale era, infatti, la fattispecie in oggetto nel caso *Mitchel v. Reynolds*.

un'azienda, senza generare un pregiudizio grave per la comunità.¹⁹ Il contratto principale dunque, al quale l'accordo restrittivo si doveva appoggiare, determinava la qualità e la misura dell'interesse meritevole di protezione. Solo con riguardo a questo interesse poteva essere valutata la legittimità della restrizione della libertà contrattuale e della concorrenza tra le parti, qualora si fosse dimostrata necessaria e proporzionata.

L'approccio di common law al tema degli accordi restrittivi presentava delle peculiarità che lo distinsero da quello che le corti americane adottarono sotto il regime dello Sherman Act, a partire dalla sua emanazione nel 1890. Nel sistema di common law infatti, la tutela che veniva fornita era molto più diretta al concetto di "*freedom of contract*" piuttosto che a quello di libera concorrenza come oggi lo intendiamo. Ciò si apprezza considerando lo stampo contrattualistico dell'analisi, secondo la quale l'oggetto primario dell'esame era la validità e l'esecutività dei contratti tra soggetti del mercato, in virtù dei quali veniva limitata la loro possibilità di competere liberamente. La controversia non nasceva a seguito della denuncia dell'esistenza di un contratto restrittivo, come invece avviene dallo Sherman Act in poi, bensì quando una delle parti ne violava il contenuto e le altre si rivolgevano al giudice per chiederne l'esecuzione da parte dell'inadempiente.²⁰ Ciò spiega come nella *common law* il bene giuridico da tutelare non fosse tanto la "concorrenza" in sé, intesa nell'accezione attuale del termine, bensì la libertà di contrarre in capo a tutti i membri della comunità.²¹

Lo standard della ragionevolezza degli accordi restrittivi dunque, secondo i canoni ora esposti, era molto stringente. Essendo il bene giuridico tutelato la libertà contrattuale e non la concorrenza, i criteri di legalità erano in generale diversi e più rigidi rispetto a quelli che verranno elaborati con la *rule of reason* del Novecento, nel corso della lunga giurisprudenza antitrust del XX secolo.²² Se infatti, alla luce dei canoni elaborati successivamente, diventerà possibile che alcune tipologie di accordi restrittivi vengano considerate legittime, in quanto generanti effetti pro-competitivi, la valutazione degli accordi in base al solo canone della limitazione della libertà contrattuale risulta tendenzialmente più severa, poiché difficilmente tale tipologia di accordi non comporta limiti alla libertà delle parti.

¹⁹La Corte d'Appello del 6th Circuit, facendo il punto sulla giurisprudenza di common law, spiegò come secondo questa: «The [main] contract must be one in which there is a main purpose, to which the covenant in restraint of trade is merely ancillary. [...] The purpose of the main contract suggests the measure of protection needed, and furnishes a sufficiently uniform standard by which the validity of such restraints may be judicially determined» *U.S. v. Addyston Pipe Steel and Co.*, 46 L.R.A. 122, 1898.

²⁰ In *Mitchel v. Reynolds* e nei casi successivi, si parla infatti di "*contracts*" e si fa attenzione particolare al tema del loro *enforcement*, che veniva negato, come sanzione, quando l'accordo era illecito. Sul punto si veda inoltre D. Millon, *The Sherman Act and the Balance of Power*, 61 Southern California Law Review, 1988, p. 1261.

²¹ Sul punto si veda G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*, Oxford University Press, 1997, pp. 8 – 9.

²² Sul sempre punto Amato, *cit.*, p. 13.

3. Libertà contrattuale e tutela della concorrenza nell'interpretazione dello Sherman Act

Le regole di common law in materia di accordi restrittivi, così come lo Sherman Act del 1890, sono figlie dei principi dell'individualismo classico su cui è imperniato il costituzionalismo americano, nonché del pensiero politico del *Republicanism* che, sin dal tempo dei *founding fathers*, vedeva la società come un insieme di individui liberi, indipendenti e autosufficienti grazie alla forza del loro lavoro, in un rapporto di continua concorrenza che sola poteva garantire la libertà degli uni verso gli altri.²³ Ogni manifestazione della libertà contrattuale che inficiasse tale rapporto di indipendenza tra un soggetto e l'altro veniva tradizionalmente trattata, come si è visto, in maniera molto rigida nei sistemi di common law. Allorché il mercato americano iniziò, verso la fine del XIX Secolo, a presentare forti tendenze verso la concentrazione, soprattutto in taluni settori industriali, si rese tuttavia necessario un intervento da parte del Congresso per riaffermare la protezione, attraverso norme anticoncorrenziali chiare, dei piccoli imprenditori e della loro libertà individuale contro il potere economico che stavano accumulando alcuni gruppi industriali.²⁴ Questi ultimi, cui ci si riferiva col nome di *trust*²⁵, avevano una portata sovversiva per un mercato che ancora si nutriva dei valori dell'individualismo e della concorrenza perfetta: la loro stessa esistenza, infatti, si poneva in contraddizione con un concetto di libertà che dipendeva dalla decentralizzazione del potere.²⁶

Questi trust, come suggerisce il nome che prese la disciplina, furono i bersagli principali dello Sherman Act, sebbene la sua applicazione riguardò, col passare del tempo, una vasta gamma di fenomeni anticoncorrenziali. Con tale legge federale, il divieto di accordi restrittivi e di monopoli fu per la prima volta sancito per iscritto. Per quanto riguarda i primi, la norma è formulata in maniera diretta e generica: «Every contract, combination in the form of [trust](#) or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal».

Non appena lo Sherman Act entrò a regime, si posero subito dei rilevanti problemi interpretativi. Il canone di ragionevolezza ereditato dalla common law, infatti, si scontrava con il dato letterale della nuova legge, che sanciva a priori un divieto categorico di qualsiasi tipologia di accordo, pratica o cospirazione restrittiva del commercio. Tra le corti americane, vi fu sin da subito chi continuò ad ispirarsi all'impianto analitico della common law, promuovendo un'interpre-

²³ Sul tema, si veda T. Jefferson, *Notes on the State of Virginia*, J.W. Randolph, Richmond VA, 1853.

²⁴ Il fine dello Sherman Act fu, in principio, prevalentemente politico. Esso era infatti diretto a tutelare una determinata classe sociale, e con essa la società intera, contro fenomeni di concentrazione di potere che erano ritenuti pericolosi per la tenuta del sistema costituzionale americano, basato su un attento bilanciamento dei poteri. Si veda sul punto R. Hofstadter, *What Happened to the Antitrust Movement?* In *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, Alfred A. Knopf, New York, NY, 1965.

²⁵ Per un approfondimento si veda F. J. Stimson, *Trusts*, in 1 *Harvard Law Review*, 1887.

²⁶ Si veda sul punto Millon, *cit.* alla nota 20, p. 1224.

tazione estensiva dello statuto²⁷, e chi invece ritenne di adottare un'interpretazione letterale dello Sherman Act, allontanandosi dunque dalla tradizione. Quest'ultima fu la direzione intrapresa inizialmente dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. In *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*²⁸, il primo caso che richiese l'applicazione della legge antitrust federale, i *justices* ritennero che il Congresso, con le parole “*any contract in restraint of trade*”, intendesse sottoporre al divieto letteralmente “ogni” tipologia di accordi in qualche modo restrittivi, indipendentemente dalla ragionevolezza di questi e senza che, al fine di interpretare la norma, si dovesse ricorrere a parametri esterni ad essa. Sebbene infatti un accordo potesse essere ritenuto valido dalla common law anche se in sé restrittivo, il dettato dello Sherman Act non lasciava spazio a tale opzione, né dunque a questioni di ragionevolezza, colpendo imprescindibilmente ogni fenomeno che potesse essere definito come “*restraint of trade*”.²⁹

370

Secondo la *per se illegality rule* dunque – così prese nome tale interpretazione restrittiva – era necessario un intervento rigido che impedisse agli individui di disporre della propria libertà stringendo accordi atti a condizionare i principali fattori del mercato, andando così a creare un pregiudizio, diretto o indiretto, attuale o potenziale, alla libertà di competere degli altri membri della comunità. Ciò che la Corte intendeva tutelare era la libertà economica dei soggetti più piccoli e senza potere di mercato, un'idea di libertà contrattuale che si realizza soltanto garantendo la dispersione di tale potere e la decentralizzazione delle decisioni del mercato stesso. Ciò non poteva che avvenire sacrificando, dall'altra parte, la libertà delle imprese più affermate di stringere accordi di natura in qualche modo restrittiva, senza compiere alcuna analisi per valutare i reali effetti sulla concorrenza di tali accordi. Ciò avvenne con la coscienza di dover rinunciare a configurazioni di mercato più efficienti in termini di costi, specialmente in determinati settori tendenti alla concentrazione.³⁰ L'obiettivo principale dei giudici era quello di dar seguito alla visione del Congresso, il quale intese regolare

²⁷ Fra questi, in primis, si veda il caso *U.S. v. Addyston Pipe and Steel Co.*, 46 L.R.A. 122, 1898, deciso dalla Corte d'Appello del 6th Circuit, nel quale il giudice Howard Taft risolse una disputa relativa ad un cartello applicando non il dato letterale dello Sherman Act, bensì il criterio sancito dalla common law, sanzionando la pratica poiché l'accordo in oggetto era di natura generale e non poteva essere classificato come *reasonable and useful*.

²⁸ *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 169 U.S. 290, 1897.

²⁹ «A contract may be in restraint of trade, and still be valid at common law. Although valid, it is nevertheless a contract in restraint of trade [...]. By the simple use of the term 'contract in restraint of trade,' all contracts of that nature, whether valid or otherwise, would be included, and not alone that kind of contract which was invalid and unenforceable as being in unreasonable restraint of trade. [...] the plain and ordinary meaning of such language is not limited to that kind of contract alone which is in unreasonable restraint of trade, but all contracts are included in such language [...]», *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 169 U.S. 290, 1897.

³⁰ Così in E. M. Fox, *Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, 66 *Cornell Law Review* 1140, 1981: «[This theory] focuses on preserving lower barriers to entry and greater opportunity for entry and success of unestablished firms, more than on promoting productive efficiency of established firms», p. 1169. Così inoltre la Corte Suprema argomentò nel caso *Brown Shoe Co. v. United States* (370 U.S. 294): «...we cannot fail to recognize Congress' desire to protect competition through the protection of viable, small, locally owned businesses. Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from maintenance of fragmented industries and markets. It resolved this in favor of decentralization».

la concorrenza al fine di tutelare la “*freedom of economic opportunity*” e la “*liberty to engage in commerce*”, che rendevano gli individui eguali tra loro.³¹ Libertà contrattuale, dunque, significava in primis libertà in capo agli imprenditori di svolgere la propria attività in modo pienamente indipendente e di vendere ai prezzi, alle persone e alle quantità che più gradivano.

Justice Rufus W. Peckham, l'ideatore della *per se rule* che firmò l'opinione di maggioranza della Corte in *Trans-Missouri*, scrisse anche le decisioni dei due casi immediatamente successivi, *United States v. Joint Traffic Ass'n*³² e *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*.³³ Si trattava di casi molto simili tra loro, che riguardavano cartelli di prezzo tra società attive nel settore ferroviario, e furono anch'essi ritenuti illeciti sulla base della *per se rule*. Tale regola, tuttavia, era destinata a subire forti critiche sia da parte della minoranza della Corte Suprema sia da parte della dottrina giuridica ed economica. Nell'essere stata concepita per tutelare la libertà dei soggetti più deboli del mercato, con la sua rigidità essa violava a sua volta, secondo alcuni, la libertà contrattuale dei soggetti coinvolti negli accordi in oggetto. In *Joint Traffic* e in *Addyston Pipe* venne sollevata dalla difesa una questione di legittimità costituzionale dello Sherman Act, la cui interpretazione letterale sarebbe stata in contrasto con il principio della libertà contrattuale sancito dal quinto emendamento della Costituzione. Nel difendere la “*liberty to engage in commerce*” di tutti gli individui della comunità, la *per se rule*, infatti, sarebbe stata incostituzionale nella misura in cui interferiva troppo con la libertà di contrarre degli individui coinvolti, precludendo a questi il diritto di stipulare accordi per svolgere la propria attività economica.³⁴ Era infatti espressa l'idea secondo cui la Costituzione, nel garantire la libertà contrattuale degli individui in ambito economico e commerciale, sancisse una limitazione per il Congresso nell'esercizio del suo potere di regolare l'*interstate commerce*. Questo infatti poteva avvenire unicamente con l'obiettivo di garantire l'uniformità delle legislazioni statali in materia, ma non poteva spingersi sino ad ostacolare la possibilità dei cittadini di stipulare liberamente accordi di natura commerciale.³⁵ Con riguardo

³¹ Sul punto si veda E. M. Fox, *cit.*, p. 1149. Con riferimento sia allo Sherman Act che al Clayton Act del 1914, che integrò e specificò alcune parti dello Sherman Act senza tuttavia modificarne l'impianto, numerose voci dal Congresso sostennero che: «all men were created free and equal, and that all are entitled to life, liberty, and the pursuit of happiness. We construed "liberty" to mean not merely the right to walk upon the streets of cities [...] but liberty [...] to engage in commerce, to solve for one's self the problem of one's own happiness and success [...] So we began enacting legislation calculated to produce a condition which would leave open for all men, big and little, the opportunity to engage in the affairs of life», 51 CONG. REC. 15867 (1914).

³² 171 U.S. 505, 1898.

³³ 171 U.S. 211, 1899.

³⁴ «It is objected that the statute, if construed as it has been construed in the *Trans-Missouri* Case, is unconstitutional, in that it unduly interferes with the liberty of the individual, and takes away from him the right to make contracts regarding his own affairs, which is guaranteed to him by the fifth amendment to the constitution». *United States v. Joint Traffic Ass'n*, si veda alla nota 28.

³⁵ «This argument [of the appellants] is founded upon the assertion that the reason for vesting in Congress the power to regulate commerce was to insure uniformity of regulation against conflicting and discriminating state legislation, and the further assertion that the Constitution guarantees liberty of private contract to the citizen, at least upon commercial subjects, and to

alla giurisprudenza, è utile tenere a mente la sentenza con cui la Corte d'Appello del *6th Circuit* decise il caso *Addyston Pipe*³⁶, in seno alla causa che si concluse poi di fronte alla Corte Suprema. Il giudice William Howard Taft sostenne la necessità di riprendere la *rule of reason* di common law, proponendone una prima analisi alla luce dei dettami dello Sherman Act, sebbene il ragionamento ricalcasse in larga parte quello proposto dalle corti anglosassoni. Ciò dimostra tuttavia come sin dal principio la giurisprudenza stessa non fosse concorde sull'interpretazione da assegnare alla legge antitrust, e come dunque la *per se rule* non costituisse l'unica scelta scontata.

La giurisprudenza venne dunque messa di fronte alla necessità di risolvere il conflitto che inevitabilmente comporta la tutela della libertà contrattuale nei suoi diversi aspetti, messo a nudo in maniera efficace dal diritto della concorrenza. Nell'affrontare la tensione tra libertà di contrarre dei singoli e libertà nell'opportunità economica dei molti, ci fu chi sostenne un approccio bilanciato e chi uno più estremo. In questo senso, una parte di dottrina infatti sosteneva che, secondo i principi dell'ordinamento statunitense, qualsiasi accordo commerciale tra due soggetti mirato, in buona fede³⁷, a migliorare le condizioni in capo alle parti stesse fosse valido e auspicabile, anche se, come effetto, avesse quello di danneggiare economicamente altri individui. Al contrario, un accordo del genere poteva essere ritenuto invalido soltanto se stipulato in mala fede, con l'intento specifico di creare danno a qualcuno.³⁸ Di conseguenza, con specifico riguardo agli accordi anti concorrenziali, questi potevano essere sanzionati solamente previa dimostrazione della mala fede diretta a danneggiare altri soggetti, ma venivano protetti dal principio della libertà contrattuale ogni qualvolta fossero stipulati in buona fede a vantaggio delle condizioni economiche delle parti. Il principio della libertà di contrarre di ogni cittadino si concretizzava, secondo tale dottrina, nella massima secondo cui *“men may think as they please, may act as they please, and may do what they please with their own”*, fintanto che l'obiettivo fosse quello di migliorare la propria condizione in buona fede.³⁹

Già in seno al caso che inaugurò tale canone poi, si levarono voci critiche nei suoi confronti. Alcuni sostennero la sua incompatibilità col principio costituzionale

that extent the guaranty operates as a limitation on the power of Congress to regulate commerce», *Addyston Pipe & Steel CO. v. United States*, si veda alla nota 29.

³⁶ *U.S. v. Addyston Pipe and Steel Co.*, *cit.* alla nota 27.

³⁷ Nonostante le elaborazioni e i desiderata della dottrina, che spaziano molto e arricchiscono il dibattito, è bene tuttavia sottolineare come il diritto antitrust di regola non dà rilievo all'elemento soggettivo, salvo nel caso specifico dell'*attempt to monopolize* (tentato monopolio), istituito presente nell'ordinamento statunitense ma non in quello europeo, e in sede penale.

³⁸ Così ad esempio in W. Royall, *The Pool and the Trust. A review of the United States Supreme Court's Traffic Decision*, 3 Virginia Law Register, 1897, p. 163, secondo cui «by the elementary principles of our laws any agreement between parties which aims bona fide at the bettering of the condition of the parties to the agreement is good and valid, even though it is intended to injure another in his business, but that those agreements which are founded in ill-will or malice are opposed to the principles». Si veda inoltre A. J. Eddy, *The Law of Combinations: embracing monopolies, trusts and combinations of labor and capital*, Callaghan and Company, Chicago, 1901, secondo cui le imprese avrebbero il pieno diritto di stipulare accordi anticoncorrenziali in virtù del principio della libertà contrattuale sancito dalla Costituzione.

³⁹ Così sempre in Royall, *cit.* alla nota precedente, p. 173.

della libertà contrattuale promuovendo, tuttavia, un approccio più bilanciato tra le necessità di tutela della concorrenza e della libertà individuale di contrarre. In particolare, *justice* Edward D. White scrisse tre *dissenting opinions* molto simili tra loro rispettivamente in *Trans Missouri*, *Joint Traffic* e *Addyston Pipe*, sostenendo che la *per se rule* fosse un canone troppo rigido e intrusivo nei confronti della libertà contrattuale degli individui, che pure era importante tutelare in certa misura per proteggere la concorrenza stessa. Secondo White era invece necessario riprendere il canone della *rule of reason*, poiché distinguere tra accordi restrittivi ragionevoli e non ragionevoli significava mantenere la possibilità di bilanciare la tutela della concorrenza con la libertà individuale di contrarre, in modo tale che questa non venisse eccessivamente sacrificata. White argomentò che lo Sherman Act fu emanato con l'intento di proteggere la "*liberty of contract*" e la "*freedom of trade*". Da tal punto di vista, l'interpretazione strettamente letterale della norma generava il risultato di frustrare l'intento originario della norma stessa, andando in verità a compromettere sia la tutela della libertà di contrarre sia la garanzia del libero commercio.⁴⁰ Il diritto di un individuo di stipulare un accordo doveva essere determinato dalla "*law of reason*"⁴¹, che sola poteva garantire il bilanciamento che era necessario per tutelare gli interessi in conflitto con riferimento alla libertà di contrarre e di iniziativa economica dei soggetti sul mercato, senza andare in contro a fraintendimenti circa il reale significato della relazione tra lo Sherman Act e il principio costituzionale della libertà contrattuale.

Investito del compito di provvedere ad una soluzione della questione di costituzionalità sollevata dalla difesa e sostenuta dalla minoranza della Corte Suprema, *justice* Peckham e la maggioranza argomentarono in favore della *per se rule*. La chiave di lettura degli accordi anticoncorrenziali che Peckham fornì era centrata sulla regolazione dell'*interstate commerce*, prerogativa costituzionale del Congresso. Nel caso *Addyston Pipe*, egli sottolineò come il principio costituzionale della libertà contrattuale non giungeva a comprendere il diritto, in capo agli individui, di stringere accordi che, una volta eseguiti, sarebbero stati idonei a regolare *de facto* il commercio tra Stati.⁴² Secondo la Corte dunque, la *liberty of contract* veniva limitata dalla *commerce clause* della Costituzione americana, che dava

⁴⁰ Così si espresse *justice* White in *Trans Missouri*: «The plain intention of the law was to protect the liberty of contract and the freedom of trade. Will this intention not be frustrated by a construction which, if it does not destroy at least gravely impairs, both the liberty of the individual to contract and the freedom of trade?». Nel suo parere dunque, interpretare lo Sherman Act secondo la *per se rule* generava una norma che tradiva l'obiettivo originario della disposizione, andando in direzione contraria a quella che il Congresso intendeva percorrere.

⁴¹ White concluse sostenendo che: «Secured no longer by the law of reason, all these rights become subject, when questioned, to the mere caprice of judicial authority. Thus, a law in favor of freedom of contract, it seems to me, is so interpreted as to gravely impair that freedom». La *per se rule*, in altre parole, costituiva secondo White un capriccio dei giudici, che trasformarono una legge inizialmente concepita per tutelare la libertà di contrarre in uno strumento per ostacolare tale stessa libertà, senza che venisse fatto uno sforzo diretto a capire la complessità intrinseca alla tipologia di tutela richiesta.

⁴² «It has never been, and in our opinion ought not to be, held that the word [liberty] included the right of an individual to enter into private contracts upon all subjects, no matter what their nature and wholly irrespective (among other things) of the fact that they would, if performed, result in the regulation of interstate commerce and in the violation of an act of Congress upon that subject», *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, si veda alla nota 28.

al Congresso il potere non solo di intervenire contro leggi statali disomogenee in materia commerciale, ma anche di regolare la sfera privata dei cittadini, vietando a questi di stringere accordi che, influenzando sulle dinamiche concorrenziali del mercato, ne condizionassero i fattori a livello sovrastatale.⁴³ Tuttavia, con l'evoluzione del mercato e l'aumento degli sforzi di comprenderne i fenomeni da parte della giurisprudenza, risulta chiaro il fraintendimento, almeno in parte, del concetto di accordi restrittivi. Da parte della Corte Suprema di fine XIX e inizio XX Secolo, vi era la tendenza a generalizzare l'analisi di tali accordi ritenendoli tutti come una minaccia per il commercio poiché capaci, anche solo in via assolutamente potenziale, di condizionarne i fattori principali quali i prezzi e le barriere d'ingresso ai vari mercati. Ciò che ancora mancava era la consapevolezza della necessità di addentrarsi in un'analisi dei singoli accordi al fine di valutarne i reali effetti sulla concorrenza, caso per caso. Come risulterà chiaro sin da un paio di decenni dopo infatti, partendo dal fondamentale assunto per cui qualsiasi contratto di natura commerciale ha di per sé carattere restrittivo⁴⁴, alcuni di questi potrebbero avere effetti neutri sulla concorrenza, o addirittura pro-competitivi. La questione relativa alla tutela della libertà contrattuale sollevata dal diritto antitrust si dimostra particolarmente delicata soprattutto osservando come, in ambiti diversi che non coinvolgono direttamente la tutela della concorrenza, la medesima libertà venga interpretata in maniera differente. Si può far menzione, ad esempio, del fatto che Rufus Peckham, ideatore della *per se rule* e criticato per l'eccessivo interventismo nella sfera della libertà individuale, fu anche il giudice che scrisse la *majority opinion* del noto caso *Lochner v. People of New York*⁴⁵, che inaugurò una stagione di ferrea avversione contro qualsivoglia intervento statale nell'ambito dei rapporti economici tra privati. Tale vicenda mette in luce un'apparente contraddizione sull'interpretazione del quinto e del quattordicesimo emendamento, dal momento che ci si può chiedere come sia possibile che la medesima Corte abbia sostenuto il cosiddetto *laissez-faire constitutionalism* dell'era *Lochner* con decisioni marcatamente pro-business come *Lochner v. People of New York* e *Adair v. United States*⁴⁶ e, contemporaneamente, decisioni anti-business in materia antitrust come i già citati *Trans-Missouri* e *Addyston Pipe*.⁴⁷

⁴³ «We think the provision regarding the liberty of the citizen is, to some extent, limited by the commerce clause of the Constitution, and that the power of Congress to regulate interstate commerce comprises the right to enact a law prohibiting the citizen from entering into those private contracts which [...] regulate to a greater or less degree commerce among the states», *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, si veda alla nota 28.

⁴⁴ Ciò costituisce un'imprescindibile base di partenza per la valutazione di accordi anticoncorrenziali, poiché risulta necessario esaminare se la restrizione in oggetto rientra nel naturale effetto esclusivo dei contratti commerciali, che per natura escludono i terzi dai benefici dell'oggetto del contratto, oppure se costituisce una restrizione non desiderata della concorrenza. Si veda sul punto T. J. Collin, *Antitrust Common Law: Restrictive Covenants and Reasonableness*, Akron Law Review, Vol 24: Iss 3, art 1 (1991), p. 1 e A. D. Neale, D. G. Goyder, *The Antitrust Laws of the USA: A Study of Competition enforced by Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980.

⁴⁵ 198 U.S. 45, 1905.

⁴⁶ 208 U.S. 161, 1908.

⁴⁷ Alla questione si è fatto riferimento anche come “*The Peckham’s Puzzle*”, in onore del giudice che scrisse le opinioni di molti dei casi citati, che si basano su interpretazioni apparentemente contraddittorie delle disposizioni costituzionali che regolano la libertà di contrarre. Si veda

Alcuna dottrina ha tuttavia osservato che le decisioni dell'era *Lochner* e quelle della Corte *Peckham* in materia antitrust fossero in realtà coerenti dal punto di vista della libertà economica.⁴⁸ Quest'ultima, se le si assegna il significato di assenza di coercizione, sarebbe in verità compatibile con le decisioni in materia di concorrenza in oggetto, posto che queste, secondo tale lettura, non erano problematiche tanto per il loro impatto sulla libertà, quanto piuttosto per l'influenza sull'*interstate commerce*.⁴⁹ È doveroso poi, in ogni caso, considerare che complice è anche il ruolo centrale della concorrenza come paradigma di regolazione sociale, per cui vi era una particolare attenzione e sensibilità verso la democrazia sul mercato. Le decisioni relative ai fattori determinanti di quest'ultimo, terreno comune di gioco per tutti i soggetti economici, dovevano rimanere impersonali, determinate democraticamente dalle mosse indipendenti di ognuno e non artificialmente per via di decisioni prese da alcuni, potenzialmente a discapito degli altri.⁵⁰ Da tal punto di vista, è stato osservato come nell'applicare la disciplina antitrust, le corti svolgessero un ruolo assimilabile a quello di "polizia" sul mercato.⁵¹

Nel 1910 poi, Edward D. White divenne *Chief Justice* della Corte Suprema. L'occasione per cambiare formalmente l'interpretazione dello Sherman Act dalla *per se rule* alla *rule of reason* si presentò subito dopo, con il caso *Standard Oil Co. v. United States*.⁵² Sebbene il risultato fu lo stesso che sarebbe stato raggiunto anche dalla Corte precedente, il percorso argomentativo con cui White dispose la disgregazione dell'impero di Rockefeller passò per la *rule of reason*, che divenne da quel momento la *law of the land* in materia di concorrenza, andando in contro alla necessità di una maggiore attenzione verso la tutela della libertà contrattuale. Secondo la Corte, per via dell'insostenibilità di una interpretazione letterale dello Sherman Act di fronte a tale esigenza, la norma avrebbe implicitamente richiesto l'adozione di uno standard di giudizio per definire caso per caso, di fronte a pratiche commerciali di natura

sul punto N. Giocoli, *Classical Competition and Freedom of Contract in American Laissez Faire Constitutionalism*, Available at SSRN: ssrn.com/abstract=2448419 or dx.doi.org/10.2139/ssrn.2448419, 2014.

⁴⁸ Si veda A. J. Meese, *Antitrust, Regulatory Arm and Economic Liberty*, 99 Iowa Law review Bulletin 115, 2014.

⁴⁹ «Peckham made it plain, however, that this restriction was not problematic because on its impact on personal liberty... [but because of] its necessary tendency to obtain a higher price that would operate as a direct restraint upon trade», cit. alla nota precedente. Secondo Meese, era fondamentale non confondere le restrizioni alla libertà personale perpetrate dalla legge, che costituirebbero costrizioni dirette, agli accordi tra privati, stipulati in libertà. Questi causano infatti restrizioni solo indirette della libertà altrui, e quindi, in sé, non sono lesivi della libertà stessa direttamente. L'architettura delle decisioni di Peckham, sostiene l'autore, è compatibile con questo assunto.

⁵⁰ Così la Corte Suprema si esprime in *Trans-Missouri*, sottolineando come i fattori del mercato dovessero essere condizionati unicamente dalle scelte impersonali di quest'ultimo piuttosto che dalle decisioni unilaterali di pochi centri di potere: «It is wholly different, however, when such changes are effected by combinations of capital whose purpose in combining is to control the production or manufacture of any particular article in the market, and by such control dictate the price at which the article shall be sold, the effect being to [...] render the public subject to the decision of the combination».

⁵¹ Così in B. Orbach, D. D. Sokol, *Antitrust Energy*, 85 S. Cal. L. Rev. 429, 2012, p. 437.

⁵² 221 U.S. 1, 1911.

restrittiva, se lo statuto fosse stato violato oppure no.⁵³ Tale canone, sebbene non fosse specificato, doveva essere “*indubbiamente*” la *rule of reason* derivante dalla common law.⁵⁴ L’idea di un attento bilanciamento tra la libertà individuale di contrarre e la tutela della concorrenza venne ribadita con forza in un caso successivo, che contribuì a differenziare ulteriormente la *rule of reason* dal precedente orientamento. In *Chicago Board of Trade v. United States*⁵⁵, un caso riguardante un accordo relativo alla contrattazione dei prezzi del grano, il governo sostenne l’illiceità della pratica appellandosi al canone della *per se rule*. La Corte tuttavia rispose mettendo in chiaro che la liceità di un accordo ai fini della tutela della concorrenza non poteva essere valutata meramente sulla base del fatto che lo stesso fosse o non fosse restrittivo. I giudici sottolinearono, infatti, come ogni accordo volto a regolare un’attività commerciale abbia in sé natura restrittiva.⁵⁶ Il test di legalità - e dunque il parametro per stabilire la ragionevolezza di un accordo - consisteva nel verificare se il *restraint of trade* in oggetto meramente regolasse la concorrenza tra le parti - senza restringerla o addirittura promuovendola - oppure se al contrario la sopprimesse.⁵⁷

Nelle loro peculiarità, *Lochner* e *Standard Oil* - così come *Chicago Board of Trade* - furono casi che segnarono una svolta rispetto al passato nelle rispettive aree del diritto, caratterizzata da una maggior riduzione dell’intervento del potere pubblico nella libertà contrattuale dei cittadini privati. In particolare, secondo una parte di dottrina, *Standard Oil* non fu altro che il frutto delle conseguenze di *Lochner* sulla disciplina antitrust, un’applicazione dei principi della *Lochner Era* alle dinamiche concorrenziali tra soggetti economici.⁵⁸ Un’interpretazione dello Sherman Act troppo fedele alla sua lettera, infatti, avrebbe violato la medesima libertà contrattuale che *Lochner* e i casi a seguire intendevano proteggere contro l’intervento pubblico. Se si adotta una chiave di lettura della *rule of reason* che tiene presente l’interpretazione lochneriana della libertà contrattuale⁵⁹, si può osservare

⁵³ «...as the contracts or acts embraced in the provision were not expressly defined [...] those classes being broad enough to embrace every conceivable contract or combination which could be made concerning trade or commerce [...] it inevitably follows that the provision necessarily called for the exercise of judgment which required that some standard should be resorted to for the purpose of determining whether the prohibitions contained in the statute had or had not in any given case been violated», *Standard Oil Co. v. United States*, si veda alla nota precedente.

⁵⁴ «Thus, not specifying but indubitably contemplating and requiring a standard, it follows that it was intended that the standard of reason which had been applied at the common law...», *Standard Oil Co. v. United States*.

⁵⁵ 246 U.S. 231, 1918.

⁵⁶ «Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence». *Chicago Board of Trade v. United States*, si veda alla nota precedente.

⁵⁷ «The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition». *Chicago Board of Trade v. United States*, si veda alla nota 44.

⁵⁸ Così per esempio in A. J. Meese, *Standard Oil as Lochner’s Trojan Horse*, Southern California Law Review, Vol. 85, No. 3, 2012 e in R. Peritz, *Competition Policy in America: 1888–1992*, Oxford University Press, 1996, secondo il quale: «The Standard Oil (1911) opinion’s Rule of Reason can be understood as closing Lochner’s circle of individual liberty [...]», pp. 56–58.

⁵⁹ È questo, ad esempio, il filo conduttore dell’analisi operata da Meese, *cit.* alla nota precedente, e di Orbach e Sokol, *cit.* alla nota 44.

come il canone inaugurato da *Standard Oil* fosse un tentativo, a fronte della formulazione molto generica dello Sherman Act, di dare al concetto di “*restraints of trade*” un significato che non comprimesse del tutto la libertà individuale di contrarre e che non rendesse troppo difficile l'evoluzione dell'attività commerciale su scala nazionale.⁶⁰ Attraverso il canone della *rule of reason*, applicata sia agli accordi orizzontali sia alle pratiche monopolistiche, la tutela della concorrenza si concretizzò dunque nella ricerca del corretto bilanciamento tra l'applicazione del principio della libertà contrattuale e il divieto di pratiche e accordi costituenti un utilizzo abusivo di tale libertà.⁶¹ Quest'ultima infatti, a seconda delle sue manifestazioni, si può porre sia come un fondamentale contrappeso per limitare la crescita dei monopoli e la nascita di intese orizzontali dannose, sia, al contrario, come base su cui far leva per giustificare il diritto di porre in essere queste pratiche.

4. Gli sviluppi recenti e l'influenza della dottrina economica

La progressiva affermazione della *rule of reason* anche con riguardo alle condotte monopolistiche e agli accordi verticali, in un processo graduale che arriva fino agli anni Settanta,⁶² si è accompagnata ad un progressivo allargamento della sfera di libertà concessa ai soggetti coinvolti nei procedimenti antitrust. Tuttavia, in linea di massima, è possibile affermare che fino agli anni Settanta la Corte Suprema interpretò tale disciplina con l'obiettivo di tutelare maggiormente le vittime del potere di mercato.⁶³ In tale ottica, sino a quel periodo, l'*enforcement* antitrust da parte del potere giudiziario si basava, tendenzialmente, su una tutela in senso positivo della libertà economica e sulla protezione del diritto dei soggetti più piccoli di svolgere la propria attività liberi dai vincoli del potere di mercato altrui. Infatti, sebbene il passaggio dalla *per se rule* alla *rule of reason* rappresentò - come spiegato sopra - un momento significativo nel contesto della *Lochner Era*, tali canoni, anche sulla base dell'utilizzo prudente che la Corte Suprema fece della *rule of reason*, si possono vedere come un unico e continuo sforzo di definire - in un contesto molto dinamico - nuovi limiti per il potere di mercato.⁶⁴ Esiste infatti un importante filo conduttore che accomuna i due canoni interpretativi, almeno fino a qualche decennio dopo *Standard Oil*: sia in *Trans-Missouri* che in *Chicago Board of Trade*, ad esempio, l'intento della Corte fu infatti quello di tutelare la libertà economica dei piccoli produttori e imprenditori, contro gli effetti coercitivi degli accordi e delle pratiche

⁶⁰ Ciò si evince anche dalle parole utilizzate dalla Corte Suprema in alcuni casi successivi a *Standard Oil*. In *United States v. American Tobacco Co.*, i giudici argomentarono che «[The Standard Oil Court exercised] the duty to interpret which inevitably arose from the general character of the term —restraint of trade— [that] required that the words restraint of trade should be given a meaning which would not destroy the individual right to contract and render difficult if not impossible any movement of trade in the channels of interstate commerce».

⁶¹ Sul punto si veda sempre Meese, *cit.*, alla nota 50, pp. 788 – 789.

⁶² Il caso *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36, del 1977, sancisce l'affermazione della *rule of reason* come regola generale di giudizio anche per gli accordi verticali.

⁶³ Sul punto si veda E. Fox, L. A. Sullivan, *Antitrust, Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going to?*, in 61 New York University Law Review 936, 1987, p. 954.

⁶⁴ Così in Amato, *cit.*, pp. 12-13.

poste in essere dai soggetti dotati di maggior potere di mercato.

Attorno alla metà degli anni Settanta, tuttavia, con il primo anno della Corte Burger, questa tendenza si arrestò e si aprì una nuova stagione, che vide un cambio di concezione del rapporto tra diritto antitrust e libertà contrattuale.⁶⁵ Con il caso *Sylvania*⁶⁶, ad esempio, la Corte Suprema applicò la *rule of reason* permettendo ad un grande distributore di siglare accordi con i quali veniva limitata la libertà dei rivenditori di commerciare liberamente i suoi prodotti - con riguardo all'area geografica e al prezzo - qualora fossero dimostrati effetti pro-competitivi per il marchio del produttore. Se fino ad allora la Corte Suprema, nell'applicare il diritto della concorrenza, enfatizzò la libertà dei piccoli imprenditori di commerciare nei luoghi e ai prezzi che preferivano e la concorrenza intesa come massima decentralizzazione delle decisioni del mercato, da questo periodo la maggioranza dei giudici iniziò a porre l'accento sull'efficienza e sulla libertà delle transazioni commerciali.⁶⁷ Da questo punto di vista, il caso *Sylvania* si pone come un importante *game changer*, che ha segnato il passaggio dall'enfasi sulla libertà e la competizione tra i molti attori all'enfasi sull'impatto delle condotte in termini di efficienza.⁶⁸ Tale sentenza sancì, in particolare, la transizione da una specifica *rule of reason* ad un'altra, diversa dalla prima sulla base dell'obiettivo che assegnava al diritto della concorrenza: non più la rivalità tra attori indipendenti, ma l'efficienza delle condotte.⁶⁹ Iniziò a divenire dominante l'idea secondo cui tutti i soggetti economici dovessero essere lasciati “*liberi di far ciò che desiderano*”, poiché la libertà contrattuale - intesa, questa volta, in senso negativo - e un maggior astensionismo dei pubblici poteri permettevano di massimizzare l'efficienza del mercato, intesa in termini allocativi.⁷⁰

Le decisioni degli anni Settanta sancirono l'adesione della Corte Suprema al pensiero della *Chicago School of Antitrust Analysis*⁷¹, che a partire da quel periodo ebbe una grande influenza sul diritto antitrust, condizionandone l'interpretazione da parte del potere giudiziario. La Scuola di Chicago del diritto antitrust si fece portatrice di un'interpretazione di tale branca della legge basata su una prospettiva

⁶⁵ E. Fox, L. A. Sullivan, *cit.* alla nota 57, p. 954.

⁶⁶ *Continental Television v. GTE Sylvania*, si veda alla nota 56. Oltre a questo, si vedano anche i casi *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.*, 411 U.S. 1 (1979); *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978); *National Soc'y of Professional Eng'rs v. United States*, 435 U.S. 679, 1978.

⁶⁷ Si veda E. M. Fox, *Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, *cit.* alla nota 28: «In a 1977 opinion, the Supreme Court said that market impact must control antitrust decisions. Market impact was assessed in terms of efficiency. In addition, majority opinions by some members of the Court began to reveal a strong undercurrent that business should be left presumptively free to do what it wishes», p. 1152.

⁶⁸ Si veda per un'analisi critica S. Martin, J. T. Scott, *GTE Sylvania and Interbrand Competition as the Primary Concern of Antitrust Law*, *Review of Industrial Organization* 52, 2017, pp. 217 - 233.

⁶⁹ S. Martin, J. T. Scott, *cit.* alla nota precedente, p. 230.

⁷⁰ Sul punto sempre E. M. Fox, *cit.* alla nota precedente.

⁷¹ Tra i testi di riferimento della *Chicago School of Antitrust Analysis* si veda R. A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925, 1978 e R. H. Bork, *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*, Free Press, New York, 1978.

individualista e intrisa di elementi di economia neo-classica.⁷² Secondo tale pensiero, il diritto antitrust non doveva garantire la concorrenza e la libertà dei piccoli imprenditori, quanto piuttosto il benessere del consumatore. Tale concetto era fortemente legato al raggiungimento di uno stato di efficienza sul mercato, intesa come efficienza allocativa in termini paretiani, tale per cui ad una data distribuzione delle risorse, nessuna scelta volontaria o intervento esterno avrebbe potuto migliorare la posizione di qualcuno senza peggiorare la condizione di qualcun altro.⁷³ Il diritto antitrust, in altre parole, dovrebbe tendere a generare una situazione in cui le risorse economiche sono allocate nella maniera più efficiente tale da soddisfare i bisogni dei consumatori, dato uno specifico stato di avanzamento tecnologico.⁷⁴ Questo concetto di concorrenza intesa come uno stato delle cose pienamente efficiente, in cui il benessere del consumatore non può essere migliorato per mezzo dell'intervento dei giudici⁷⁵, portò con sé alcune fondamentali conseguenze. A guidare l'applicazione del diritto antitrust divenne non più la tutela in senso positivo della libertà contrattuale dei piccoli imprenditori, bensì un approccio più conservatore volto a tutelare la *business freedom* in senso negativo dei soggetti economici, considerata essenziale per massimizzare l'efficienza e per garantire un mercato libero da interventi del potere pubblico.⁷⁶ È con la fine degli anni Settanta che il diritto della concorrenza, forte degli impulsi politici provenienti da amministrazioni – *in primis* quella di Reagan – e scuole economiche conservatrici, si aprì ai principi del *laissez-faire*. La Corte iniziò dunque a garantire in via primaria la libertà contrattuale e l'autonomia delle imprese di stipulare, con poche limitazioni, transazioni e accordi commerciali secondo le proprie preferenze, anche se queste andavano a discapito dei concorrenti o dei soggetti economici più deboli.⁷⁷

⁷² Il fondatore di tale pensiero fu il professor Aaron Director. Si veda per un riferimento Si veda a riguardo A. Director, E. H. Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, 51 Nw. U.L. Rev. 281, 1956, sebbene Director espone le sue idee soprattutto oralmente.

⁷³ Bork, ad esempio, insistette che l'obiettivo del diritto antitrust dovesse essere quello di raggiungere uno stato di efficienza paretiana sul mercato. L'autore ridefinisce il concetto di concorrenza in sé come efficienza paretiana: «Competition may be read as a shorthand expression, a term of art, designating any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by moving to an alternative state of affairs through judicial decree», *cit.*, p. 61. Si veda sul tema W. Adams, J. W. Brock, N. P. Obst, *Pareto Optimality and Antitrust Policy: The Old Chicago Policy and the New Learning*, 58 S. ECON. J. 1, 1991.

⁷⁴ Sul punto si veda Bork, *cit.* Così l'autore si esprime: «Consumer welfare is the greatest when society's economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit», p. 90.

⁷⁵ Questo il significato del concetto di concorrenza secondo Bork, si veda alla nota 65.

⁷⁶ Sul punto E. M. Fox, *cit.*: «[business freedom was to be protected] on the theory that business freedom tends to maximize efficiency or on the theory that greater private business freedom is crucial to a free society». p. 1152.

⁷⁷ Ciò riguardò tutti i fenomeni interessati dal diritto della concorrenza, ad iniziare dagli accordi verticali (*Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 7171, 1988), accordi di fissazione di prezzi minimi di rivendita (*Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.*, 2007) sino alle condotte unilaterali di monopolizzazione e di vendita sotto costo (*Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 1993). L'unica eccezione rimase il caso di accordi orizzontali di fissazione dei prezzi: a questa tipologia di accordi si continuò – e ancora si continua – ad applicare la *per se rule of illegality* (si veda il caso *United States v. Airline Tariff Publishing Co.* 836 F. Supp. 9, D.C.C., 1993).

Verso la fine del XX secolo infatti, anche per effetto dell'influenza del vigoroso conservatore Antonin Scalia – nominato giudice della Corte Suprema da Reagan nel 1986 – la *rule of reason* veniva interpretata in maniera piuttosto conservatrice. Lo spazio di libertà concesso alle imprese dotate di potere di mercato, anche con riguardo alla fissazione dei prezzi, venne sempre più ampliato. Nel caso *Sharp*⁷⁸ ad esempio, riguardante un accordo verticale, un produttore impose una determinata politica di prezzo a tutti i suoi rivenditori, non permettendo a questi di farsi concorrenza e di decidere autonomamente le condizioni di vendita. Scalia, per la maggioranza della Corte, ritenne che il produttore avesse il potere di imporre tali restrizioni della concorrenza e della libertà contrattuale dei propri rivenditori, posto che non si trattava tecnicamente di un accordo orizzontale sui prezzi, figura invece ritenuta ancora illecita *per se*. Come fecero notare i *justices* White e Stevens nella loro *dissenting opinion*, il ragionamento di Scalia, che si limitò a rilevare l'assenza di un accordo orizzontale senza dimostrare che l'eliminazione di un distributore comportasse vantaggi in termini di efficienza concorrenziale per il marchio – si parlò solo di “*plausible purpose*” – sancì una vera e propria presunzione di legalità degli accordi verticali secondo la *rule of reason*.⁷⁹ Secondo i due giudici, la *rule of reason* si era allontanata di molto dal suo significato originale, secondo il quale i “*naked restraints*” come quello in oggetto sarebbero stati ritenuti illeciti, poiché abusivi della libertà economica e oppressivi della concorrenza. Il punto fondamentale di questa nuova stagione dell'antitrust è che il contenuto restrittivo di un accordo, anche se “*naked*”, può essere bilanciato da efficienze o da effetti virtuosi per la concorrenza su altri versanti – le cosiddette “*redeeming virtues*”. Con riguardo alla fissazione di prezzi di rivendita o agli accordi verticali in generale, queste ultime possono ad esempio riguardare l'aumento della quantità o della qualità dell'offerta finale, con effetti procompetitivi per il marchio.⁸⁰ Il nuovo approccio alla tutela della libertà di contrarre che caratterizza questa stagione del diritto antitrust, naturalmente, ha significato un forte distanziamento dagli intenti originali del Congresso nell'elaborare la disciplina sulla concorrenza. Se l'intento dei padri dello Sherman Act⁸¹ – nonché della Corte Suprema⁸², fino ad un certo punto – fu quello di tutelare la libertà e l'indipendenza delle piccole imprese senza potere di mercato, nella fase più contemporanea si è cercato di tutelare maggiormente l'autonomia e la libertà

⁷⁸ *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 7171, 1988.

⁷⁹ «The “plausible purpose” posited by the majority as its sole justification for this mischaracterized “non price vertical restriction” is inconsistent with the legislative judgment that underlies the Sherman Act itself», 485 U.S. 7171, 1988.

⁸⁰ Sui possibili effetti positivi degli accordi verticali per la concorrenza *inter-brand* si veda l'opinione della Corte nel caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 2007.

⁸¹ Per una panoramica si veda W. Troesken, *The Letters of John Sherman and the Origin of Antitrust*, in *The Review of Austrian Economics* 15, 2002, e il già citato Millon, *The Sherman Act and the Balance of Power*, si veda alla nota 18.

⁸² Esemplificativa è l'affermazione della Corte nel caso *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294: «...we cannot fail to recognize Congress' desire to protect competition through the protection of viable, small, locally owned businesses. [...] It resolved this in favor of decentralization. We must give effect to that decision».

delle imprese in posizione dominante, a discapito – come spesso sottolineato soprattutto dai critici di tale scuola – delle opportunità e della libertà di competere per le imprese più piccole.⁸³

È doveroso tuttavia ricordare che sebbene la *rule of reason* crebbe di molto la sua rilevanza con riguardo a numerosi fenomeni riguardanti la concorrenza, la *per se rule* non è scomparsa. La regola infatti costituisce ancora il canone da applicare alle pratiche anticoncorrenziali considerate più pericolose e in sé negative, ossia in particolare i cartelli sui prezzi e fenomeni quali il *bid rigging* (turbativa d'asta) e i *tying arrangements* da parte delle imprese con alto potere di mercato.⁸⁴

Più di recente, la Corte Suprema si è espressa confermando l'impianto secondo cui la *rule of reason* è la regola da utilizzare per quasi tutte le restrizioni di natura verticale, analizzando in particolare condotte quali la fissazione di prezzi minimi di rivendita⁸⁵ e il *predatory buying*⁸⁶, ossia il tentativo di monopsonio, ponendo l'accento sugli effetti virtuosi per la concorrenza *inter-brand* e per il consumatore che tali condotte, pur in sé restrittive, possono generare. Inoltre, ciò vale in buona parte anche per gli accordi orizzontali, ad eccezione di quelli “*naked*” quali i cartelli sui prezzi, trattati, come già menzionato, in maniera più rigida.⁸⁷ In genere, e a differenza con il passato, secondo gli orientamenti più recenti il diritto antitrust non pone restrizioni generali agli accordi mirati a regolamentare, anche in modo restrittivo, la propria attività, sia in senso verticale ma anche orizzontale,⁸⁸ focalizzando invece la propria analisi sulla produzione o meno di efficienze o di effetti virtuosi per i consumatori.⁸⁹

Alla luce di quanto visto, si profila dunque un contrasto tra efficienza dei mercati – intesa nel senso allocativo che si è visto – e tutela della concorrenza a protezione dei soggetti più piccoli dalle manifestazioni del potere economico.⁹⁰ Allo stesso modo, si profila una contrapposizione tra un'idea di concorrenza intesa come garanzia di un processo decisionale del mercato dinamico e democratico, e un'idea di concorrenza intesa come efficienza allocativa, che permette ai più forti e meritevoli di affermarsi a discapito della sorte dei più piccoli. A fronteggiarsi sono

⁸³ Sul punto ad esempio Fox, *cit.*: «Increased autonomy could mean preference for freedom of firms with power, at the expense of competitive opportunity for firms without power», pp. 1167 – 1168.

⁸⁴ Si veda Meese, *cit.* alla nota 48, p. 133.

⁸⁵ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, *cit.* alla nota 78.

⁸⁶ *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 2007.

⁸⁷ Già Robert Bork scrisse di come ai cartelli orizzontali “*naked*” andasse riservato un trattamento severo poiché incapaci di generare efficienze, a differenza di molte altre pratiche verticali ma anche orizzontali che invece producevano effetti virtuosi in questi termini. Si veda Bork, *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*, *cit.*, alla nota 69, pp. 383 – 384 e 397 – 405.

⁸⁸ Si veda per esempio *California Dental Ass'n v. Federal Trade Commission*, 526 U.S.756, 1999.

⁸⁹ Sul punto Meese, *cit.* alla nota 48, p. 133-135.

⁹⁰ In quest'ultimo caso, è pur sempre possibile parlare di efficienza, facendo riferimento tuttavia a un concetto di efficienza economica che si riferisce alla concorrenza come un processo dinamico, ossia alla creazione di un ambiente che incentivi una continua e sana rivalità tra i soggetti sul mercato. Sul punto si veda Fox, *cit.*, p. 1169, dove si parla di «conception of efficiency as the traditional notion of competition as process», la quale si riferisce ad un «environment that is conducive to vigorous rivalry and in turn (it is assumed), to efficiency and progressiveness».

inoltre due visioni differenti dell'intervento dei poteri pubblici nel mercato⁹¹ e due sistemi diversi di tutelare la libertà contrattuale dei soggetti economici, da una parte in senso positivo, dall'altra in senso negativo. Come è stato sottolineato, la libertà e l'efficienza sono entrambi interessi a cui mira il diritto antitrust, che tuttavia possono trovarsi in un rapporto non solo di mutuo supporto, ma anche di contrasto a seconda delle circostanze, per cui la sintesi tra questi due interessi risulta spesso un compito assai difficile per la disciplina della concorrenza.⁹²

Se la Scuola di Chicago del diritto antitrust, denominata anche *New Chicago School of American Antitrust*⁹³, si sviluppa – nella seconda metà del XX Secolo – per mezzo di alcuni giuristi a partire dalle teorie della Scuola economica di Chicago, è tuttavia interessante esaminare come il pensiero di molti economisti appartenenti a tale corrente, in tema di regolamentazione della concorrenza, sia diverso da quello elaborato successivamente da Robert Bork e i suoi colleghi. I primi, sostenitori del libertarianismo e ostili all'intervento dei governi nell'economia, ritenevano che tutte le concentrazioni di potere fossero dannose per la società, non solo il potere pubblico ma anche quello privato, che possiede lo stesso potenziale negativo per la libertà.⁹⁴ Sarebbe dunque un errore associare un sistema politico improntato sul libertarianismo e sul *laissez-faire* in economia con un approccio astensionista in materia antitrust da parte delle corti e del legislatore.⁹⁵ Al contrario, il *laissez-faire* in economia richiederebbe una disciplina antitrust che definisca positivamente la regolamentazione della concorrenza e la tutela della libertà contrattuale degli attori, come elemento di contrasto alla crescita del potere economico privato.⁹⁶ George Stigler, noto economista della Scuola di Chicago, sosteneva la necessità che il diritto della concorrenza garantisca il decentramento del potere di mercato, come conseguenza di una politica economica libertaria e conservatrice.⁹⁷ Frank Knight, il fondatore della Scuola di Chicago nonché una delle maggiori figure del liberalismo classico in economia, argomentò come fosse un errore confondere il concetto di libertà con una forma di concorrenza completamente libera e senza vincoli, ottenuta dall'assenza di limitazioni alla

⁹¹ Anche nell'ambito del diritto antitrust infatti, un notevole condizionamento deriva dalla filosofia politica adottata dai decisori con riguardo al rapporto tra poteri pubblici e poteri privati e, in generale, tra Stato ed economia. Si veda sul punto, con riguardo alle influenze nella sfera del diritto antitrust, Fox, *cit.*, pp. 1156 – 1157.

⁹² Si veda K. G. Elzinga, *The Goals of Antitrust: Other than Competition and Efficiency, What Else Counts?*, in 125 *University of Pennsylvania Law Review* 1191, 1977, pp. 1200 – 1202.

⁹³ Si veda ad esempio W. Adams, J. W. Brock, N. P. Obst, *Pareto Optimality and Antitrust Policy: The Old Chicago Policy and the New Learning*, *cit.* alla nota 65.

⁹⁴ Secondo Henry C. Simons, un noto economista sostenitore della Scuola di Chicago nella prima metà del XX Secolo, il potere economico privato «possess tremendous power for exploiting the community at large and even for sabotaging the system». Si veda H. C. Simons, *Economic Policy for a Free Society*, University of Chicago Press, 1948, p. 43.

⁹⁵ Così sempre in Simons, *cit.* alla nota precedente: «The representation of laissez-faire as a merely do-nothing policy is unfortunate and misleading».

⁹⁶ Simons, *cit.* alla nota 78.

⁹⁷ Per una panoramica sul pensiero degli economisti della Scuola di Chicago in materia di concorrenza si veda W. Adams, J. W. Brock, N. P. Obst, *cit.* alla nota 65, pp. 1 – 4. Si veda sul punto G. Stigler, *The Case Against Big Business*, *Fortune*, 1952, pp. 164 – 166.

libertà contrattuale dei soggetti economici.⁹⁸ In una situazione di totale libertà infatti, la natura umana porta gli individui a combinarsi piuttosto che a competere: la strada, dunque, è quella dei monopoli e del potere economico sempre più concentrato, il quale non è meno pericoloso del potere pubblico. In un mercato in cui la concorrenza è regolata in senso negativo e l'intervento è minimo, la stessa libertà economica che si vuole tutelare si trasforma in libertà di utilizzare il potere di mercato senza interferenze o limitazioni, e la libertà di competere si trasforma in libertà di organizzarsi per eliminare la concorrenza.⁹⁹

Ecco dunque che un intervento in materia antitrust volto a garantire la decentralizzazione e a limitare fermamente l'abuso della libertà contrattuale da parte dei soggetti economici più grandi si dimostra in sintonia con il *laissez-faire* come filosofia politica ed economica, che pone alla base la lotta a tutte le forme di potere che limitano la libertà degli individui.¹⁰⁰ Ciò, a ben vedere, senza sollevare questioni di coerenza circa l'interpretazione del principio della libertà di contrarre protetto dalla Costituzione. Da questo punto di vista, una prospettiva giuridica è stata offerta proponendo un approccio costituzionale al diritto antitrust¹⁰¹, secondo cui lo Sherman Act rispecchierebbe i limiti posti dalla Costituzione alla regolamentazione pubblica, con riferimento però all'attività dei privati. Il diritto antitrust dovrebbe dunque occuparsi di tutelare la libertà economica impedendo comportamenti, da parte delle imprese, che abbiano effetti di regolazione del mercato, riproducendo *de facto* l'attività del regolatore pubblico e privando i soggetti regolati della propria libertà senza un giusto processo. Ciò si basa sull'idea secondo cui il potere privato può produrre gli stessi effetti nocivi alla libertà contrattuale del potere pubblico, e come quest'ultimo va dunque limitato. In tal senso, lo Sherman Act svolgerebbe, per i privati, lo stesso ruolo che la Costituzione svolge per i pubblici poteri.

5. Conclusione

Quest'ultima analisi apre la via ad alcune considerazioni finali sul ruolo che il diritto della concorrenza ricopre nell'impianto costituzionale statunitense. Ciò, come si è visto, dipende fortemente da come viene incorporata la libertà economica all'interno della disciplina antitrust. Una tutela diretta esclusivamente

⁹⁸ Si veda F. Knight, *The Ethics of Competition and Other Essays*, Harper & Brothers, 1935, p. 52: «No error is more egregious than that of confounding freedom with free competition, as is not infrequently done [...] Under freedom all that would stand in the way of a universal drift toward monopoly is the fortunate limitations of human nature».

⁹⁹ Così si esprime infatti l'autore: «Economic freedom means freedom to use economic power without political interference or restraint [...] Freedom to compete means freedom to organize to eliminate competition», *cit.*, p. 292. Secondo Knight dunque, è necessario un intervento che limiti la natura umana di tendere verso forme di collaborazione anticoncorrenziale.

¹⁰⁰ Così in H. C. Simons, *Economic Policy for a Free Society*, University of Chicago Press, 1948, p. 23: «No one may be trusted with much power – no leader, no faction, no party, no class, no majority, no government, no church, no corporation, no trade association, no labor union [...] no large organization of any kind».

¹⁰¹ Si veda sul punto T. B. Nachbar, *The Antitrust Constitution*, 99 *Iowa Law Review* 57, 2013.

all'efficienza e alla libertà contrattuale nella sua accezione negativa, tuttavia, trova opposizione su diversi versanti, a partire dal testo dello Sherman Act, sino al linguaggio utilizzato per lungo tempo dal legislatore e dalla Corte Suprema per dare forma alla disciplina della concorrenza.¹⁰² Justice Oliver Wendell Holmes sottolineò come il termine “concorrenza” non appaia mai nella prima o nella seconda sezione dello Sherman Act¹⁰³, né tantomeno appare il termine “efficienza”. Il padre dello statuto, il Senatore John Sherman, definì la legge “*a bill of rights and a charter of liberties*”¹⁰⁴, e la Corte Suprema definì il diritto antitrust, e lo Sherman Act in particolare, niente di meno che la “Magna Carta della libera impresa”, tanto importante per la tutela della libertà economica quanto lo è il *Bill of Rights* per la tutela dei diritti fondamentali. Soprattutto, la Corte Suprema ha più volte specificato che tale libertà economica avesse il compito di garantire a tutti gli imprenditori – “*no matter how small*” – la piena libertà di competere sul mercato.¹⁰⁵ Come si è visto, un diritto della concorrenza concepito come una fonte di tutela in senso positivo della libertà e dell'uguaglianza tra gli operatori del mercato non si pone necessariamente in contrasto con politiche economiche che si oppongono all'intervento dei poteri pubblici in economia. Indubbiamente tuttavia, esiste pur sempre la necessità, da parte dei decisori, di operare un continuo bilanciamento che non permetta, a un diritto della concorrenza così delineato, di giustificare intrusioni eccessive nella libertà contrattuale degli individui. Sotto questo punto di vista, anche in virtù dei rapidi cambiamenti che l'economia – ormai globalizzata – sta vivendo, si aprono sfide complesse e imprevedute per la *rule of reason*¹⁰⁶. Risulta comunque fondamentale, per non perdere la consapevolezza circa l'importanza ricoperta dal diritto della concorrenza per la tutela delle libertà economiche degli individui, tenere bene a mente a quale scopo esso fu concepito dai suoi padri alla fine del XIX Secolo e quali furono le sfide che il principio della libertà contrattuale pose di fronte alle corti nel corso della sua evoluzione.

¹⁰² Si veda sul punto T. B. Nachbar, *The Antitrust Constitution*, 99 Iowa Law Review 57, 2013.

¹⁰³ «The act says nothing about competition. I stick to the exact words used. The words hit two classes of cases, and only two - contracts in restraint of trade and combinations or conspiracies in restraint of trade - and we have to consider that». *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 1904.

¹⁰⁴ Si veda 21 Cong. Rec. 2461, 1890.

¹⁰⁵ «Antitrust laws in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms. And the freedom guaranteed each and every business, no matter how small, is the freedom to compete». *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 610, 1972.

¹⁰⁶ Per una panoramica dei problemi e delle sfide che pone la *rule of reason* nel contesto attuale, si veda M. E. Stucke, *Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law?* University of California Davis Law Review, Vol. 42, No. 5, 2009.