

MARIATERESA MAGGIOLINO E GIOVANNI TUZET

## Modelli economici e diritto antitrust

### ABSTRACT

The present paper focuses on the several features of the relationship between economic models and antitrust law, given the significant use of models in such legal context and, in particular, the role they play in the interpretation of antitrust law materials. The Microsoft case is discussed as a significant example. Then, to assess the use of those models, the paper takes into consideration the hypothesis that they are a kind of fiction, and claims in fact that the expression «economic models» refers to a variety of intellectual constructions some of which (but not all) are fictions. Therefore the paper contends that, to assess the legal use of an economic model, and in antitrust law in particular, it is important to understand what kind of model it is: namely, whether it is a fiction, or a presumption, or a simplification, or an idealization, or else.

### KEYWORDS

Antitrust Law; Economic Analysis of Law; Economic Models; Fictions; Presumptions.

### 1. INTRODUZIONE

Coloro che si occupano di diritto antitrust – siano questi *policy makers*, autorità amministrative indipendenti, giudici, avvocati o studiosi – non discutono frequentemente dello statuto dei modelli economici: capita cioè assai di rado che costoro si chiedano se tali modelli siano finzioni, presunzioni, astrazioni, semplificazioni, idealizzazioni o altro ancora. Al più, coloro che si accostano a questa materia dopo aver svolto studi economici tendono a concepire i modelli alla stregua di teoremi, vale a dire come costrutti che si articolano in ipotesi, tesi e dimostrazioni e che, per giunta, vantano uno o più autori.

Malgrado questa stentata consapevolezza, è comunque ai modelli economici che i cultori del diritto della concorrenza ricorrono quando individuano i beni giuridici che la disciplina dovrebbe tutelare, quando interpretano le vigenti disposizioni normative e, financo, quando apprezzano il valore degli elementi di prova prodotti nel corso dei procedimenti antitrust o stabiliscono la plausibilità delle spiegazioni elaborate circa i fatti oggetto di questi procedimenti. Del resto se, più o meno coscientemente, si attribuisce credito all'idea secondo la quale i

modelli economici offrirebbero le migliori descrizioni e spiegazioni possibili dei fenomeni – «empirici», secondo l'economia – che il diritto antitrust vorrebbe regolamentare, allora non si può che voler guardare a detti modelli per comprendere che cosa proteggere, per stabilire come intendere le disposizioni normative affinché tale protezione si rivelì efficace, nonché per determinare che cosa sia effettivamente accaduto nella realtà sottoposta a scrutinio<sup>1</sup>.

Di conseguenza, nel presente scritto proviamo dapprima a soffermarci su questi diversi profili del rapporto tra modelli economici e diritto antitrust, per poi discutere dell'ipotesi (avanzata nella letteratura recente) che i modelli economici siano un tipo di finzioni. In tal modo, arriveremo a sostenere che, allo stato, l'espressione «modelli economici» non viene riferita a elaborazioni intellettuali omogenee fra loro, ma piuttosto a un insieme variegato di cose alcune delle quali, a differenza di altre, si rivelano essere un tipo di finzioni. Perciò sosterremo che ogniqualvolta viene richiamato un modello economico in ambito giuridico è importante comprendere di che cosa si tratti dato che, a seconda dell'entità in questione (finzione, presunzione, semplificazione, altro), cambiano le domande critiche da porre a suo riguardo e cambiano i criteri valutativi con cui giudicarne. E tale interesse per lo statuto dei modelli dovrebbe essere sollecitato soprattutto quando ci si confronta con una disciplina – quale il diritto antitrust, per l'appunto – che fa un uso pervasivo e determinante di detti modelli economici.

## 2. MODELLI ECONOMICI E BENI GIURIDICI OGGETTO DELLA TUTELA ANTITRUST

Le disposizioni normative che costituiscono il corpo centrale del diritto antitrust statunitense, europeo e nazionale sono assai flessibili e malleabili, per non dire lasche<sup>2</sup>. Soprattutto, per quanto qui più interessa, nessuna di loro specifica quali siano i beni giuridici che il diritto antitrust dovrebbe tutelare. Di conseguenza, nel corso degli anni questa disciplina è stata impiegata per perseguire gli obiettivi più disparati: ad esempio, per impedire che le imprese di maggiori dimensioni escludessero dal mercato i propri concorrenti, a svantaggio peraltro del pluralismo economico-politico, oppure per consentire una più equa ridistribuzione del reddito tra imprenditori e consumatori, nonché per meglio tutelare la correttezza e la lealtà delle transazioni commerciali<sup>3</sup>.

1. Chiaramente, poi, il radicamento nel pensiero economico di queste considerazioni fa sì che anche i rimedi antitrust (i quali, nondimeno, non formano oggetto del presente scritto) siano ritagliati sulla scorta di quanto suggerito dai modelli economici.

2. Qui il riferimento va alle sezioni 1 e 2 dello *Sherman Act*, agli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché agli articoli 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 – disposizioni che disciplinano le intese restrittive della concorrenza e, in buona sostanza, i comportamenti delle imprese in posizione dominante.

3. Cfr. M. Motta, 2004.

Nel corso di questo annoso dibattito, i modelli economici hanno giocato un ruolo determinante soprattutto a partire dagli anni Settanta<sup>4</sup>, ossia da quando la scuola di Chicago ha chiesto al diritto antitrust di eleggere *efficienza e benessere economico* a obiettivi del proprio intervento<sup>5</sup>.

A voler essere sintetici l'argomentazione chicaghiana, per come poi sviluppatisi e affinatisi nel tempo, può essere così resa: giacché, allo stato, l'economia è la scienza (sociale) che meglio descrive e spiega l'interazione tra agenti economici nel mercato, lasciamo che siano i modelli economici a stabilire, innanzitutto, che cosa debba considerarsi degno di tutela. Vero è che i modelli economici non sono capaci di individuare in modo univoco e definitivo in che cosa consista il gioco competitivo<sup>6</sup>. Nondimeno, esiste un modello che, anziché soffermarsi sulla rivalità tra agenti economici, stabilisce in quale stato del mondo la concorrenza può dirsi *perfetta* e illustra, di conseguenza, i tanti benefici che a

4. Oltreoceano si è anche osservato come il pensiero economico abbia da sempre influenzato il diritto antitrust e che, dunque, la differenza tra quanto si afferma attualmente e quanto poteva dirsi valido in passato sarebbe da attribuirsi alle evoluzioni della teoria economica. Cfr. J. May, 1989, 283-8. D'altro canto, però, non si può negare che soprattutto dagli anni Settanta negli Stati uniti e dagli anni Novanta nell'Unione europea il mondo antitrust abbia fatto un ricorso sempre più assiduo e frequente ai modelli economici in occasione e a causa, rispettivamente, dell'avvento della scuola di Chicago e del processo di c.d. modernizzazione del diritto antitrust comunitario. In materia si rinvia a T. J. Muris, 1997; M. S. Jacobs, 1996; R. A. Posner, 1976; P. Buccirossi, 2008, IX, XI-II; J. B. Baker, 1989, 645-6; H. Hovenkamp, 1985, 220.

5. Nel testo si sono utilizzati i termini «efficienza» e «benessere economico» in modo volutamente generico. A volere essere più precisi, infatti, si dovrebbe ricordare che esistono almeno tre diverse forme di efficienza: dall'*efficienza statica* che si raggiunge quando il prezzo di mercato di un prodotto egualgia il suo costo marginale, all'*efficienza produttiva* che si realizza quando le imprese impiegano i fattori produttivi al minor costo possibile, all'*efficienza dinamica* che si consegue allorché si garantisce lo sviluppo e la diffusione dell'innovazione nel tempo. Analogamente, esistono almeno due tipi di benessere economico: il *benessere dei consumatori*, il quale si ottiene sommando la differenza, idealmente individuata per ciascun consumatore, tra il prezzo che questi sarebbe disposto a pagare per il prodotto/servizio acquistato e il prezzo effettivamente corrisposto per quel bene; e il *benessere totale*, il quale invece si ottiene aggiungendo al benessere dei consumatori quello delle imprese, pari a sua volta alla differenza, idealmente individuata per ogni impresa, tra il prezzo richiesto per un bene/servizio e il costo sostenuto per produrlo. Ebbe-ne, proprio queste diversità hanno ovviamente alimentato il dibattito circa quali forme di efficienza e benessere economico il diritto antitrust dovesse tutelare. Nondimeno, giacché questo grado di dettaglio non modifica il ruolo che i modelli economici svolgono nell'indicare gli obiettivi di *policy* che il diritto della concorrenza dovrebbe perseguire, in quanto tutti i menzionati tipi di efficienza e di benessere sono frutto immediato di specifici modelli, ci si permette di rinviare a M. Maggiolino, 2011 per la tutela dell'efficienza dinamica in luogo, o in aggiunta, alla protezione delle sole efficienza statica e produttiva, nonché a L. Kaplow, 2012 per la differenza tra tutela del benessere dei consumatori e benessere totale.

6. Ad esempio, sono tanti e diversi i modelli e le teorie economiche che descrivono il processo concorrenziale e, in particolare, il cambiamento, l'innovazione e il progresso. Per una rapida spiegazione delle diverse teorie si veda J. Ellig, 2001.

detto «equilibrio di concorrenza perfetta» possono associarsi<sup>7</sup>. Pertanto, vi è ragione di chiedere al diritto antitrust di prevenire le condotte imprenditoriali<sup>8</sup> che allontanano i mercati da quello stato del mondo. Più tecnicamente, siccome efficienza e benessere economico sono le variabili che decrescono quando un mercato si allontana dall'equilibrio di concorrenza perfetta<sup>9</sup>, al diritto antitrust si deve chiedere di eleggere efficienza e benessere economico a beni giuridici degni di tutela e, così, di prevenire le condotte imprenditoriali che incidono negativamente su tali variabili<sup>10</sup>. Di conseguenza, sebbene i mercati reali non possano quasi mai aspirare a raggiungere lo stato di concorrenza perfetta, e posto che – per scelta – il diritto antitrust non vuole agire per riprodurre le ipotesi del modello di concorrenza perfetta, ossia per ricreare le condizioni date le quali i mercati reali dovrebbero raggiungere l'efficienza e il benessere massimi<sup>11</sup>, è comunque possibile affermare che: *a)* se una condotta imprenditoriale determina una variazione in negativo dell'efficienza e del benessere economico,

7. Il modello di concorrenza perfetta, nato con Cournot ed Edgeworth, entrò definitivamente a far parte del discorso economico negli anni Venti del xx secolo, grazie al contributo di Knight, per poi trovare la sua definitiva consacrazione nei lavori sulla concorrenza imperfetta di Robinson e Chamberlin e nella teoria dell'equilibrio generale di Hicks-Samuelson. A partire dagli anni Quaranta, però, il modello di concorrenza perfetta venne fatto oggetto di alcune critiche – critiche che, a ben vedere, potrebbero muoversi a qualsiasi modello economico. A formare oggetto di contestazione furono infatti le ipotesi del modello, considerate troppo “irrealistiche”, nonché l'incapacità del modello di descrivere e spiegare alcuni fenomeni empirici pur importanti come, nel caso specifico del modello di concorrenza perfetta, il cambiamento, la crescita economica, e la rivalità tra le imprese. Con riguardo alla storia del modello e alle critiche riservategli, si vedano tra gli altri I. M. Kirzner, 2000; M. Blaug, 1997; S. Moss, 1984; G. J. Stigler, 1957.

8. Il diritto antitrust, infatti, ha per oggetto le pratiche delle imprese e non, ad esempio, le decisioni degli Stati o le condizioni del mercato che non dipendono da previe scelte degli agenti economici. In particolare, come ricordato nella precedente nota 2, a essere sanzionate sono le condotte imprenditoriali che possono qualificarsi come intese restrittive della concorrenza e comportamenti abusivi delle imprese in posizione dominante.

9. Al riguardo si veda M. Polo, 2007, 127, il quale spiega appunto come il favore per il benessere economico e l'efficienza nasca dalla necessità di distinguere tra processi concorrenziali sani e processi concorrenziali manipolati, nell'assenza di un modello unitario che descriva in via definitiva la rivalità tra imprese non in termini di risultati conseguiti, ma in termini di processi realizzati.

10. Lontano dall'equilibrio di concorrenza perfetta e, in particolare, in monopolio, ossia in quello stato del mondo in cui le imprese detengono (isolatamente o congiuntamente) un potere di mercato significativo, si registrano: *a)* una riduzione netta del benessere totale, determinata dalla riduzione dell'output di mercato e dall'aumento del prezzo di mercato; *b)* un trasferimento di benessere dai consumatori – che poi altro non sono che gli acquirenti del bene commercializzato su quel mercato – alle imprese – che, analogamente, altro non sono che i venditori di quel bene. Inoltre, secondo altri modelli economici, in monopolio le imprese, forti della loro rendita di posizione, non sarebbero incentivate a: *c)* aumentare la qualità e la varietà dei propri prodotti e, di conseguenza, a migliorare la scelta dei consumatori, nonché a *d)* innovare. Invero, questi ultimi punti sono dibattuti, giacché esistono altri modelli economici secondo i quali sarebbe proprio il monopolio lo stato del mondo in cui le imprese avrebbero incentivi massimi a innovare.

11. Solitamente questo è, infatti, il compito affidato alla regolamentazione la quale, ad esem-

allora il mercato reale sottoposto al vaglio di autorità e giudici si sta ancor più allontanando dall'optimum concorrenziale e la condotta in questione può dirsi anticompetitiva; invece, *b)* se i comportamenti oggetto di scrutinio comportano un mutamento in positivo di tali variabili, allora il mercato reale nel quale si sono consumati si sta avvicinando all'equilibrio di concorrenza perfetta e detti comportamenti possono dirsi procompetitivi.

Così, nell'ipotesi particolare in cui – continua poi la scuola di Chicago – efficienza e benessere economico siano scelti quali *gli unici beni protetti dal diritto antitrust*<sup>12</sup>, il diritto della concorrenza ospita al suo interno una sorta di sovrapposizione perfetta tra le categorie analitiche della teoria economica e le categorie analitiche del diritto. E ciò proprio perché gli effetti che i comportamenti delle imprese possono produrre su efficienza e benessere economico oltre a fungere, come l'economia vorrebbe, da discriminante tra condotte procompetitive e condotte anticompetitive, diventano, per decisione dei *policy makers*, l'unico criterio che il diritto antitrust assume per distinguere tra condotte lecite e condotte illecite.

Ma proviamo – per non restare sul piano della sola teoria – a esemplificare queste osservazioni considerando alcuni aspetti del famoso caso Microsoft<sup>13</sup>. Negli anni Novanta la società di Redmond offriva un prodotto, il sistema operativo Windows per personal computer, che all'incirca il 90% dei consumatori preferiva a Unix e Mac OS X, i suoi maggiori prodotti concorrenti. Di conseguenza, coloro che in quegli anni creavano software per personal computer – dai c.d. «software applicativi» per la navigazione in Internet o l'ascolto di musica, ai c.d. «software di sistema» per il funzionamento di componenti di hardware compatibili con i personal computer – non potevano esimersi dal realizzare dei prodotti che fossero capaci di *dialogare* con Windows. Tuttavia, sul finire degli anni Novanta Microsoft smise di indicare agli sviluppatori di sistemi operativi per server i codici informatici che rendevano questo dialogo possibile. In altri termini, la società statunitense decise che da allora in avanti non avrebbe più garantito le condizioni tecniche per cui le (nuove) versioni di Windows avrebbero potuto lavorare congiuntamente con i sistemi operativi per server prodotti da società concorrenti, quali Sun Microsystems. Pertanto, proprio quest'ultima denunciò Microsoft alla Commissione europea, evidenziando come tale rifiuto la esponesse al rischio di uscire dal mercato dei sistemi

pio, mira a creare informazione perfetta, una per l'appunto delle ipotesi del modello di concorrenza perfetta.

12. Soprattutto nel mondo anglosassone, è infatti comune ritenere che il diritto antitrust rifletta gli orientamenti di volta in volta più spendibili nell'arena politica. Cfr. A. I. Gavil, W. E. Kovacic, J. B. Baker, 2008, 63.

13. Decisione della Commissione, 24 marzo 2004, Caso COMP/C-3/37.792, Microsoft, disponibile all'indirizzo [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_37792](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_37792).

operativi per server, mentre la società di Redmond acquistava su quel mercato quote crescenti di consumatori attirati proprio dalla compatibilità tra Windows e il nuovo sistema operativo per server che Microsoft aveva sviluppato. Microsoft dal canto suo osservava come le informazioni tecniche necessarie a rendere il dialogo possibile fossero non solo di sua proprietà, ma altresì frutto di investimenti in innovazione di cui Microsoft doveva essere l'unica a poter beneficiare pienamente, salvo disincentivarla dal continuare a impegnarsi in progetti di ricerca e sviluppo.

Ebbene, stante quanto sopra detto con riferimento ai beni giuridici tutelati dal diritto antitrust, il rifiuto di Microsoft a divulgare i codici che rendevano Windows tecnicamente compatibile con i sistemi operativi per server prodotti da altre società doveva essere giudicato solo guardando agli *effetti che tale rifiuto produceva su efficienza e benessere economico*. In altri termini, nell'esprimere le proprie valutazioni la Commissione europea non poteva lasciare spazio a considerazioni legate alla lealtà e alla correttezza di un rifiuto che, di fatto, poneva improvvisamente termine a delle relazioni commerciali che sino ad allora si erano svolte nel pieno rispetto dei relativi contratti. Tantomeno, la Commissione poteva esprimere un giudizio condizionato dal timore che il rifiuto determinasse la mera riduzione del numero di coloro che si confrontavano con Microsoft sul mercato dei sistemi operativi per server. Infatti, l'uscita dal mercato delle imprese concorrenti – che per semplicità potremmo connotare come le «meno brave e meritevoli» – è proprio una delle conseguenze che contano tra i propri effetti molte delle condotte che aumentano efficienza e benessere. Si pensi, ad esempio, a una riduzione dei costi di produzione che si riflette in un minore prezzo al consumo, oppure nello sviluppo di un nuovo prodotto che soddisfa pienamente le esigenze dei consumatori. Pertanto, laddove Microsoft fosse stata capace di dimostrare che il suo rifiuto non ledeva efficienza e benessere, anche l'eventuale monopolizzazione da parte di quest'ultima del mercato dei sistemi operativi per server non avrebbe dovuto costituire oggetto di reprimenda da parte della Commissione europea, giacché detta monopolizzazione sarebbe stato il risultato (irrilevante) di un atto di concorrenza considerato comunque meritorio in termini di efficienza e benessere. Ma posto che, ai sensi delle rilevanti disposizioni normative, «monopolizzare» un mercato significa arrivare a detenere su questo una posizione dominante, che significato si deve attribuire all'espressione «posizione dominante»?

### 3. MODELLI ECONOMICI E INTERPRETAZIONE DELLE DISPOSIZIONI ANTITRUST

Come in precedenza osservato, le disposizioni del diritto antitrust possono financo qualificarsi come lasche. Ad esempio, le pur cruciali espressioni «pratica concordata» e «posizione dominante» non trovano alcuna definizione negli

stessi testi normativi che le contengono<sup>14</sup>, né possono dire di vantare un chiaro significato di uso comune.

Pertanto, studiosi e soggetti giudicanti chiamati a interpretare queste formule hanno spesso scelto di ispirarsi a quell'insieme di nozioni e principi che informano l'attuale teoria economica dominante. Muovendo ancora dalla convinzione secondo cui, allo stato attuale, l'economia sarebbe la scienza (sociale) meglio situata per descrivere e spiegare i comportamenti delle imprese e degli altri agenti economici, costoro hanno infatti sostenuto che un diritto che a tali comportamenti deve essere applicato non possa che trovare in quella scienza il significato delle proprie parole<sup>15</sup>. In questo senso, dunque, il pensiero economico farebbe da ponte tra i fenomeni in cui si articola la realtà economica e le regole giuridiche che quei fenomeni vorrebbero disciplinare, utilizzando il linguaggio che spiega i primi – o meglio, alcuni dei primi<sup>16</sup> – per interpretare le seconde.

Così – e giusto per fare degli esempi – l'attuale interpretazione dell'espressione «pratica concordata» nasce dalla combinazione di due principi cari all'economia neoclassica, ossia dall'idea secondo la quale, in concorrenza perfetta, le imprese dovrebbero decidere le proprie condotte di mercato indipendentemente l'una dall'altra e dall'assunto secondo il quale, in qualsiasi contesto di mercato, ogni agente economico terrebbe sempre conto delle informazioni di cui entra in possesso. Infatti, a oggi si sostiene che un'impresa prenda parte a una pratica concordata per la fissazione dei prezzi qualora non abbia opposto un rifiuto manifesto alla ricezione di informazioni tali da condizionare i suoi futuri comportamenti di mercato; e ciò perché si assume che quell'impresa non potrà che tenere conto delle informazioni su prezzi e quantità future ricevute. Analogamente, la corrente nozione di posizione dominante è interpretata muovendo dal concetto economico di potere di mercato, il quale è anch'esso – al pari di efficienza e benessere – diretta emanazione del modello

14. Le espressioni si trovano menzionate agli artt. 101 e 2, 102 e 3 rispettivamente del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

15. Si veda molto chiaramente sul punto P. Buccirossi, 2008, il quale ha osservato che l'interpretazione delle norme antitrust richiede la comprensione di come i mercati funzionano e di come le imprese possono, con le loro condotte, alterarne il funzionamento. Questa conoscenza – continua Buccirossi – è il reame dell'economia.

16. Infatti, ritenere che l'economia sia la scienza (sociale) che meglio descrive e spiega alcuni fenomeni empirici non significa escludere che esistano fenomeni che devono ancora formare oggetto di studio, o che esistano altri fenomeni che sono stati sì descritti e spiegati, ma malamente. Come una scienza dura, anche l'economia può evolvere, se del caso abbandonando e superando descrizioni e spiegazioni inadeguate, nonché accogliendo al suo interno fasi di transizione in cui di uno stesso fenomeno convivono differenti spiegazioni. Come è facile intuire, a porre non pochi problemi interpretativi sono sia l'assenza di un modello economico per la descrizione di un fenomeno, sia la coesistenza di differenti modelli economici per la spiegazione di un altro fenomeno.

di concorrenza perfetta. Si dice infatti che un'impresa è in posizione dominante quando detiene un significativo potere di mercato, stante che quest'ultimo consiste nella capacità di un'impresa di praticare un prezzo superiore al prezzo di concorrenza perfetta, senza per questo perdere profitti. Pertanto, Microsoft si diceva essere in posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi per personal computer perché riusciva a trattenere a sé la propria clientela, malgrado il prezzo di vendita di Windows fosse di gran lunga superiore – invero, assai prossimo al prezzo di monopolio – al suo prezzo concorrenziale.

Ma di più, è la stessa nozione di «restrizione della concorrenza» la formula che più di ogni altra – anziché essere interpretata in ragione delle ipotesi e dei concetti di base che innervano l'intero pensiero economico dominante – viene definita sulla scorta di quanto affermano singoli modelli economici, ossia in ragione di quelli che, per coloro che si occupano di diritto antitrust dopo aver svolto studi economici, sono «oggetti» che prendono la forma di teoremi matematici per dimostrare e predire come le imprese si comportano e si comporteranno, dati alcuni assunti ipotetici. (Si osservi che in questo senso c'è una significativa differenza fra i singoli modelli economici e il pensiero economico dominante su cui essi si basano: modelli fra loro incompatibili possono essere compatibili con le stesse assunzioni di fondo del pensiero dominante.)

Approfondiamo il punto appena considerato. Stabilito che efficienza e benessere economico sono (tra) i beni giuridici che il diritto antitrust è chiamato a preservare, come possono autorità, giudici, avvocati e studiosi comprendere se una condotta imprenditoriale sia capace di determinare una lesione di tali beni? In altri termini, come fanno questi soggetti a interpretare la nozione di «restrizione della concorrenza» e a sostenerne l'applicazione in un caso concreto?

Ebbene, i modelli economici – e, in particolare, i modelli di *industrial organization* che sono stati elaborati nel corso degli anni proprio per dare conto degli effetti che le pratiche imprenditoriali che si consumano nel mondo reale possono produrre sulle variabili dell'efficienza e del benessere economico<sup>17</sup> – devono annoverarsi tra gli strumenti interpretativi che coloro che si occupano di diritto della concorrenza possono utilizzare per fornire una risposta a questa domanda, ossia per distinguere tra condotte procompetitive/lecite e condotte anticompetitive/illecite<sup>18</sup>.

Torniamo, per semplicità espositiva, ai fatti del caso Microsoft. Come si diceva, all'epoca del rifiuto a concedere i codici che presidiavano alla compatibilità tra Windows e i sistemi operativi per server, Microsoft deteneva una

17. Si guardi, ad esempio, R. Schmalensee, 1982.

18. Secondo alcuni non si dovrebbe fare altrimenti – cfr. P. Buccirossi, 2008. Nondimeno, nella realtà le condizioni verificate le quali una condotta viene vietata non corrispondono mai al 100% alle ipotesi di un particolare modello economico.

posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi per personal computer, dove già praticava un prezzo assai prossimo a quello di monopolio. Ora, secondo il modello de «l'unico profitto di monopolio»<sup>19</sup>, qualunque impresa si trovi in queste condizioni non incide negativamente su efficienza e benessere quando, per mezzo di una o di un'altra condotta, estende il proprio raggio di azione ad altri mercati. In ragione di tale modello – argomentava Microsoft – il rifiuto a concedere i codici non poteva dunque qualificarsi come una condotta anticompetitiva/illecita, sebbene tale rifiuto avesse consentito alla società di Redmond di guadagnare una quota significativa nel mercato dei sistemi operativi per server<sup>20</sup>.

Nondimeno, la Commissione europea respinse l'argomento di Microsoft impiegando due argomenti. In primo luogo osservò come, nel caso di specie, non venisse verificata una delle tante ipotesi presupposte dalla tesi del modello de «l'unico profitto di monopolio»<sup>21</sup>: gli utilizzatori di server, infatti, non richiedevano i beni tra loro complementari – ossia, Windows e i sistemi operativi per server – in proporzioni fisse<sup>22</sup>, giacché solitamente un singolo sistema operativo per server è chiamato a operare con un numero variabile di personal computer, ossia con un numero non fisso di esemplari di Windows. Di conseguenza, i fatti del caso Microsoft non potevano più sussumersi sotto la fattispecie astratta del modello de «l'unico profitto di monopolio» e, di conseguenza, la tesi avanzata da quest'ultimo non poteva farsi valere nel caso concreto. In secondo luogo, la Commissione evidenziò, sulla scorta di altri modelli – vale a dire i modelli di c.d. matrice postchicaghiana che si contraddistinguono, tra l'altro, per sviluppare analisi di lungo periodo<sup>23</sup> –, come una impresa nelle stesse condizioni di Microsoft potesse nel tempo sì causare una riduzione dell'efficienza e del benessere economico, qualora il comportamento da questa tenuto fosse stato in

19. Si vedano, ad esempio, R. H. Bork, 1978; R. A. Posner, 1976.

20. Per essere più precisi, e come spiegato dalla stessa Microsoft, il teorema de «l'unico profitto di monopolio» mostra che un'impresa in posizione dominante consegna guadagni di efficienza, se entra in un mercato collaterale, quale ad esempio il mercato dei sistemi operativi per server – cfr. *supra* nota 13, Decisione Microsoft, § 765.

21. Più in dettaglio, si ricorda che il teorema de «l'unico profitto di monopolio» richiede che: a) il mercato secondario (nel nostro esempio, quello dei sistemi operativi per server) sia competitivo; b) l'analisi competitiva sia condotta in uno scenario statico, ossia senza considerare la variazione di alcune variabili come il livello di tecnologia impiegato; c) i consumatori siano interessati ad acquisire i prodotti primario e secondario in proporzioni fisse; e d) i consumatori siano perfettamente informati.

22. Cfr. *supra* nota 13, Decisione Microsoft, § 767.

23. Cfr. M. D. Whinston, 1990 e D. W. Carlton, M. Waldman, 2002; nonché quello elaborato proprio in relazione al caso Microsoft, ossia C. Genakos, K.-U. Kühn, J. Van Reenen, 2011. Se si sfogliano questi articoli si vedranno i modelli per come li concepiscono gli economisti, ossia quali teoremi fatti di ipotesi, tesi e dimostrazioni. A questi dunque si accostano articoli più divulgativi quali R. C. Feldman, 1999; K.-U. Kühn, J. Van Reenen, 2009.

grado di impedire ai concorrenti presenti nel mercato secondario – ossia, nel nostro esempio, nel mercato dei sistemi operativi per server – di entrare nel mercato già dominato – ossia, nel nostro esempio, nel mercato dei sistemi operativi per personal computer – sviluppando un loro nuovo prodotto<sup>24</sup>.

Così, come il caso Microsoft permette di intuire, i modelli economici impiegati per comprendere a quali condizioni – ossia, verificate quali ipotesi – una certa condotta è in grado di ridurre efficienza e benessere economico finiscono per delineare i contorni delle stesse fattispecie astratte, richiedendo all’interprete di combinare tra loro le tante ipotesi sottese ai diversi modelli economici che possono attagliarsi a un certo caso, descrivendolo e spiegandolo da prospettive che sono tra loro o alternative – si pensi alla condizione relativa alle proporzioni fisse o variabili in cui dovevano essere frutti i beni compatibili – oppure complementari – si consideri la scelta di calare l’analisi nel breve o nel lungo periodo<sup>25</sup>.

E ciò ferme restando tre questioni critiche che, forse, meriterebbero una maggiore discussione in sede antitrust: dapprima occorrerebbe interrogarsi sulle condizioni che si devono verificare perché un modello si consideri degno di essere annoverato tra quelli che delineano i confini di una fattispecie astratta. In secondo luogo, occorrerebbe prendere atto di come l’evoluzione del pensiero economico faccia sì che uno stesso comportamento possa, nel tempo, prestarsi a diverse valutazioni. Ad esempio, prima degli anni Novanta, ossia prima che i modelli postchicaghiani fossero elaborati, la Commissione europea non avrebbe potuto utilizzare il secondo degli argomenti sopra menzionati per negare l’applicazione del teorema de «l’unico profitto di monopolio». In ultimo, sarebbe opportuno chiarire che non sempre i modelli economici danno conto di tutti i fenomeni empirici sottoposti allo scrutinio dei giudici, lasciando così i cultori del diritto antitrust nella necessità di impiegare mezzi interpretativi alternativi.

Con riferimento a quest’ultimo profilo torniamo rapidamente al caso Microsoft. Si è appena detto di come il comportamento della società statunitense sia stato giudicato anticompetitivo e illecito perché, tra l’altro, capace di impedire ai concorrenti già presenti nel mercato dei sistemi operativi per server di entrare nel mercato dei sistemi operativi per personal computer, sviluppando *nuovi* prodotti nel mercato dominato da Windows. In effetti, efficienza (dinamica)<sup>26</sup> e benessere economico (di lungo periodo) variano in modo direttamente proporzionale al tasso di innovazione e, dunque, decrescono quando l’innovazione – nel nostro esempio, l’innovazione potenziale dei rivali di Microsoft – viene bloccata. Nondimeno, vero è che anche Microsoft

24. Cfr. *supra* nota 13, Decisione Microsoft, §§ 768-770.

25. In questo senso, dunque, si veda I. Lianos, 2009.

26. Cfr. *supra* nota 5.

innovava sviluppando nuove versioni di Windows. Di conseguenza, implicita nella conclusione della Commissione europea fu l'idea che l'innovazione potenziale dei rivali di Microsoft fosse preferibile a quella attuale dell'impresa in posizione dominante, sebbene non esistesse (e non esista ancora) alcun modello economico capace di dimostrare quale impresa – se un'impresa di piccole dimensioni o un'impresa di grandi dimensioni – oppure quale forma di mercato – se un mercato concorrenziale o un mercato monopolizzato – siano le meglio disposte per favorire il raggiungimento del tasso di innovazione ottimo<sup>27</sup>. Nel caso di specie, dunque, la Commissione supportò la sua preferenza per l'innovazione dei rivali anche sulla scorta di uno studio empirico sugli incentivi a innovare condotto sulle parti in causa e l'intera industria. In analoghi casi statunitensi, invece, le corti d'oltreoceano hanno preferito le innovazioni dell'impresa in posizione dominante, per via di precedenti scelte di politica del diritto e a causa del loro particolare assetto istituzionale<sup>28</sup>.

#### 4. MODELLI ECONOMICI E PROVA ANTITRUST

In un contesto in cui si chiede alle parti di provare quali effetti i loro comportamenti hanno prodotto, o potrebbero produrre, sull'efficienza e sul benessere economico, ciò che le parti sono tenute a fare è (ovviamente) ricondurre i fatti osservati all'interno dei modelli economici che definiscono la fattispecie astratta. Quindi, è in virtù dell'attività per cui la fattispecie concreta viene sussunta sotto quella astratta che si potrebbe subito osservare che per il diritto antitrust i modelli economici rilevano anche sotto il profilo probatorio.

Ma vi è di più. Autorità della concorrenza e giudici spesso ricorrono alla teoria economica per spiegare e giustificare le loro inferenze probatorie, ossia quei «legami» che dovrebbero collegare gli enunciati probatori agli enunciati fattuali controversi. Nel dettaglio, a dipendere dai principi e modelli economici è innanzitutto l'efficacia probatoria – potere esplicativo, o grado di conferma, che dir si voglia – dei singoli elementi di prova, giacché la teoria economi-

27. Al momento, sono due le teorie economiche che si fronteggiano per individuare le imprese e le forme di mercato ottime per la produzione di innovazione. Riportando in questa sede l'*intuizione* che le ha alimentate si consideri che, da un canto, si colloca l'approccio di Schumpeter. Secondo quest'ultimo le imprese meglio posizionate per innovare sarebbero quelle che dispongono di molte e importanti risorse in termini di strutture (si pensi ai grandi laboratori di ricerca dove lavorano molti ricercatori) e di capitali e, dunque, anche le imprese in posizioni dominanti che possono investire in ricerca e sviluppo i c.d. extraprofitti di monopolio. D'altro canto, si posiziona la teoria di Arrow. Secondo quest'ultimo, invece, le imprese maggiormente incentivate a produrre innovazioni dirompenti sarebbero quelle che, date le loro ridotte dimensioni e quote di mercato, si trovano costrette a lottare strenuamente pur di restare sul mercato. In questo senso, dunque, la struttura di mercato più congeniale per l'innovazione sarebbe quella di concorrenza perfetta. Cfr. J. Schumpeter, 1942; K. J. Arrow, 1962.

28. M. Maggiolino, 2011.

ca finisce per rappresentare il terreno nel quale radicare il fondamento delle inferenze elaborate, o il sistema di conoscenze rispetto al quale testare la coerenza di quelle inferenze. Ad esempio, se il mercato nel quale due o più imprese praticano il medesimo prezzo è oligopolistico, allora queste condotte parallele non possono di per sé stesse attribuire un grado di conferma elevato all'ipotesi circa l'esistenza di una concertazione quale causa di quel medesimo prezzo, né – passando al modello dell'inferenza alla migliore spiegazione – possono essere al meglio spiegate abducendo l'esistenza di tale concertazione per la fissazione congiunta del medesimo prezzo. E ciò perché esiste la famiglia dei modelli su «l'interdipendenza oligopolistica»<sup>29</sup> che spiega come in un mercato oligopolistico due o più imprese possano finire a praticare il medesimo prezzo senza aver bisogno di raggiungere alcun accordo in proposito, ossia continuando ad agire indipendentemente l'una dall'altra.

Ancora, e sempre a titolo di esempio, è proprio in ragione di quella che si riconosce essere la c.d. «logica concorrenziale» – anche questa, più un'ipotesi base che il risultato di uno specifico modello – che autorità e corti antitrust individuano la categoria, a composizione variabile, dei c.d. *indizi endogeni*, ossia la categoria di quei comportamenti e di quelle circostanze fattuali che, non ispirandosi a quella logica (perché da questa non desumibili, o perché con essa non coerenti), non possono che spiegarsi in termini anticoncorrenziali, ossia non possono che confermare l'esistenza di una condotta contraria alle disposizioni antitrust<sup>30</sup>.

In aggiunta, occorre notare come questa logica concorrenziale giochi un ruolo determinante anche nella definizione del contenuto da dare al criterio di prova della *plausibilità*, ossia al criterio che nella maggior parte dei procedimenti antitrust viene a oggi impiegato per accettare come vero o per rifiutare come falso l'enunciato empirico relativo ai fatti oggetto del procedimento. Più esattamente, accade sempre più spesso che, nel corso dei procedimenti antitrust, i modelli economici vengano impiegati per figurarsi ciò che dovrebbe normalmente accadere nel mercato, ossia per comprendere che cosa ritenere sensato e plausibile. A titolo di esempio, si consideri che nel caso Kodak la Corte suprema statunitense ha espressamente chiarito, commentando uno degli standard procedurali impiegati per disciplinare le differenti fasi del

29. Si veda, tra gli altri, D. W. Carlton, R. H. Gertner, A. M. Rosenfield, 1997.

30. Infatti, «un parallelismo di comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile» (Cgue, causa C-53/03, 8 luglio 2008, *BPB plc*, § 143). Cfr. anche, ma giusto a titolo di esempio, Cgue, 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö*, § 71. In tal senso, peraltro, anche la giurisprudenza amministrativa nazionale, tra cui Tar Lazio, 18 dicembre 2009, n. 13131 e n. 13134 e Cons. St. 08/208, § 14, il quale, a riprova del peso della normalità economica, osserva come nei mercati oligopolistici sia «proprio un criterio di razionalità a suggerire di non impegnarsi in guerre senza speranza, attenendosi al quieto vivere dei prezzi uniformi» (corsivo nostro).

processo federale (ossia lo *standard for summary judgment*), che «se la tesi dell'attore non ha alcun senso economico, allora nessuna giuria ragionevole deciderebbe in suo favore»<sup>31</sup>. Analogamente, nell'Unione europea e in Italia, nel corso di procedimenti di intesa dove le Autorità hanno prodotto solo prove circostanziali, il soggetto giudicante non potrà dirsi persuaso «se della presunta violazione può darsi una spiegazione plausibile, la quale esclude la violazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza»<sup>32</sup>, posto per l'appunto che una spiegazione plausibile della condotta contestata come illecita è proprio una spiegazione coerente con la teoria economica.

Anche guardando all'ambito probatorio, dunque, si coglie la fiducia che coloro che applicano il diritto antitrust hanno nella capacità dei modelli economici e, più in generale, della scienza economica di descrivere e spiegare la realtà empirica.

#### 5. CHE STATUTO HANNO I MODELLI ECONOMICI?

Come abbiamo anticipato, tuttavia, raramente ci si interroga sullo statuto dei modelli economici impiegati in ambito antitrust e più in generale in ambito giuridico. Autorità e giudici ricorrono a modelli la cui natura e i cui caratteri restano in buona parte indeterminati. Ne consegue la difficoltà di giudicare del corretto impiego dei modelli e la difficoltà di sviluppare una critica dei modelli stessi (o di argomentare perché a un certo modello ne andrebbe preferito un altro) data l'indeterminatezza degli oggetti in questione. Tutt'al più si dice che i modelli, quando intesi alla stregua di teoremi (matematici), si articolano in ipotesi, tesi e dimostrazioni. Ma questo non dice ancora molto sulla loro natura. Ad esempio, di che ipotesi si tratta? Sono ipotesi empiriche o controllate? Vertono sul mondo reale o su mondi possibili? Riguardano scenari simili a quelli di cui si occupano le Autorità e i giudici, o piuttosto condizioni economiche estremamente semplificate?

Nella filosofia contemporanea è molto viva la discussione sullo statuto delle finzioni e ci si chiede, fra le altre cose, se i modelli economici siano un tipo di finzioni<sup>33</sup>. Iniziando con un esempio elementare, l'*homo oeconomicus* è una

31. In *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992), 468-69 (traduzione nostra). Inoltre, si vedano *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, (2007), 555-557; *Matsushita Electronic Industrial Co. v. Zenith RadioCorp.*, 475 U.S. 574, 587-588 (1986); *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), 768.

32. Cgve, 12 settembre 2007, causa T-36/05, *Coats Holdings Ltd v. Commission*, §71 (traduzione nostra); nonché Cgue, 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, *Cram e Rheinzink*, §16; Cgue, 21 gennaio 1999, cause riunite T-185/96, T-189/96 e T-190/96, *Riviera Auto Service*, § 47; nonché Cgue, 7 gennaio 2004, causa C-204/00 P, *Aalborg Portland*, § 57.

33. Cfr. U. Mäki, 2002. Per un confronto fra finzioni giuridiche e letterarie ci permettiamo di rinviare a G. Tuzet, 2011.

finzione? Oppure, in termini più tecnici, il mercato perfettamente concorrenziale è una finzione? O ancora, i modelli di *industrial organization* sono finzioni?

A una riflessione ponderata parrà evidente che le risposte non dipendono solo da ciò che si intende per «finzione» ma anche da cosa intendiamo per «modelli economici». Assunto un significato sufficientemente preciso di «finzione» – come cercheremo di fare nel seguito – si tratterà di vedere se con «modelli economici» ci si riferisca a elaborazioni intellettuali omogenee fra loro o piuttosto a un insieme variegato di cose alcune delle quali, a differenza di altre, si rivelano essere un tipo di finzioni.

Il che riveste a nostro avviso un interesse non solo intrinseco (per la teoria economica o la teoria delle finzioni) ma anche in relazione alla teoria giuridica nel momento in cui divenga chiaro che certi modelli a cui gli operatori giuridici rimandano per l'elaborazione, l'interpretazione e l'applicazione del diritto non sono rappresentazioni della realtà su cui il diritto si propone di incidere, né elaborazioni normative di ciò che si ritiene meritevole di essere perseguito, ma finzioni elaborate dalla teoria economica, finzioni i cui scopi andrebbero resi esplicativi e il cui utilizzo in campo giuridico andrebbe criticamente sorvegliato<sup>34</sup>.

Iniziamo pertanto dal significato di «finzione». Ci sembra di poter sostenere che una finzione è un'*assunzione coscientemente falsa utilizzata per qualche scopo*. Questa definizione sembra rendere conto del modo in cui utilizziamo, con un certo rigore, la parola «finzione». Si tratta di assunzioni coscientemente false giacché, pur in vista di scopi diversi in ambiti diversi, quando si usa una finzione si fa *come se*<sup>35</sup> qualcosa che è saputo essere falso fosse vero. Analiticamente considerata, questa definizione ne individua tre condizioni necessarie e sufficienti: una *condizione di falsità*, una *condizione di riconoscimento* e una *condizione di utilizzo*. Perché ci sia una finzione l'assunzione deve *a)* essere falsa; *b)* essere riconosciuta come tale non solo dal suo autore o utilizzatore ma anche dal suo destinatario; *c)* essere impiegata in un discorso o ragionamento con certe finalità. Si noti che questo uso della parola «finzione» ha il rigore sufficiente per distinguere le finzioni da fenomeni simili come gli inganni, le presunzioni, le astrazioni, le semplificazioni e le idealizzazioni. Cerchiamo di darne rapidamente conto prima di tornare al tema dei modelli economici.

Una finzione è *diversa da un inganno* giacché, con un inganno, qualcuno è malevolmente indotto a credere che sia vero qualcosa che di fatto è falso. Qualcuno, ad esempio, potrebbe essere indotto a credere che i giudici non creino diritto, mentre in realtà lo fanno. Peraltro si deve segnalare che non di rado il termine «finzione» è usato in senso critico per designare proprio l'inganno

34. Sul tema dei modelli in una prospettiva giuridica si veda fra gli altri E. Di Robilant, 1968.

35. Il rimando d'obbligo è a H. Vaihinger, 1911.

perpetrato da alcuni a danno di altri; in questo senso ne parla ad esempio Tarello quando qualifica come tale il fatto di creare un preceppo nuovo presentandolo come se si trattasse dell'individuazione di un preceppo preesistente<sup>36</sup>. Ma in questo senso non si tratta a nostro avviso di un uso perspicuo del termine giacché, appunto, non distingue fra l'essere indotti a credere il falso e l'assumerlo deliberatamente.

Inoltre una finzione è *diversa da una presunzione* poiché la seconda può essere vera, mentre la prima è coscientemente falsa. Presumere che un certo individuo sia morto e fare come se lo fosse benché si sappia che non lo è, non sono la stessa cosa (il che vale per tutte le presunzioni giuridiche, comprese le «presunzioni legali assolute»). Detto altrimenti, con una finzione – a differenza di quanto accade con una presunzione – si tratta un caso di un tipo come se fosse di un altro tipo pur sapendo che non lo è. Ne è esempio la finzione civistica di «avveramento della condizione»: se una condizione apposta a un contratto non si avvera perché la parte interessata a non farla avverare si è adoperata per impedirne l'accadimento, si fa *come se* la condizione si fosse verificata (art. 1359 c.c.). Non è quello che accade con una presunzione, dove può ben darsi che la presunzione corrisponda a verità, come avviene con la fattispecie di «morte presunta» (art. 58 c.c.) una volta trascorsi dieci anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia dello scomparso.

Una finzione è poi *diversa da un'astrazione* giacché, se l'enunciato di cui è un'astrazione è vero, l'astrazione è anch'essa vera, mentre con la finzione qualcosa che è saputo essere falso viene preso per vero. Quando diciamo che il giudice è un essere umano, anziché dire che è una persona che ha studiato giurisprudenza, ha superato un concorso pubblico, è fallibile ecc., ciò che diciamo ha lo stesso valore di verità della descrizione più accurata: la verità in questione dipende dai fatti rilevanti e non cambia a seconda del livello di astrazione. Mentre cosa ben diversa è prendere tale giudice per una macchina<sup>37</sup>.

Proseguendo nell'analisi, si deve riconoscere altresì che una finzione è *diversa da una semplificazione* poiché in questa non si considera qualche aspetto della cosa in esame capace di fare una differenza (profilo che manca nelle astrazioni, in cui gli aspetti da cui si astrae non fanno una differenza per il discorso in atto). Una rappresentazione semplificata di un certo istituto giuridico, ad esempio, può essere tale perché non considera le eccezioni previste rispetto a una data regola. Ma la semplificazione pretende di essere comunque un resoconto vero (pur semplificato rispetto a certi dettagli significativi che possono fare una differenza), mentre la finzione è coscientemente falsa.

Infine, una finzione è *diversa da un'idealizzazione* nella misura in cui questa

36. G. Tarello, 1965, 427.

37. Cfr. G. Tuzet, 2009, dove è criticato l'uso della metafora della macchina per rendere conto del diritto e dell'attività giudiziale.

è, a nostro avviso, una semplificazione o un'astrazione con valore normativo. Si pensi in questo senso alla figura civilistica del «buon padre di famiglia» (art. 1176 c.c.), che non rinvia ovviamente a un individuo concreto ma a un modello di individuo ovvero a uno standard di comportamento in materia di diligenza nell'adempimento contrattuale.

È indubbio, data questa classificazione, che i modelli economici intesi come articolazioni di ipotesi, tesi e dimostrazioni possono ricadere sotto diversi concetti a seconda dello statuto delle ipotesi, tesi e dimostrazioni di cui sono costituiti. Se sono ipotesi che cercano di spiegare dei tratti del mondo reale, è plausibile che i rispettivi modelli siano delle presunzioni. Se sono ipotesi che deliberatamente prescindono da certe variabili, sono piuttosto delle semplificazioni. E via dicendo. È inoltre palese la differenza che corre fra un modello come l'*homo oeconomicus* e un modello come quello che esprime «l'unico profitto di monopolio»: con il primo vengono riassunte delle posizioni economico-filosofiche suscettibili di un'esposizione discorsiva e non di rado venate di aspetti normativi, mentre con il secondo ci si limita a *derivare* delle conclusioni circa il comportamento che un'impresa, individuata secondo uno o più criteri, terrà in un determinato contesto, anch'esso definito in ragione di alcune assunzioni. E ciò seguendo un percorso rigorosamente deduttivo. Il fatto che molti economisti siano riluttanti a considerare l'*homo oeconomicus* come un modello (poiché manca della struttura formale dei modelli come teoremi) è una conferma del fatto che non vi è un'unica nozione di «modello economico» e che questa categoria raccoglie al proprio interno delle entità significativamente diverse.

Peraltro, ciò non significa che tali entità e fenomeni non possano ricorrere assieme. Si può anzi ritenere che nei modelli scientifici ed economici, in particolare, convivano forme di semplificazione, astrazione, presunzione e finzione<sup>38</sup>. Ciò che importa sotto il profilo teorico è saper distinguere una cosa dall'altra<sup>39</sup>.

Veniamo allora ai modelli economici più in dettaglio. Si tratta di finzioni nel senso di *assunzioni coscientemente false utilizzate per qualche scopo?* La condizione di utilizzo è quella più chiaramente soddisfatta. Nella misura in cui i modelli entrano nelle premesse di argomenti di tipo economico (come ad esempio accade con il modello de «l'unico profitto di monopolio») si tratta senza dubbio di assunzioni che vengono utilizzate per qualche scopo (scienti-

38. Cfr. L. Mises, 1942; U. Mäki, 2002; A. Rubinstein, 2006.

39. Inoltre, una chiara nozione di finzione permette di articolarla agli esperimenti mentali e ai controllati. Qui non possiamo occuparcene e ci limitiamo a notare due cose: *a)* quella di esperimento mentale è la nozione più ampia delle tre, dato che un *esperimento mentale* può consistere non solo in una finzione ma anche nella formulazione di un'ipotesi o predizione; *b)* quella di *controllato* è una nozione più stretta e, se si tratta sotto il profilo logico di un condizionale, il suo antecedente è per definizione falso e in questo senso è costituito da una finzione.

fico o più nascostamente politico-normativo, pur se quest'ultima ipotesi ricorre quando il modello viene traslato in ambito giuridico e politico, mentre rimane residuale per i modelli puramente teorici). Più difficile è stabilire se vengano soddisfatte, alla luce della definizione di «finzione» data sopra, anche le condizioni di falsità e di riconoscimento. Se cioè si tratti di assunzioni false e riconosciute come tali dai loro utilizzatori e destinatari.

Nel dibattito più recente si usano distinguere due posizioni a riguardo<sup>40</sup>: la posizione *finzionalista* secondo cui i modelli economici sono un tipo di finzioni e quella *isolazionista* che si concentra sulla loro capacità di individuare certi fattori causali e che dunque, nella nostra terminologia, configura i modelli come forme di semplificazione. A partire dal noto *come se* di Milton Friedman, per cui ciò che importa nei modelli economici è unicamente la capacità predittiva<sup>41</sup>, molti economisti e teorici dell'economia hanno sostenuto che la scienza economica deve disinteressarsi dello statuto (reale o fittizio) delle assunzioni su cui le predizioni sono elaborate: se queste sono confermate non c'è bisogno di interrogarsi in tal senso; tutt'al più, dicono costoro, facciamo *come se* tali assunzioni fossero vere e vediamo quali predizioni ne sono ricavabili e trovano eventualmente conferma. A questo argomento gli isolazionisti obiettano che è importante capire perché certe predizioni sono confermate e altre no, e aggiungono che un elemento decisivo in questo senso è la capacità di un modello di cogliere (o «isolare») i fattori causali che spiegano gli effetti previsti. Naturalmente, un modello non è una rappresentazione di processi economici in tutti i loro dettagli e pertanto potremmo dire che consiste in una semplificazione in quanto individua determinati fattori causali ma prescinde da tutte le complicazioni che nel mondo reale, pur in presenza di tali fattori, possono impedire il verificarsi di certi effetti. In questo senso i modelli si basano su leggi *ceteris paribus*, cioè leggi che stabiliscono la connessione (causale) fra certi fenomeni *a parità di altri fattori che possono influire sugli esiti*<sup>42</sup>. Ossia, come abbiamo detto prima, nei modelli come semplificazioni non si considerano certi aspetti della realtà capaci di fare una differenza<sup>43</sup>.

Se gli isolazionisti hanno ragione non è corretto intendere i modelli come finzioni e in ambito giuridico si tratterà di utilizzare quei modelli che sono rilevanti per il diritto e sono corretti in quanto formulano delle corrette predizioni sui fenomeni in esame. Eppure i finzionalisti sostengono che la maniera più appropriata di intendere i modelli economici è considerarli come rappre-

40. Si veda in particolare il fascicolo 70 (1) della rivista *Erkenntnis* (2009).

41. M. Friedman, 1953, 3-43. Cfr. F. Guala, 2006, cap. 5.

42. Cfr. C. G. Hempel, 1965, 167; M. Dorato, 2000, 230 ss.; F. Guala, 2006, 86 ss.

43. Si ricordi che questo profilo manca nelle astrazioni, in cui gli aspetti da cui si astrae non fanno una differenza per il discorso in atto; perciò i modelli in quanto semplificazioni non sono in senso stretto astrazioni.

sentazioni di mondi finzionali<sup>44</sup>, popolati da agenti economici finzionali, istituzioni finzionali e principi finzionali: ciò che sarebbe dirimente nella loro configurazione è la capacità di essere *credibili* ancorché falsi, e dunque tali da permetterci di trarne delle inferenze relative al mondo reale e con ciò giustificare il loro utilizzo euristico<sup>45</sup>.

In questo senso, oltre alla condizione di utilizzo sopra specificata, i modelli economici soddisferebbero anche la condizione di falsità e la condizione di riconoscimento, in quanto sarebbero rappresentazioni in senso stretto false ma consapevolmente utilizzate come tali (certamente dai loro creatori e plausibilmente anche dai loro fruitori che abbiano un minimo di competenza). Soddisfatte queste tre condizioni necessarie e sufficienti ne dovremmo concludere che si tratta di finzioni. Ma si badi che l'utilità di siffatte finzioni non starebbe nel diletto di chi le produce o ne fruisce (come accade principalmente con le finzioni letterarie), ma nella loro capacità di permetterci alcune inferenze relative al mondo reale. Le finzioni economiche, cioè, saprebbero indicarci alcune relazioni e alcuni processi economici che il modello rappresenta a prescindere dal mondo reale ma che, *mutatis mutandis*, potremmo applicare a quest'ultimo se il modello fosse ben costruito e ne facessimo un uso corretto.

A questo punto, però, il finzionalista<sup>46</sup> rivela gli aspetti critici della sua tesi. In primo luogo, se l'idea di un modello ben costruito non va al di là di una vaga idea di «credibilità» o «plausibilità», l'impressione è quella di una tesi che non riesce a definirsi più di tanto<sup>47</sup>. Tanto è credibile il mondo in cui le risorse sono scarse e gli uomini aggressivi, quanto il mondo in cui le risorse sono abbondanti e gli uomini socievoli; tanto è plausibile pensare che saranno le imprese di maggiori dimensioni a innovare forti dei loro profitti da monopolio, quanto è plausibile pensare che saranno invece le più agili imprese di piccole dimensioni a trovare l'invenzione rivoluzionaria, animate dal desiderio di sopravvivenza. Così l'idea di «credibilità» o «plausibilità» non sembra aiutare più di tanto a meno che non venga ancorata a qualche regolarità riscontrabile nel mondo reale o a qualche suo aspetto centrale. In secondo luogo, se le inferenze che possiamo trarre dai modelli non sono più che generiche «inferenze induttive», l'impressione è quella di strumenti euristici il cui valore rimane fortemente indeterminato<sup>48</sup>. D'altro canto è vero che anche le inferenze ricavabili

44. In altri termini, mondi possibili che per definizione sono diversi da quello attuale.

45. In questo senso, sotto un profilo logico, i modelli sono senz'altro costituiti da enunciati controfattuali e il loro utilizzo configura una forma di esperimento mentale.

46. Un esempio significativo è R. Sugden, 2009.

47. Un tentativo di precisare l'idea di «credibilità» è quello di fare riferimento alla coerenza esplicativa (su cui cfr. G. Tuzet, 2011). R. Sugden, 2009, 17 ss. cerca di specificarla tramite un criterio di verosimiglianza.

48. Sulla complessità di quanto va sotto il nome di «induzione» cfr. fra gli altri C. G. Hempel, 1965; R. Chisholm, 1977, 64-7; L. J. Cohen, 1989; G. Tuzet, 2006, 171-91. R. Sugden, 2009, 7 nota

dai modelli intesi alla maniera isolazionista (come quelle basate su leggi *ceteris paribus*) hanno in genere un valore induttivo e non garantiscono la certezza delle conclusioni cui pervengono.

Insomma, che i modelli economici configurino mondi paralleli al nostro o che ne isolino alcuni aspetti rilevanti non sembra fare una grossa differenza sotto il profilo epistemico, se anche i primi contano nella misura in cui consentono delle inferenze relative al nostro mondo e se la natura di tali inferenze è in ogni caso induttiva. Al che, si potrebbe aggiungere che il loro uso in ambito giuridico dovrebbe essere particolarmente cauto se si pensa che in questo ambito le inferenze non deduttive andrebbero minimizzate. Ma forse il punto principale sotto il profilo teorico non è questo: è la difficoltà di sostenere che i modelli economici costituiscano una categoria omogenea.

Ci sembra che rispondere in modo netto alla domanda posta (se i modelli economici siano finzioni) non sia possibile. Se alcuni modelli sembrano avere i caratteri delle finzioni, altri paiono piuttosto delle semplificazioni della realtà, altri ancora delle presunzioni. *Il mercato perfettamente concorrenziale*, per esempio, è qualcosa che nel nostro mondo non si riscontra come tale e che dunque, quando viene incorporato nelle assunzioni di un argomento economico, configura una *finzione*. E questo sembra ad esempio evidente quando, con riferimento al diritto antitrust, si dice che, sebbene lo stato di concorrenza perfetta non sia riproducibile nella realtà, le condotte imprenditoriali che allontanano il mercato da quello stato sono anticompetitive e dunque illecite. Anch'ché, a ben vedere, sia anche vero che nel seguire detta impostazione i cultori del diritto antitrust realizzino una semplificazione della finzione: al fine di qualificare un comportamento come anticompetitivo/illecito, infatti, si guarda a due profili dello stato di concorrenza perfetta – efficienza e benessere – e non ad altri – scome ad esempio, il numero di concorrenti presenti sul mercato<sup>49</sup>.

Ma un modello come quello de «l'unico profitto di monopolio» pare piuttosto una semplificazione, se si considera che esso prevede le conseguenze che determinate condotte produrranno muovendo da alcune e non da altre condizioni. Potremmo allora aggiungere che la competizione tra modelli, ossia il fatto che ve ne siano di diversi a insistere su uno stesso fenomeno, nasce dal fatto che ciascun modello sceglie di semplificare in modo diverso la realtà, dando peso a elementi diversi, come ad esempio le prospettive di breve e lungo periodo, la prima accolta per l'appunto dal modello de «l'unico profitto di monopolio», l'altra dai modelli postchicaghiani.

giustamente che si tratta spesso di abduzioni circa le cause di determinati effetti economici.

49. Si potrebbe tuttavia argomentare che anche il modello di concorrenza perfetta è una semplificazione, dato che assume, ad esempio, che il prezzo di mercato sia perfettamente flessibile, malgrado nella realtà esistano delle viscosità che impediscono a tale prezzo di variare *istantaneamente* al cambiare di altre condizioni.

Se invece pensiamo ai modelli utilizzati in ambito probatorio sembra di doverne concludere che si tratta piuttosto di presunzioni. Se infatti pensiamo a quello che in precedenza si è chiamato il «principio» secondo cui tutti gli agenti economici tengono conto delle informazioni ricevute, ebbene questo opera come una presunzione al pari dell'idea secondo cui le imprese in oligopolio applicherebbero un prezzo sovraconcorrenziale senza necessità di un previo accordo in tal senso.

Senza contare il fatto che di molti modelli (esemplarmente, dell'*homo oeconomicus* o del mercato perfettamente concorrenziale) si può pensare che siano degli strumenti non tanto euristici o esplicativi quanto politico-normativi. La loro funzione, cioè, non sarebbe quella di dire come vengono prese certe decisioni o come si realizzano certe transazioni economiche, bensì quella di dire come *dovrebbero* essere prese tali decisioni o come *dovrebbero* realizzarsi certe transazioni, alla luce di certe premesse (spesso implicite) su ciò che si ritiene valevole e opportuno<sup>50</sup>. Tanto più che questi modelli, quando inseriti in uno strumento vincolante come la norma di legge, è finiscono per orientare il nostro comportamento.

Proviamo a esemplificare questo discorso ricorrendo a uno dei modelli più noti (e meno tecnici). Se la teoria dell'*homo oeconomicus* intendesse dire che *tutti* gli uomini si comportano come essa dice (sono egoisti razionali, hanno un sistema di preferenze stabili, sono perfettamente informati ecc.), sarebbe palesemente falsa e a tal punto potrebbe fungere da finzione se per qualche motivo fosse utile incorporarla fra le premesse di un argomento economico controfattuale. Se invece la teoria intendesse dire che *di solito* gli uomini si comportano in tal modo, allora sarebbe una presunzione e ci si potrebbe chiedere se sia empiricamente giustificata<sup>51</sup>. Se invece intendesse dire che gli uomini si comportano in tal modo *ceteris paribus*, sarebbe una semplificazione e ci si potrebbe chiedere se sia giustificato trascurare certi fattori che possono fare una differenza. Ma se la teoria non volesse fare nulla di questo e volesse piuttosto indicare un modello di tenore normativo, cioè un modello di come *è bene* comportarsi, allora sarebbe piuttosto un'idealizzazione e non si porrebbero le questioni appena menzionate ma sorgerebbero altre questioni di tenore ugualmente normativo (quali siano le ragioni morali che supportano il modello, se sia bene adottarlo in sede di deliberazione politica ecc.).

50. Proprio su questa differenza gioca chi cerca di conciliare l'economia neoclassica e quella cognitiva (o comportamentale), adducendo che la prima ha un tenore normativo e la seconda descrittivo ed esplicativo. Cfr. M. Motterlini, F. Guala, 2011.

51. O anche se sia praticamente giustificato accoglierla in un ragionamento deliberativo. Infatti, delle presunzioni si può discutere sia la giustificazione epistemica sia la giustificazione pratica in sede di utilizzo a fini deliberativi. Cfr. E. Ullmann-Margalit, 1983.

## 6. CONCLUSIONI

Sulla scorta di quanto rilevato in merito a modelli economici e diritto antitrust si può sostenere che malgrado il secondo faccia un uso *pervasivo* dei primi, l'espressione «modelli economici» continua a individuare un insieme eterogeneo di cose.

Pertanto – e più in generale – una disciplina giuridica che ricorre ai modelli economici dovrebbe, a fini di chiarezza analitica e di trasparenza delle scelte, evitare casi di opacità. Essa cioè dovrebbe chiarire, di volta in volta, se il «modello» cui viene fatto riferimento sia una finzione, una presunzione, una semplificazione, un ideale normativo, o altro ancora, poiché dal fatto che sia l'una o l'altra cosa segue l'appropriatezza di certe questioni e non di altre. E se un modello economico, come accade spesso, incorpora aspetti diversi giacché in esso convivono diversi di tali fenomeni (fintioni, presunzioni, semplificazioni ecc.), allora la chiarezza analitica e la trasparenza delle scelte dovrebbero imporre di distinguere tali aspetti e condurre un esame critico appropriato su ciascuno di essi.

E, sempre per amor di trasparenza, occorrerebbe chiarire che i modelli economici non sono concepiti per essere traslati in ambito giuridico. Essi vengono cioè elaborati per essere confermati empiricamente o confutati, non aspirano a essere strumenti per *policy makers* e non intendono realizzare quei valori che invece il diritto si propone di garantire. Ecco che allora utilizzarli in ambito giuridico non è inopportuno, ma dovrebbe presupporre una maggiore consapevolezza circa la loro varietà e mutevolezza. In termini più chiari, la scelta di radicare il diritto – e, nel caso specifico, il diritto antitrust – nel pensiero economico potrebbe anche rivelarsi obbligata perché al momento nulla descrive e spiega il funzionamento del mercato come l'economia. Al tempo stesso, però, occorre essere consapevoli di come tale scelta faccia dipendere quel diritto dalle evoluzioni del pensiero economico e dai criteri secondo cui quest'ultimo ritiene che un modello sia più attendibile degli altri nel descrivere e spiegare la realtà di mercato e i comportamenti delle imprese che il diritto vorrebbe poi disciplinare.

Infine, non si dimentichi una delle peculiarità dei fenomeni studiati dalle scienze sociali: la possibilità che le predizioni si «autoverifichino» quando sono in grado di influenzare i comportamenti che ne sono oggetto. Questo può accadere e spesso accade proprio con i modelli economici usati in ambito giuridico: se un modello diventa parte del contenuto di una disciplina e questa è efficace, le predizioni del modello si verificano perché la disciplina induce gli agenti a comportarsi come il modello prevede; quindi il modello si «autoverifica», o per essere più precisi le sue predizioni si verificano giacché il modello è non solo un modello predittivo ma anche un modello normativo in grado di guidare i comportamenti dei soggetti cui si rivolge.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ARROW Kenneth J., 1962, «Economic Welfare and the Allocation of Resources for Innovation». In *The Rate and Direction of Inventive Activity*, edited by The National Bureau of Economic Research, 609-25. Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- BAKER Jonathan B., 1989, «Recent Developments in Economics That Challenge Chicago School Views». *Antitrust Law Journal*, 58: 645-55.
- BLAUG Mark, 1997, «Competition as an End-State and Competition as a Process». In *Trade, Technology and Economics: Essays in Honor of Richard Lipsey*, edited by Buford C. Eaton, Richard G. Harris, 241-62. Edward Elgar, Cheltenham.
- BORK Robert H., 1978, *The Antitrust Paradox*. Free Press, New York.
- BUCCIROSSI Paolo, 2008, «Introduction». In Id. (edited by), *Handbook of Antitrust Economics*, 1-xx. The Mit Press, Cambridge, Massachusetts.
- CARLTON Dennis W., GERTNER Robert H., ROSENFIELD Andrew M., 1997, «Communication among Competitors: Game Theory and Antitrust». *George Mason Law Review*, 5: 423-40.
- CARLTON Dennis W., WALDMAN Michael, 2002, «The Strategic Use of Trying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries». *Rand Journal of Economics*, 33: 194-220.
- CHISHOLM Roderick, 1977, *Theory of Knowledge*, 11 ed. Prentice-Hall, Englewood Cliffs.
- COHEN L. Jonathan, 1989, *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*. Oxford University Press, Oxford (trad. it. *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Giuffrè, Milano 1998).
- DI ROBILANT Enrico, 1968, *I modelli nella filosofia del diritto*. il Mulino, Bologna.
- DORATO Mauro, 2000, *Il software dell'universo. Saggio sulle leggi di natura*. Bruno Mondadori, Milano.
- ELLIG Jerry (edited by), 2001, *Dynamic Competition and Public Policy. Technology, Innovation, and Antitrust Issues*. Cambridge University Press, Cambridge-New York.
- FELDMAN Richard C., 1999, «Defensive Leveraging in Antitrust». *Georgetown Law Journal*, 87: 2079-116.
- FRIEDMAN Milton, 1953, *Essays in Positive Economics*. The University of Chicago Press, Chicago, Illinois.
- GAVIL Andrew I., KOVACIC William E., BAKER Jonathan B., 2008, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. Thomson-West, St. Paul.
- GENAKOS Christos, KÜHN Kai-Uwe, VAN REENEN John, 2011, «Leveraging Monopoly Power by Degrading Interoperability: Theory and Evidence from Computer Markets». Working Paper 17172: <http://www.nber.org/papers/w17172>.
- GUALA Francesco, 2006, *Filosofia dell'economia. Modelli, causalità, previsione*. il Mulino, Bologna.
- HEMPPEL Carl Gustav, 1965, *Aspects of Scientific Explanation. And Other Essays in the Philosophy of Science*. The Free Press, New York (trad. it. parziale *Aspetti della spiegazione scientifica*, il Saggiatore, Milano 1986).
- HOVENKAMP Herbert, 1985, «Antitrust Policy After Chicago». *Michigan Law Review*, 84: 213-84.

MODELLI ECONOMICI E DIRITTO ANTITRUST

- JACOBS Michael S., 1996, «An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics». *North Carolina Law Review*, 74: 219-66.
- KAPLOW Louis, 2012, «On the Choice of Welfare Standards in Competition Law». In *The Goals of Competition Law*, edited by Daniel Zimmer, 3-26. Edward Elgar, Cheltenham.
- KIRZNER Israel M., 2000, «Competition and the Market Process: Some Doctrinal Milestones». In *The Process of Competition*, edited by Jakie Krafft, 11-25. Edward Elgar, Cheltenham.
- KÜHN Kai-Uwe, VAN REENEN John, 2009, «Interoperability and Market Foreclosure in the European Microsoft Case». In *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis*, edited by Bruce Lyons, 29-49. Cambridge University Press, Cambridge.
- LIANOS Ioannis, 2009, «Categorical Thinking in Competition Law and the “Effects-Based” Approach in Article 82». In *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*, edited by Ariel Ezrachi, 19-49. Hart Publishing, Oxford.
- MAGGIOLINO Mariateresa, 2011, *Intellectual Property and Antitrust. A Comparative Economic Analysis of Us and Eu Law*. Edward Elgar, Cheltenham.
- MÄKI Uskali (edited by), 2002, *Fact and Fiction in Economics. Models, Realism and Social Construction*. Cambridge University Press, Cambridge.
- MAY James, 1989, «Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918». *Ohio State Law Journal*, 50: 257-396.
- MISES Ludwig, 1942, «Social Science and Natural Science». *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, 7: 240-53.
- Moss Scott, 1984, «The History of the Theory of the Firm from Marshall to Robinson and Chamberlin: The Source of Positivism in Economics». *Economica*, 51: 307-18.
- MOTTA Massimo, 2004, *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press, Cambridge.
- MOTTERLINI Matteo, GUALA Francesco, 2011, *Mente Mercati Decisioni. Introduzione all'economia cognitiva e sperimentale*. Università Bocconi, Milano.
- MURIS Timothy J., 1997, «Economics and Antitrust». *George Mason Law Review*, 5: 303-12.
- POLO Michele, 2007, «A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust». *Concorrenza, Mercato, Regole*, 1: 129-36.
- POSNER Richard A., 1976, *Antitrust Law*. University of Chicago Press, Chicago, Illinois.
- RUBINSTEIN Ariel, 2006, «Dilemmas of an Economic Theorist». *Econometrica*, 74: 865-83.
- SCHMALENSEE Richard, 1982, «The New Industrial Organization and the Economic Analysis of Modern Markets». In *Advances in Economic Theory*, edited by Werner Hildebrand, 253-85. Cambridge University Press, Cambridge.
- SCHUMPETER Josef, 1942, *Capitalism, Socialism, and Democracy*. Routledge, London.
- STIGLER George J., 1957, «Perfect Competition. Historically Contemplated». *Journal of Political Economy*, 65: 1-17.
- SUGDEN Robert, 2009, «Credible Worlds, Capacities and Mechanisms». *Erkenntnis*, 70: 3-27.
- TARELLO Giovanni, 1965, «Osservazioni sulla individuazione dei precetti». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 19: 405-35.

MARIATERESA MAGGIOLINO E GIOVANNI TUZET

- TUZET Giovanni, 2006, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*. Giappichelli, Torino.
- ID., 2009, «Il diritto non è una macchina». *Diritto & Questioni Pubbliche*, 9: 401-22.
- ID., 2011, «Una teoria coerentista delle finzioni». *Ragion Pratica*, 37: 529-51.
- ULLMANN-MARGALIT Edna, 1983, «On Presumption». *The Journal of Philosophy*, 80: 143-63.
- VAIHINGER Hans, 1911, *Die Philosophie des Als Ob*. Felix Meiner, Leipzig (trad. it. *La filosofia del «come se»*, Ubaldini, Roma 1967).
- WHINSTON Michael D., 1990, «Tying, Foreclosure, and Exclusion». *American Economic Review*, 80: 837-59.